



L'office du juge administratif de la légalité

Wendy Lellig

► **To cite this version:**

Wendy Lellig. L'office du juge administratif de la légalité. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. <NNT : 2015MONTD056>. <tel-01375397>

HAL Id: tel-01375397

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01375397>

Submitted on 3 Oct 2016

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.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'**UNIVERSITE DE MONTPELLIER**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique (ED 461)

et de l'unité de recherche
Centre de Recherches et d'Etudes Administratives de
Montpellier
(CREAM – EA 2038)

Spécialité : **Droit public**

Présentée par **Wendy LELLIG**

**L'OFFICE DU JUGE ADMINISTRATIF
DE LA LÉGALITÉ**

Soutenue publiquement le 14 décembre 2015 devant le jury composé de

Monsieur David BAILLEUL Rapporteur
Professeur à l'Université de Savoie

Madame Camille BROUELLE Rapporteur
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Guylain CLAMOUR Directeur de thèse
Professeur à l'Université de Montpellier

Madame Pascale IDOUX
Professeur à l'Université de Montpellier
Membre de l'Institut universitaire de France

Monsieur Bernard STIRN
*Président de la Section du contentieux
du Conseil d'Etat*



*« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans cette thèse ;
ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »*

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en premier lieu, tout aussi naturellement que sincèrement, à Monsieur le Professeur Guylain CLAMOUR pour son soutien et son accompagnement sans faille durant toutes ces années. Je ne puis qu'espérer que ce travail de recherche ne démentira pas la confiance qu'il a bien voulu m'accorder.

Qu'il me soit également permis de respectueusement remercier Monsieur le Président Bernard STIRN, Mesdames les Professeurs Camille BROUELLE et Pascale IDOUX, ainsi que Monsieur le Professeur David BAILLEUL, pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de siéger dans ce jury.

Si l'élaboration d'une thèse suppose généralement un cheminement solitaire, son achèvement resterait illusoire sans les amitiés qui l'accompagnent. Que M. Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, pour son regard à la fois exigeant et bienveillant, du premier au dernier mot, ainsi que pour le temps qu'il s'est toujours refusé à compter, soit infiniment et très affectueusement remercié.

Pour avoir fait de ces derniers mois une occasion inespérée de partages enrichissants et de complicités rares, j'adresse mes remerciements les plus chaleureux à Mmes Marie CRESPIY-DE CONINCK et Marie-Charlotte BONTRON. M. Clément CRESPIY voudra bien trouver dans ces quelques mots l'expression de toute ma reconnaissance pour son amitié précieuse et son écoute toujours attentive. Pour leurs contributions respectives et leur soutien bienveillant, j'adresse également mes très amicaux remerciements à Mmes Caroline POUILLAIN et Sarah HOULLIER.

Que toutes celles et ceux, parents, famille, amis et collègues, qui m'ont honoré d'un soutien réconfortant, d'une confiance gratifiante, soient remerciés pour leur présence inestimable à mes côtés.

Mes derniers mots s'adressent à Clément grâce auquel, chaque jour, depuis toutes ces années, plus rien n'est impossible.

A mon père,

TABLES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDA : Association française pour la recherche en droit administratif

aff. : affaire

AJCT : Actualité juridique - Collectivités territoriales

AJDA : Actualité juridique - Droit administratif

AJFP : Actualité juridique - Fonctions publiques

al. : alinéa

art. : article

Ass. : Assemblée

ass. : association

Bibl. : Bibliothèque

BJCP : Bulletin juridique des contrats publics

c. : contre

CAA : Cour administrative d'appel

CCC : Cahiers du Conseil constitutionnel

Cass. Civ. : Cour de cassation, chambre civile

Cass. Com. : Cour de cassation, chambre commerciale, économique et financière

Cass. Soc. : Cour de cassation, chambre sociale

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

Cf. : confer

CGCT : Code général des collectivités territoriales

chap. : chapitre

chron. : chronique

circ. : circulaire

CJA : Code de justice administrative

CJCE - CJUE : Cour de justice des Communautés européennes, de l'Union européenne

coll. : collection

comm. : commentaire

comp. : comparer

concl. : conclusions

Cons. : Considérant

D. : Recueil Dalloz (Dalloz-Sirey)

dactyl. : dactylographiée (pour une thèse non publiée)

DC : décision concernant la déclaration de conformité à la Constitution

Déc. : décision

DA : Revue Droit administratif

dir. : sous la direction de

Doc. fr. : La Documentation française

éd. : édition

EDCE : Etudes et documents du Conseil d'Etat

et a. : et autres

et s. : et suivant(e)s

ex. : exemple

fasc. : fascicule

GACA : Grands arrêts du contentieux administratif

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

Gaz. Pal. ou GP : La Gazette du Palais

GDCC : Grandes décisions du Conseil constitutionnel

Ibid. : Ibidem

JCl. Adm. : JurisClasseur Administratif

JCP A : La Semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales

JCP E : La Semaine juridique, édition entreprises

JCP G : La Semaine juridique, édition générale

JORF : Journal Officiel de la République Française

La Doc. fr. : La Documentation française

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

LPA : Les Petites Affiches

Min. : Ministre

n° : numéro

not. : notamment

obs. : observations

op. cit. : opere citato

ord. : ordonnance

p. : page

pp. : pages

préc. : précité

PU : Presses universitaires ou Presses de l'Université

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaires de France

PUG : Presses universitaires de Grenoble

rappr. : rapprocher

RDCA : Répertoire Dalloz de contentieux administratif

RDI : Revue de droit immobilier

RDP : Revue du droit public et de la science juridique en France et à l'étranger

Rec. : (selon le contexte) : Recueil Lebon des arrêts du CE, des décisions du TC, des arrêts de CAA, des jugements de TA ; Recueil des décisions du CC ; Recueil des arrêts de la CJCE et du TPICE.

Rép. : répertoire

rép. min. : réponse ministérielle

req. : requête

RFAP : Revue française d'administration publique

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RISA : Revue internationale de science administrative

RJE : Revue juridique de l'environnement

RJF : Revue de Jurisprudence fiscale

RJEP : Revue juridique des entreprises publiques

RL Conc. : Revue Lamy Concurrence

RPDA : Revue pratique de droit administratif

RRJ : Revue de la recherche juridique. Droit prospectif

RTD Civ. ou RTDC : Revue trimestrielle de droit civil

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

RUDH : Revue universelle des droits de l'homme

S. : Recueil Sirey

s. : suivant(e)s

Sect. : Section

spéc. : spécialement

Sté : société

Synd. : syndicat ou syndical(e)

t. : tome

TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits

TCE : Traité instituant la Communauté européenne

Univ. : université

v. : voir, se référer à

vol. : volume

§ : paragraphe

NOTA : les numéros de pages cités après les décisions ou arrêts renvoient au recueil de chaque juridiction.

SOMMAIRE

Première partie

UNE DISSYMMÉTRIE DÉVOILÉE

Titre I : Un contrôle juridictionnel défectueux

Chapitre I : *Une défectuosité constatée*

Chapitre II : *Une défectuosité négligée*

Titre II : Une fonction juridictionnelle dévoyée

Chapitre I : *Une singularité ignorée*

Chapitre II : *Une instance déséquilibrée*

Seconde Partie

UNE PERFECTIBILITÉ AVÉRÉE

Titre I : Des obstacles théoriques infondés

Chapitre I : *Des limites fonctionnelles respectées*

Chapitre II : *Des limites conceptuelles dépassées*

Titre II : Des obstacles pratiques supposés

Chapitre I : *Des hypothèses délimitées*

Chapitre II : *Des ajustements modérés*

INTRODUCTION

« Si j'étais de votre nation, et si j'admirais, comme vous tous, votre grand Conseil, et son recours, je ne cesserais, me semble-t-il, non de lui en chanter les louanges, mais de lui en dénoncer les faiblesses, pour l'inciter à se dépasser lui-même et à l'égaliser à ce grand dieu que vous nommez le règne du Droit »¹.

Mais de quelles faiblesses peut-il bien être aujourd'hui question s'agissant de l'office du juge administratif ? Au cours de ces vingt dernières années, la palette de ses pouvoirs s'est considérablement enrichie et le juge de l'excès de pouvoir n'est plus enserré dans le choix binaire d'une solution de rejet ou d'une annulation rétroactive. D'ailleurs, le juge de la légalité s'identifie sans doute de moins en moins au juge de l'excès de pouvoir, par l'essor considérable du plein contentieux objectif, sous l'effet conjugué de volontés législative et prétorienne convergentes. Ces volontés s'inscrivent assurément dans le sillage d'une évolution marquée par une constante et opiniâtre recherche d'efficacité des décisions juridictionnelles.

A cet égard, deux orientations générales se dégagent de l'ensemble des réformes et revirements opérés : le juge de la légalité doit disposer des moyens nécessaires afin d'assurer tant la crédibilité que l'efficacité de ses décisions, et la décision d'annulation doit constituer une solution ultime compte tenu de la « *grave déstabilisation juridique* »² qu'elle peut générer. La reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge administratif³ et, plus particulièrement, au juge de la légalité, puisqu'il s'agit d'une prérogative associée à l'exercice d'un pouvoir d'annulation, a incontestablement « *donné le départ d'un mouvement considérable d'extension de l'office du juge administratif, qu'elle a probablement*

¹ RIVERO (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chron., p. 37, spéc. p. 40.

² GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, n° 883.

³ 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.

désinhibé »⁴. Associée à l'institution de procédures de référés renouvelées par la loi du 30 juin 2000⁵, la décision du juge administratif s'affranchit de l'effet platonique que l'on aurait pu croire lui être fatalement attaché, du fait tant du caractère non suspensif des recours que du refus de faire œuvre d'administrateur.

Ces évolutions, inscrites dans un mouvement nécessairement corrélatif de consolidation de l'ordre juridictionnel administratif⁶, marquent l'avènement d'un « *nouveau juge administratif* » sujet à une « *transformation si complète qu'on pourrait bientôt ne plus le reconnaître* »⁷. Tout particulièrement, le juge de la légalité n'est plus celui de l'illégalité rimant nécessairement avec annulation⁸. Et c'est sans doute à cet égard que la « *profonde mutation* »⁹ de son office est la plus remarquable. Que l'annulation soit évitée¹⁰, modulée¹¹,

⁴ TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux "branches" », *RFDA*, 2015, p. 657.

⁵ 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.

⁶ Notamment par la création des cours administratives d'appel par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, *JORF*, 1^{er} janvier 1988, p. 7 ; ainsi que par la reconnaissance d'une sphère de compétence constitutionnellement garantie par la décision CC, 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*, p. 8 ; *AJDA*, 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *JCP G*, 1987, II, 20854, note J.-F. Sestier ; *RFDA*, 1987, p. 287, note B. Genevois ; *RFDA*, 1987, p. 301, note L. Favoreu ; *RDP*, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *D.*, 1988, p. 117, note F. Luchaire ; *LPA*, 12 févr. 1987, p. 21, note V. Selinky ; *Gaz. Pal.*, 18-19 mars, 1987, Doctrine, p. 209, comm. C. Lepage-Jessua ; *RA*, 1988, p. 29, note J.-M. Sorel ; *GAJA*, 20^{ème} éd., n° 85.

⁷ DRAGO (R.), « Un nouveau juge administratif », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 451.

⁸ SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA*, 2004, p. 963.

⁹ BAILLEUL (D.), « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626.

¹⁰ Grâce aux procédés de la neutralisation d'un motif illégal (CE, Ass., 12 janv. 1968, *Dame Perrot*, n° 70951, p. 39 ; *AJDA*, 1968, p. 179, concl. J. Kahn) ; de la substitution de base légale (CE, Sect., 3 déc. 2003, *Préfet de Seine Maritime c. El Bahi*, n° 240267, p. 479, avec les concl. de J.H. Stahl ; *AJDA*, 2004, p. 202, chron. F. Donnat, D. Casas ; *D.*, 2005, p. 26 obs. P.L. Frier ; *RDP*, 2004, p. 354, note C. Guettier ; *RRJ*, 2005, p. 115, note C. Charles ; *Procédures*, n° 4, avr. 2004, comm. 85, obs. S. Deygas ; *DA*, n° 5, mai 2004, étude 9, étude F. Donnat, D. Casas) ; ou encore de la substitution de motif (CE, Sect., 6 fév. 2004, *Hallal*, n° 240560, p. 48 ; *RFDA*, 2004, p. 740, concl. I. de Silva ; *AJDA*, 2004, p. 436, chron. F. Donnat, D. Casas ; *RDP*, 2005, p. 530, chron. C. Guettier ; *D.*, 2005, p. 26, obs. P.L. Frier ; *DA*, n° 3, mars 2004, comm. 51, note D. Chabanol ; *DA*, n° 5, mai 2004, étude 9, F. Donnat, D. Casas ; *Gaz. Pal.*, n° 12, 12 janv. 2005, note D. Linotte, J.C. Pissaloux).

¹¹ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886, p. 197 ; *RFDA*, 2004, p. 454, concl. C. Devys ; *RFDA*, 2004, p. 438, note J.H. Stahl, A. Courrèges ; *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. C. Landais, F. Lenica ; *AJDA*, 2004, p. 1049, tribune J.-C. Bonichot ; *D.*, 2004, p. 1603, chron. B. Mathieu ; *D.*, 2005, p. 26, obs. P.L. Frier ; *DA*, n° 7, juill. 2004, comm. 115, note M. Lombard ; *DA*, n° 8, août 2004, étude 15, O. Dubos, F. Melleray ; *Just. & cass.*, 2007, p. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; *Dr. soc.*, 2004, p. 762, étude P. Langlois ; *Dr. soc.*, 2004, p. 766, note X. Prétot ; *RTD civ.*, 2004, p. 594, R. Encinas de Munagorri ; *RTD civ.*, 2004, p. 603, P. Deumier ; *LPA*, n° 230, 17 juill. 2004, p. 24, note P. Montfort ; *LPA*, n° 25, 4 févr. 2005, p. 6, note F. Crozatier-Durand ; *JCP G*, n° 50, 8 déc. 2004, II, comm. 10189, note J. Bigot ; *Gaz. Pal.*, n° 155, 5 août 2005, p. 7, étude J. Guez ; *RDP*, 2005, p. 536, comm. C. Guettier ; *GAJA*, 20^{ème} éd., n° 107.

conditionnée¹², explicitée¹³ ou encore différée¹⁴, la « révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir »¹⁵ est avérée et sa « métamorphose »¹⁶ consommée.

Doté de ces « habits neufs »¹⁷, le juge administratif adopte une approche à la fois « concrète et pragmatique »¹⁸ de son office. Acteur d'un « nouveau procès administratif »¹⁹ ou plus exactement d'un « procès administratif renouvelé »²⁰, le juge administratif a su démontrer son adaptabilité et construire les solutions progressistes inscrivant son office dans un mouvement perpétuel de perfectionnement. Libéré de contraintes surannées, émancipé, légitimé, « l'office contemporain du juge de la légalité »²¹ témoigne de toute l'audace et la créativité dont sait notamment faire preuve le Conseil d'Etat lorsqu'il est question de « pleinement servir l'Etat de droit »²².

¹² CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509, p. 411 ; *AJDA*, 2001, p. 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *D.*, 2001, p. 2726 : un délai est imparti à l'administration pour rétablir la légalité d'un traitement automatisé d'informations nominatives entachés d'illégalité à défaut de comporter certaines dispositions. A défaut, l'administration aura l'obligation de prononcer sans délai l'abrogation des actes contestés.

¹³ CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassiliokotis*, n° 213229, p. 303, concl. F. Lamy ; *AJDA*, 2001, p. 1046, obs. M. Guyomar, P. Collin ; *RDP*, 2002, p. 752, obs. C. Guettier ; *Europe*, n° 8, août 2001, comm. 265, P. Cassia ; *JCP G*, n° 13, 27 mars 2002, IV, 1562, obs. M.C. Rouault ; *RRJ*, 2003, n° 2, vol. II, p. 1513, étude F. Blanco ; *LPA*, n° 212, 24 oct. 2001, p. 12, note S. Damarey : annulation d'un arrêté en tant qu'il ne prévoit pas certaines dispositions et comportant pour l'Etat les obligations énoncées aux motifs de la décision. V. également sur cette question de l'explicitation de la chose jugée : BROUELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA*, mars 2004, p. 8.

¹⁴ Articles L. 600-5-1 du code de l'urbanisme introduit par l'article 2 de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme et L. 600-9 introduit par l'article 137 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi ALUR, permettant de surseoir à statuer jusqu'à l'expiration d'un délai octroyé pour permettre la régularisation d'une autorisation ou d'un document d'urbanisme.

¹⁵ FRAISSEIX (P.), « La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir », *LPA*, 2005, n° 180, p. 3.

¹⁶ BOUSSARD (S.), « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 305.

¹⁷ ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11.

¹⁸ *Ibid.* p. 13

¹⁹ SAUVE (J.M.), « Le "nouveau procès administratif" », Intervention lors des Etats généraux du droit administratif organisés à la Maison de la Chimie le 27 septembre 2013 sur le thème « Le juge administratif et les questions de société ».

²⁰ *Ibid.*

²¹ SAUVE (J.M.), « Un corridor de Vasari au Palais-Royal. Autoportraits du juge en son office », *AJDA*, 2013, p. 1669.

²² SAUVE (J.M.), Intervention à l'Institut d'Etudes Juridiques de l'Université Panthéon-Assas le 10 février 2014 sur le thème « Justice administrative et Etat de droit ».

Quelles sont alors les faiblesses dont il peut être question ? Les décisions du juge de la légalité sont efficaces, leur opportunité sophistiquée, leur portée concrétisée. Pourtant, dans certaines hypothèses encore, les flèches « *qu'il sait si bien tailler pour les lancer contre l'arbitraire* »²³ restent prisonnières de leur carquois.

I. GENESE DE LA PROBLEMATIQUE

L'évolution qu'a connue l'office du juge de la légalité ces dernières années permet de se délester de préoccupations essentielles telles que l'utilité et l'efficacité de ses décisions – qui doivent pouvoir être considérées comme acquises – pour se consacrer plus particulièrement au rôle qui lui incombe dans l'élaboration des solutions adoptées. De ce point de vue, certaines insuffisances, d'occurrence discrète, peuvent être mises en lumière et dès lors justifier une recherche de perfectionnement.

A. Des imperfections persistantes

Le juge administratif de la légalité est parfois contraint de rejeter une requête en annulation à la fois recevable et fondée. Subsiste alors à son contrôle un acte administratif manifestement illégal dont il n'aura pu prononcer la censure faute d'avoir été saisi du moyen, voire des conclusions, adéquats.

