



HAL
open science

Les méthodes en droit administratif. Rapport de synthèse

Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Les méthodes en droit administratif. Rapport de synthèse. Association française pour la recherche en droit administratif. Les méthodes en droit administratif, Dalloz, 2018, Thèmes et commentaires, 978-2-247-17784-4. hal-02344275

HAL Id: hal-02344275

<https://hal.science/hal-02344275>

Submitted on 4 Nov 2019

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

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

Les méthodes en droit administratif

Rapport de synthèse

Jean-Yves Chérot

Professeur à l'Université d'Aix Marseille, Laboratoire de théorie du droit (LTD)

Mes vifs remerciements vont aux organisateurs du colloque pour leur invitation. Je suis honoré de me trouver à cette place pour proposer une lecture des lignes de force qui se dégagent des échanges qui se sont tenus lors des deux journées du colloque et de la demi-journée consacrée à Léon Aucoc et pendant laquelle la question de la méthode en droit administratif a été également magnifiquement illustrée par « la jeune recherche en droit administratif ».

Toutes les communications se sont inscrites dans la distinction opérationnelle qui a divisé nos deux journées entre les méthodes pour « dire » et les méthodes pour « faire » le droit administratif, non sans que cette distinction ait donné lieu à des nombreuses reprises à des observations interprétatives. Le colloque a couvert un très vaste champ et portait tant sur les méthodes du juge que sur les méthodes de l'action administrative, sur les méthodes juridictionnelles et sur les méthodes jurisprudentielles, comme encore sur les méthodes de l'enseignement du droit administratif et les méthodes de la science du droit administratif. En réalité, comme le montre le sens général du colloque, il n'y avait raisonnablement pas moyen d'envisager les choses autrement, de façon aussi large, dès lors que le colloque portait bien aussi sur la place que la science du droit administratif accorde ou doit accorder aux méthodes en droit administratif, un programme existentiel donc pour l'Association française pour la recherche en droit administratif.

Les méthodes en droit administratif constituent bien un objet majeur du droit administratif. Le caractère souvent implicite des méthodes témoigne de la puissance de leur influence sur le fonctionnement du droit administratif et nous avons regretté qu'elles ne soient pas rendues plus explicites pour nos étudiants. Elles constituent un point de révélation à la fois des changements ou des glissements de paradigmes et de philosophie et d'importantes contraintes institutionnelles. Enfin, les méthodes pour dire et pour faire le droit administratif entretiennent un rapport complexe avec la science du droit.

I. Rendre explicite les méthodes, la force de l'implicite en droit

Les méthodes sont le plus souvent du domaine de l'implicite, de la représentation tacite parce qu'elles sont partie d'un savoir pratique supposé maîtrisé dans une communauté. C'est bien ce qu'a rappelé Hélène Hoepffner en citant Yves Gaudemet qui soulignait que « la référence » aux méthodes « se fait sans explications particulières. [...] Cette certitude apparente du vocabulaire est un signe : les méthodes du juge administratif feraient partie du domaine commun des connaissances juridiques ».

Mais a aussi souligné Hélène Hoepffner, distinguant le cas des méthodes du juge et des méthodes relatives à l'action administrative, « il n'est rien de plus banal pour qui étudie le droit administratif que de se pencher sur les méthodes des autorités administratives ». Les méthodes non autoritaires notamment et celles de la régulation ont été l'objet d'une grande attention et donnent lieu à des travaux importants de la doctrine et à des enseignements. Mais on voit bien cependant, comme le montre bien par ailleurs Hélène Hoepffner que l'enseignement des méthodes de l'action administrative et notamment des méthodes non autoritaires, on y reviendra, laisse place encore, malgré les nombreux travaux dont rend bien compte sa communication, à des représentations implicites.

Or, il est normal que de nombreuses méthodes qui sont au cœur de notre compréhension partagée du droit soient et restent implicites car c'est comme cela qu'elles fonctionnent et qu'elles sont sans doute les plus efficaces. Les rendre explicites¹ pourrait être, dans certains cas, un travail qui ressortirait plus du philosophe que du juriste. Mais cela n'exclut pas de la part du juriste le détour par la philosophie, comme de nombreux exemples anciens et actuels l'illustrent parfaitement².

Les méthodes de façon générale ne sont pas commandées par des sources formelles³ du droit. Il n'y a pas de règles de droit sur la façon d'écrire les textes comme l'a rappelé Laure Zaradny et, comme l'a rappelé Fanny Malhière, pas plus de règles de droit sur les méthodes de la rédaction des décisions de justice, comme il n'y a naturellement pas de règles de droit sur la façon de classer ou de produire les concepts. Pas de règles sur les techniques et les méthodes d'interprétation, rappelle Jean-Jacques Louis, pas de règles de droit sur les méthodes de raisonnement et, par exemple, pas de règles sur les méthodes de la mise en balance des intérêts et des droits

¹ Pour reprendre l'expression de Robert Brandon, *Rendre explicite. Raisonnement, représentation et engagement discursif*, éd. du Cerf, 2 vol., 2010 et 2011.

² V. notamment le *Droit administratif général* de Benoît Plessix chez LexisNexis.

³ Cette seule référence aux « sources formelles » du droit est aussi empreinte de représentations implicites.

(voir la communication de Mattias Guyomar). On évoque parfois, comme cela a été dit pendant les débats par Jacques Petit, à propos des méthodes ou des techniques d'interprétation, des « directives d'interprétation⁴ », ce qui est encore une autre façon de signaler qu'elles n'ont pas de statut juridique. Mais n'oublions pas que si les méthodes ne figurent pas dans les sources formelles du droit, elles n'en sont pas moins, au moins dans certains cas, sans doute l'expression et la manifestation d'autres règles, plus solides, plus contraignantes et plus permanentes que les règles de droit.

