

Regards d'un juge administratif

Revenons sur les quatre réflexions qui viennent naturellement à l'esprit d'un juge administratif au fil de la lecture de *La nature de la décision judiciaire* de Benjamin CARDOZO : la découverte de Cardozo, de sa vision du juge, de sa méthode... et des conséquences de cette lecture sur son propre office.

I. Cardozo

Que découvre-je quand je lis ce livre ?

En première apparence, quelques banalités : des méthodes d'interprétation connues, une part subjective du juge avec ses passions, ses présupposés et la tautologie : « le juge un homme comme les autres » (12¹), mais qui en douterait ?

Puis, en son milieu, le livre prend son envol par l'affirmation et la réserve :

- L'affirmation, d'abord, quand le livre se livre en donnant la clé de la mission du juge (68-69): il lui revient de s'exprimer nettement, d'exprimer « haut et fort des idéaux qui sinon risqueraient d'être étouffés » car le juge ne peut pas chuchoter, ni s'excuser, encore moins se taire, il doit appeler les choses par leur nom, c'est la justice par l'exactitude, car l'inexactitude vicie le travail du magistrat : comme au tribunal de Paris quand, récemment encore, l'activité d'un agent de la ville de Paris en emploi fictif travaillant, non pour sa ville, mais pour la circonscription de province du maire était qualifiée par le parquet de « télétravail »... Il arrive au juge, et non seulement au parquet, de se permettre quelques excentricités en espérant seulement qu'elles se compensent (109). Ce qui n'est pas toujours le cas...Par ce pari sur la comptabilité et la compatibilité des excentricités, CARDOZO montre qu'il connaît bien les juges.

- La réserve, ensuite, quand notre auteur commence à se célébrer...puis s'interrompt avant qu'il ne soit trop tard : le lecteur le sent tenté, un instant de (dé)raison par le rêve d'un

¹ Les chiffres indiqués correspondent à la page de l'ouvrage de B. Cardozo.

juge grand régulateur, sentinelle contre les assauts de l'opportunisme en politique (67), celui qui, contre les autres institutions, refuse d'aller au plus facile, écarte les coups de canif des petits arrangements. Mais, en même temps, si le juge peut dissuader (68) de commettre des excès, ce n'est pas lui qui fait le Droit (85), il ne rend que des « sentences éparses ». L'auteur se protège contre le risque de voir le juge au centre de la société, ce « jugeocentrisme » qui n'est peut être pas inconnu en France.

Le juge saura protester contre la loi oppressive. Mais CARDOZO sait se tenir et oppose un solide scepticisme aux figures ou postures du bon juge Magnaud² (91). Il ne prise pas particulièrement le juge qui se pose, le poseur, en position, en posture, le juge qui sculpte à longueur d'affaires le socle où il entend se hisser. Le juge n'est pas le justicier.

Enfin le juge tentera d'atteindre une « synthèse authentique » (103). Le juge se révèle aussi un tacticien, tel le juge administratif français :

- qui sait regrouper cinq affaires d'application de la loi de 1905 (*CE Ass. 19 juillet 2011 commune de Trelaze n°308.544* et autres affaires du même jour) pour les affirmer et les commenter en bloc quand elles sont en réalité diverses et pouvaient mériter un traitement plus différencié « en dentelle »,

- qui sait renvoyer une affaire à une formation supérieure en raison de sa difficulté particulière : *CE Ass 23 décembre 2011 DANTHONY n°335033*,

- qui sait manier, en informant auparavant l'avocat, le désaccord ou l'accord entre la formation de jugement et son rapporteur public.

Pour comprendre « la nature de la décision judiciaire », CARDOZO emprunte au vocabulaire et à la démarche de la psychologie : le juge « s'autoanalyse » (8), mène introspection (25), explore son propre subconscient (26), est assailli par des forces » (26), ces flux et forces qui le portent vers une décision (14). Ce vocabulaire a le mérite d'attirer l'attention sur l'effort permanent de maîtrise de soi qui s'impose au juge.

Dans sa propre description, CARDOZO nous dépeint un juge réel, dans sa vérité, sous l'apparence des positions officielles ; Et son travail quasi-manuel, précisément, où l'artisan juriste doit pouvoir produire sans risque (13). Même si, et parce qu'il est juge, il doit maîtriser « les flux et forces qui poussent vers une décision » (14) sans céder, comme le poète, à l'écriture automatique.

² Voir le livre de Mohamed SADOUD « *Paul Magnaud le bon juge* », Riveneuve éditions, 2011.