Une illustre affaire, celle dite « des généraux »²⁴, née sous la Quatrième République, permet d'éclairer tout particulièrement le propos. Le Conseil d'Etat était saisi de deux requêtes, l'une introduite par le général Revers, l'autre par le général Mast, tendant chacune à l'annulation de la décision de mise à la retraite d'office qui leur avait été respectivement opposée par le Conseil des ministres. Les deux affaires étaient en tous points semblables, à l'exception notable de l'avocat, différent dans chacune. L'avocat du sieur Revers soulevait le moyen permettant d'obtenir l'annulation de la décision contestée, à savoir l'exception

²³ RIVERO (J.), « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 27, spéc. p. 28.

²⁴ CE, Sect., 23 mars 1962, *Sieur Revers*, p. 202 et CE, Sect., 23 mars 1962, *Sieur Mast*, p. 203 ; *AJDA*, 1962, p. 289, chron. J.M. Galabert et M. Gentot ; *D.*, 1962, p. 400, note L. Hamon.

d'illégalité du décret relatif à l'organisation du conseil supérieur de la guerre, dont l'irrégularité de la composition entachait d'un vice de procédure la décision prise suite à sa consultation. L'avocat du sieur Mast quant à lui, bien qu'invoquant l'incompétence d'un tel conseil ainsi que l'irrégularité de sa composition, ne s'emparait pas formellement de l'exception d'illégalité décisive et ne se révélera donc fondé « *par aucun des moyens qu'il invoque* » à demander l'annulation de la décision pourtant illégale qu'il conteste.

Ainsi, deux requêtes dirigées contre deux décisions similaires, lesquelles sont entachées du même vice, connaissent pourtant deux sorts opposés. Les deux requêtes sont recevables, les deux décisions sont illégales. La Haute juridiction se voit pour autant contrainte d'ignorer une telle illégalité portée à sa connaissance, étant dans l'impossibilité de s'emparer d'office du moyen susceptible de justifier l'annulation. Si le constat d'une telle impuissance est parfois formalisé dans les décisions juridictionnelles²⁵, tel n'est pas toujours le cas. Le juge doit alors feindre d'ignorer l'illégalité dont il n'est pas formellement saisi, de la même manière que lorsqu'il annule partiellement un acte intégralement illégal, mais dont seules certaines dispositions sont contestées.

Si, à l'évidence, des actes illégaux survivent au contrôle du juge de la légalité – parce que la requête est irrecevable ou le vice indétectable au regard des pièces du dossier par exemple – il demeure moins évident d'identifier les principes qui commandent le rejet de demandes d'annulation régulièrement introduites et bien fondées. Rares sont les auteurs qui s'emparent de cette question, certainement en raison de son appréhension abstraite délicate et de ses manifestations discrètes, voire insaisissables. S'il est possible de détecter, aux détours d'études consacrées aux moyens d'ordre public ou à la règle *non ultra petita* notamment²⁶,

²⁵ Par la mention selon laquelle « *le requérant n'est pas fondé, par les (seuls) moyens qu'il invoque* » ; la recherche de cette occurrence dans la base de jurisprudence du Conseil d'Etat génère seulement une cinquantaine de résultats.

²⁶ RICHER (L.), « Des droits du juge à ceux du justiciable », *AJDA*, 1986, p. 278, spéc. p. 283.

²⁶ V. notamment s'agissant des moyens d'ordre public : DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980 ; PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, p. 9-10. JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229 ; COLLY (F.), « Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *RFDA*, 1987, p. 786 ; CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11 ; JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris, 1976 ; EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Rouen, 1994 ; VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF 2001.

certaines signes d'improbation de telles solutions, aucune recherche ne s'empare pleinement de ce sujet.

Etre contraint de ne pas se saisir d'office de moyens ou de conclusions de nature à fonder l'annulation légitime qui lui est pourtant demandée peut constituer pour le juge de la légalité une « *discipline rigoureuse et parfois difficile à supporter* »²⁷. Pour perfectionné et sophistiqué qu'il soit, le « *système français de justice administrative n'a pas la prétention d'être parfait. Et assurément il est perfectible* »²⁸. C'est d'ailleurs un tel « *constat d'inadaptation de son office qui peut conduire le juge à repenser ses pouvoirs et devoirs* »²⁹.

B. Une recherche justifiée

Le juge de la légalité n'exerce pas pleinement son office lorsqu'il ne prononce pas l'annulation d'un acte administratif illégal régulièrement porté à sa connaissance : ses pouvoirs ne sont dès lors pas adaptés à ses devoirs. Certes, il dispose d'une multitude de prérogatives lui permettant d'atteindre un certain raffinement dans l'exercice de son pouvoir d'annulation, de le préciser, de le nuancer, de le tempérer. Mais au-delà de l'élaboration – essentielle – d'un pouvoir d'annulation adapté aux exigences de la stabilité juridique et de l'intérêt général, ne convient-il pas également de s'assurer de sa conformité aux impératifs de la légalité ? Si « *l'organe d'application (...) restera toujours la grande faille de l'Etat de Droit* »³⁰, ce n'est toutefois en « *rien diminuer le mérite du juge que de croire son œuvre perfectible* »³¹.

Le juge de la légalité ne dispose pas encore de l'ensemble des prérogatives lui permettant d'accomplir pleinement sa mission de garant de l'Etat de droit et de parachever l'élaboration de son office. Ce « *souci de finalité* » ne saurait toutefois aller « *jusqu'à*

Voir également à propos de la règle *non ultra petita* : BERTRAND (F.G.), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1974 ; AUBY (J.M.), « L'"*ultra petita*" dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p. 267.

²⁷ CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, p. 89, spéc. p. 90.

²⁸ PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 28.

²⁹ SAUVE (J.M.), « Un corridor de Vasari au Palais-Royal. Autoportraits du juge en son office », art. préc.

³⁰ LEISNER (W.), « L'Etat de droit, une contradiction ? », in *Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 65, spéc. p. 69.

³¹ JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris II, 1976, p. 216.

considérer que la fin justifie tous les moyens »³². Proposer de doter le juge de la légalité des instruments susceptibles de lui permettre de mener à bien sa mission « *d'apurement de l'ordonnancement juridique* »³³ ne peut s'inscrire que dans la recherche d'un équilibre, dans une perspective de conciliation des exigences du principe de légalité avec les limites inhérentes à la fonction de juger.

Assurément, « *quand il prend la décision, qui n'est jamais légère, de repenser ses pouvoirs et devoirs, le juge administratif prend bien garde de ne pas outrepasser certaines limites, sous peine de précisément dénaturer son office* »³⁴. La présente étude doit alors s'inscrire dans la recherche de « *techniques de contrôle à la fois rigoureuses et respectueuses des limites de la fonction juridictionnelle qu'impliquent la démocratie et l'Etat de droit* »³⁵. Il sera alors question de prendre toute la mesure de « *cette convergence dans l'office du juge de la nécessité et de l'impossibilité* »³⁶, sans pour autant se résigner à un quelconque « *ronronnement irresponsable sur le mol oreiller du confort des habitudes* »³⁷.

Si « *l'histoire de la juridiction administrative est celle d'une adaptation permanente* »³⁸, c'est certainement qu'il y aurait, « *pour le juriste, sinon quelque hypocrisie, du moins quelque paresse d'esprit, à se complaire dans la contemplation des reposantes certitudes traditionnelles* »³⁹. Il convient alors se saisir sans masque ni pudeur des insuffisances persistantes de l'office du juge administratif de la légalité, en s'appliquant aussi parfois à « *élaguer, dégager des lignes droites, rendre à nouveau perceptibles celles qui commençaient à ne plus l'être* »⁴⁰.

³² ODEMENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, p. 52.

³³ SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », art. préc.

³⁴ SAUVE (J.M.), « Un corridor de Vasari au Palais-Royal. Autoportraits du juge en son office », art. préc.

³⁵ VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », CCC, 1996, n° 1, p. 57 ; 1997, n° 2, p. 77, spéc. §22.

³⁶ FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463, spéc. p. 465.

³⁷ DRAI (P.), « Préface », in *La crise du juge*, LGDJ, 1990, p. VII, spéc. p. X.

³⁸ STIRN (B.), « Juridiction et jurisprudence administratives : le temps du mouvement », in *Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, p. 939, spéc., p. 940.

³⁹ RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457.

⁴⁰ LABETOULLE (D.), concl. sur, CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique*, p. 258, AJDA, 1984, p. 627.

II. DELIMITATION DE LA PROBLEMATIQUE

Si la notion « d’office du juge » suppose inévitablement d’en spécifier tant les contours que la substance, la référence au « juge administratif de la légalité » ne s’exempte pas non plus de certaines précisions, participant de la délimitation du champ de la présente étude.

A. Le juge administratif de la légalité

Circonscrire l’objet de la recherche au juge administratif de la légalité renvoie implicitement mais nécessairement à la question bien connue de la distinction des contentieux. Avant de justifier le choix d’un tel critère de délimitation et d’en déterminer les implications, quelques précisions préalables relatives au juge administratif s’imposent.

1) Un juge administratif

Evoquer le juge administratif impose de spécifier les juridictions dont il est question. Sont par principe incluses dans le champ de la présente étude l’ensemble des juridictions administratives à compétence générale que sont les tribunaux administratifs, les cours administratives d’appel et le Conseil d’Etat. Aucune distinction n’est *a priori* établie entre le juge unique et la formation collégiale de jugement, pas davantage qu’entre le juge de l’urgence, celui du provisoire ou celui du fond.

Ne sont en revanche pas comprises dans le périmètre de la recherche les juridictions administratives spécialisées, du fait notamment de leur hétérogénéité, tant dans leur organisation que dans leur fonctionnement, et de leur absence de soumission au code de justice administrative. Il n’est toutefois pas exclu que certains contentieux, bien que réservés à ces juridictions, soient parfois invoqués pour nourrir la démonstration, compte tenu de leur valeur illustrative ou explicative. De la même manière, bien que l’objet d’étude principal reste le juge administratif, cela ne doit pas faire obstacle à ce qu’il soit fait référence à d’autres juges, tels que les juges judiciaire ou constitutionnel notamment, qui par leurs ressemblances ou leurs dissemblances constituent des sources de réflexion considérables.

2) Un juge de la légalité

Délimiter le champ de l'étude au seul juge de la légalité commande d'explicitier les raisons d'un tel choix ainsi que ses implications concrètes en termes contentieux.

a. Le choix du contentieux de la légalité

Un enchevêtrement des offices et des recours. Incontestablement, il n'existe pas un seul, mais bien plusieurs juges administratifs, qui connaissent logiquement de diverses formes de recours. Plus exactement, « *il est vrai que la clarté de la distinction entre juge de l'excès de pouvoir et juge de plein contentieux s'estompe depuis quelques décennies, comme il est évident que se multiplient les figures du juge administratif* »⁴¹. Appréhender l'office du juge administratif suppose de déterminer duquel de ses offices il va être question et, partant, adopter un critère de distinction. Les marqueurs de la classification des recours sont brouillés et ne permettent pas de saisir la nature de l'office du juge en ce qu'ils se rapportent en règle générale essentiellement au régime procédural des différents contentieux.

La recherche d'une « *classification fondamentale des recours* »⁴², qui aurait pour ambition non pas de constater ces différences mais de les expliquer, ainsi que nous y invite G. Jèze, n'est pas l'objet d'une étude consacrée à l'office du juge. A l'évidence, la distinction des recours touche de près à la détermination des offices du juge administratif, mais il suffit pour étudier les seconds de retenir une clé de lecture permettant de faire prévaloir la substance du recours sur sa physionomie ou son régime procédural. Plus précisément, appréhender l'office du juge suppose de se défaire, d'une certaine manière, de cette logique procédurale qui préside généralement à la classification des recours, dont la diversité ne fait pourtant pas obstacle à l'exercice d'un seul et même office par le juge. Il est alors davantage question de la figure du juge, que de l'organisation du recours dont il connaît.

⁴¹ SAUVE (J.M.), « Un corridor de Vasari au Palais-Royal. Autoportraits du juge en son office », art. préc.

⁴² JEZE (G.), « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de pleine juridiction », *RDP*, 1908, p. 671, spéc. p. 683 : « *Voilà les questions fondamentales. Il ne suffit pas de constater ces différences. Il faut les expliquer. C'est à cela que doit tendre une classification fondamentale des recours* ».

Il faut bien reconnaître la « *complexité qui a toujours marqué les rapports de l'office du juge avec la distinction des contentieux* »⁴³. Le fait que la notion « d'office » connaisse aujourd'hui un tel retentissement au sein des travaux consacrés au contentieux administratif n'est sans doute pas étranger au caractère inadapté des classifications des recours proposées jusqu'alors. Le centre de gravité des réflexions est sans doute amené à évoluer avec l'essor de la figure du juge, qui transcende en réalité la diversité des recours. D'ailleurs, aucune grille d'analyse ne permet actuellement d'appréhender de manière systématique et explicative l'ensemble des recours dont le juge administratif est amené à connaître. Pour certains auteurs, le temps des classifications, qui confinerait à une « *certaine forme de conservatisme intellectuel* »⁴⁴, est alors révolu. Qualifiées à juste titre d'« *inopérantes* », les classifications seraient devenues « *de surcroît inutiles* »⁴⁵.

Toujours est-il que la question n'est pas ici de trancher un débat émergent sur la nécessité d'un critère de classification des recours, ni *a fortiori* sur la nature que pourrait revêtir un tel critère, mais de déterminer le champ d'une étude consacrée à l'office du juge de la légalité, tout en justifiant le choix du critère de la légalité, qui est à la fois plus vaste que le contentieux de l'excès de pouvoir, et moins incertain que le recours au caractère objectif du contentieux.

Des classifications traditionnelles inadaptées. Le juge administratif connaît de multiples recours et partant de contentieux divers, ne revêtant ni les mêmes aspects, ni les mêmes finalités. La variété des recours administratifs contentieux se manifeste par la différence de régime qui les caractérise, à l'origine de tentatives de systématisation. La première classification de ces recours, chronologiquement parlant, est celle fondée sur l'étendue des pouvoirs du juge, amorcée par L. Aucoc⁴⁶ et systématisée par E. Laferrière⁴⁷. Une telle classification implique de distinguer quatre formes de contentieux, en fonction des

⁴³ TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux "branches" », *RFDA*, 2015, p. 657.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ LEPETIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *RFDA*, 2011, p. 813 ; v. également à ce sujet MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A*, 2005, 1296.

⁴⁶ AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1^{ère} éd., 1869, t. 1, pp. 361 et s.

⁴⁷ LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1887, t. 1, pp. 15 et s.

pouvoirs dont dispose le juge : le contentieux de la pleine juridiction, le contentieux de l'annulation, celui de l'interprétation, et celui de la répression.

Passée à la postérité⁴⁸, cette distinction n'en comporte pas moins deux types de limites, mises en lumière par la doctrine⁴⁹ : les unes tenant au choix « *de retenir comme élément distinctif un trait qui n'est pas essentiel* »⁵⁰, à savoir uniquement la finalité de l'acte de juger, les autres tenant conséquemment à sa valeur somme toute insuffisante à décrire la réalité contentieuse. Les pouvoirs que peut mettre en œuvre le juge ne suffisent pas à déterminer la nature de son office et ne constituent pas un critère discriminant, ainsi qu'en témoigne l'essor du plein contentieux objectif dans lequel le juge dispose à la fois du pouvoir d'annuler et de celui de réformer.

La deuxième classification traditionnellement avancée est celle proposée par L. Duguit⁵¹, lequel se départit du critère fondé sur les pouvoirs du juge au profit de la nature, objective ou subjective, de la question posée au juge. Forte d'un certain succès également⁵², une telle classification matérielle a le mérite de permettre une approche plus globale de l'office du juge, fondée tant sur la finalité de son intervention que sur ses modalités. Toutefois, la malléabilité et l'insaisissabilité du fondement tiré du caractère objectif ou subjectif⁵³ du contentieux limite intrinsèquement la portée utile, et partant opérationnelle,

⁴⁸ DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, 7^{ème} éd., 1897, t. 2, p. 11 ; BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 1^{ère} éd., 1901, p. 873 ; APPLETON (J.), *Traité élémentaire de contentieux administratif*, 1927, p. 33.

⁴⁹ JEZE (G.), « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de pleine juridiction », *RDP*, 1908, p. 671 ; ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926, pp. 44 et s.

⁵⁰ LAMPUE (P.), « La distinction des contentieux », in *Mélanges G. Scelle*, LGDJ, 1950, tome I, p. 285, spéc. p. 298.

⁵¹ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, de Bocard, 3^{ème} éd., 1928, t. 2, pp. 458 et s.

⁵² JEZE (G.), « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de pleine juridiction », art. préc. ; « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP*, 1909, p. 667 ; WALINE (M.), « Vers un reclassement des recours contentieux administratifs ? », *RDP*, 1935, p. 205 ; LAMPUE (P.), « La distinction des contentieux », art. préc.

⁵³ Tout contentieux peut en effet être considéré comme faisant valoir un droit subjectif, ou au contraire soumettant au juge une question objective ; v. notamment à propos de l'hétérogénéité du recours pour excès de pouvoir : LETOURNEUR (M.), « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1953, n° 7, p. 66 ; KORNPORST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959 ; ou encore AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, n° 110. V. également BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, p. 16 : « un recours visant à établir la conformité d'un acte aux normes juridiques préétablies n'est pas incompatible avec la reconnaissance d'un droit subjectif au profit de celui qui l'exerce ».

d'une telle distinction. Toutefois, si tout contentieux présente une dimension à la fois objective et subjective, variant le plus souvent selon le point de vue adopté⁵⁴, il n'en reste pas moins que pris dans son acception généralement admise, la nature de la question posée au juge constitue une clé explicative à laquelle il sera fait de nombreuses fois référence.

Indéniablement d'ailleurs, retenir la classification proposée par J.M. Auby et R. Drago⁵⁵, fondée sur la distinction du contentieux de la légalité et celui des droits, revient nécessairement à accorder à la nature objective ou subjective du recours une place déterminante. Ces auteurs définissent en effet le contentieux de la légalité comme celui dans lequel il est demandé « *au juge de procéder à l'appréciation d'un acte juridique ou matériel au regard d'une règle de droit ou d'un statut légal* »⁵⁶. Le contentieux des droits est alors « *celui dans lequel le juge est invité à statuer sur l'existence, le contenu ou les effets des droits subjectifs, ou encore à décider s'il a été porté atteinte à ces droits qui sont notamment les droits contractuels ou les droits à réparation* »⁵⁷.

Le lien est ainsi établi entre la nature du recours et l'office du juge : la distinction est fondée sur un critère relatif à l'objet de la demande. Une telle classification peut alors être considérée comme opérante lorsqu'il est davantage question d'office du juge que de classification des recours. Cette classification, qui recoupe les distinctions à la fois matérielle et formelle, est également adoptée dans son principe par R. Chapus qui distingue quant à lui le contentieux des recours de celui des poursuites⁵⁸, ou encore par Y. Gaudemet⁵⁹ qui différencie les « *réclamations aux fins d'indemnité* » de celles « *aux fins d'annulation* ».