C'est, peut-être, ce fait de ne pas figurer dans les sources du droit qui constitue un des traits qui permet de caractériser ce que nous appelons les méthodes, en tout cas qui permet de les isoler dans l'ensemble très vaste du droit où presque tout, dans une approche instrumentaliste, pourrait être présenté comme relevant de la méthode, dès lors que les méthodes, comme cela a été souvent rappelé au long du colloque, ne seraient que des procédés pour arriver à un but ! Mais nous avons spontanément tendance à placer dans les « méthodes », ce qui est le plus implicite et qui sert à faire fonctionner le droit en arrière-plan. On trouve dans la littérature de théorie du droit l'idée que les méthodes qui jouent un rôle dans la production du droit pourraient être comptées dans la « règle de reconnaissance » du système juridique, une règle sociale qui n'existe pas parce qu'elle est « valide », mais parce qu'elle est partagée par les juges et les juristes, qu'elle est acceptée comme un modèle de conduite devant être « suivi » par eux et qui a plus pour caractère d'être pratiquée qu'enseignée. Ce qui ne signifie pas que l'usage de certaines méthodes ne pourrait pas être redevable d'un examen de conformité au droit ou encore ne devrait pas être encadré par le droit pour respecter des principes du droit, comme l'illustre bien le cas des problèmes juridiques en même temps que des problèmes éthiques et politiques (voir le rapport de Lucie Cluzel-Métayer) que posent les nombreux usages des méthodes de calcul algorithmique à partir des *big data* et notamment comme « aide » à la décision administrative. Et Yves Gaudemet s'est demandé si le développement de ce qui pouvait relever de véritables arrêts de règlement de la part du Conseil d'État était bien conforme à la Constitution.

Louis Bahougne a pourtant rappelé que les méthodes comptables, de leur côté, résultaient « d'un acte d'autorité édicté suivant une procédure formalisée et institutionnalisée faisant intervenir des autorités supérieures » et qui relèvent en tous cas en droit interne et en droit de l'Union européenne de règles inscrites le plus souvent dans les sources classiques du droit. Mais encore faut-il bien prendre en considération que les méthodes comptables auxquelles fait précisément référence Louis Bahougne ne sont pas les règles de la comptabilité budgétaire qui « constituent,

⁴ François Ost et Michel van de Kerchove ont écrit de belles pages sur ce point : *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989.

a-t-il rappelé, davantage des règles de droit administratif relatives à l'exécution des actes adoptés par les personnes publiques » et qui « ne correspondent pas aux méthodes comptables *stricto sensu* », lesquelles constituent — et nous retrouvons là une spécificité qui les fait entrer dans les « méthodes » — plus des standards techniques très profondément inspirés par les professionnels et influencés par un travail de normalisation internationale (les *International Accounting Standards* [ISA], les *International Public Sector Accounting Standards* [IPSAS]) mené par des organismes privés transnationaux et dont il s'agit ici précisément de révéler le rôle important (et relativement ignoré) qu'ils jouent.

Si on déplace un peu le sens de nos débats, ce serait donc moins la banalité du caractère implicite des méthodes qui aurait été critiquée, que le fait que l'enseignement du droit administratif consacre si peu de place à expliciter pour nos étudiants ces données implicites, les laissant les découvrir par l'exemple et plus tard, lors de leur entrée dans les métiers du droit, par leur pratique au milieu des autres praticiens. L'enseignement des méthodes est ainsi surtout un enseignement par l'exemple, et d'abord par l'exemple de la façon dont procède l'enseignant et un enseignement par l'indication : voyez comment est rédigée telle décision, voyez comment est écrit tel article. Ce que l'on comprend et que l'on sait assez bien, même si on peut craindre, avec Régis Ponsard, que les méthodes soient ainsi non seulement des représentations implicites pour les étudiants, mais aussi pour le professeur.

Nous faisons assez bien la différence entre les textes et la règle. Nous le savons, nos étudiants le savent, mais les méthodes qui sont engagées dans ces opérations ne sont pas explicitées. Nous n'enseignons pas, ni ne critiquons, comme l'a regretté Régis Ponsard, comment les juges passent des uns (les textes) aux autres (le droit tel qu'il est).

Le droit est aussi dans la façon dont les faits sont représentés dans une sorte de pré-qualification, plus ou moins spontanée et implicite, dans le cadre d'un « récit » de présentation des faits⁵. Mattias Guyomar a mis spécialement l'accent sur le rôle que joue ce récit dans la production de décisions d'espèces et dans la fabrique d'exceptions. C'est un bon point d'entrée en effet pour en rendre compte, même si dans les pays de *common law* les juges reconnaissent plus ouvertement que ne le font les juges en France qu'il est possible d'écarter une règle qui conduit à prendre une

⁵ « It will be argued that the assumption that knowledge of law consists of knowledge of rules is inadequate. Such a rule-model epistemological thesis fails, it will be argued, to take account of fact construction in legal thought. In pursuing this thesis, however, the book will embrace wider issues than fact construction: it will look at legal reasoning and legal method more generally » (G. Samuel, *Epistemology and Method of Law*, Asghate, 2003).

décision qui serait injuste, absurde ou encore disproportionnée dans telle ou telle espèce et donc si c'est dans les pays de *common law* que cet enseignement est le plus évident. Mais le rôle et l'impact du récit des faits dépassent de beaucoup les seuls cas où l'on écarte une règle dont l'application serait trop injuste ou trop absurde dans tel ou tel cas. Jean-Jacques Louis a souligné que le juge administratif interprète aussi des faits, ce qui « se traduit par une mise en récit, par une narrativité » qui n'est pas seulement un récit de la vérité dans un sens trivial, mais aussi dans un sens plus important encore pour le juriste de production de vérité : « lorsque nous racontons un accident, lorsque nous prélevons dans la profusion du réel un certain nombre d'évènements et de faits et que nous les enchaînons et que nous concluons de ce récit la désignation d'un responsable, nous produisons ce que l'on peut appeler un "effet de vérité". Cette mise en récit est également utilisée lorsqu'il s'agit de juger de la conformité d'une attitude, d'un comportement, d'une action par rapport à un modèle, un canon, une norme juridique ou éthique. De la structure d'exposition d'une attitude se déduit naturellement, c'est-à-dire avec un effet de vérité, une norme plus ou moins explicite renversant au passage l'idée que du réel, du descriptif ne saurait jamais se déduire du normatif ». Nous devrions dans nos enseignements être plus attentifs à cet aspect et accorder plus de considération à ces données centrales pour la formation des juristes⁶. Cela est beaucoup plus enseigné dans les pays de *common law*, là encore où le juge lui-même n'hésite pas à emprunter dans la rédaction même de sa décision une forme narrative développée des faits et où ces trames narratives peuvent être précisément un enjeu central et clairement exprimé dans le choix de la décision en droit⁷.