II. Le juge

Ce juge, qui n'est pas l'étoile du berger brillant sur le monde, est néanmoins indispensable par ses multiples facettes que CARDOZO met parfaitement en lumière :

- *Le juge chercheur :*

Le juge est à la fois sourcier, comme un héros de *Manon des sources*, à la recherche nécessaire de filets d'inspiration où il se ressourcera (27). Ses sources sont la jurisprudence comme engendrement de lignée (31) où s'inscrire comme une généalogie intellectuelle. Et le juge chercheur discutera sur les différentes méthodes (36), à commencer par l'analogie.

- *Le juge débatteur :*

Le juge débat, confronte son point de vue, apprend à discuter, s'entraîne à la retenue dans le débat collégial » selon l'expression significative de la décision *CE 25 mai 2007 M.W. n°293.120*. Il gère émotionnellement et professionnellement les désaccords (35) puis l'acceptation de la dure loi de la majorité.

Mais son indépendance le porte parfois à l'éloge de l'opinion minoritaire en avance (61) sur la jurisprudence.

- *Le juge rédacteur :*

Le juge ne saurait se borner à emboîter les « considérants » préfabriqués. CARDOZO met en garde contre le « vêtement de confection » (18 et 44). Il ne connaissait pas encore les « banques de considérants » conséquences néfastes des nouvelles technologies.

Admettons avec l'auteur que le juge, par ses rédactions, est plus qu'un « traducteur », ce qui serait déjà flatteur. Mais il ajoute sa touche de création.

- *Le juge créateur (11) :*

C'est bien à ce point que l'éloge du juge peut en faire une idole. Et c'est bien ici que l'auteur concentre sa réflexion et nous éclaire sur notre métier de juge français et européen des années 2010.

Car, « au son du clairon du code civil français » (89) le juge DOIT juger. Il n'a pas, heureusement, la compétence de sa compétence. Et dans ce cadre, il déploie toute la subtilité de ses capacités, sous 3 conditions :

- en l'absence de loi ou de principe, le juge trouve des références : il lui revient de compléter la loi, car il est la « bouche de la loi » (56).

Dans cette mission de substitution, il doit faire montre de rigueur et non de *Gefühlsjurisprudenz* (75), il se méfie de ses propres sentiments et ne connaît pas ou plus son propre sens du péché : « un péché que d'aller au théâtre » (76) ou un péché que d'allouer des fonds publics à un sex shop (*CE 8 septembre 1995 LANG n°155287*). Le juge ne sert pas sa propre morale, il obéit, par principe, à la loi égale pour tous. Le principe fondamental d'impartialité est à la fois la condition et la conséquence de cet exercice contraint.

Il lui revient de ne pas en faire trop, NI par le haut en inventant des principes, NI par le bas en créant des procédures des délais, formalités ou règles de publicité (79).

- quand la règle n'est plus adaptée aux besoins de la société (p.29), le juge en apporte une sur un plateau, quel que soit le sujet, même très sensible comme les cultes ou la politique :
 - pour les cultes : quand la loi de 1905 ne s'applique pas en Polynésie, le juge revient aux principes (*CE 16 mars 2005 ministre de l'outremer n°265.560*) ; quand la loi de 1905 soulève questions par rapport à l'intérêt local (*CE Ass 19 juillet 2011 commune de Trelaze précité*) ; quand un salarié rejette les fêtes du calendrier pour vouloir honorer Giordano Bruno, le juge doit choisir entre la liberté du salarié et les principes du service public laïc en l'espèce en refusant la journée de congé (*CE 3 juin 1988 Banque de France c/ Mme BARSAC n°67.791*).
 - pour la politique : la prise en compte du temps de parole du président de la République en période électorale justifie que le Conseil d'État bouscule légèrement le CSA (*CE 8 avril 2009 Hollande et Mathus n°311.136*).
- et toujours avec le sens de sa fonction et de ses limites : « mon devoir est d'objectiver dans le droit les aspirations, les convictions et les opinions philosophiques des hommes et des femmes de mon temps » (17 et 108)

C'est aller plus loin que simplement manier le nuancier de couleur (31).

En langage français, c'est avoir lu et relu la thèse *La morale administrative* de WELTER 1929, élève d'HAURIOU, qui présentait quelques similitudes avec l'*equity* (41).

En lisant WELTER, le juge français contemporain se prépare à CARDOZO alors que, peut-être, CARDOZO a inspiré WELTER. Dans sa conclusion, celui-ci rappelle (457) : « il existe un contrôle [du juge] de ce qu'on peut appeler la conduite morale de l'administration en tant, surtout, que cette conduite se révèle dans les buts auxquels tendent les décisions exécutoires prises par la puissance publique. C'est ce contrôle qui constitue la sanction de la déontologie administrative ».