Peu importent les pouvoirs dont va disposer le juge pour répondre à la question qui lui est posée, et peu importe également au final si cette question peut être qualifiée de purement objective ou subjective. Incontestablement, les recours administratifs contentieux divergent dans leur finalité et leur nature et relèvent donc corrélativement de régimes procéduraux

⁵⁴ V. notamment BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1943, p. 222. L'auteur considère qu'alors le contentieux subjectif de la réparation peut être considéré comme un recours objectif, le recours pour excès de pouvoir peut également être considéré d'un certain point de vue comme subjectif dans la mesure où le respect de la légalité peut constituer un droit subjectif du requérant.

⁵⁵ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, t. 2, pp. 80 et s.

⁵⁶ *Ibid.* p. 80

⁵⁷ *Ibid.* p. 81.

⁵⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, pp. 209 et s.

⁵⁹ GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, n° 978.

distincts. De ce point vue, qui recoupe largement celui du droit positif, la distinction entre recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction reste opérationnelle, mais inapte à transcender des différenciations formelles au profit d'une approche substantielle ou conceptuelle.

La question de l'office du juge implique de se recentrer sur la nature de la fonction juridictionnelle, davantage que sur celles des recours administratifs, définitivement éclectiques. De plus, si les recoupements entre office du juge et nature du recours contentieux sont inéluctables, le choix du contentieux de la légalité permet néanmoins de contourner les écueils inhérents à la référence au caractère exclusivement objectif ou subjectif d'un recours ou d'une question, tout en préservant la valeur de la grille d'analyse à l'échelle de l'office du juge.

Une valeur explicative déterminante. La diversité des visages du juge administratif ne recoupe pas la diversité des recours. Autrement dit, à chaque recours ne correspond pas un juge. C'est la raison pour laquelle la classification des contentieux ne trouve qu'une place secondaire lorsqu'il est question d'office du juge. La détermination des différents offices pourrait sans doute permettre une approche globalisée des recours et, pourquoi pas, une unification de leur régime procédural. Mais tel n'est pas l'objet de la présente étude.

Le juge administratif de la légalité dispose d'une identité propre, d'une fonction juridictionnelle spécifique, d'un office singulier. Si d'aucuns considèrent que « *tous les recours sans exception ont pour objet le droit méconnu, qu'en ce sens ils sont tous des contentieux de la légalité* »⁶⁰, il n'en reste pas moins que tous les juges n'ont pas pour fonction de contrôler la conformité d'une norme à une norme supérieure, autrement dit de garantir directement le principe de légalité. De manière générale, le contentieux de la légalité suppose le contrôle de la « légalité » d'une norme, individuelle ou réglementaire, par le juge administratif. La sanction de ce contrôle s'exprime nécessairement par l'existence d'un pouvoir d'annulation, qui peut n'être qu'implicite mais dont on retrouve néanmoins la permanence dans l'ensemble des recours dont il va être question.

⁶⁰ COURREGES (A.) et DAEL (S.), *Contentieux administratif*, PUF, 4^{ème} éd., 2013, p. 95.

Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'ignore pas la notion de « *contentieux de la légalité* ». Certes, son usage reste exceptionnel, mais il peut justement avoir pour objet de distinguer ce contentieux de celui de la responsabilité⁶¹. Le critère du contentieux de la légalité n'est donc pas *a priori* dépourvu de tout écho prétorien, bien que le Conseil d'Etat reste attaché à la distinction traditionnelle de l'excès de pouvoir et du plein contentieux, conformément à l'identité procédurale propre de ces deux types de recours.

Sans entrer plus avant dans la démonstration d'une spécificité de l'office du juge de la légalité, qui motive en réalité à elle seule la délimitation de la problématique retenue, il convenait de justifier le détachement de la classification traditionnelle des recours opéré, laquelle a assurément « *perdu ses fonctions structurantes et explicatives de l'office du juge* »⁶². Cet office se déploie à l'heure actuelle bien au-delà des contingences formelles ou procédurales des multiples recours dont connaît le juge administratif. La référence à l'office du juge de la légalité et sa justification dépassent alors en réalité déjà le cadre de la délimitation de la problématique et amorcent incontestablement le temps de la démonstration. Aussi, il importe de déterminer plus concrètement quels sont les contentieux dont le juge de la légalité est supposé connaître, puisqu'à « *tout prendre cependant les expressions important peu si l'on s'entend sur les choses qu'elles désignent* »⁶³.

b. Le champ du contentieux de la légalité

Les contentieux inclus. Les particularités de l'office du juge de la légalité se retrouvent principalement et spécifiquement dans le contentieux de l'excès de pouvoir et dans les recours de plein contentieux objectif, dans la mesure où leur caractère dit objectif tient au fait que « *de façon certaine (...) ils soumettent au juge une question de légalité* »⁶⁴. Si le contentieux de l'excès de pouvoir s'identifie aisément, l'hétérogénéité de la catégorie des

⁶¹ CE, 23 décembre 1981, *Bertin*, n° 19156 : pour une solution d'incompétence de la juridiction administrative pour connaître d'un contentieux ne relevant ni de l'un ni de l'autre ; CE, 28 juillet 2004, *Société LMB Ruybet*, n° 240963 : pour une opposition implicite au contentieux indemnitaire. Le recours à la notion de contentieux de la légalité se retrouve également dans la décision rejetant l'application du principe de l'estoppel : CE, 2 juillet 2014, *Société Pace Europe*, n° 368592. Mais il semble que dans cette espèce le recours au contentieux de légalité se justifie davantage par le fait qu'il était question d'un recours en appréciation de validité, et non pas d'un recours pour excès de pouvoir (fiché sur ce point cependant). V. cependant pour une distinction avec le contentieux électoral compte tenu de divergences procédurales : CE, 5 décembre 2001, *Teai*, n° 229207.

⁶² TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux "branches" », art. préc.

⁶³ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., t. 2, p. 355.

⁶⁴ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 264.

pleins contentieux objectifs, dans laquelle le juge dispose d'un pouvoir de réformation, peut emporter des conséquences sur l'unité revendiquée de l'office du juge de légalité. Toutefois, les difficultés conceptuelles liées à cette hétérogénéité ne relèvent pas de la délimitation de la problématique mais de la démonstration elle-même. A ce stade, le champ de l'étude recouvre de manière générale l'ensemble des recours de pleine juridiction objective, encore dénommé « *plein contentieux de la légalité* »⁶⁵, constitué traditionnellement des contentieux spéciaux dits « *historiques* »⁶⁶ mais également des contentieux plus récemment rattachés à cette catégorie et qui peuvent être regroupés sous la qualification de contentieux sociaux, ou contentieux de l'aide sociale.

Sont donc par principe inclus dans le champ de la présente étude, en ce qu'ils constituent des contentieux de la légalité au sens de la présente recherche : le contentieux fiscal, le contentieux électoral, celui des pensions civiles et militaires de retraite, des bâtiments menaçant ruine⁶⁷, des installations classées⁶⁸ et des immeubles insalubres⁶⁹. Pour les mêmes raisons, s'identifient au contentieux de la légalité le contentieux des autorisations de plaider, celui des sanctions, ou encore de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, ou de la qualité de réfugié⁷⁰. Faut-il également préciser que ne peuvent être exclus les contentieux en appréciation de la légalité et en déclaration d'inexistence, dans la mesure où, bien qu'il s'agisse de recours purement déclaratifs exercés à titre principal ou incident, ils « *composent la catégorie des litiges d'excès de pouvoir* »⁷¹. En effet, par-delà « *leurs différences, les trois recours ont en commun – et c'est essentiel – de poser, et de poser exclusivement, une question de droit objectif, de légalité* »⁷².

Le contentieux de la légalité sera donc classiquement entendu comme le contentieux de l'excès de pouvoir et du plein contentieux objectif. Il semble alors que ce ne soient pas tant

⁶⁵ GAUDEMET (Y.), « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 387, spéc. p. 402.

⁶⁶ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 266.

⁶⁷ Articles L. 511-1 et s. du code de la construction et de l'habitation.

⁶⁸ Articles L. 511-1 et s. du code de l'environnement.

⁶⁹ Articles L. 1331-17 et s. du code de la santé publique.

⁷⁰ Il sera parfois fait référence à ce contentieux alors même qu'il relève de la compétence de la cour nationale du droit d'asile, juridiction administrative spécialisée.

⁷¹ BAILLEUL (D.), *Le procès administratif*, LGDJ, 2014, p. 25 ; CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 232 et s.

⁷² CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 241.

les contentieux qu'il recouvre qui nécessitent d'être davantage explicités, que ceux qui seront exclus de cette catégorie, et donc du champ de l'étude.

Les contentieux exclus. A l'évidence, faire le choix du contentieux de la légalité comme critère de délimitation suppose d'exclure le contentieux de la responsabilité, qui peut également être qualifié de contentieux subjectif, de contentieux indemnitaire, ou encore de plein contentieux subjectif. Les deux grands principes qui régissent et encadrent l'action publique largement entendue, à savoir le principe de légalité et le principe de responsabilité, donnent lieu à deux types de sanctions fondamentalement distinctes : l'annulation d'un acte ou l'indemnisation d'un préjudice.

Plus généralement, le plein contentieux qualifié de subjectif, en ce qu'il ne pose pas principalement une question de légalité, ne relève assurément pas de l'office du juge de la légalité. Ce contentieux « *correspond aux actions en responsabilité (de toute nature), en répétition de l'indu, au contentieux contractuel, bref à ce que l'on appelle en droit civil le droit des obligations* »⁷³.

Le contentieux contractuel. Il s'agit plus exactement de l'exclusion, au sein du contentieux contractuel, du contentieux de la contestation de la validité du contrat⁷⁴ qui peut susciter le plus de confusion puisqu'il est, en quelque sorte, question de contrôler la légalité de l'acte conventionnel. Ainsi en va-t-il de même d'ailleurs s'agissant du contentieux de la passation, dont l'objectif est de s'assurer du respect par l'administration des obligations de publicité et de mise en concurrence, lesquelles font partie intégrante du bloc de légalité. Aussi, d'une certaine manière, « *l'examen de la légalité d'un contrat pose bien une question de droit objectif* »⁷⁵.

Toutefois, deux types de considérations permettent de distinguer nettement l'office du juge de la légalité de l'office du juge du contrat : les unes tiennent à la nature de l'acte contrôlé, les autres à celle des normes de contrôle. En d'autres termes, si l'on retrouve bien devant le juge du contrat certains recours marqués par une opération intellectuelle de contrôle

⁷³ ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2008, n° 222.30.

⁷⁴ POUYAUD (D.), « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », in *Mélanges Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541.

⁷⁵ LAMPUE (P.), « La distinction des contentieux », in *Mélanges G. Scelle*, LGDJ, 1950, tome I, p. 285, spéc. p. 306.

et de conformité normative, à l'instar du contentieux de la légalité, les spécificités du contentieux contractuel ne permettent pas de le rattacher à l'office du juge de la légalité tel qu'il sera envisagé dans le cadre de la présente étude. Sans aller jusqu'à affirmer que « *le contentieux contractuel constitue assurément un cas de plein contentieux subjectif* »⁷⁶, il n'en demeure pas moins qu'il ne constitue pas un contentieux de la légalité dans le sens où il n'y a pas d'équivalence entre les offices du juge de la légalité et de celui du contrat.

D'une part, s'agissant de la nature de l'acte objet du recours, le juge de la légalité est en principe saisi d'actes administratifs unilatéraux, réglementaires ou individuels, se rattachant à une activité d'édiction de normes par l'administration. C'est donc d'une activité normative dont il est question en contentieux de l'excès de pouvoir ou en plein contentieux objectif. Tel n'est assurément pas le cas lorsque l'administration choisit de contracter dans le but d'exercer les missions qui lui sont dévolues, alors même que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »⁷⁷. En choisissant de contracter, la personne publique n'exerce pas une activité normative susceptible de s'imposer à son destinataire en dehors de son consentement. Autrement dit, le fait d'initier une relation contractuelle ne suppose pas, en soi, l'exercice d'une prérogative de puissance publique. De même, si la qualification administrative du contrat à raison de son objet ou de ses stipulations suppose une coloration d'intérêt général et donc des prérogatives exorbitantes de droit commun pouvant s'imposer au cocontractant, ces spécifiés du contrat administratif ne lui font pas pour autant perdre ses origines conventionnelles. Le consentement est au fondement de toute relation contractuelle, alors que la production unilatérale de normes ne saurait être conditionnée par la volonté de leurs destinataires⁷⁸.

Aussi, et d'autre part, au-delà de la nature par principe consensuelle de l'acte conventionnel, ce sont les principes qui découlent de cette nature qui distinguent encore le juge de la légalité de celui du contrat. La « légalité » du contrat ne constitue pas l'unique

⁷⁶ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, n° 292.

⁷⁷ Article 1134 du code civil ; CE, 12 décembre 1902, *Dame Orcibal et sieur Leclère*, p. 750.

⁷⁸ Si certains actes administratifs individuels constituent des réponses à une demande de l'administré, et sont donc en quelque sorte conditionnés par l'expression d'une volonté d'obtenir un droit ou un avantage, il n'en reste pas moins que la teneur de la décision est indépendante de la volonté du demandeur. L'on peut toutefois réserver les rares cas dans lesquels la volonté de l'administré conditionne le sens de la décision à intervenir, à savoir notamment les demandes de retrait d'actes individuels créateurs de droits.

dessein de l'intervention du juge. Les principes de loyauté⁷⁹ et de stabilité des relations contractuelles⁸⁰ irriguent l'ensemble du contentieux contractuel⁸¹, qu'il soit initié par les tiers ou les parties : « *juge de sa formation, de son exécution et de son terme normal ou prématuré, le juge du contrat est le juge de la loyauté et de l'équilibre des relations contractuelles* »⁸². La spécificité de son office, qui ne permet pas de l'assimiler au juge de légalité tel qu'il est entendu dans la présente étude, tient à la fois à la singularité de l'acte conventionnel et aux particularismes des principes irriguant le contentieux contractuel, qui limitent dans les moyens d'illégalité invocables que leur portée.

En définitive, « *plus que tout autre, le contentieux contractuel est la chose des parties* »⁸³. Or, la mainmise des parties sur le contentieux contractuel l'exclut de l'étude du contentieux de la légalité qu'il est justement proposé d'émanciper d'une telle emprise. De manière caractéristique à cet égard, il doit être souligné que « *la notion de moyen d'ordre public en matière contractuelle est très différente de ce qu'elle est en excès de pouvoir* »⁸⁴. Il ne s'agit pas d'approuver ou d'improver le rôle des parties – au litige et au contrat – dans le contentieux contractuel, ni même, lorsque le contentieux est initié par un tiers, le retentissement indirect d'une telle emprise par le truchement du principe de stabilité des relations contractuelles. Simplement, l'originalité de l'office du juge du contrat le distingue du juge de la légalité, notamment du point de vue du rôle essentiel qui peut ou doit incomber

⁷⁹ V. not. BEDUSHI-ORTIZ (A.), « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA*, 2011, p. 944 ; LAFAYE (J.F.), « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 365 ; MARGUERY (L.), « La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA*, 2012, p. 663.

⁸⁰ V. par exemple sur cette question : AGUILA (Y.), « Stabilité ou le nouveau visage du juge des contrats publics », *JCP G*, 2011, 436.

⁸¹ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, p. 509, concl. E. Glaser ; *AJDA*, 2010, p. 142, chron. S.J. Liéber et D. Botteghi ; *D.*, 2011, p. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDI*, 2010, p. 265, obs. R. Noguellou ; *AJCT*, 2010, p. 114, Pratique O. Didriche ; *RFDA*, 2010, p. 506, concl. E. Glaser ; *RFDA*, 2010, p. 519, note D. Pouyaud ; *RTD com.*, 2010, p. 548, obs. G. Orsoni ; *JCP A*, 2010, n° 2072, note F. Linditch ; *JCP G*, 2010, n° 365, note B. Plessix ; *RDP*, 2010, p. 553, note H. Pauliat ; *RJEP*, 2010, comm. 30, note J. Gourdou et P. Terneyre ; *Contrats et marchés publ.*, 2010, comm. 123, note P. Rees.

CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, p. 117 ; *RFDA*, 2011, p. 507, concl. E. Cortot-Boucher ; *Dr. adm.*, 2011, n° 5, p. 28, note F. Brenet, F. Melleray ; *Contrats et marchés publ.*, 2011 n° 5, p. 36, J.P. Pietri ; *RLCT*, 2011, n° 68, p. 29, E. Glaser ; *RDI*, 2011, p. 270, note S. Braconnier ; *AJDA*, 2011, p. 591 et p. 670, chron. A. Lallet, X. Domino ; *JCP G*, 2011, p. 648, obs. J.G. Sorbara ; *AJCT*, 2011, p. 291, obs. J.D. Dreyfus.

⁸² COURREGÉ (A.) et DAEL (S.), *Contentieux administratif*, op. cit., p. 97.

⁸³ CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, p. 89.

⁸⁴ GLASER (E.), « L'office du juge du contrat », *RFDA*, 2010, p. 506.

aux parties. Raison pour laquelle l'étude du contentieux contractuel n'a pas trouvé sa place au sein de la présente recherche.

Le contentieux de l'appel et de la cassation. Une dernière précision mérite d'être soulignée : il sera question du juge de la légalité des actes administratifs, et non pas de la légalité des décisions juridictionnelles. A de nombreuses reprises, les offices distincts de ces deux juges seront amenés à s'enchevêtrer du fait de la nature similaire des contrôles opérés. Toutefois, la présente étude ne porte que sur l'office du juge chargé d'examiner la légalité des décisions administratives. Si l'analogie est permise avec l'office des juges d'appel et de cassation, les particularités d'un tel contrôle ne relèvent pas du champ des recherches menées, bien que des solutions semblables restent *a priori* envisageables.

Plus généralement, l'ensemble des exclusions précédemment évoquées tient en réalité aux traits caractéristiques de l'office du juge de la légalité, dont l'uniformité repose essentiellement sur la conception retenue de « l'office du juge ». C'est parce qu'il est question d'office, et non pas de recours, ou de contentieux, que la délimitation de la problématique se dessine plus nettement.

B. La question de l'office du juge

Au-delà de la conception généralement admise de l'office du juge, la définition plus technique qu'il est proposé d'en retenir porte en elle les prémises d'une problématisation immanente.

1) Une conception généralement admise

S'il n'existe pas de définition générale et consensuelle de la notion d'office du juge, il s'en dégage néanmoins un sens commun et doctrinal communément admis, toutefois rarement explicitement formulé. Cette notion recoupe schématiquement son sens commun, à savoir celle de devoir⁸⁵, de « *fonction que l'on doit remplir, charge dont on doit s'acquitter* »⁸⁶.