Nous devrions aussi être attentif au contenu de l'enseignement du droit dans d'autres lieux que les facultés de droit. Mattias Guyomar a cité de nombreux et très

⁶ V. aussi, sur ce point, C. Heffer, « Revelation and Rhetoric: A Critical Model of Forensic Discourse », *International Journal for the Semiotics of Law* 2013, 26, p. 459 s., ici p. 468-69 : « The persuasive power of narrative lies in the fact that the narrator selects, slants and styles past actions to meet present rhetorical goals. Narrative permits the speaker to *construct* a thoroughly subjective storyworld while appearing to merely reconstruct the past. »

⁷ V. cet exemple, cité par Mathieu Devinat, dans l'affaire *Leiriao c/ Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, de la Cour suprême du Canada. La Cour devait déterminer si une municipalité disposait d'un pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière. « Or les juges de la majorité et dissidents ont abordé la question de manière tout à fait différente. Les juges majoritaires qui donneront raison à la ville de Val-Bélair entament leurs motifs en décrivant la propriété de l'appelant comme une "cour à scrap", expression particulièrement péjorative. Dissidente, la juge L'Heureux-Dubé introduit sa décision en contextualisant la question soumise et en présentant l'expropriation en l'espèce comme une opération qui entraîne la perte "du gagne-pain" », M. Devinat, « Réflexions sur la narration judiciaire dans les jugements de la Cour suprême du Canada », *Cahiers de méthodologie juridique* n° 30, RRJ 2016. 1949 s.

intéressants passages sur les méthodes du juge administratif dans le célèbre « Odent », et du même coup il a mis en évidence des traditions différentes entre les facultés de droit et les IEP, comme Jacques Caillosse qui a mis en garde contre la tendance à négliger dans l'analyse de l'enseignement du droit les expériences des IEP, de l'ENA, de l'ENM, ou encore de l'INET. Il serait intéressant de poursuivre l'enquête sur l'enseignement du droit administratif à l'École des ponts et chaussées, à HEC ou à l'École centrale pour n'évoquer que quelques autres écoles où l'enseignement du droit mériterait d'être plus avant étudié⁸.

II. La révélation de glissements de paradigmes et de contraintes institutionnelles

a. Alors qu'il n'est pas toujours naturel de se tourner vers les méthodes, on en voit la nécessité lorsqu'il faut répondre à un environnement institutionnel qui se modifie, que les objectifs à atteindre évoluent, lorsqu'un cas difficile survient qu'une pratique routinière ne permet pas de régler et que l'appel à la théorie devient urgent⁹. Le retour sur les méthodes advient en période de rupture, comme en a attesté la visibilité de retour sur les méthodes de la doctrine du droit au tournant des XIX^e et XX^e siècle.

Nous avons bien montré que le retour sur les méthodes tient à des changements notables dans l'environnement du droit administratif, qu'ils tiennent par exemple à la nécessité de permettre, dans le cadre européen, la traduction des décisions du Conseil d'État (voir Fanny Malhière), ou encore qu'ils tiennent au développement de la culture du management et au souci de l'efficacité des politiques publiques (Aude Zaradny) ou encore à la nécessité de produire une plus grande acceptabilité des décisions de l'administration dans une démocratie participative en recourant à des méthodes non

⁸ V. L. Israël et R. Vanneuville sur les méthodes de l'enseignement du droit à HEC, à l'École centrale, à l'ENA et à l'ENM : « Enquêter sur la formation au droit en France. L'exemple des formations extra-universitaires », *RIEJ* 2014, 72, p. 141 s.

⁹ La pratique de la théorie n'est pas nécessaire à la pratique et dans toutes les situations. Par exemple, comme le font remarquer de nombreux juristes, si potentiellement dans chaque décision, il est possible de rencontrer une situation de crise (et faire du cas apparemment simple un cas difficile), dans la plupart des cas, les juges agissent et décident de façon assez routinière, sans avoir à s'interroger ni sur ce qu'ils font, ni comment ils le font et sur les théories et présupposés qui les animent. Pourtant, il se peut qu'ils doivent mener une enquête plus théorique, dont ils ne savent pas à l'avance jusqu'où elle peut les mener. C'est là dans cette approche ascendante qu'ils peuvent avoir besoin de la théorie. Cela n'a rien d'étonnant, car toute pratique et même toute pratique scientifique fonctionne comme cela. Les juristes raisonnent de façon générale à partir de cas et cherchent la solution de façon proche, par analogie, ou dans les précédents, dans des règles précises et n'engagent pas nécessairement une réflexion générale sur leurs méthodes. C'est comme cela aussi que fonctionne la science au quotidien. Mais cela ne rend pas inutile dans certaines circonstances la recherche d'une grande théorie.

autoritaires, que ce soit par le développement de procédures délibératives, du champ du contrat ou encore de normes de régulation souples (Hélène Hoepffner).