Aujourd'hui, le juge administratif français sait ne pas aller trop loin :

Le juge peut refuser l'effet rétroactif (95), afin de stabiliser le passé (*CE Ass 11 mai 2004 association AC ! n°255886*), cristalliser les effets de l'acte annulé (et, selon le rapporteur public C. Devys, économiser une loi de validation), comme il peut retarder les effets de son annulation jusqu'à une date ultérieure.

Le juge respecte le précédent même s'il le conteste (97) et sait gérer ses changements de jurisprudence,

Le juge n'est pas là pour reconstruire le dossier au profit du requérant (*CE 2 novembre 2005 FAYANT n°279.660* sur le référé, ou *31 décembre 2011 SNCF n°336.193* à propos d'une contravention de grande voirie).

Mais la plus importante de ces limitations est celle selon laquelle le juge administratif, comme d'ailleurs le juge judiciaire, n'est pas législateur, y compris en France depuis 2008, malgré la QPC et malgré ses décisions de non renvoi au Conseil constitutionnel.

Le juge sait esquiver et limiter la confrontation avec le législateur. Heureusement ce n'est pas tous les jours que le juge est conduit par le sens de sa mission à prendre des décisions *CE Ass 7 février 1947 d'AILLIERES* pour transformer l'intention du législateur : « l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée en l'absence d'une volonté contraire clairement exprimée par les auteurs de cette disposition... »

Le juge se protège lui-même avec sa jurisprudence *Commune de HOUDAN 27 octobre 1999 n°188685* en ne se permettant la référence aux travaux préparatoires de la loi que si celle-ci n'est pas suffisamment explicite.

Comme nombre de juges, CARDOZO suggère que sa fonction est aussi de faire barrage à l'opportunisme du politique (67). Il exprime le malaise du juge, de tous les juges quand des lois d'opportunité viennent interférer dans sa jurisprudence, comme récemment en

France avec la proposition de loi Warsmann où le législateur vient tenter de redéfinir le traitement du « vice substantiel » malgré la jurisprudence sur ce sujet. Ou comme la loi de 2011 sur le financement des partis politiques qui détermine l'issue d'un litige en cours sur le financement des campagnes des élections régionales (*CE Ass 4 juillet 2011 élections régionales Ile-de-France n°338033*).

Le malentendu toujours présent entre juge et législateur s'exprime aussi par la réticence du législateur à admettre les codes de la *common law* (56) ou du droit jurisprudentiel administratif, comme par la « coquetterie »³ du juge administratif à passer juste devant le législateur avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 : *20 décembre 2000 OUATAH* pour abandonner la jurisprudence *AMOROS 23 janvier 1970*.

Mais le législateur s'inspire lui-même de la jurisprudence : en 1999, la Cour de cassation affirmait qu'un médecin « *est tenu vis-à-vis de son client, en matière d'infections nosocomiales, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère* » (Civ. 1^o 29 juin 1999, Bull. n° 222). C'est la solution que la loi du 4 mars 2002 a consacrée tout en limitant le champ d'application aux établissements⁴.

Finalement, ce que CARDOZO nous propose de retenir du juge, plus encore que sa confrontation maîtrisée au législateur c'est sa méthode, ou plutôt ses méthodes.

III. La méthode

Observons les trois méthodes présentées par CARDOZO qui ne sont pas inconnues du juge administratif français :

- La méthode logique ou philosophique, en français : méthode des principes généraux du droit.

Cette méthode est la base pour éviter « chance et faveur » (38), la règle dérive d'un principe (45) et le juge progresse par analogie et syllogisme.

³ Voir pdt Labetoulle allocution d'ouverture colloque du 24 novembre 2010 au TA de Cergy Pontoise *RFDA* mai juin 2011 p. 459.

⁴ CSP art. L 1142-1, I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. / Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

C'est cette veine intellectuelle qui produit les puissants effets du principe d'égalité conduisant à contrôler l'utilisation inégale des « dérogations » à l'égard des usagers (*CE 18 novembre 2011 GDS c/ ROUSSEAUX n°344563*, dans la ligne d'autres précédents⁵), car « un principe donne unité et cohérence à une masse de cas particuliers » (36).

-Le développement historique ou méthode évolutive, en français : méthode de l'intérêt général.

CARDOZO se fait plus juge administratif que le juge administratif lui-même, en relevant la religion de l'intérêt général (57), de la propriété-fonction qui sert une utilité sociale et d'abord de la Constitution (61) qui devrait conserver sa souplesse et sa flexibilité.

Ces notions sont issues de l'histoire comme « la personnalité morale » (48), ou la loi salique.