⁸⁵ Étymologiquement, le terme d'office est issu du latin « *officium* », qui signifie devoir ou service.

⁸⁶ *Le Petit Robert*, dictionnaire, 2013.

Si le terme d'office peut renvoyer à l'idée de compétence, entendue comme une « aptitude à agir dans certains domaines »⁸⁷, c'est le plus souvent à celle de « rôle »⁸⁸, de mission ou de fonction qu'il est assimilé. L'office du juge revêt alors une dimension essentiellement téléologique en ce qu'il se détermine comme une finalité, une raison d'être. Cette réalité d'un office du juge conçu comme un dessein se retrouve lorsqu'il est question d'en déterminer la substance. En quoi consiste l'office, voire les offices, du juge ? M.A. Frison-Roche considère qu'il s'agit tout à la fois de trancher le litige, d'apaiser le conflit, d'appliquer la loi et de réaliser la vertu de justice⁸⁹. Lors du colloque consacré à la notion et organisé au Sénat les 29 et 30 septembre 2006, l'office du juge a également été appréhendé quant « aux fonctions que lui reconnaît le système juridique et aux missions qui lui sont dévolues »⁹⁰, à savoir : interpréter, apaiser les conflits, trancher les litiges, légitimer les solutions.

Or, si cette approche finaliste de l'office du juge permet d'en révéler « l'idée matrice, l'univocité, [qui] est celle de servir »⁹¹, elle conduit également à une confusion tautologique avec la notion de fonction juridictionnelle. Assimiler office du juge et fonction de juger⁹² consiste à faire de la définition du juge l'essence de son office. La fonction juridictionnelle – juger – consiste, selon la définition classiquement admise, à trancher les litiges et à dire le droit. L'office du juge, s'il suppose nécessairement l'exercice d'une fonction de ce type, ne saurait se réduire à une telle approche⁹³.

⁸⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014.

⁸⁸ HERON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n° 278.

⁸⁹ FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463.

⁹⁰ BERGEL (J.L.), « Introduction générale », in *L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 12, spéc. p. 13.

⁹¹ DARCY (G.), « Regard elliptique sur l'office du juge », in *L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 528, spéc. p. 533.

⁹² Voir par ex. DARCY (G.), « Regard elliptique sur l'office du juge », art. préc. : « Aussi, si flou et vague qu'il soit, l'office du juge c'est d'abord la fonction de juger » ; ou encore RIALS (S.), « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, La fonction de juger, p. 3.

⁹³ Cf. pour une distinction de la fonction juridictionnelle et du pouvoir juridictionnel, le second étant au service de la première : 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, pp. 35 et s.

Si la « *mission fondamentale du juge, l'essence même de son office, est de dirimer les litiges qui lui sont soumis, de rendre une décision juridictionnelle* »⁹⁴, il convient, afin de tenter de lever « *l'épais mystère qui entoure la notion* »⁹⁵ d'office du juge, d'en retenir une approche sans doute moins théorique ou notionnelle et davantage axée sur la réalité contentieuse. La définition de l'office du juge, qui ne doit plus être seulement appréhendée quant à sa finalité, dévoile alors la bivalence de la notion, laquelle peut s'entendre de l'ensemble « *des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique* »⁹⁶.

2) Une définition technique retenue

L'office du juge ne se résume pas à l'exercice d'une fonction juridictionnelle, ni même à la nature de la mission qui lui incombe. D'un point de vue procédural et contentieux, la définition de l'office du juge retenue trouve son origine dans les doctrines civilistes particulièrement nourries sur la question. Ainsi, si au sens le plus large du terme, l'office du juge peut être assimilé à sa fonction ou à sa mission, en « *un sens plus technique, l'office du juge concerne les pouvoirs et les obligations qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont dévolues* »⁹⁷.

L'office du juge renvoie alors non pas à une fin unique, mais aux deux versants de la notion « *qui sont constitués par ce que celui-ci est autorisé à faire et par ce qu'il est tenu de faire : son pouvoir et son devoir* »⁹⁸. Plus exactement encore, et à propos de la procédure administrative contentieuse cette fois-ci, au-delà d'un « *ensemble des pouvoirs et des devoirs attachés à la fonction de juge* », la notion d'office du juge permet également « *d'en comprendre l'esprit* »⁹⁹. L'office du juge peut alors se définir comme un « *ensemble cohérent, constamment enrichi, de pouvoirs et de devoirs destinés à garantir un examen pertinent des litiges et l'effectivité de la décision rendue* »¹⁰⁰.

⁹⁴ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, LGDJ, 1965, p. 15.

⁹⁵ DONNAT (F.) et CASAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *DA*, mai 2004, p. 9.

⁹⁶ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁹⁷ NORMAND (J.), « Office du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 925.

⁹⁸ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron., p. 235, spéc. p. 238.

⁹⁹ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰⁰ *Ibid.* n° 886.

Cette définition retenue par M. Guyomar et B. Seiller reflète l'utilisation de la notion qui en est faite par le Conseil d'Etat. Sans qu'il soit utile de dresser exhaustivement la liste des arrêts comportant l'occurrence « office du juge », plusieurs constats peuvent néanmoins être dressés. Le premier est que l'expression est d'un usage à la fois relativement récent¹⁰¹, qui a toutefois tendance à se développer. Le second est que la notion d'office du juge est rarement abordée de manière générale, en ce qu'il n'est jamais fait référence à « *l'office du juge administratif* », certainement du fait qu'il ne saurait être question d'un seul et même juge. La Haute juridiction se réfère au contraire, et en principe, aux spécificités d'un contentieux : il est alors question de « *l'office du juge du référé* »¹⁰², « *de l'excès de pouvoir* »¹⁰³, ou encore « *du plein contentieux* »¹⁰⁴. Il n'a néanmoins encore jamais été question dans un arrêt du Conseil d'Etat de « *l'office du juge de la légalité* ».

Ce n'est toutefois pas tant l'usage prétorien de l'expression elle-même – et c'est le troisième constat – qui peut nourrir la réflexion relative à l'office du juge que son évocation parfois implicite, le plus souvent révélée par les conclusions du rapporteur public. Ainsi en est-il par exemple lorsqu'il va être question pour la Haute juridiction de distinguer les moyens qui doivent être considérés comme des moyens d'ordre public au sens de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, des moyens relevés d'office par le juge mais considérés comme « relevant de son office » et ne supposant dès lors pas qu'y soient associées les parties d'une quelconque manière¹⁰⁵. Commence alors à se dessiner à cet égard une définition dynamisée de l'office du juge qui ne se bornerait pas seulement à constater ce qui existe mais constituerait un vecteur d'émancipation.

¹⁰¹ La première utilisation de l'expression, toutefois peu significative, remonte à 1999 : CE, 1^{er} décembre 1999, *Société de conditionnement de produits européens*, n° 193333, inédit.

¹⁰² V. par ex : CE, 22 mai 2015, *SCI Paolina*, n° 385183 : « (...) il n'appartient pas, eu égard à son office, au juge des référés, qui statue en urgence, de faire usage des pouvoirs conférés au juge du fond par l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme et de surseoir à statuer pour permettre au bénéficiaire de régulariser l'autorisation contestée (...) ».

¹⁰³ V. par ex : CE, 30 janvier 2012, *SCI Ultramarin*, n° 339114.

¹⁰⁴ V. par ex CE, 22 septembre 2014, *SIETOM*, n° 367889.

¹⁰⁵ CE, 2 juin 2010, *Fondation de France*, n° 318014, p. 179 ; CE, 3 août 2011, *Mme Craye*, n° 326754 ; CE, Sect., 19 avril 2013, *CCI Angoulême*, n° 340093, p. 105 ; *AJDA*, 2013, p. 823, obs. D. Poupeau ; *AJDA*, 2013, p. 1276, chron. X. Domino, A. Bretonneau ; *Procédures*, n° 6, juin 2013, comm. 204, S. Deygas ; *JCP A*, 2013, act. 393, obs. L. Erstein ; *DA*, n° 7, juill. 2013, comm. 56, note F. Brenet ; *RTD civ.*, 2003, p. 561, note P. Deumier.

Enfin, et c'est le dernier constat qui peut être fait, déterminer l'office du juge, dans ses limites comme dans sa substance, relève de sa volonté propre. Assurément, le juge « *esquisse ou dessine ce que sont ses pouvoirs et ses devoirs, comme autant d'autoportraits proposés à la sagacité de l'observateur. En parlant de lui, il se dépeint* »¹⁰⁶. En d'autres termes, « *le juge administratif contribue lui-même largement à la définition de son office* »¹⁰⁷. Pour autant, si « *percevoir son office est le rôle premier du juge* »¹⁰⁸, laissant la part belle à un pouvoir considérable d'autodétermination, il ne doit pas s'agir de s'arrêter au stade du constat de la manière dont l'office du juge serait perçu en jurisprudence. Il convient au contraire de lui conférer, dans le cadre de la présente étude, une portée à la fois conceptuelle, technique et dynamique.

3) Une problématisation immanente

La notion d'office du juge retenue dans le cadre de la présente étude s'affranchit de son utilisation limitée en droit positif pour se concentrer sur la bivalence de sa signification procédurale : les pouvoirs et les devoirs du juge¹⁰⁹. Toutefois, l'office du juge ne saurait être appréhendé de manière statique ou absolue. La conception civiliste de la notion influence alors la perception de l'office du juge en le définissant « *dans ses rapports avec le litige, c'est-à-dire dans le comportement qui peut et doit être celui du juge au cours de l'instance engagée devant lui* »¹¹⁰. Indirectement, définir l'office du juge relativement à ses rapports avec le litige suppose de retenir une approche de ses « *pouvoirs et obligations qui, en pratique, se déterminent par rapport aux prérogatives et aux charges qui bénéficient ou incombent aux parties. L'office du juge contient, en relief, ce que les parties ont en creux et réciproquement* »¹¹¹.

Dans une approche du procès détachée des seuls pouvoirs dont dispose le juge, tant au niveau de la phase de jugement que de la phase d'instruction, la détermination de la matière litigieuse suppose nécessairement de s'intéresser tant au rôle du juge qu'à celui des parties ;

¹⁰⁶ SAUVE (J.M.), « Un corridor de Vasari au Palais-Royal. Autoportraits du juge en son office », art. préc.

¹⁰⁷ DONNAT (F.) et CASAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », art. préc.

¹⁰⁸ DARCY (G.), « Regard elliptique sur l'office du juge », art. préc.

¹⁰⁹ A noter que cette définition correspond à une entrée du code de classement de la jurisprudence administrative (54-07), rattachée à la Procédure.

¹¹⁰ HILAIRE (J.), « Propos sur l'office du juge », in *Mélanges O. Guillot*, PUPS, 2006, p. 779, spéc. p. 780.

¹¹¹ NORMAND (J.), « Office du juge », art. préc.

plus précisément, au rôle que le juge peut jouer *indépendamment* de la volonté des parties. Il est alors question de cet office du juge dont il dispose « d'office », du latin *ex officio*, et qui « se dit du pouvoir que le juge tire de sa fonction de se saisir lui-même de certaines affaires, de considérer sur sa propre initiative, certains de ses éléments »¹¹².

L'office du juge de la légalité n'est donc pas appréhendé dans sa conception téléologique généralement admise, et centrée autour des pouvoirs dont il dispose, mais dans une approche plus strictement contentieuse, qui se retrouve dans les pouvoirs et les devoirs qui incombent au juge. De cette perspective émerge une dynamique du rôle qui incombe respectivement au juge et aux parties, largement inspirée de l'optique civiliste du procès, assez inédite en contentieux administratif. En d'autres termes, l'office du juge, tel qu'appréhendé dans le cadre de la présente étude, sera essentiellement fondé « sur la détermination des pouvoirs et devoirs incombant respectivement au juge et aux parties sur la matière du procès »¹¹³.

III. CONSTRUCTION DE LA PROBLÉMATIQUE

A l'instar de tout juge, le juge administratif de la légalité doit être saisi de moyens et de conclusions afin d'exercer son office ; « à la limite, sans requérants ni requêtes, il pourrait y avoir un juge, il n'y aurait pas de contentieux administratif »¹¹⁴. Ce principe fondamental de prohibition de l'autosaisine est à l'origine de l'interdiction faite au juge de se saisir d'office de conclusions ou de moyens dits « ordinaires », c'est-à-dire ne revêtant pas le sceau de l'ordre public.

Du point de vue des conclusions, le juge est contraint par la règle *non ultra petita* selon laquelle il ne peut statuer au-delà de ce qui lui est demandé. Du point de vue des moyens, c'est le principe dispositif, selon lequel le litige est à la disposition des parties, qui

¹¹² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

¹¹³ DUFOURCQ (B.), *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, thèse, Poitiers, 2008, p. 18. Il est toutefois à noter que le terme d'office pourra être utilisé au cours des développements dans son sens plus courant, indépendant de la problématique adoptée.

¹¹⁴ BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, Presses Science Po et Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, p. 586.

s'oppose à ce qu'il fonde une annulation sur un moyen qu'elles n'auraient pas formellement soulevé. Les parties détiennent ainsi, et par principe, une maîtrise pratiquement absolue des éléments objectifs constitutifs de l'instance¹¹⁵ que forment les conclusions et les moyens et qui permettent de déterminer la matière litigieuse soumise à l'appréciation du juge. Le juge est alors astreint à cet égard à un rôle de spectateur, en ce qu'il ne lui appartient pas de participer à l'élaboration de la demande dont il est saisi.

Cet assujettissement à la volonté des parties trouve également à s'exprimer de manière globale à travers l'image de « *l'effet dévolutif de la requête* »¹¹⁶, qui suppose que le juge ne puisse agir de sa propre initiative à trois degrés distincts : quant à la création du lien initial d'instance, quant à l'objet de la demande et quant aux questions soumises à son examen. L'exception notable que constituent à cet égard les moyens d'ordre public renvoie assurément « *au rôle même du juge et à ses rapports avec le litige, en un mot à l'office du juge* »¹¹⁷. Ces moyens, dont le juge peut disposer librement, constituent un tempérament certain aux principes exposés et renouvelle d'autant la réflexion et les interrogations relatives à la rigueur avec laquelle ils sont par ailleurs appliqués.

Le constat du rejet de requêtes en annulation pourtant recevables et fondées, faute pour le juge de pouvoir se saisir d'office de moyens ou de conclusions, pose la question essentielle des limites dans lesquelles l'initiative du juge est enfermée : c'est « *le problème décisif de l'étendue de l'office du juge qui se trouve ainsi abordé* »¹¹⁸. La mission du juge de la légalité consiste fondamentalement à censurer les actes administratifs illégaux. Il ne lui incombe pas seulement de trancher le litige dont il est saisi. Sa mission juridictionnelle, pour classique qu'elle soit d'un certain point de vue, n'en reste pour autant pas réduite à cette fonction d'arbitre. Or, la fonction juridictionnelle de contrôle qui lui incombe au titre de l'examen de la légalité de l'action normative de l'administration est contrainte par des principes généraux de procédure faisant obstacle à la pleine réalisation de son office dans toute sa complexité.

¹¹⁵ Cf. pour la distinction entre les éléments objectifs et subjectifs constitutifs de la demande : DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, p. 348 et s ; les parties relèvent des éléments subjectifs. V. de manière générale sur les éléments constitutifs de l'instance (parties, conclusions et moyens) : CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 775 et s.

¹¹⁶ BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *loc. cit.*

¹¹⁷ JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », *in Mélanges Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229, spéc. p. 229.

¹¹⁸ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*, 1966, I, 1996, n° 69.

Il convient alors de chercher à identifier ces principes fondamentaux et à en comprendre la justification. La question de leur possible conciliation avec les exigences inhérentes à la garantie juridictionnelle de l'Etat de droit se pose, de même que les raisons pour lesquelles le juge de la légalité se montre si révérencieux à l'égard de l'expression formelle de la volonté des parties. Tels sont autant de questionnements que soulèvent la problématique du parachèvement de son office par le juge de la légalité et du renforcement des prérogatives dont il dispose d'office relativement à la détermination de la matière litigieuse.

IV. THESE SOUTENUE ET PLAN DE L'ETUDE

La nature juridictionnelle de la garantie du principe de légalité ne doit pas faire obstacle au plein accomplissement de sa mission par le juge, garant de l'Etat de droit. Permettre au juge de la légalité de soulever d'office tout moyen ou conclusion propre à fonder l'annulation de l'acte régulièrement contesté, bien loin de dénaturer son office, permettrait au contraire de parachever l'œuvre de perfectionnement assurément engagée. Par ailleurs, aucun obstacle d'ordre théorique ou pratique n'y faisant obstacle, une telle évolution n'est conditionnée que par l'existence d'une volonté propre à en autoriser la réalisation.

Consacrer les conclusions d'ordre public et généraliser les moyens d'ordre public – ou plus exactement mettre fin à la distinction qui existe actuellement avec les moyens hors de portée du juge – suppose de convaincre de la nécessité de remédier aux déficiences du contrôle juridictionnel observées. Ces faiblesses, malgré leur circonscription, ne relèvent pas de l'ordre du détail et révèlent au contraire la dissymétrie qui altère l'office du juge de la légalité (**Première partie**). L'impérieuse nécessité de l'évolution démontrée, il conviendra alors de s'assurer de sa vraisemblance par le franchissement des obstacles tant théoriques que pratiques se dressant sur le chemin du parachèvement de l'office du juge de la légalité (**Seconde partie**).

- ***Première Partie. Une dissymétrie dévoilée***
- ***Seconde Partie. Une perfectibilité avérée***

PREMIÈRE PARTIE

UNE DISSYMMÉTRIE DÉVOILÉE

L'office du juge administratif de la légalité s'est construit progressivement, de manière peut-être plus prégnante ces vingt dernières années. Il est incontestablement devenu un juge ancré dans la réalité contentieuse, disposant d'instruments propres à assurer tant l'efficacité de ses décisions que leur efficacité. Cet office, empreint d'une sophistication remarquable, pourrait alors être considéré comme pleinement abouti, ayant atteint l'âge de la maturité, qui supposerait une certaine forme d'immutabilité.

Pourtant, si la mission essentielle du juge de la légalité consiste en l'annulation des actes administratifs illégaux, il s'avère que certains subsistent à son contrôle. Parfois contraint de rejeter des requêtes en annulation pourtant recevables et fondées, le juge de la légalité méconnaît alors la nature de son office faute de disposer de prérogatives suffisantes quant à la détermination de la matière litigieuse, c'est-à-dire de la maîtrise des conclusions et moyens dont il est saisi et qui restent essentiellement à la disposition des parties.

Proposer d'émanciper le juge du cadre de l'instance tel que fixé par les parties lorsque l'intérêt de la légalité l'exige suppose de convaincre que la persistance d'actes administratifs manifestement illégaux à son contrôle constitue une insuffisance caractérisée de son office. Bien loin de relever de l'ordre du détail ou de l'accessoire, une telle carence constitue une véritable défectuosité du contrôle juridictionnel mis en œuvre, et ce malgré des hypothèses quantitativement limitées (**Titre I**).