C'est aussi assez naturellement sous l'angle du changement dans l'environnement que Jacques Caillosse a placé l'analyse de l'état des lieux et des évolutions des méthodes d'enseignement du droit administratif dans les facultés de droit, le plus souvent d'ailleurs non pour relever des modifications notables mais pour s'interroger sur les décalages entre ces méthodes et un environnement profondément nouveau. « Nous persistons, pour l'essentiel et dans l'ensemble, écrit Jacques Caillosse, à pratiquer des méthodes d'enseignement issues d'un temps et d'une société qui ignoraient tout, par définition, de la révolution informatique et de ses effets sur notre univers mental. Voilà un phénomène dont on voit bien qu'il ne modifie pas simplement notre rapport au livre, à la bibliothèque ou à la salle de cours, mais engage jusqu'à notre perception du "réel" lui-même. »

Un tel intérêt pratique pour les méthodes en réponse à l'environnement du droit peut être construit sur un plan épistémologique. Si on parle de changement et d'adaptation à des changements, on peut se retrouver assez vite projeté dans l'idée d'un droit en crise impliquant un changement de paradigme au sens de vaste ensemble des théories et de méthodes gouvernant la façon ordinaire de faire. Or, il y a une grande continuité sur le long ou même le très long terme de certaines méthodes du droit¹⁰, comme Jean-Jacques Louis l'a heureusement montré, avec de nombreux exemples, en ce qui concerne les techniques de l'interprétation et de lecture des textes.

Aussi bien le changement est souvent mené par l'instrument de la comparaison qui facilite aussi celui de l'expérimentation qui vient limiter les brusques ruptures. Si la comparaison des droits traduit principalement, comme l'ont rappelé Yves Gaudemet et Giacinto della Cananea, un intérêt scientifique pur, détaché d'un intérêt pratique immédiat, il peut en aller naturellement autrement dans des cas bien ciblés où la comparaison vient à l'appui de ce qui pourrait ressembler à une expérimentation pour obtenir un résultat opérationnel pour l'action. Giacinto della Cananea a ainsi rappelé que la reconnaissance des différences entre les droits est un des piliers du fonctionnement de l'espace européen car la « culture judiciaire européenne » se construit en effet ainsi, dans l'espace judiciaire européen, autant par la référence à des principes communs que par une culture de la coopération qui implique en permanence

¹⁰ Au point que, dans un commentaire récent du livre de François Licari (*Le droit talmudique*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2015), on a pu faire observer que le plus vieux droit positif du monde, le droit talmudique, est en mesure de proposer des solutions modernes aux questionnements des rapports de systèmes dans la globalisation (H. Muir Watt, « Le droit talmudique », *Rev. crit. DIP*, janv.-mars 2016).

la comparaison des droits et l'ajustement des droits à l'aide de cette comparaison. Et Jacques Caillosse a souligné la signification que pouvait prendre de nos jours, en rupture avec les pratiques anciennes, la pratique de plus en plus fréquente des comparaisons ponctuelles dans l'enseignement du droit administratif, ne serait-ce que dans l'espace européen. Au-delà de la comparaison, on utilise aussi l'expérimentation comme c'est le cas de l'expérimentation, en cours d'évaluation au Conseil d'État, des tests sur la modification de la rédaction des décisions de justice en droit administratif.

De telle sorte que l'on ne peut pas aborder ce point sans prendre des précautions avec les concepts banalisés de la philosophie des sciences, tels que « rupture épistémologique » et « révolution scientifique ». Nous pouvons trouver intérêt à préférer parler de « glissements paradigmatiques¹¹ » pour évoquer plus simplement une évolution dans un cadre de référence qui se nourrit d'un pluralisme des méthodes. Ainsi, c'est bien notamment pour mieux faire face à la plus grande utilité de diffuser le droit public français à l'étranger et notamment en Europe que le Conseil d'État, rappelle Fanny Malhière, conscient par ailleurs des risques d'erreurs dans les traductions dans les langues étrangères que peuvent induire les méthodes de rédaction de ses décisions, se demande s'il ne convient pas d'abandonner ses méthodes traditionnelles de rédaction, comme la phrase unique et le style de rédaction indirecte, ce qui conduit pour l'instant à l'adoption d'un pluralisme de méthodes, dans une phase d'expérimentation. Le cadre de référence ancien est toujours présent. La méthode traditionnelle a toujours un sens. Une discussion interne à l'institution montre la présence d'une controverse.

C'est bien par ailleurs plus une continuité, sous les dehors d'une vaste rupture de méthode, dans le cadre de référence qui ressort de l'étude d'Hélène Hoepffner sur les méthodes non autoritaires des autorités administratives, malgré le fait que « l'afflux des méthodes non autoritaires » ait pu être présenté comme l'illustration du passage à un droit postmoderne, à l'événement d'une administration participative voire délibérative, et encore comme le témoin du passage d'une autorité fondée sur la crainte de la sanction à celle d'une autorité fondée sur l'expertise, la confiance et l'adhésion. Mais Hélène Hoepffner montre aussi, à travers ce qu'elle appelle le « reflux » de ces méthodes, toutes les difficultés de sortir, comme on l'a parfois pensé possible, d'un modèle plus classique des méthodes de l'action administrative, dès lors que l'on se place du point de vue des administrés. D'une part, a rappelé Hélène Hoepffner, les administrés voient surtout le manque de garanties que leur offrent les normes non prescriptives (avis, recommandations, mises en garde), alors même que le plus souvent

¹¹ Pour reprendre l'expression de Jean-Michel Berthelot, *Épistémologie des sciences sociales*, PUF, 2001, p. 13.

« elles sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique¹² » au point qu'ils cherchent à les contester, non sans succès au moins pour la recevabilité de leur recours, au contentieux. D'autre part, a-t-elle poursuivi, loin de l'idéal d'une administration délibérative, « de façon paradoxale, le recours accru à la consultation, le développement d'une administration à l'écoute de la société, semble aboutir à un délitement d'un groupe, de la réflexion collective et finalement de l'intérêt collectif », parce que « plus l'administration consulte, plus l'individu – et non l'administré ou le citoyen, soucieux de l'intérêt général, de l'intérêt du groupe – est déçu », ce qui explique en partie aussi les limites des politiques d'ouverture de la délibération, tant il est vrai que ce qui est délibératif en dernier ressort, c'est la procédure et non la décision.