Ces développements méthodologiques sont proches de notre fabrique de PGD et de PFRLR eux-mêmes inspirés et résultants de la répétition de l'esprit des lois successives.

Le juge français n'ignore pas les coutumes (51) et la *lex mercatoria* peut être rapprochée des jurisprudences sur le nouveau droit des NTIC et de la copie privée.

Mais ni la coutume, ni la jurisprudence d'ailleurs, ne figera les évolutions politiques.

Développement historique et méthode évolutive sont aussi pratiqués par le juge administratif : aux développements de CARDOZO sur le viager *for life* et le contrat *for years* (49), peut être comparée la décision « *CE 1^{er} février 2012 ministre du budget c/ JAEGER n°338.611* » sur la distinction rente/ capital pour l'imposition de la mise à disposition d'un logement par un ex conjoint en cas de divorce.

- La méthode sociologique mêlant les notions de justice, moralité, utilité sociale et mœurs du temps (71), en français : le souci de compréhension de la jurisprudence par les justiciables.

Le juge ne peut se contenter de positions qui heurteraient frontalement la conscience sociale alors qu'aucun intérêt supérieur n'imposerait une telle solution.

La responsabilité du tiers au contrat est refusée en Grande Bretagne mais, du fait de nécessités pratiques, admises aux États-Unis (72). Il ne s'agit plus alors de l'origine de la règle mais de son but (73).

⁵ CE 13 janvier 1932 *Sté la Gde Taverne* p. 36 ou 10 juillet 1995 *Contremoulin* p. 293 n°147.212.

Dans cette ligne méthodologique (cf. *RFDA* 2011), le propriétaire d'un véhicule volé ne peut être tenu pour responsable du dommage causé par ce véhicule à une dépendance du domaine public (*CE S.5 juillet 2000 ministre de l'équipement c/ Chevalier n°207526* qui abandonne une solution contraire, *CE 6 mai 1932 Seillier* et *12 février 1965 Chotard Chavanon*).

Conclusion modeste d'un juge administratif

- « Que fais-je quand je tranche un litige ? » (25), telle est bien la portée de la *nature de la décision judiciaire*.

Le juge administratif, comme un président de la République, mais à sa propre mesure, se pose la question : utiliser le « je » ou « nous » ? L'esprit de la collégialité le mènera plutôt, et sauf fonction particulière comme rapporteur public, au « nous ».

Il tranche un litige certes, (en cassation, il est juge d'un jugement), et ne se situe pas principalement dans la confrontation avec des plaideurs (7). Mais il ne faut pas écarter l'irruption du plaideur, et avec lui, la tension, la protestation et même les pleurs et lamentations, rares dans les cours supérieures comme celles que fréquentait CARDOZO. La loi du 30 juin 2000 et le référé, comme les nouvelles formes d'instruction par audiences contradictoires ont commencé à mieux préparer le juge du Conseil d'État à cette part d'oralité des débats. Les juges des tribunaux et des cours administratives d'appel ayant une certaine avance dans cette connaissance directe des justiciables.

- « Que ne fais-je pas, que dois-je ne pas faire ? », ces questions permanentes hantent la conscience du juge. De quoi se garder en tant que juge, se garder du déni - un juge ne refuse pas de juger - et des dîners - un juge porte attention aux risques de partialité, quel risque de confusion prévenir ? Le juge n'est ni le devin ni le divin, ni législateur ni administrateur... qu'il tienne tout son rôle mais que son rôle ou son « office ».

Le juge administratif soumet à inventaire la théorie du juge acteur de progrès (17).

Il reste au juge administratif à relire, dans la solitude de son cabinet, outre CARDOZO,

- de brillants traités de droit administratif contemporain qui mixent lois et précédents jurisprudentiels et pénètrent au cœur de la méthode du juge administratif (P. GONOD, F. MELLERAY, Ph YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz 2011).

- et le livret de 1779, *Réflexions sur les principes de la justice* qui, déjà il y a 230 ans (et 150 ans avant CARDOZO), résumait les six fonctions du juge : « 1° connaître la loi, 2° l'appliquer aux cas particuliers, 3° quelquefois l'expliquer quand elle est obscure, 4° souvent la suppléer, 5° tantôt l'étendre ou la restreindre dans des cas douteux, 6° tantôt, enfin, en concilier de contraires ». Ce texte novateur, non dénué d'humour discret comme la fine ironie traversant parfois les pages de CARDOZO, nous montre que le juge, parce qu'il est juge, est tout en retenue offensive.

CARDOZO a peut être apprécié les *Réflexions*.

Et nous, nous lirons et relirons *La nature de la décision judiciaire*.

Christian Vigouroux

Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État