L'identification de telles défaillances permet de mettre en lumière l'inadéquation qui existe entre les devoirs qui incombent au juge administratif de la légalité et les pouvoirs dont il dispose pour les accomplir. Sa fonction juridictionnelle ne consiste ni uniquement, ni principalement à trancher un litige entre parties mais également à exercer un contrôle objectif de l'activité normative des personnes publiques. La dissymétrie de l'office du juge de la légalité, révélée par les insuffisances de son intervention, trouve son origine dans le dévoiement de sa fonction juridictionnelle du fait d'une certaine ignorance des exigences liées à l'exercice d'une fonction non exclusivement contentieuse (**Titre II**).

- *Titre I. Un contrôle juridictionnel défectueux*

- *Titre II. Une fonction juridictionnelle dévoyée*

TITRE I

UN CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DÉFECTUEUX

La défectuosité du contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs se rencontre lorsque de tel actes, assurément illégaux, subsistent malgré tout au recours contentieux pourtant recevable dirigé à leur encontre. En serré dans les termes de la requête et limité par les éléments constitutifs de la demande, le juge de la légalité se retrouve alors face à l'impossibilité, sous peine d'irrégularité de son jugement, de prononcer une annulation néanmoins justifiée.

Le juge administratif de la légalité ne peut se saisir d'office de conclusions, c'est-à-dire modifier l'objet de la demande qui lui est soumise, ni statuer sur des moyens que n'auraient pas soulevés les parties, à l'exception des moyens d'ordre public. L'absence de maîtrise de ces éléments constitutifs limite la portée de son intervention, voire annihile l'effectivité de son pouvoir d'annulation. Il convient alors, afin d'établir leur tangibilité, d'identifier précisément les hypothèses de rejet de requêtes recevables et fondées dont il est question (**Chapitre I**).

L'identification de ces hypothèses, si elle permet de s'assurer d'une réelle défectuosité du contrôle juridictionnel opéré, ne suffit toutefois pas à en justifier la prégnance. Leur caractère quantitativement limité et leur relative subsidiarité ne permettent pour autant pas de les occulter. Les enjeux du contentieux de la légalité, au fondement de l'Etat de droit, commandent de s'en saisir pleinement et justifient toute la considération nécessaire à une démarche de perfectionnement (**Chapitre II**).

- *Chapitre I. Une défectuosité constatée*
- *Chapitre II. Une défectuosité négligée*

CHAPITRE I

UNE DÉFECTUOSITÉ CONSTATÉE

Il est des hypothèses dans lesquelles le juge de la légalité se trouve dans l'impossibilité d'annuler un acte administratif illégal du fait de l'enserrement de ses prérogatives dans le cadre de l'instance. Ce cadre, largement déterminé par la volonté des parties, est constitué à la fois par l'objet de la demande, prenant la forme des conclusions, et par les moyens soulevés au soutien de cette demande.

Qu'il s'agisse de la règle interdisant au juge de se saisir d'office de conclusions, dite *non ultra petita* (**Section I**), ou de celle lui interdisant de se saisir d'office de moyens ordinaires, compris comme n'étant pas revêtus du sceau de l'ordre public (**Section II**), ces principes régissant classiquement la procédure administrative contentieuse font parfois obstacle à l'aboutissement d'une « *requête juridiquement fondée mais incorrectement formulée* »¹¹⁹. La survivance d'actes manifestement illégaux témoigne alors de la défectuosité du contrôle de légalité mis en œuvre par le juge administratif.

- **Section I.** *Les travers de la règle non ultra petita*

- **Section II.** *Les vices de l'indisponibilité des moyens*

¹¹⁹ STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, LGDJ, 1999, n° 784.

SECTION I

LES TRAVERS DE LA RÈGLE *NON ULTRA PETITA*

Le juge administratif de la légalité, à l'instar de son homologue judiciaire, doit se prononcer sur l'ensemble des conclusions dont il est saisi. Ce principe lui impose alors positivement de statuer *omnia petita*, et comporte l'interdiction corrélative de statuer *infra petita*¹²⁰. En ce sens, les conclusions de la requête permettent « de déduire le périmètre à l'intérieur duquel le juge a l'obligation de remplir son office »¹²¹. Définissant l'objet de la demande dont est saisi le juge, elles marquent également les limites indépassables du cadre de son intervention en ce qu'il lui est rigoureusement interdit de s'en émanciper, conformément à la règle *non ultra petita*¹²².

L'office du juge de la légalité apparaît dès lors strictement délimité par les conclusions formulées par les parties (§1), alors même que cet encadrement fait parfois paradoxalement obstacle à l'exercice de son pouvoir d'annulation (§2).

§1 : La stricte délimitation de l'office du juge par les conclusions des parties

La règle générale de procédure interdisant au juge de statuer *ultra petita* (A) connaît un tempérament par le recours à la technique de l'interprétation de la demande (B), lequel ne vient que renforcer un principe fermement ancré dans la jurisprudence administrative.

A. Un office rigoureusement encadré par la règle *non ultra petita*

Bien que maintes fois réitérée par la jurisprudence, la règle *non ultra petita* supporte des significations doctrinales diverses (1) et une valeur somme toute relative (2), n'atténuant finalement en rien le caractère impératif de la prohibition qu'elle exprime.

¹²⁰ CE, 17 novembre 1982, *Kairenga*, p. 385 : « (...) sauf dans les cas où un incident de procédure y fait obstacle, lesdites juridictions ont l'obligation d'épuiser définitivement leur pouvoir juridictionnel en statuant sur toutes les conclusions présentées devant elles » ; CE, 19 février 1982, *Commaret*, p. 78 ; *AJDA*, 1982, p. 375, concl. J. Dordoux.

¹²¹ DAËL (S.), *Contentieux administratif*, PUF, 2010, p. 151.

¹²² Signifiant littéralement « au-delà de la demande ».

1) Un principe élémentaire aux acceptions variées

Une origine jurisprudentielle. Bien que la règle *non ultra petita* puisse être entendue de diverses manières par les auteurs, son origine jurisprudentielle ne semble faire aucun doute. Elle résulte en effet de l'arrêt *Delacour*, rendu par le Conseil d'Etat en 1919 à propos de la Commission supérieure des bénéficiaires de guerre, aux termes duquel « *le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi par les parties en cause* »¹²³. En l'espèce, cette juridiction avait, sans être saisie de conclusions en ce sens par l'administration, élevé le montant du bénéfice imposable. Il n'est pas inintéressant de souligner la réticence dont a pu faire preuve à cet égard la Commission qui a vu nombres de ses décisions annulées pour le même motif entre 1920 et 1925¹²⁴.

Bien que la formulation jurisprudentielle originelle concernât une juridiction administrative spécialisée, « *l'obligation de respecter les limites des conclusions s'applique naturellement à l'ensemble des juridictions administratives* »¹²⁵. Quelle que soit l'acception de la notion d'*ultra petita* retenue, elle coïncide toujours au minimum avec cette formulation jurisprudentielle qui semble donc en recouvrir la « *substantifique moelle* ». Néanmoins, pour certains auteurs, il ne s'agirait là que de l'expression d'une des composantes du principe, parmi d'autres.

Des conceptions lato sensu. Dès 1964, pour A. Heurté, l'obligation de statuer dans les limites des conclusions « *se complète par l'interdiction de soulever d'office des moyens autres que ceux que l'on qualifie d'ordre public* »¹²⁶. Cette conception est partagée par C. Debbasch et J.C. Ricci¹²⁷, ainsi que par J.P. Chaudet pour qui « *une juridiction ne peut, sous peine d'ultra petita, se prononcer sur des moyens et conclusions dont elle n'a pas été saisie par les parties ou à l'égard d'une personne qui ne serait pas en cause à l'instance* »¹²⁸.

¹²³ CE, 8 août 1919, *Delacour*, p. 739, D., 1922, III, p. 62.

¹²⁴ CE, 20 février 1920, *Compagnie des produits chimiques de Saint-Fons*, p. 171 ; CE, 7 février 1921, *Febvay*, p. 14 ; CE, 19 mai 1922, *Jacob*, p. 442 ; CE, 17 novembre 1922, *SA des établissements Monteux*, p. 828.

¹²⁵ HEURTE (A.), « Les règles générales de procédure », *AJDA*, 1964, p. 4, spéc. p. 6, citant à cette fin : CE, 26 novembre 1936, *CSCP*, p. 1038 et CE, 15 décembre 1937, *Société Campenon-Bernard*, p. 1030.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, n° 616 : « *Le juge ne peut statuer en dehors du cadre de l'instance* ».

¹²⁸ CHAUDET (J.P.), *Les principes généraux de la procédure administrative*, LGDJ, 1967, n° 705.

Selon ces auteurs, la règle *non ultra petita* s'exprimerait à la fois à l'égard des parties, des conclusions et des moyens.

Tenants d'une conception plus extensive encore, J.M. Auby et R. Drago identifient quatre hypothèses dans lesquelles le juge statue *ultra petita*¹²⁹ : lorsqu'il statue sur des éléments du litige ne correspondant pas aux conclusions des parties, lorsqu'il statue à l'égard de personnes non parties à l'instance, lorsqu'il existe une contradiction entre les motifs et le dispositif de sa décision, et lorsqu'il ordonne une mesure d'instruction sur un point n'ayant pas fait l'objet de conclusions des parties. Ainsi, pour J.M Auby « "*l'ultra petita*" suppose un dépassement par le juge du cadre de l'instance qui s'impose à lui, aussi bien du point de vue de l'objet, des moyens et de la cause que des personnes en litige »¹³⁰.

Quant à l'hypothèse exceptionnelle de contradiction interne au jugement, elle est illustrée par un arrêt rendu par le Conseil d'Etat en 1954 qui annule un jugement du tribunal administratif allouant une indemnité en raison d'un préjudice dont l'existence est par ailleurs méconnue, pour avoir « dépassé les conclusions de la réclamation dont il était saisi »¹³¹. Alors que pour J.M. Auby l'arrêt fait preuve d'une « inutile subtilité »¹³², F.G. Bertrand fait quant à lui utilement remarquer qu'il « n'existe aucune dénaturation de la demande des parties mais uniquement un vice interne au raisonnement du juge »¹³³. Il s'agit donc là d'un cas d'espèce original et isolé auquel on ne saurait donner le sens des solutions de portée générale.

A ces conceptions *lato sensu* de la règle *non ultra petita*, qui étendent son domaine à l'ensemble des éléments constitutifs de la demande, répondent des conceptions plus strictes reflétant plus exactement l'état de la jurisprudence.

¹²⁹ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984, t.2, p. 539.

¹³⁰ AUBY (J.M.), « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t.2, p. 267, spéc. p. 268.

¹³¹ CE, 5 mai 1954, *Syndicat des marais des Deux-Sèvres*, p. 870.

¹³² AUBY (J.M.), art. préc., p. 273.

¹³³ BERTRAND (F.G.), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1974, p. 28.

Des conceptions *stricto sensu*. Pour R. Chapus, la règle *non ultra petita* répond à « l'interdiction pour le juge de statuer au-delà de ce qui lui est demandé »¹³⁴, c'est-à-dire de statuer au-delà des conclusions dont il est saisi. La règle interdisant au juge de statuer *ultra petita* s'identifie donc à la formulation jurisprudentielle de 1919 et son domaine est circonscrit aux seules conclusions des parties¹³⁵. Dans le même sens, B. Pacteau estime que le principe *non ultra petita* correspond à l'obligation faite au juge de statuer uniquement sur les conclusions dont il est saisi, mais sur l'ensemble de celles-ci, en vertu du principe de l'*omnia petita*¹³⁶.

F.G. Bertrand quant à lui, après avoir proposé une définition pour le moins extensive de l'*ultra petita* recouvrant « l'ensemble des dénaturations, qu'il s'agisse d'*extra*, d'*infra* ou d'*ultra petita stricto sensu* »¹³⁷, conclut finalement en considérant que « la violation de la règle "*non ultra petita*" ne sera susceptible de se produire qu'à l'égard de l'objet et des parties »¹³⁸. Pour H. Le Berre plus précisément, lorsque « le juge soulève d'office un moyen d'ordre public, il ne porte pas atteinte à l'interdiction de statuer *ultra petita* puisqu'il ne modifie pas l'objet de la requête mais introduit un nouveau moyen dans le débat »¹³⁹. La possibilité pour le juge de soulever un moyen d'ordre public ne s'analyse donc ici pas comme une exception, ou une dérogation à la règle *non ultra petita*.

Ainsi, dans les conceptions strictes de l'interdiction faite au juge de statuer *ultra petita*, seul l'objet de la demande apparaît comme une limite à ne pas dépasser, c'est-à-dire que seules les conclusions sont concernées en tant qu'elles « sont l'expression des prétentions soumises au juge, ou pour reprendre les termes de l'article 1351 du Code civil, de la "*chose demandée*" »¹⁴⁰. Il ne paraît néanmoins pas utile d'aborder plus précisément les divergences qui peuvent exister sur la teneur des conclusions proprement dites, à savoir si elles s'identifient à l'objet de la demande ou bien également à la cause juridique de celle-ci¹⁴¹.

¹³⁴ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 1058.

¹³⁵ Sur ce point, il ne semble faire aucun doute que le juge est limité à la fois par les conclusions du demandeur et celles du défendeur, ainsi qu'en atteste la formulation de l'arrêt *Delacour* précité. V. également en ce sens : CE, 25 octobre 1968, *Dame Veuve Bille*, T. p. 875, 1039, 1067, 1108.

¹³⁶ PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, n° 254.

¹³⁷ BERTRAND (F.G), *op. cit.*, p. 34.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 379.

¹³⁹ LE BERRE (H.), *Droit du contentieux administratif*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2010, n° 208.

¹⁴⁰ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 897.

¹⁴¹ V. en ce sens ODENT (R.), *Contentieux administratif*, réédition, Dalloz, 2007, p. 870. Cette conception des conclusions, se rapportant à la fois à l'objet et à la cause juridique de la requête, (et autorisée par une non

Dans la conception retenue, l'objet de la demande s'identifie aux conclusions permettant aux parties de formuler ce qui est demandé au juge, et non pas l'argumentation juridique permettant d'y faire droit.

La conception retenue. L'interdiction faite au juge de statuer *ultra petita* signifie qu'il ne peut statuer sur des conclusions dont il n'a pas été saisi par les parties, ou en d'autres termes, qu'il ne peut soulever d'office des conclusions. La règle *non ultra petita* sera donc entendue dans son acception stricte, telle que généralement employée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Les arrêts relatifs à l'*ultra petita* ne concernent en principe que des cas où il est statué au-delà de l'objet de la demande, soit que des indemnités d'un montant supérieur à celui demandé soit accordées, soit qu'il soit statué à l'égard d'une décision non contestée. Il est par ailleurs indiqué par le plan de classement de la jurisprudence administrative¹⁴² que l'*ultra petita* relève des questions générales de procédure, relatives aux pouvoirs et devoirs du juge par rapport aux conclusions.

S'il est certainement possible de trouver des formulations du type « *le juge a statué ultra petita en soulevant d'office le moyen tiré de...* », attestant *a priori* d'une acception extensive de la notion, celles-ci doivent apparaître dans les visas du jugement, visas reflétant la requête telle qu'elle est présentée par le requérant ou son conseil, la requalification éventuelle des moyens n'intervenant que dans les motifs. Ce genre de formulation se limite donc à illustrer un raccourci terminologique qui ne saurait en rien lier le juge dans l'acception qu'il retiendra de la notion.

Conformément à la conception stricte retenue, il conviendra de distinguer l'interdiction faite au juge de statuer *ultra petita*, de celle qui lui est faite de soulever d'office un moyen qui ne serait pas d'ordre public, dans la mesure où si les deux règles procèdent d'une même logique, elles n'en demeurent pas moins distinctes, tant dans leur fondement que dans leurs implications.

assimilation des moyens et de la cause par l'auteur), permet d'éclairer son affirmation selon laquelle une juridiction statue *ultra petita* lorsqu'elle « *tranche des questions dont elle n'a pas été saisie ou accorde à une partie plus que celle-ci demandait* » (*op. cit.*, p. 752).

¹⁴² Cote 54-07-01-03-03 : Procédure – Pouvoirs et devoirs du juge – Questions générales – Conclusions – Ultra petita.

La règle *non ultra petita* se caractérise non seulement par des acceptions variables, mais également par une valeur juridique¹⁴³ qui peut être qualifiée de relative, sans pour autant compromettre la vigueur toujours actuelle de l'interdiction.

2) Une prohibition pérenne malgré une valeur relative

Une règle générale de procédure. L'interdiction faite au juge de statuer *ultra petita* est ce qu'il convient d'appeler « *une règle générale de procédure* »¹⁴⁴, c'est-à-dire une « *norme présentant largement un caractère supplétif* »¹⁴⁵. Il s'agit de règles non-écrites, d'origine prétorienne qui s'appliquent dans le silence des textes à l'ensemble des juridictions. B. Genevois, à l'instar de A. Heurté¹⁴⁶, considère que « *la règle générale de procédure se distingue du principe général du droit en ce qu'elle a vis-à-vis du pouvoir réglementaire un caractère supplétif et non impératif* »¹⁴⁷. Pour ces auteurs donc, et contrairement à la position de R. Chapus, une règle générale de procédure ne peut avoir qu'une portée supplétive, c'est-à-dire « *infra-réglementaire* », contrairement aux principes généraux du droit qui eux seuls bénéficient d'une portée « *supra-décrétale* »¹⁴⁸.

S'il est vrai que l'arrêt de principe en matière d'*ultra petita*¹⁴⁹ « *ne fait rien de plus qu'énoncer la règle générale de procédure* »¹⁵⁰, il ne semble pas exact d'affirmer que le Conseil d'Etat se soit pour autant « *abstenu de se prononcer sur la portée de la règle* »¹⁵¹. En effet, aux termes dudit arrêt, la Commission des bénéficiaires de guerre dont il est question en l'espèce est « *une véritable juridiction devant laquelle doivent être observées toutes les règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition législative formelle ou n'est pas incompatible avec l'organisation même de la Commission ; qu'au*

¹⁴³ Les termes de « valeur » et de « portée » seront utilisés ici dans leur acception commune, sans qu'il soit fait référence à la subtile distinction élaborée par R. Chapus dans son article « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, p. 99.

¹⁴⁴ Sur la distinction des règles générales de procédure et des principes généraux de procédure, V. CHAUDET (J.P.), *Les principes généraux de la procédure administrative*, LGDJ, 1967, p. 169.

¹⁴⁵ AUBY (J.M.), « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », art. préc., p. 277.

¹⁴⁶ HEURTE (A.), « Les règles générales de procédure », art. préc., p. 9.