Hélène Hoepffner ne manque pas ce point central de l'analyse conceptuelle proposé par Paul Amssek pour refonder la théorie des normes juridiques sur une distinction entre l'autorité et la contrainte. L'autorité de la norme juridique vient selon Paul Amssek de son origine et non de son contenu et notamment pas de ce qu'elle prévoit une contrainte, d'où l'intérêt majeur qu'il a accordé de longue date, comme le rappelle Hélène Hoepffner, à cette évolution de la technique juridique au profit d'une « direction juridique autonome des conduites » et de « modes non autoritaire de direction des conduites » telle qu'elle lui permettait d'illustrer une nouvelle approche de la normativité juridique. Mais Hélène Hoepffner montre, comme l'avait fait Yves Gaudemet en introduction, que l'appel à l'autorité en droit administratif échappe difficilement dans les faits à la marque de la contrainte¹³.

b. Mais, nos échanges ont aussi ramené la discussion aux contraintes institutionnelles. Comme l'a rappelé Jean-Jacques Louis, l'approche institutionnelle est centrale dans l'interprétation en droit. Les raisons d'interpréter une œuvre d'art en général ou les raisons d'interpréter l'histoire ne peuvent pas être celles d'interpréter un texte ou un précédent en droit. Dans l'interprétation juridique, nous exprimons des valeurs en rapport avec des intérêts institutionnels, notamment l'autorité et la continuité du droit¹⁴. Ou encore des valeurs de stabilité. « Les juges agissant sous un

¹² Ce sont les mots du Conseil d'État dans l'arrêt *Sociétés Fairvesta International, Ass.*, 21 mars 2016, req. n° 368082.

¹³ Yves Gaudemet souligne que « le choix méthodologique d'un vocabulaire nouveau, facialement séduisant mais immaîtrisé, imprécis et trompeur » masque la « fonction contraignante » de la régulation, une fonction qui « y est parfois en fait plus forte, plus prégnante, plus insidieuse, sans doute aussi plus universelle que celle de la réglementation d'antan ».

¹⁴ Et peut-être aussi le développement du droit et l'équité. On renvoie ici aux thèses de J. Raz, « Why Interpret? », in Raz, *Between Authority and Interpretation*, OUP, 2009, p. 223-240 (rééd. de l'article paru d'abord dans *Ratio Juris* 1996, vol. 9, p. 349-363).

contexte d'incertitude doivent tenter, par-dessus tout de minimiser les coûts de décisions erronées et les coûts du processus de décision et de maximiser la prédictivité de leurs décisions¹⁵. » La dimension institutionnelle a été ainsi soulignée de diverses façons tout au long du colloque¹⁶. Mattias Guyomar et Jean-Jacques Louis ont tous les deux souligné les différences marquées, « dans la configuration historico-institutionnelle propre à la juridiction administrative » (Jean-Jacques Louis), entre les rôles des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État et bien sûr, au sein du Conseil d'État, dans les rôles des chambres et des autorités plus élevées, la section du contentieux et l'assemblée du contentieux. « La justice administrative est une institution dotée d'une organisation interne, a rappelé Jean-Jacques Louis ; en particulier, elle est une institution largement hiérarchisée, qui se partitionne en institutions qui entretiennent entre elles des relations, des rapports, qui distribuent des rôles différents quant à cette tâche d'interprétation. Les circonstances historico-institutionnelles qui confèrent à la juridiction administrative une histoire et une organisation interne originales ont abouti à ce que la fonction d'interprétation s'est partagée entre un juge suprême et des juges du fond. Dès lors que l'on a affaire à deux catégories de juges : juge du fond et juge détenant le pouvoir ultime d'imposer son interprétation, l'acte d'interpréter prendra lui-même deux significations. Le juge du fond fait sienne la position de subordination par rapport à l'interprétation du Conseil d'État et il applique ou croit appliquer une interprétation qu'il appréhende comme une règle. Le juge suprême dans ce partage des tâches donne au sens du mot interprétation un sens différent, plus marqué par l'action que par la spéculation philosophique¹⁷. » De son côté Mattias Guyomar a mis l'accent sur les marges de liberté, souvent non révélées, des juges du fond dans la possibilité qu'ils se reconnaissent dans l'application des règles de laisser la place à des considérations de justice, un rôle qui ne peut prendre que des formes différentes plus explicites, par

¹⁵ C. Sunstein et A. Vermeule, « Interpretation and Institution », *Michigan Law Review* 2002-2003, 101, p. 886.

¹⁶ Mickaël Lavaine a mis en évidence, lors du Printemps de la recherche en droit administratif (M. Lavaine, « L'État de droit de Léon Aucoc »), l'existence d'une grammaire institutionnelle et montré les effets majeurs que peuvent produire des modifications dans cette grammaire institutionnelle. Il a relevé [pour éviter la répétition de « montré »] que la justice retenue a été le milieu dans lequel ont été forgées les prérogatives du juge vis-à-vis de l'administration et que le passage à la justice déléguée n'a pas été sans recul sur ce point.

¹⁷ « La question centrale, écrivent de leur côté Sunstein et Vermeule (article précité), n'est pas "comment en principe un texte doit ou devrait être interprété", mais la question devrait être : "comment certaines institutions, avec leurs capacités distinctives et leurs limites interprètent certains textes ?" »

révision des concepts, au stade de la section du contentieux ou de l'assemblée du contentieux.

L'analyse institutionnelle n'exclut pas, elle implique aussi l'analyse stratégique institutionnelle qu'a soulignée Aude Zaradny indiquant que « la codification de la procédure administrative non contentieuse dans le code des relations entre le public et l'administration n'a été possible que parce que le Conseil d'État y a eu un intérêt » à travers la défense du droit français et de la recherche d'un regain d'influence du droit français (et du Conseil d'État) en droit européen après qu'a été initiée une codification du droit de la procédure administrative non contentieuse dans l'Union européenne. Et le Conseil d'État est bien sensible, comme les cours suprêmes, à sa légitimité et fait mener, comme les juridictions suprêmes, des études d'opinion sur certaines questions de société auxquelles il est confronté (Mattias Guyomar).

L'ancrage institutionnel du droit et spécialement du droit administratif se reflète dans ce que Jacques Caillosse présente comme le « code » et les « principes » mêmes qui forment les éléments centraux de la méthode de l'enseignement du droit administratif centré sur son « autosuffisance disciplinaire », chargé de rendre compte de l'exorbitance du droit public et restituant la neutralité politique institutionnelle de l'administration.

Mais l'analyse institutionnelle ne nous permet plus aujourd'hui de rester prisonniers de la représentation du droit à partir d'un ordre juridique stato-centré. « Même si le droit administratif, fort de son inscription dans l'histoire institutionnelle française, résiste, à sa manière, à la mondialisation », on voit mal, poursuit Jacques Caillosse, comment il serait possible de « faire du droit administratif » sans ce qu'il appelle la « confrontation des expériences du droit » et sans « un recours accru aux leçons du droit comparé » que rend nécessaire « le développement aujourd'hui spectaculaire du droit administratif global ». C'est, à travers l'influence des méthodes comptables sur les règles du droit administratif, que l'influence de la globalisation économique et des exigences de respect de l'intégrité de la concurrence et du management public sur le droit administratif ont été évoquées par Louis Bahougne qui a dessiné en creux un singulier vide dans les analyses doctrinales du droit administratif. Elles manquent un point important dans la gouvernance de l'action publique par le seul fait qu'elles ont tendance à considérer les règles comptables, comme on le fait en général des règles techniques, pour du petit droit, alors que les règles comptables (comme les règles techniques !) sont déterminantes dans la globalisation et qu'elles sont travaillées, autant ou plus que les règles du droit administratif, par des philosophies politiques en même temps qu'elles se forment dans des organismes transnationaux privés.

Ce sont de tout autres enjeux qui sont soulevés par l'utilisation des algorithmes qui conduit à la construction d'un monde tellement différent de celui dans lequel nous avons l'habitude de penser et d'agir. Si la loi impose notamment de la transparence dans leur usage et si elle interdit de prendre une décision individuelle ayant des conséquences juridiques sur le seul fondement d'un algorithme, si l'algorithme se présente de façon fonctionnelle comme une méthode d'aide à la décision, Lucie Cluzel-Métayer, après Yves Gaudemet, met bien en évidence toutes les menaces qui se lèvent dans la sphère de la décision administrative, la difficulté pour l'administration de ne pas suivre le choix proposé par l'algorithme, le transfert de la compétence vers l'amont, vers ceux qui le construisent, la génération ou l'aggravation de biais discriminatoires, et ainsi le risque de l'avènement d'une « gouvernamentalité algorithmique ». Avec les algorithmes évolutifs reposant sur l'apprentissage machine, qui ont la capacité d'apprendre et de s'améliorer en fonction des données qui les alimentent et qui s'autonomisent de leurs concepteurs, c'est toute l'emprise du droit et la possibilité du contrôle du juge qui pourrait disparaître. Les questions juridiques sont situées alors par Lucie Cluzel-Métayer dans un champ plus large d'ordre politique et éthique.

L'importance des enjeux institutionnels rejoint les réserves exprimées par Yves Gaudemet dans les observations introductives à l'égard des méthodes de l'analyse philosophique pour le droit. Que les juristes n'oublient pas, a-t-il dit, que si la philosophie apprend à poser des problèmes, elle ne permet pas de les résoudre et que le droit a plus besoin de certitude que de voir augmenter les incertitudes que révèlent déjà ses méthodes traditionnelles.

Les réserves d'Yves Gaudemet sur la méthode philosophique rejoignent la nécessité de prendre en considération des données institutionnelles du droit, de telle sorte que l'analyse philosophique ne doit pouvoir dans le champ de la science du droit être déployée qu'avec prudence. Pour reprendre une formule de Stefan Goltzberg, « l'utilité des concepts philosophiques ne se présume pas » en droit¹⁸. De telle sorte qu'il n'est pas toujours nécessaire de chercher à remplacer nos concepts juridiques par des concepts philosophiques, souvent moins fins que ceux que l'analyse juridique nous propose et qu'il vaudrait mieux que les philosophes viennent nous aider à lire nos méthodes et raisonnements, notamment pour les rendre explicites, plutôt que nous allions chercher dans la philosophie des concepts qui n'auraient pas vocation à éclairer nos décisions et nos analyses.

¹⁸ S. Goltzberg, « Confusion de concepts, concepts essentiellement contestés et définition », *Cahiers de méthodologie juridique* n° 30, RRJ 2016. 1979 s.

Mais si la philosophie politique et morale peut venir élargir le champ des controverses et des conflits, elle n'est pas à rejeter non plus nécessairement par les juristes. Le président Jean-Jacques Louis a défendu la continuité (dans la recherche de la justice) entre le droit et la philosophie politique. Quentin Barnabé a rappelé, lors du Printemps de la recherche, les liens étroits, au XIX^e siècle, de l'idée de service public avec les idées politiques au sein de la doctrine du Conseil d'État¹⁹. Les notions juridiques peuvent se détacher du milieu dans lequel elles sont nées et dans lequel elles ont été discutées, mais on voit bien aussi que les philosophies politiques retrouvent leur pouvoir d'influence à des moments clefs du droit.

III. Confusion et séparation de la science du droit administratif avec le droit administratif ?

Faire une différence entre les méthodes pour connaître le droit administratif et les méthodes pour le dire et pour le faire, cela suppose, a souligné Yves Gaudemet dans les premiers mots de son rapport introductif, que le droit administratif soit un objet avant qu'il ne soit dit et qu'il ne soit fait. « Elle suppose, a poursuivi Yves Gaudemet, qu'il y ait une méthode de connaissance du droit administratif autre que celle par lesquelles le droit administratif se dit et se fait. » De telle sorte, si l'on ne peut pas pousser trop loin cette présupposition, que la distinction entre méthodes cognitives qui concernent la science et méthodes instrumentales qui gouvernent l'action, entre les méthodes pour connaître et les méthodes pour agir, pertinente et fondée dans l'ordre de la philosophie des sciences, « pourrait ne pas valoir pour le droit administratif ».