¹⁴⁷ GENEVOIS (B.), « Principes généraux du droit », *RDCA*, décembre 2010, n° 84.

¹⁴⁸ CHAPUS (R.), « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, p. 99.

¹⁴⁹ CE, 8 août 1919, *Delacour*, p. 739.

¹⁵⁰ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, n° 210-3°.

¹⁵¹ *Ibid.*

nombre de ces règles générales qui s'imposent, même en l'absence d'un texte exprès, à toutes les juridictions figure celle d'après laquelle le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi par les parties en cause »¹⁵². La portée impérative de la règle ne semble ainsi pas devoir faire de doute.

L'hésitation ne semble d'ailleurs plus permise dans la mesure où « à la différence des principes généraux du droit, les règles générales de procédure ne sont pas une arme contre le pouvoir réglementaire dans son expression la plus haute »¹⁵³. En ce sens, et confirmant « avec netteté (...) la spécificité des règles générales de procédure par rapport aux principes généraux du droit »¹⁵⁴, l'arrêt *Demoiselle Arbousset* précise que « lorsqu'elle prend ainsi des décisions juridictionnelles, [la] commission est tenue, même en l'absence de texte, d'observer toutes les règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition formelle ou n'est pas inconciliable avec son organisation »¹⁵⁵. La référence à une « disposition formelle » doit pouvoir se comprendre, implicitement mais nécessairement, d'une disposition de quelque nature qu'elle soit, réglementaire ou législative.

Si, pendant un certain temps, un doute était permis quant à la portée impérative ou supplétive d'une règle générale de procédure, il n'en est plus rien. La règle interdisant au juge de statuer sur des conclusions dont il ne serait pas saisi par les parties en cause a donc une valeur supplétive. Ce caractère supplétif doit par ailleurs être combiné au fait qu'il soit dénié à la méconnaissance de la règle la qualité de moyen d'ordre public, afin d'étayer l'idée d'une interdiction paradoxalement inflexible.

L'absence de qualité d'ordre public. Malgré une « certaine hésitation »¹⁵⁶ marquée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, le moyen tiré de la méconnaissance de la règle non *ultra petita* n'est pas d'ordre public et ne peut donc être relevé d'office. Bien que ce principe soit d'affirmation constante depuis l'arrêt *Ville de Marseille*¹⁵⁷ rendu en 1961, il n'en demeure pas moins que la formulation est toujours restée implicite. Pareillement, en 1990¹⁵⁸, le Conseil

¹⁵² CE, 8 août 1919, *Delacour*, préc.

¹⁵³ HEURTE (A.), art. préc., p. 9.

¹⁵⁴ GENEVOIS (B.), art. préc., n°85.

¹⁵⁵ CE, 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset*, p. 189

¹⁵⁶ AUBY (J.M.), art. préc., p. 277.

¹⁵⁷ CE, 13 octobre 1961, *Société marseillaise de trafic maritime*, p. 567.

¹⁵⁸ CE, 2 mars 1990, *Deplus*, p. 54.

d'Etat réaffirme l'impossibilité pour le juge de cassation de soulever d'office le moyen tiré de ce que les juges du fond auraient statué *ultra petita*, mais toujours de manière indirecte. En l'espèce, le requérant n'avait pas contesté, dans sa requête sommaire, la régularité de la décision soumise à la censure des juges de cassation. Si par la suite, dans un mémoire complémentaire, il a entendu soulever le moyen tiré de ce que ladite décision serait entachée d'*ultra petita*, il s'est heurté à une fin de non-recevoir du fait de l'expiration du délai de recours en cassation. Il convient donc d'en déduire qu'il ne s'agissait pas d'un moyen d'ordre public, dont la qualité aurait été de nature à en assurer la recevabilité.

Le principe est donc implicitement établi, bien qu'un certain vacillement ait pu se faire sentir. En effet, l'arrêt *Barbaza* rendu en 1958 témoigne d'une indétermination, certes ponctuelle, signifiant néanmoins que pour fermement établi qu'il soit, le refus de conférer la qualité d'ordre public à la règle *non ultra petita* n'en est pas pour autant évident. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, sans y être invité par des conclusions en ce sens, considère « *qu'il y a lieu d'annuler les dispositions de l'arrêté attaqué par lesquelles le conseil de préfecture, statuant ultra petita, a rejeté une prétendue demande (...) dont les premiers juges n'étaient pas, en réalité, saisis (...)* »¹⁵⁹.

Dorénavant, pourtant, la règle est assurément établie, le choix a été fait et confirmé de ne pas conférer à la violation de la règle *non ultra petita* un caractère d'ordre public. Malgré tout, les raisons qui ont présidé à ce choix restent obscures. Il est évidemment vain de les rechercher dans la motivation, réputée hermétique, des arrêts du Conseil d'Etat. Comment expliquer que l'*ultra petita* « *bien qu'il soit aussi rigoureusement prohibé* »¹⁶⁰, ne puisse être relevé d'office ? Sans doute parce qu'il ne s'agit pas d'un « *moyen relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte* »¹⁶¹. Il fait donc supposer qu'il ne s'agit pas d'une question dont l'importance « *légitime son examen d'office* »¹⁶². La règle *non ultra petita* apparaît donc supplétive, secondaire, d'une importance toute relative, et pourtant, la vigueur avec laquelle le Conseil d'Etat en sanctionne la méconnaissance est constante.

¹⁵⁹ CE, 25 avril 1958, *Dame Veuve Barbaza*, p. 229 ; *JCP*, 22 octobre 1958, 10810, note Blaevoet ; *AJDA*, 1958, p. 222, chron. Fournier et Combarnous ; *CJEG*, 1959, p. 27, note M.A. Carron.

¹⁶⁰ BERTRAND (F.G), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 40.

¹⁶¹ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, op. cit. p. 958.

¹⁶² *Ibid.*

Une prohibition pérenne. Ne pas statuer *ultra petita*, tel est le principe. Et l'existence d'exceptions ou de tempéraments¹⁶³ ne saurait en rien en atténuer la vigueur. Certes, rares sont les cas dans lesquels le Conseil d'Etat sanctionne un jugement ou un arrêt entaché d'*ultra petita*. Généralement, les cas d'*ultra petita* résultent d'une interprétation maladroite de la requête par le juge. Plus que dans sa portée répressive, c'est bien dans sa dimension préventive que l'interdiction prend tout son sens. S'il n'est pas courant de trouver des exemples jurisprudentiels d'annulation de décisions entachées d'*ultra petita*, il est moins rare d'identifier des cas « d'absence » d'*ultra petita* justement, pour reprendre le vocable propre au plan de classement de la jurisprudence administrative.

En écartant les hypothèses propres au contentieux de la responsabilité et consistant notamment en l'allocation d'une somme d'un montant supérieur à celui demandé, se rencontre néanmoins l'annulation pour *ultra petita* du jugement d'un tribunal administratif accueillant des conclusions subsidiaires, après avoir accueilli des conclusions principales¹⁶⁴ ; un jugement entaché d'*ultra petita* pour avoir annulé partiellement une décision non attaquée, alors même que l'exécution dudit jugement en aurait rendu nécessaire la modification¹⁶⁵ ; ou encore, l'invalidation d'un jugement ayant annulé un arrêté de reconduite à la frontière alors que la requête devait être « regardée comme dirigée contre la seule décision complémentaire, contenue dans la notification dudit arrêté et décidant que [le requérant] serait éloigné à destination du Maroc (...) »¹⁶⁶. Ce dernier exemple illustre parfaitement bien la rigueur avec laquelle le Conseil d'Etat sanctionne la violation de la règle, quand bien même cela aurait pour conséquence de laisser subsister une décision vraisemblablement illégale.

Malgré la rareté de ces irrégularités, le juge se préservant en général de telles sanctions par un respect scrupuleux des limites de son office, il n'en reste pas moins que ces limites peuvent s'avérer mouvantes. Le principe étant l'interdiction de statuer sur des conclusions dont il ne serait pas saisi, le juge va alors avoir recours à l'interprétation de ces dernières afin de s'autoriser à statuer de manière satisfaisante sur une requête maladroitement formulée. Il ne s'agit dès lors pas d'une dérogation à la règle *non ultra petita*, puisqu'il s'agit précisément de la respecter, tout en redonnant à une requête son exacte portée. Il s'agit pourtant bel et bien

¹⁶³ Cf. *infra*. Partie II – Titre I – Chapitre II – Section II.

¹⁶⁴ CE, 10 mai 1967, *Verre*, T. p. 900.

¹⁶⁵ CE, 27 février 1974, *Ministre des Transports*, p. 156.

¹⁶⁶ CE, ord., 5 juin 1996, *Préfet du Val d'Oise*, n°148327, inédit.

de contourner l'interdiction, dans l'intérêt du requérant le plus souvent, en s'octroyant une certaine liberté dans la perception de la requête.

B. Un succédané de tempérament : l'interprétation des conclusions

Il pourrait être objecté à la rigueur de la règle *non ultra petita*, telle que décrite précédemment, la possibilité dont dispose le juge d'interpréter la demande dont il est saisi, afin de lui conférer sa portée « réelle ». Cependant, alors que cette technique contentieuse apparaît davantage comme un correctif que comme une véritable dérogation à la règle interdisant au juge de statuer sur des conclusions dont il ne serait pas saisi **(1)**, elle se caractérise également par une utilisation à la fois encadrée et contingente, l'empêchant ainsi de constituer un palliatif efficace aux impasses générées par la règle *non ultra petita* **(2)**.

1) Une justification pragmatique

Une interprétation utile de la demande. Bien que le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge¹⁶⁷ apparaisse particulièrement strict, il ne l'empêche cependant pas de se reconnaître « *le pouvoir d'interpréter la demande c'est-à-dire de définir le contenu de la demande* »¹⁶⁸. Ce pouvoir d'interprétation se traduit par une qualification, voire une requalification, des termes de la requête maladroitement, et partant inefficacement, formulés. Il s'agit donc pour le juge de donner à la demande du requérant sa véritable portée juridique, lui conférant ainsi « *un effet utile* »¹⁶⁹.

Pour comprendre les nécessités qui président à l'utilisation d'un tel procédé, il convient d'imaginer « *ces pauvres feuilles de papier d'écolier où, dans une langue à peine compréhensible et d'une main manifestement plus habituée à manier un outil que la plume, les exploitants agricoles exposent leurs doléances (...)* »¹⁷⁰. Le postulat justifiant le travail de requalification du juge est donc toujours le même : la formulation maladroite de prétentions juridiques par des requérants peu familiers du vocabulaire rigoureux du contentieux administratif. A cette fin, « *le juge administratif n'hésite pas à rectifier les conclusions*

¹⁶⁷ Cf. *infra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

¹⁶⁸ DEBBASCH (C.), « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », *JCP*, 1982, I, 3085, spéc. n°1.

¹⁶⁹ *Ibid.*, n°4.

¹⁷⁰ PAULIN (B.), note sous TA Limoges, 7 juin 1961, *Durand, AJDA*, 1961, p. 728.

présentées par les parties lorsque celles-ci risqueraient d'être victimes des maladresses qu'elles ont pu commettre dans la rédaction des conclusions »¹⁷¹. Le trait caractéristique de cette technique apparaît comme le respect de la volonté du requérant, qui en fait moins un aménagement de la règle *non ultra petita* qu'une simple opération de traduction.

Le respect de la volonté du requérant. Le leitmotiv de l'interprétation de la demande par le juge est sans conteste le respect de la volonté du requérant. En ce sens, le juge « s'abrite » derrière elle et « s'attribue ainsi le pouvoir de démonter l'apparence de la demande pour en faire apparaître l'essence. Le juge agit comme une sorte d'éclaireur de la volonté du requérant »¹⁷².

Dès lors, il ne s'agit en aucun cas pour le juge de transgresser la volonté du requérant, bien au contraire. Dépassant « la lettre des requêtes »¹⁷³, le juge « recherche ce que sont "en réalité" les prétentions du requérant en interprétant les expressions que celui-ci a employées et l'argumentation qu'il a développée »¹⁷⁴. L'utilisation de son pouvoir par le juge ne doit pas avoir pour résultat la dénaturation des conclusions dont il est saisi, dans la mesure où « le juge ne peut statuer d'office sur des prétendues conclusions qui n'existent pas dans les mémoires »¹⁷⁵, à savoir « des conclusions imaginaires qu'il a cru discerner dans les intentions d'une des parties »¹⁷⁶.

Et c'est justement parce qu'il reste limité par la volonté du requérant qu'il ne s'agit pas d'une dérogation à la règle *non ultra petita*. Lorsqu'il regarde des conclusions dirigées contre tel acte, plutôt que contre tel autre, le juge ne statue pas *ultra petita*. Il redonne au contraire à la requête son sens véritable, en assurant ainsi, le plus souvent, sa recevabilité. Qualifier ou requalifier des conclusions, afin de sauvegarder un recours voué à l'échec, ce

¹⁷¹ AUBY (J.M.), « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », art. préc., p. 278.

¹⁷² DEBBASCH (C.), « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », art. préc., n° 4.

¹⁷³ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *op. cit.*, n° 618.

¹⁷⁴ ODENT (R.), « Le destin des fins de non-recevoir », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p. 653, spéc. p. 663.

¹⁷⁵ GABOLDE (C.), *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1997, p. 335.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 333.

Voir par ex. : CE, 25 avril 1958, *Veuve Barbaza*, p. 228, préc. ; CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, p. 540 ; *RDP*, 1959, p. 1235, concl. A. Bernard ; *RDP*, 1960, p. 802, note M. Waline ; *Départements et communes*, 1960, p. 13, note Hourticq ; *D.*, 1960, p. 191, note Lavroff.

n'est pas aller au-delà de ce qui est demandé, mais précisément répondre à ce qui est demandé¹⁷⁷.

C'est la raison pour laquelle l'interprétation de la demande peut tout au plus apparaître comme un « *tempérament à la règle de non ultra petita* »¹⁷⁸, voire une « *atténuation* »¹⁷⁹ de la règle selon laquelle le juge ne statue que dans la limite des conclusions des parties fixant le cadre de l'instance. Plus précisément, « *l'exception n'est qu'apparente et confirme la règle en ce qu'elle n'a été créée et n'est appliquée que pour mieux sanctionner le principe* »¹⁸⁰. En effet, une interprétation considérée comme inexacte par le Conseil d'Etat sera censurée pour *ultra petita*. Ce qui n'en n'empêche cependant pas une utilisation régulière par les membres de la juridiction administrative qui « *l'emploient sans pudeur, confirmant que cette technique juridictionnelle fait partie intégrante de l'office du juge administratif* ».¹⁸¹

Une fin unique : éviter l'irrecevabilité. L'interprétation des conclusions aboutit toujours à une reformulation de ce qui est demandé, qu'il s'agisse de requalifier l'objet ou la nature du recours. Et si le postulat demeure toujours le même, à savoir une formulation inefficace de la requête, l'objectif l'est également : assurer la recevabilité du recours, ou tout du moins « *réduire les fins de non-recevoir* »¹⁸². Que l'on évoque une « *interprétation validante* »¹⁸³, ou bien encore une certaine « *mansuétude* »¹⁸⁴, il n'en reste pas moins que l'utilisation d'un tel procédé par le juge traduit, dans la très grande majorité des cas¹⁸⁵, sa volonté de « *faire prévaloir l'esprit sur la lettre en redressant des conclusions mal formulées dans le sens qui permet au procès de s'engager* »¹⁸⁶. Certains auteurs, tels que C. Debbasch ou A. Ciaudo, estiment que lorsque le juge restreint l'objet de la demande, en interprétant une

¹⁷⁷ Et ce, contrairement à l'opinion de J.M. Auby sur ce point selon laquelle dans « *bien des cas, le juge se trouve, de ce fait, conduit à statuer "ultra petita"* » (art. préc., p. 278).

¹⁷⁸ LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011, p. 415.

¹⁷⁹ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 170.

¹⁸⁰ KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, p. 108.

¹⁸¹ CIAUDO (A.), *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, 2009, n° 196.

¹⁸² DEBBASCH (C.), « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », art. préc., n° 11.

¹⁸³ ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2010, n° 322-21.

¹⁸⁴ GABOLDE (C.), *Procédure des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel*, op. cit., p. 135.

¹⁸⁵ V. par ex., pour une hypothèse d'annulation : CE, Ass., 3 février 1967, *Confédération générale des vignerons du Midi*, p. 55 ; *AJDA*, 1967, p. 164, concl. Galmot ; *AJDA*, 1967, p. 159, note Lecat-Massot. Et pour une hypothèse de rejet : CE, 25 janvier 1957, *Syndicat fédéral des fonctionnaires malgaches et assimilés*, p. 65.

¹⁸⁶ DAËL (S.), *Contentieux administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, p. 118.

demande d'annulation totale en annulation partielle par exemple, cette interprétation apparaît défavorable au requérant. Cette hypothèse, d'une réalisation exceptionnelle, répond cependant pareillement à l'objectif de recevabilité de recours, sans que le rejet au fond de la requête n'apparaisse de nature à en tirer la conclusion inverse.

La finalité de cette technique contentieuse apparaît dès lors des plus légitime dans la mesure où une « *trop grande fermeté dans l'interprétation des recours conduirait le juge à opposer l'irrecevabilité à une trop grande partie des litiges qui lui sont soumis* »¹⁸⁷. En insufflant une dose de souplesse dans l'appréciation des conclusions par le juge, la technique de l'interprétation ne s'apparente plus véritablement à un tempérament à la règle *non ultra petita*, mais davantage à une exception à la règle selon laquelle les conclusions doivent être formulées de manière suffisamment précise¹⁸⁸. Ainsi, comme l'affirme P. Fombeur, la « *portée de cette règle sévère est cependant limitée par le pouvoir que le juge administratif se reconnaît d'interpréter les conclusions dont il est saisi, avec d'autant plus de libéralisme que la formulation maladroite lui paraît trahir l'intention réelle de l'auteur de la requête* »¹⁸⁹.

A bien des égards donc, l'interprétation de la demande par le juge ne constitue pas un véritable assouplissement permettant de contourner les éventuelles impasses auxquelles conduit la règle *non ultra petita*. Et ce d'autant qu'elle serait à cette fin impuissante.

2) Un domaine varié, une fonction limitée

Une réponse à des hypothèses variées. Les hypothèses dans lesquelles « *les conclusions formellement irrecevables pourront être requalifiées pour permettre leur examen* »¹⁹⁰ sont diverses. Une requête pourra être redirigée contre la ou les décisions réellement attaquées, bien que la formulation initiale puisse prêter à confusion. A cet égard, le pouvoir de rectification du juge est « *particulièrement fort puisqu'il modifie l'élément*

¹⁸⁷ CIAUDO (A.), *op. cit.*, n° 194.