Nous savons bien que se crée une relation de proximité, non sans tensions, comme dans toute autre « branche » du droit, mais peut-être est-ce plus vrai encore pour le droit administratif français, entre le droit administratif comme science du droit et le droit administratif objet de cette science du droit. Le fait est que ce sont deux faces qui se reflètent l'une dans l'autre. L'esprit de la doctrine est pénétré de l'objet étudié, tout particulièrement lorsque l'objet est lui-même un objet construit par la jurisprudence des arrêts du Conseil d'État. Et cela est d'autant plus vrai pour le droit administratif où le rôle du juge a été si déterminant dans la construction du droit administratif. Mais le droit administratif du juge est aussi en discussion avec des distinctions et des théories proposées par la doctrine et que celle-ci retrouve ainsi, qu'elles soient acceptées ou refusées par le juge, dans son objet d'étude.

¹⁹ Q. Barnabé, « Léon Aucoc, une vision actuelle du service public ».

Mais « il est vrai, a poursuivi Yves Gaudemet, que le droit, le système de droit administratif ne saurait être réduit à la sommation des voies qu'il utilise pour s'exprimer ». C'est une ligne épistémologique qui a été illustrée dans de nombreuses communications (a), mais qui ne conduit pas pour autant à éviter de s'interroger, dans la continuité de la question posée par Yves Gaudemet (est-ce que la distinction entre méthodes de la connaissance et méthode pour l'action « vaut pour le droit administratif ? »), sur la profonde identité de la science du droit administratif avec le droit administratif lui-même (b).

a. La proximité et le dialogue pour une science en commun entre doctrine et jurisprudence n'exclut en rien la possibilité, la pertinence et la légitimité d'une doctrine savante extérieure à la jurisprudence ou faisant son chemin à côté d'elle et revendiquant une utilité de représentation de son objet sans devoir toucher aux données mêmes du droit positif. Une distance peut être trouvée entre doctrine et jurisprudence, comme l'a rappelé Yves Gaudemet, lorsque, par des méthodes qui lui sont propres, la doctrine construit un objet scientifique distinct, par l'usage notamment de la comparaison, et y trouve l'occasion de construire un droit savant, un thème qu'a développé Giacinto della Cananea, pour qui la comparaison des droits doit être au service de la science du droit et pas seulement ni principalement au service du droit lui-même. La méthode comparative doit avoir autant pour fin de mettre en évidence les similitudes et les analogies entre les droits, mais aussi l'existence de cultures juridiques différentes, ce qui renvoie pour la science du droit à la méthode historique. La méthode comparative n'est jamais aussi efficace, a ajouté Giacinto della Cananea, que lorsque, par-delà la comparaison des textes et des institutions, comme de la jurisprudence des juges, elle part d'un questionnement sur les problèmes de droit tels qu'ils se posent dans les différents systèmes ou cultures juridiques, ne serait-ce que pour savoir si on peut s'entendre sur les sujets et les questions dont on parle dans chacun de ces systèmes et si ces questions ont la même signification.

Régis Ponsard a mis l'accent sur l'écart qui pourrait exister entre la glorification en théorie du droit de la souplesse et de la relative indétermination des concepts en droit, de leur ouverture et de leur flexibilité et les travaux de la philosophie du langage qui sont capables de marquer, de mieux en mieux, les frontières entre le déterminé et l'indéterminé, le certain et l'incertain, notamment dans les nouveaux travaux sur la théorie du *vagueness*. Régis Ponsard a ainsi demandé à la doctrine de mieux exercer la responsabilité scientifique qui est la sienne, aidée par les progrès de la sémantique et, dans une approche cognitive, de proposer la lecture exacte des textes pour concourir à permettre de distinguer dans le droit interprété par le juge le droit valide et le droit conforme.

De même façon Léo Vannier a montré comment l'on pouvait procéder à un travail scientifique renouvelé sur l'analyse des modes de gestion des services publics à partir du concept d'« externalisation » et de la théorisation qui en a été faite en science économique. Léo Vanier a rappelé l'usage qui peut être fait dans les politiques publiques et en doctrine du vocabulaire de l'externalisation pour faire croire à une justification scientifique de la privatisation des services publics et de l'action administrative. Mais, et c'est ce qu'on retiendra — c'est le sens même de sa communication — Léo Vanier souligne aussi qu'il est possible d'un point de vue scientifique, en distinguant clairement, comme le fait la littérature spécialisée, le concept même d'externalisation et les raisons d'externaliser et en s'attachant exclusivement aux aspects théoriques du concept, pour laisser de côté les injonctions normatives des sciences économiques et de gestion sur la politique d'externalisation, de mieux décrire et expliciter les règles du droit administratif sur les modes de gestion des services publics et de l'action administrative, dont par ailleurs Léo Vanier montre qu'elles sont mal explicitées dans et par nos théories doctrinales classiques.

Aude Zaradny relève aussi que, là où il aurait pu trouver un terrain où s'illustrer de façon institutionnelle, celui de l'entreprise de codification, le cœur à deux voix entre doctrine et Conseil d'État fait place au contraire à l'omniprésence du Conseil d'État et à la marginalisation de la doctrine, ce qui selon Aude Zaradny permettrait à la doctrine de revendiquer la situation d'autarcie qui lui est faite pour « sauvegarder la connaissance objective dans toute sa pureté », pour reprendre avec elle les mots de Jean-Jacques Bienvenu. Aude Zaradny a aussi indiqué que c'est peut-être parce que la doctrine n'est pas associée au droit tel qu'il se fait (et c'est spécialement le cas nous a-t-elle dit dans le cadre des travaux relatifs à la codification), qu'elle a une « opportunité », pour prendre ses distances et « désenchanter » le droit administratif, en pouvant se consacrer au travail d'en dévoiler les enjeux de pouvoir en ayant recours à une analyse structurale des discours susceptible de révéler les « codes » qui démentiraient les textes et les analyses apparemment neutres qui pourraient en être faites.