¹⁸⁸ CE, 19 février 1965, *Fédération des syndicats CFTE des travaux publics*, p. 123 : « *la Fédération requérante s'abstient de désigner, parmi les catégories de personnels visées par la circulaire attaquée, celles pour l'ensemble desquelles les limitations à l'exercice du droit de grève seraient entachées d'illégalité ; que, dès lors, les conclusions susmentionnées, qui ne sont pas suffisamment précisées, ne sont pas recevables* » ; ou encore, CAA Lyon, 16 février 1994, *Etablissement public d'aménagement des rives de l'étang de Berre*, T. p. 1135.

¹⁸⁹ FOMBEUR (P.), « Requête », *RDCA*, octobre 2010, n° 13.

¹⁹⁰ STAHL (J.H.), « Moyens et conclusions », *JCA*, fasc. 1086, janvier 2010, n° 7.

essentiel qui lie le contentieux, la décision administrative attaquée »¹⁹¹. Ainsi, des conclusions en annulation dirigées contre une décision insusceptible de recours pourront être redirigées contre une décision faisant grief, notamment dans le cas d'une requête initialement dirigée contre un simple acte de notification¹⁹² ; des conclusions tendant à l'annulation d'une décision implicite de rejet pourront être redirigées vers la décision explicite de rejet, notifiée au requérant¹⁹³ ; ou encore, lorsque la décision attaquée est remplacée par une autre, les conclusions tendant à son annulation, devenues sans objet, pourront être redirigées contre la seconde décision¹⁹⁴, sous certaines réserves toutefois¹⁹⁵.

Ainsi, « *le juge administratif n'hésite pas à tenir compte davantage des intentions certaines des requérants que des formules utilisées plus ou moins heureusement par eux pour exprimer leurs conclusions et leurs moyens* »¹⁹⁶. Tel est également le cas lorsque le juge modifie la nature du recours par lequel il est saisi : en requalifiant un recours pour excès de pouvoir entaché de tardiveté en un recours en appréciation de validité¹⁹⁷ ; en requalifiant un recours en cassation contre une décision non-juridictionnelle en recours pour excès de pouvoir¹⁹⁸ ; ou encore en considérant qu'un recours de pleine de juridiction constitue en réalité un recours en excès de pouvoir¹⁹⁹, et ceci toujours afin d'en assurer la recevabilité.

Les exemples sont nombreux pour illustrer une politique jurisprudentielle devenue classique mais certains, particulièrement audacieux, méritent que l'on s'y attarde davantage.

¹⁹¹ DEBBASCH (C.), « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », art. préc., n° 5.

¹⁹² V. par ex. : CE, 18 décembre 1987, *Cohen*, n° 49096, inédit : « (...) *la requête de Mme Cohen doit être regardée comme dirigée en réalité non contre la lettre (...) par laquelle le directeur (...) a fait part à l'intéressée de la décision du jury de ne pas la retenir pour l'établissement de la liste d'aptitude et lui a communiqué les notes qu'elle avait obtenues, mais contre la délibération par laquelle le jury (...) a proposé au ministre d'inscrire sur la liste d'aptitude établie en 1982 un certain nombre de candidats, en tant que cette délibération ne mentionnait pas Mme Cohen (...)* ».

¹⁹³ CE, 25 novembre 1921, *Malou-Dupré*, p. 975 ; CE, 3 décembre 1948, *Bucciéro*, p. 456.

¹⁹⁴ CE, 19 avril 1950, *Delangle*, p. 217.

¹⁹⁵ CE, 11 juin 1999, *Région Languedoc-Roussillon*, T. p. 969 : dès lors que le déféré du préfet dirigé contre un premier arrêté du président du conseil régional ne comportait ni conclusions ni moyens dirigés contre le second arrêté de cette autorité, ayant le même objet, qui retirait et remplaçait le premier, et que le préfet ne conteste pas avoir été destinataire des deux décisions, les conclusions dirigées contre le premier ne sauraient être regardées comme ayant été en réalité dirigées contre le second.

¹⁹⁶ ODENT (R.), « Le destin des fins de non-recevoir », art. préc., p. 663.

¹⁹⁷ CE, Sect., 6 mai 1970, *Syndicat national du cadre secrétaire-comptable de la Banque de France*, p. 306.

¹⁹⁸ CE, Sect., 19 décembre 1980, *Hechter*, p. 488 ; *GP*, 1981, n° 252-253, p. 13, concl. B. Genevois ; *D.*, 1981, n° 30, p. 43, note Gérard-Simon ; *JCP*, 1982, II, 19784, note B. Pacteau.

¹⁹⁹ CE, 8 mai 1981, *Marquiset*, p. 209.

C'est le cas de l'arrêt *Abbé Roussel*²⁰⁰, rendu par le Conseil d'Etat en 1933, et par lequel le juge « *développe la chose demandée* »²⁰¹ en interprétant une demande d'annulation partielle en annulation totale²⁰². Le commissaire du gouvernement s'interrogeait alors : « *Mais est-il bien certain que la légalité, implicitement admise par l'abbé, soit à l'abri de toute contestation ? Bien que le recours ne vous y convie pas directement, c'est là une question que vous ne pouvez pas vous dispenser d'examiner, car elle commande de haut tout le problème* »²⁰³. Cette solution apparaît d'autant plus surprenante qu'il n'était pas question en l'espèce d'un cas d'irrecevabilité pour indivisibilité de l'acte attaqué. L'audace du Conseil d'Etat, assurément bienvenue au demeurant, contraste alors avec les nombreuses fin de non-recevoir qu'il oppose par ailleurs de manière systématique au requérant ayant, par inadvertance, limité ses conclusions à certaines dispositions seulement d'un acte indivisible²⁰⁴. Toutefois, mise à part cette furtive témérité, la Haute juridiction n'interprète pas une demande d'annulation partielle en annulation totale, mais la rejette invariablement pour irrecevabilité²⁰⁵.

Il ressort des différentes hypothèses dans lesquelles le juge administratif interprète ou réinterprète des conclusions, que « *ce travail d'orthopédie juridique doit, bien entendu, être conduit avec une grande circonspection et être toujours en faveur de celui auquel il s'applique* »²⁰⁶. En effet, bien que la Haute juridiction garantisse cette réserve par la sanction pour *ultra petita* d'une interprétation dénaturant la demande, elle préserve malgré tout le requérant de la trop grande sévérité des juridictions inférieures, en annulant alors leur décision pour omission à statuer²⁰⁷. A cet égard, le Conseil d'Etat « *reste pénétré de l'idée qu'il possède, en dernier ressort, une sorte de pouvoir régalien qui lui permet de rechercher l'équité au-delà des contingences procédurales* »²⁰⁸.

²⁰⁰ CE, 29 décembre 1933, *Abbé Roussel*, D., 1934, III, 7, concl. P. Rivet.

²⁰¹ DEBBASCH (C.), « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », art. préc., n° 7.

²⁰² V. pour une interprétation divergente : STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, op. cit., n° 936.

²⁰³ RIVET (P.), concl. sur CE, 29 décembre 1933, *Abbé Roussel*, D., 1934, III, p. 7, spéc. p. 8.

²⁰⁴ Cf. *infra*.

²⁰⁵ CE, Sect., 2 avril 1954, *Dlles Thévenot et Saumont*, p. 210 ; CE, 5 novembre 1975, *Société Pavita*, p. 544.

²⁰⁶ ODENT (R.), art. préc., p. 663.

²⁰⁷ CE, 17 décembre 1990, *Ouedjedi*, T. p. 362 : « (...) qu'eu égard à l'argumentation de sa demande, l'intéressé doit être regardé comme ayant également présenté des conclusions tendant à l'annulation de [la décision fixant le pays de renvoi], distincte de l'arrêt de reconduite à la frontière ; qu'il y a lieu d'annuler le jugement attaqué pour défaut de réponse à ces conclusions (...) » (rejet en l'espèce) ; V. également, CE, 8 mai 1981, *Marquiset*, p. 209, préc., annulant le jugement d'un tribunal administratif ayant rejeté les conclusions présentées devant lui comme irrecevables, sans chercher à leur donner leur exacte portée.

²⁰⁸ DEBBASCH (C.), art. préc., n° 18.

Un correctif légitime. A première vue, lorsque le juge prend la peine d'assurer la recevabilité de la requête, c'est qu'il envisage de l'accueillir, puisqu'à l'inverse, il lui suffirait d'énoncer qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur sa recevabilité. Pourtant, sans bien sûr que les vérifications puissent être exhaustives et donc précisément quantifiables, il apparaît que le juge interprète fréquemment des conclusions pour ne finalement pas les déclarer fondées. Dès lors, et à bien y réfléchir, lorsque le juge redirige des conclusions, il n'assure pas seulement la recevabilité de la requête, mais en garantit plus essentiellement la justesse. Il est évident que si la légalité de la décision qu'il examine n'est pas véritablement celle qui fait grief au requérant, le contrôle lui-même devient incohérent et par là même inutile.

Ainsi, l'interprétation des conclusions n'apparaît pas véritablement de nature à permettre l'annulation d'une décision administrative illégale²⁰⁹, mais plus largement à assurer une bonne administration de la justice, en faisant en sorte que la demande acquière « *un sens contentieux* »²¹⁰. Et il « *faut assurément encourager de telles solutions où le juge, faisant preuve de pragmatisme, parvient à concilier la sauvegarde de la légalité en même temps que l'intérêt d'une bonne administration* »²¹¹. Pour autant, aussi bienvenue que soit la recherche d'efficacité du recours par une reformulation des conclusions, elle n'en reste pas moins largement insuffisante à dépasser les obstacles dressés par la règle *non ultra petita* sur le chemin de la légalité.

Une mise en œuvre variable. Il ne s'agit en aucun cas de remettre en question le fait que la technique de l'interprétation des conclusions s'inscrit dans une logique « *d'optimisation du procès administratif* »²¹², permettant au juge de reconnaître la recevabilité d'écritures maladroites, et partant leur éventuel bien-fondé. Néanmoins, un tel procédé reste strictement encadré par la règle *non ultra petita* et sa mise en œuvre assurément variable.

²⁰⁹ Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre I.

²¹⁰ DARCY (G.) et PAILLET (M.), *Contentieux administratif*, Armand Colin, 2000, p. 229.

²¹¹ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, *op. cit.*, n° 171.

²¹² CIAUDO (A.), *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, *op. cit.*, n° 190 et s., spéc. n° 203 : « *la tendance générale de la requalification des termes du litige opérée par le juge administratif reste à l'optimisation du procès administratif* ».

Tout d'abord, l'utilisation de la possibilité offerte au juge de reformuler les conclusions dont il est saisi s'avère d'un usage relativement contingent. Il s'agit d'un quasiment pouvoir propre du juge²¹³, d'un élan de bienveillance qui ne saurait être systématique, car dépendant largement des termes mêmes de la requête. S'il apparaît souhaitable qu'il fasse usage de cette prérogative plus volontiers en contentieux objectif « où une trop grande fixité de l'objet de la demande dessert l'intérêt de la légalité »²¹⁴, il n'en reste pas moins que cet usage variera sensiblement selon que le requérant ait ou non eu recours au ministère d'avocat. Il est évident que l'indulgence du juge s'exprimera plus naturellement à l'endroit d'un requérant maladroit, qu'à l'égard d'un avocat à qui il peut également arriver de l'être. Si les raisons de cette distorsion apparaissent compréhensibles, celles-ci n'en demeurent pas moins difficilement admissibles lorsque sont en jeu des questions de légalité.

Ainsi, le pouvoir d'interprétation varie selon des données objectives, la nature du contentieux ou le ministère d'avocat, mais il est évident qu'il renferme également une grande part de subjectivité, à l'instar de toute opération de reformulation. La contingence du procédé se révèle alors consubstantielle à sa finalité : traduire juridiquement la volonté des requérants. Cela entraîne nécessairement un défaut de lisibilité de l'utilisation d'une telle prérogative, pour la bonne et simple raison que ressortent rarement des décisions les raisons qui ont présidé à une indulgence, ou au contraire, à une inclémence. Assurément, cette « *extension est plus ou moins formellement masquée, le juge présentant ou considérant sa saisine comme en réalité plus étendue que le report aux conclusions dont il est saisi le fait apparaître* »²¹⁵.

Il ne s'agit nullement de remettre en cause la légitimité de ce pouvoir d'interprétation, bien au contraire, celui-ci permettant le plus souvent un examen efficient de la légalité d'un acte. Simplement, si la finalité est justifiée, « *il y a tout à craindre de la méthode utilisée* »²¹⁶ dans la mesure où les « *effets de la bienveillance de la Haute assemblée ne s'étendent pas également à tous les requérants maladroits, et il est permis de se demander si ces différences*

²¹³ Bien que l'interprétation de la requête apparaisse le plus souvent comme une faculté laissée à la discrétion du juge, notamment de par la subjectivité du procédé, celle-ci apparaît parfois obligatoire, notamment en cas de recours préalable obligatoire. V. en ce sens : CE, 19 décembre 2008, *Mellinger*, p. 478 ; *AJDA*, 2009, p. 838, concl. J. Boucher ; *JCP*, 2009, II, 10054, note P. O. Caille.

²¹⁴ BAILLEUL (D.), *op. cit.*, n° 170.

²¹⁵ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 48.

²¹⁶ BERTRAND (F.G.), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 300.

de traitement ne sont pas aussi graves que des « largesses », lorsque celles-ci sont inégalement réparties »²¹⁷.

Un encadrement par la règle *non ultra petita*. Afin d'anticiper l'éventuelle objection qui pourrait être faite à l'exposé de la rigueur de la règle *non ultra petita*, l'existence de la possibilité pour le juge d'interpréter la demande doit être comprise comme strictement encadrée par celle-ci. Il ne saurait s'agir d'une dérogation à la règle interdisant au juge de soulever d'office des conclusions, tout au plus d'un tempérament consistant en la correction des « *confusions ou omissions du requérant* »²¹⁸. Et cela d'autant plus que c'est bien par la règle *non ultra petita* que le Conseil d'Etat vient censurer des interprétations trop extensives.

La limite opposée au juge, qu'il s'agisse de l'utilisation de son pouvoir d'interprétation ou non d'ailleurs, est bien toujours la même : le respect de la volonté des requérants, ou plus exactement en l'occurrence, l'absence de dénaturation de celle-ci. Il lui est en effet interdit de la transgresser, quand bien même cela permettrait de servir la légalité, le juge apparaissant alors comme « *prisonnier de la demande initiale* »²¹⁹. La possibilité qui lui est offerte de reformuler les conclusions d'un requérant dont l'inexpérience est évidente ne doit pas faire perdre de vue qu'en aucun cas le juge ne s'émancipera du cadre de l'instance.

L'interprétation de la demande, utilisée empiriquement, ne se révèle pas constituer un palliatif efficace aux travers générés par la règle *non ultra petita* dans la mesure où elle est elle-même limitée par le respect de cette règle. Et si le recours à une telle technique peut s'avérer bienvenue dans bien des hypothèses, il reste « *plus critiquable en revanche que ce souci de pragmatisme ne permette pas [au juge] (...) d'étendre systématiquement l'objet du litige lorsque l'intérêt de la légalité l'exige* »²²⁰. En effet, l'extension « *des conclusions des parties ne se fait que sous le couvert de la volonté des parties et pour servir leur intérêt et non pas sous le prétexte du service d'une quelconque légalité* »²²¹.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 278.

²¹⁸ ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, *op. cit.*, n° 425-29.

²¹⁹ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, *op. cit.*, n° 171.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ DEBBASCH (C.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Contribution à l'étude de l'instance*, LGDJ, 1962, p. 119.

Il ne faut pas s'y tromper : l'interdiction faite au juge de statuer sur des conclusions dont il ne serait pas saisi reste un principe d'application stricte, dont les véritables dérogations autorisées répondent à des caractéristiques contentieuses spécifiques. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser aux hypothèses dans lesquelles la règle *non ultra petita*, ne cédant pas devant les impératifs de la légalité, conduit le juge à rejeter des requêtes néanmoins fondées, ou à laisser subsister en partie un acte dont l'illégalité est par ailleurs acquise.

§2 : Les implications contentieuses de la règle non ultra petita

Après avoir brièvement présenté la règle *non ultra petita* et ses caractéristiques principales, il convient désormais d'explicitier les hypothèses dans lesquelles cette dernière, générant des situations contentieuses originales, aboutit à la persistance d'actes administratifs dont l'illégalité est avérée, mais dont l'annulation est incorrectement sollicitée.

Ainsi, en présence d'un acte dit indivisible, la règle interdisant au juge de statuer au-delà des conclusions dont il est saisi le contraint parfois à rejeter, au stade de la recevabilité, des requêtes pourtant fondées **(A)**. De même, l'emprisonnement du juge dans les termes de la demande peut l'amener à laisser subsister partiellement un acte intégralement entaché d'illégalité **(B)**.

A. Des rejets au stade de la recevabilité

Les hypothèses dans lesquelles la règle *non ultra petita* entraîne l'irrecevabilité d'une requête potentiellement fondée se rencontrent lorsque s'insère dans le débat contentieux la notion d'indivisibilité d'un acte administratif **(1)**. Cette situation contentieuse singulière appelle une solution jurisprudentielle rigoureuse, régulièrement réaffirmée, dans laquelle l'office du juge de la légalité se réduit à un raisonnement juridique mécanique **(2)**.

1) Un carrefour contentieux

***Ultra petita*, annulation partielle et indivisibilité.** Pourquoi utiliser ici l'expression imagée de « carrefour contentieux » ? Parce que l'hypothèse dont il est question nécessite la réunion, ou plus précisément l'articulation, de trois notions contentieuses : la règle *non ultra petita*, le pouvoir de réformation du juge et l'indivisibilité.

Supposons le cas où un requérant, peu aguerri faut-il en convenir, demande au juge de la légalité l'annulation de certaines dispositions seulement d'un acte considéré comme indivisible. L'impasse contentieuse se profile alors : le juge ne peut pas prononcer l'annulation partielle d'un acte indivisible, sous peine notamment de faire œuvre d'administrateur ; il ne peut pas non plus l'annuler totalement, sous peine de voir son jugement entaché d'*ultra petita*. Il peut alors « *s'avérer qu'une annulation totale, au demeurant parfaitement justifiée car fondée sur une illégalité de nature à invalider l'ensemble de l'acte contesté, ne soit pas réalisable compte tenu de l'étendue de la demande contentieuse* »²²².

Cette hypothèse doit être distinguée à la fois du cas dans lequel le juge n'annule que partiellement un acte entièrement illégal²²³, et du cas, qui se situe hors du champ de la problématique, dans lequel le juge, saisi de conclusions en annulation totale, limitera sa censure aux seules dispositions illégales, appliquant alors légitimement le principe « *d'économie de l'annulation* »²²⁴, en cantonnant « *l'annulation à ce qui est strictement nécessaire au respect du principe de légalité* »²²⁵. En revanche en l'espèce, il est question du rejet, au stade de la recevabilité, d'une requête en annulation par ailleurs fondée, faute pour le juge de pouvoir soulever d'office des conclusions, autrement dit faute pour lui de pouvoir statuer *ultra petita*.