b. Il ne peut être question ici, ce n'était pas l'objet principal du colloque, de revenir sur la question de la doctrine en droit administratif, de ses fonctions et de son statut scientifique²⁰. Mais si le travail de connaissance du droit administratif est aussi un travail de critique et de dialogue avec les acteurs et qui concourt à l'institution du droit, c'est aussi parce que la construction du droit administratif tel qu'il est dit et tel qu'il est fait par les acteurs n'est pas d'une nature fondamentalement différente de celle d'un travail d'ordre cognitif. Sans vouloir développer ce point, il faut rappeler qu'il existe

²⁰ Ce qui était l'objet du 3^e colloque annuel de l'AFDA en 2009, AFDA, *La doctrine en droit administratif*, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2010.

dans les sciences sociales une approche méthodologique et épistémologique qui ne fait pas nécessairement des représentations et des interprétations des acteurs des obstacles épistémologiques à la connaissance, mais des fondements de la connaissance²¹ dont témoignent bien certains travaux anthropologiques relevant du constructivisme social²². Sans vouloir trop extrapoler et surtout sans vouloir faire dire à Yves Gaudemet ce qu'il n'a pas lui-même développé, si l'on a du mal à supposer « une méthode de connaissance du droit administratif autre que celles par lesquelles le droit administratif se dit et se fait », c'est peut-être aussi parce que les méthodes par lesquelles le droit administratif se dit et se fait sont aussi d'ordre cognitif.

Sans pouvoir aborder cette question dans toute son ampleur, certains éléments évoqués pendant notre colloque peuvent nous conduire à avancer quelques observations, bien incomplètes, sur ce point.

Certains obstacles que l'on pourrait élever contre la dimension cognitive du travail du juge peuvent ne pas être retenus. « En dissimulant les détails de son activité interprétative, le juge alimente la thèse selon laquelle sa décision est l'expression subjective d'un acte de volonté qui, entre plusieurs interprétations possibles d'un même texte, tranche en faveur de l'une ou de l'autre, sans pouvoir justifier ce choix de manière rationnelle », écrit Fanny Malhière²³. Mais précisément Fanny Malhière rappelle ainsi que cette approche dans la rédaction des décisions du juge, qui ne fait que dissimuler l'argumentation, n'excluait naturellement, de la part du juge, ni l'existence d'une justification des prémisses par un cheminement raisonnable, ni un travail de recherche et de doctrine, ni même les controverses dans ce cheminement pouvant se traduire dans la formulation des prémisses et dans les conclusions.

Pas plus que ne peut être retenu le toujours possible usage rhétorique des techniques d'interprétation. Jean-Jacques Louis en a montré avec un exemple le mécanisme de fonctionnement, mais il réfute aussi, et je crois à raison, le décisionnisme du Conseil d'État. C'est que les techniques d'interprétation relèvent de la rhétorique et que la liberté de choix entre ces divers outils rhétoriques ne signifie pas nécessairement une absence de raisons et de construction rationnelle dans les choix que ces techniques ont juste pour vocation à rendre plus convaincantes.

²¹ V. J.-M. Berthelot, *Épistémologie des sciences sociales*, PUF, 2001, p. 15-16.

²² Pour une prise en considération des pratiques des juges non comme un obstacle épistémologique mais comme un fondement de la science, v. B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2002.

²³ Cette méthode de rédaction ne semble pas elle-même soumise à révision. Sur ce point, v. encore P. Brunet, « Le style des décisions du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit & Société* 2015, 91, n° 3, p. 545 s.

**

*

C'est l'explicitation de nos méthodes d'enseignement et des méthodes du droit administratif que nous avons entreprise, y compris par l'analyse historique, philosophique et en interrogeant l'épistémologie. Nous avons voulu qu'au moins le cadre dans lequel nous pensons le droit administratif, dans lequel nous le décrivons, dans lequel le juge, le législateur et les autorités administratives le pensent et agissent soient moins subi, tout en acceptant sans doute que nos représentations restent nécessairement tenues à l'intérieur d'un espace ou d'un cadre de référence partiellement implicite²⁴. La recommandation, implicite elle aussi, de notre colloque est qu'il faudrait enseigner les méthodes de façon plus explicite et plus directe que ce n'est le cas aujourd'hui dans nos facultés, une recommandation faite à un moment peut-être opportun où la réforme de notre « offre de formation » demande à mettre plus l'accent sur les compétences et les apprentissages. Il faudrait plus se souvenir des leçons des grands maîtres du droit administratif. Ne pourrions-nous pas poursuivre une comparaison avec ce qui se fait chez les privatistes ? Ne sont-ils pas plus marqués que les administrativistes par les questionnements sur la méthode, comme si les traditions ouvertes par Duguit, Hauriou ou Esmein, ici, avaient eu moins d'influence que les leçons et questionnements, là, de François Gény ou de René Demogue²⁵ ?

²⁴ « Le discours du scientifique, comme celui du juriste, se fonde sur des représentations qui se font toujours à l'intérieur d'un certain espace, lequel reste généralement implicite : ces représentations mentales suggèrent, plus qu'elles ne désignent un cadre, un espace de référence, à l'intérieur duquel la pensée est censée se mouvoir [...]. On tente d'explorer un domaine aussi loin qu'il est possible, ou du moins qu'il semble possible, et cette croyance en la limitation de la force centrifuge dont nous sommes animés empêche d'aller voir plus loin que les limites que nous posons inconsciemment. Parfois, d'ailleurs, cette croyance n'est pas relative à la limitation inhérente à notre esprit d'invention, mais à la permission d'inventer, de se démarquer de l'opinion commune, ou de l'autorité de telle ou telle figure tutélaire comme l'histoire, la tradition, la doctrine majoritaire, un grand auteur. La difficulté est bien plus grande lorsque le cadrage est involontaire et qu'il est subi à la fois par le destinataire et par l'émetteur du discours. Dans ce cas-là, l'auteur de la représentation n'a pas lui-même conscience de se mouvoir à l'intérieur d'un cadre et cela vient souvent du fait qu'il lui est impossible d'en percevoir l'existence » (M.-L. Mathieu, *Les représentations dans la pensée des juristes*, IRJS éditions, coll. « Les voies du droit », 2014, p. 273-274).

²⁵ V. N. Hakim et F. Melleray, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009.