Il pourrait être objecté que la faculté de statuer *ultra petita* n'apparaît pas comme la seule solution à une telle impasse ; le juge pourrait également être autorisé à annuler partiellement un acte indivisible. Deux arguments s'y opposent pourtant. Le premier, tiré de ce que l'annulation partielle d'un acte illégal indivisible laisse potentiellement subsister, selon la teneur du moyen retenu, des dispositions illégales. Une telle solution ne saurait être considérée comme satisfaisante, tant intellectuellement que juridiquement, dans la mesure notamment où le deuxième obstacle sur le chemin de l'annulation partielle est justement le caractère indivisible de l'acte en question.

²²² STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, op. cit., n° 784.

²²³ Cf. *infra*.

²²⁴ AGUILA (Y.), concl. sur CE, 16 décembre 2005, *Groupe forestier des ventes de Nonant*, p. 583, *AJDA*, 2006, p. 320.

²²⁵ *Ibid.*

Un acte administratif indivisible. La notion de divisibilité apparaît comme un sujet à part entière²²⁶, justifié à la fois tant par son intérêt pratique et théorique, que par sa complexité, voire son obscurité²²⁷, sur lesquelles les besoins de la démonstration n'imposent pourtant pas de s'attarder. Quant à la question de savoir quel principe théorique justifie l'interdiction de l'annulation partielle d'un acte indivisible, la réponse semble avoir évolué avec l'office du juge de l'annulation.

S'il est permis de considérer qu'une annulation partielle peut aboutir à une réformation de l'acte, un tel pouvoir n'est dorénavant plus étranger à l'office du juge de la légalité qui accepte de s'en emparer pleinement²²⁸. La tendance jurisprudentielle s'est *a priori* davantage orientée vers une conception objective de l'indivisibilité, à savoir une approche essentiellement structurelle de l'acte, en laissant alors de côté la conception subjective, s'attachant quant à elle à l'intention de l'auteur de l'acte.

Ainsi, le juge contemporain de l'annulation « *n'hésite pas à se faire administrateur* »²²⁹ et « *l'intention des auteurs de l'acte [ne l'a] jamais empêché de procéder à des annulations partielles* »²³⁰. Assurément, une annulation partielle peut se traduire par « *une transformation de l'acte initial en un acte administratif nouveau* »²³¹, c'est-à-dire induire une réformation de l'acte par le juge. Simplement, l'utilisation du pouvoir de réformation par le juge de l'annulation est à présent assumée et n'explique donc plus, à elle seule, l'interdiction qui lui est faite d'annuler partiellement un acte indivisible.

D'une certaine manière, cette « *moindre réticence à administrer se remarque (...) dans la façon dont le juge fait usage des techniques d'appréciation de la divisibilité des actes*

²²⁶ Cf. STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, *op. cit.*

²²⁷ Cf. sur ce point : CORBEL (J.P.), « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA*, 1972, p. 138, spéc. p. 148, à propos du critère du caractère indivisible : « *Ce critère, le juge n'en fait pas part. C'est son secret. A moins que, prudent et habile, il ait préféré ne pas le définir avec précision.* »

²²⁸ V. sur cette question l'article précité – de 1972 – de J.P. Corbel, pour qui le « *juge administratif, dans le cadre du contentieux de l'annulation, ne dispose pas en effet d'un pouvoir de réformation* » (p. 139), justifiant ainsi la prohibition des annulations partielles d'actes indivisibles ; opinion partagée par C. Debbasch et J.C. Ricci (*op. cit.*, n° 877) traitant du cas des annulations partielles dans le paragraphe consacré à l'interdiction faite au juge de se substituer à l'administration.

²²⁹ AGUILA (Y.), concl. sur CE, 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes de Nonant*, préc., p. 324.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ CORBEL (J.P.), « L'annulation partielle des actes administratifs », art. préc., p. 139.

attaqués devant lui »²³², lequel n'hésite plus à retenir une approche de la divisibilité pouvant le conduire à une réécriture de la décision. A l'heure où le juge de l'annulation n'hésite plus à dicter à l'administration les conséquences à tirer d'une annulation, ou à lui enjoindre de prendre une décision dans le sens déterminé par son propre jugement, il n'est plus tenable de soutenir qu'il s'interdit par principe de substituer son appréciation à celle de l'administration.

En tout état de cause, il suffit de constater que les annulations partielles d'actes divisibles sont également susceptibles de conduire à une réformation de l'acte, et n'en sont pas moins courantes pour autant²³³, pour se convaincre du fait que la barrière de la réformation n'est pas de nature à justifier la rigoureuse prohibition du morcellement de dispositions inséparables.

L'annulation partielle d'un acte indivisible n'apparaît donc pas prohibée parce qu'elle conduirait le juge à réformer l'acte en question, mais bien parce que l'annulation « *de certaines de ses dispositions peut en détruire l'équilibre, en modifier les effets* »²³⁴. Le juge ne cherche donc pas à éviter une réécriture de l'acte, mais davantage une désagrégation, une dénaturation de celui-ci. C'est en cela que l'autorisation de l'annulation partielle ne peut apparaître comme une solution envisageable, dans de telles hypothèses, à l'irrecevabilité opposée à des requêtes fondées mais maladroitement formulées.

2) Une réponse jurisprudentielle rigoriste

Un crescendo jurisprudentiel. La réponse donnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat à la question posée par une demande d'annulation partielle d'un acte qualifié d'indivisible a connu trois étapes successives, caractérisées par une sévérité croissante.

Avant 1954, date à laquelle s'amorce le mouvement jurisprudentiel en question, l'indivisibilité d'un acte pouvait justifier qu'il soit statué *ultra petita*, puisque une situation d'indivisibilité engendrait, le cas échéant, la disparition totale d'une décision mise en cause

²³² DONNAT (F.) et CASSAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *DA*, mai 2004, p. 12.

²³³ Pour un exemple topique d'un cas d'annulation « en tant que ne pas » : CE, 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes de Nonant*, p. 583 : « Article 1^{er} : L'article 2 du décret du 4 septembre 2003 est annulé en tant qu'il exclut du périmètre de classement les fermes de Brousses et de Borculo ».

²³⁴ CORBEL (J.P.), art. préc., p. 139.

partiellement²³⁵. Les requêtes en annulation partielle étaient donc recevables à l'encontre d'un tout indivisible, et la règle *non ultra petita* devait céder devant les impératifs d'indissociabilité. Cette brève hésitation, pour significative qu'elle soit, n'en n'ouvra pas moins rapidement la voie à une solution catégorique d'irrecevabilité.

La première réponse de cette teneur est apportée par l'arrêt *Demoiselles Thévenot et Saumont*, rendu par le Conseil d'Etat le 2 avril 1954²³⁶, qui fixe le principe selon lequel à une demande d'annulation partielle d'un acte formant un tout indivisible ne peut qu'être opposée une irrecevabilité. Cela apparaît justifié en l'espèce dans la mesure où une censure partielle aboutirait à une modification substantielle de la décision attaquée. Lors de cette première étape est donc explicitement – et assez logiquement – écartée la solution qui consisterait à autoriser la censure des seules dispositions entachées d'illégalité.

Ce n'est qu'en 1960, par l'arrêt *Fédération nationale des industries chimiques*²³⁷ qu'intervient une réponse plus aboutie, précisant davantage la conduite à tenir. Dans l'hypothèse où l'illégalité de certaines dispositions de l'acte réputé indivisible serait de nature à en entacher l'intégralité, le juge ne pourrait pas en prononcer l'annulation totale, faute pour lui d'être autorisé à soulever d'office des conclusions. Le juge ne peut dès lors annuler les seules dispositions illégales d'un acte indivisible, pas plus qu'il ne peut annuler entièrement un acte dont il n'est saisi que partiellement. Le raisonnement juridique adopté peut apparaître paradoxal puisqu'en d'autres termes, si la requête s'avère fondée, que l'illégalité d'un acte est constatée, les conclusions tendant à son annulation ne peuvent alors qu'être rejetées. Aussi, pour « avoir procéduralement tort, on fait comprendre au demandeur qu'il devait avoir au fond préalablement raison »²³⁸.

Le Conseil d'Etat parachève sa jurisprudence en la matière par un arrêt *Société Pavita*²³⁹, rendu en 1975, qui persiste dans une voie pour le moins rigoriste dans laquelle « si la notion d'indivisibilité permet parfois d'étendre la portée d'un moyen, elle n'autorise pas le

²³⁵ CE, 19 janvier 1938, *Dlle Achille Fould-Stirbey*, p. 55 ; CE, 20 février 1948, *Sieur Bonami*, p. 89.

²³⁶ CE, 2 avril 1954, *Dlles Thévenot et Saumont*, p. 210, concl. Laurent.

²³⁷ CE, 4 mars 1960, *Fédération nationale des industries chimiques*, p. 169 ; Dr. soc., 1960, p. 345, concl. Nicolăy ; *AJDA*, 1960, p. 39, chron. Combarrous et Galabert.

²³⁸ STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, op. cit., n° 797.

²³⁹ CE, 5 novembre 1975, *Société Pavita*, p. 544, *GACA*, 4^{ème} éd., 2014, n° 51.

juge à étendre la portée des conclusions »²⁴⁰, s'agisse-t-il d'une illégalité fondée sur un moyen d'ordre public. Le considérant de principe, régulièrement rappelé en substance par une jurisprudence devenue constante²⁴¹, est sans appel : « (...) *le juge administratif, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation partielle d'un acte dont les dispositions forment un ensemble indivisible, est tenu de rejeter ces conclusions, quelle que soit, au demeurant la nature des moyens susceptibles d'être invoqués à l'encontre de la décision attaquée (...)* »²⁴².

Les hypothèses dans lesquelles se retrouve ce raisonnement, explicitement ou implicitement, sont nombreuses et variées : délibération de jury de concours²⁴³, permis de construire²⁴⁴, ou encore notation des fonctionnaires²⁴⁵. Cela témoigne d'un ancrage jurisprudentiel fort, et cela malgré le fait que de voir « *déclarer son recours irrecevable alors qu'on le sait fondé ne peut susciter qu'une réaction de révolte et, en tout cas, un amer sentiment de frustration* »²⁴⁶.

Un ordre public à deux vitesses. Il résulte donc de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'entre une irrecevabilité et un moyen, tous deux d'ordre public, l'irrecevabilité doit l'emporter²⁴⁷. En ce sens – et naturellement au demeurant – les moyens d'ordre public relatifs à la recevabilité de la requête l'emportent sur ceux relatifs à son bien-fondé. S'il ne saurait être question de remettre en cause le principe même de l'examen de la recevabilité d'une requête qui ne justifie son existence que par son caractère précisément prioritaire, qu'il soit permis de remarquer que même dans le cas où un moyen d'ordre public apparaît fondé, l'irrecevabilité liée à l'indivisibilité de la décision, prioritaire dans l'ordre d'examen, continue de primer.

²⁴⁰ STAUB (M.), *loc. cit.*

²⁴¹ CE, 12 octobre 1979, *Poidevin*, p. 847 ; CE, 1^{er} juillet 1981, *Société Carrière Chalumeau*, p. 293 ; CE, 8 janvier 1988, *Mazar, DA*, 1988, n° 100 ; CE, 29 octobre 2003, *Epoux Hervouet*, p. 946.

²⁴² CE, 5 novembre 1975, *Société Pavita*, préc.

²⁴³ Par ex. : CE, 4 juillet 1986, *Pasquet*, T. p. 555, 649 ; CE, 20 juin 1990, *de Carvalho*, T. p. 812, 934 ; ou encore, CE, 21 juillet 2006, *Ichard*, T. p. 691, 912, 1002, 1033 ; *DA*, 2006, n° 11, p. 24, note G. E.

²⁴⁴ CE, 12 octobre 1979, *Poidevin*, préc.

²⁴⁵ CE, 29 juillet 1994, *Litovsky*, T. p. 999, 1004, 1019, 1096, 1136.

²⁴⁶ STAUB (M.), *loc. cit.*

²⁴⁷ CE, 14 mars 2001, *Commune de Grainville*, T. p. 1150, 1157 : « (...) *que, dès lors que la cour administrative d'appel devait ainsi rejeter ces conclusions en raison de leur irrecevabilité, elle ne pouvait pas, (...) soulever d'office pour, le cas échéant, faire droit à l'appel, le moyen d'ordre public selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas ; (...)* ».

Dès lors, une illégalité d'ordre public, dont la particulière gravité justifie un régime contentieux dérogatoire à bien des égards, reste soumise à des conditions classiques de recevabilité pour être sanctionnée. En ce sens « *l'objet de la demande supprime les effets du moyen d'ordre public* »²⁴⁸ puisque la nature partielle d'une demande d'annulation justifie l'irrecevabilité du recours, quand bien même un moyen d'ordre public serait fondé. Si cet état de fait se justifie par la nécessité de pérenniser l'examen de la recevabilité des recours, facteur incontestable d'une bonne administration de la justice et de sécurité juridique, il n'en reste pas moins que cela témoigne également de la place éminente réservée à la règle *non ultra petita* par le Conseil d'Etat dans l'articulation des divers principes de procédure contentieuse.

De la même façon, se dessine incontestablement la priorité de la règle *non ultra petita* sur celle de l'indivisibilité dans la mesure où en « *faisant obstacle à l'annulation totale d'un acte indivisible en partie contesté, la règle non ultra petita fait prévaloir sa propre logique, à savoir ne pas annuler plus qu'il n'est demandé, sur celle de l'indivisibilité qui incite naturellement à développer un champ d'annulation au départ plus ou moins limité* »²⁴⁹. Autrement dit, l'indivisibilité d'un acte ne permet pas de déroger à la règle *non ultra petita*, les effets générés fussent-ils pour le moins insatisfaisants.

3) Les virtualités d'un rejet au stade de la recevabilité

Principes. L'irrecevabilité constitue « *la situation juridique préalable dans laquelle le juge administratif refuse, en l'état, d'apprécier le bien-fondé d'une prétention qui lui est soumise* »²⁵⁰. En principe donc, l'examen de la recevabilité est préliminaire à celui du bien-fondé et seules les requêtes recevables font l'objet d'un examen au fond. La conclusion irrecevable devient alors « *un chef de demande soumis au juge administratif dont il est tenu, en l'état, de refuser d'apprécier le bien-fondé* »²⁵¹.

En assumant le risque de la répétition plutôt que celui de l'imprécision, rappelons que l'objet des présents développements n'est pas de contester le principe même de la recevabilité et du caractère logiquement préalable de son examen, mais plus exactement d'en souligner

²⁴⁸ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 471.

²⁴⁹ STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, *op. cit.*, n° 790.

²⁵⁰ CIAUDO (A.), *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, *op. cit.*, n° 121.

²⁵¹ *Ibid.*, n° 273.

certaines aspects, qui paraissent exacerbés lorsqu'il s'agit de l'irrecevabilité d'une demande d'annulation partielle d'un acte indivisible²⁵². Dans cette hypothèse, plus que dans d'autres sans doute, les « *fins de non-recevoir apparaissent comme des pièges imaginés par des technocrates du formalisme pour duper les plaideurs de bonne foi* »²⁵³. Et cela apparaît d'autant plus vrai lorsque l'on évoque la signification potentielle d'un rejet pour irrecevabilité, à savoir le caractère fondé de la requête.

Le jugement pour faire « reste de droit ». Bien que la recevabilité d'une requête en conditionne rigoureusement l'accueil, afin « *de parvenir à une résolution plus rapide des litiges qui lui sont soumis, le juge (...) peut faire abstraction de l'irrecevabilité du recours lorsque, en tout état de cause, le recours serait rejeté* »²⁵⁴.

Cette « *technique d'accélération du procès administratif* »²⁵⁵ permet au juge d'examiner le bien-fondé d'une requête, par ailleurs irrecevable, ou tout du moins dont la recevabilité n'est pas avérée. Les jugements la mettant en œuvre revêtent alors une formulation du type « *sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la requête* », ou plus précisément « *sur la fin de non-recevoir opposée en défense* », témoignant de ce que « *le caractère d'ordre public de l'irrecevabilité impose son examen par le juge, mais pas nécessairement son opposition* »²⁵⁶.

Cette pratique, teintée d'un pragmatisme certain, s'avère louable tant du point de vue du règlement du fond de l'affaire que de celui du requérant, certainement plus enclin à accepter un rejet du fait du caractère infondé de ses prétentions que de leur caractère irrecevable. Il n'en reste pas moins qu'en aucun cas « *le juge ne saurait donner satisfaction au requérant si le recours est irrecevable. A cet égard, le régime de la recevabilité retrouve toute sa rigueur* »²⁵⁷. Et tout son sens.

²⁵² A noter que s'agissant d'une irrecevabilité, elle constitue un moyen d'ordre public : CE, Sect., 10 décembre 1971, *Quetin*, p. 757.

²⁵³ ODET (R.), « Le destin des fins de non-recevoir », art. préc., pp. 653-654.

²⁵⁴ CIAUDO (A.), *op. cit.*, n° 162.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 147.

²⁵⁶ *Ibid.*, n° 167.

²⁵⁷ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, p. 389.

Il convient de souligner qu'en pratique la technique est fréquemment utilisée, un rejet au fond étant par principe préféré au prononcé d'une irrecevabilité. Cependant, si l'utilisation est courante, elle n'en est pas systématique pour autant, faisant ainsi obstacle à tout automatisme d'interprétation au terme duquel un rejet au stade de la recevabilité équivaldrait à une requête fondée. Une telle systématisation serait excessive, conduisant de ce fait à des conclusions potentiellement erronées.

Il reste malgré tout possible de considérer qu'une partie, pour ne pas dire la majorité, des requêtes en annulation partielle d'un acte indivisible, déclarées irrecevables, sont en réalité fondées. Et ce d'autant plus que dans cette hypothèse, il ressort de la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat que c'est bien le caractère potentiellement fondé de telles conclusions qui en imposent l'irrecevabilité. Il n'est pour autant ni pertinent, ni nécessaire, d'estimer que toutes les irrecevabilités de ce type traduisent une illégalité avérée dans la mesure où la vérification systématique est impraticable et que le juge peut, pour des raisons diverses, préférer ne pas procéder à l'examen au fond d'une requête qu'il est permis de rejeter au stade de la recevabilité. Et cela d'autant plus que « *le juge administratif a toujours considéré la technique du jugement pour faire reste de droit comme une éventualité s'ouvrant à lui* »²⁵⁸. Si toutes les précautions s'imposent donc, rien n'empêche pour autant la reconnaissance de certaines présomptions.

De deux choses l'une alors : soit une fin de non-recevoir est tirée de l'indivisibilité de l'acte dont l'annulation partielle est demandée et le jugement pour faire reste de droit demeure vraisemblable ; soit aucune fin de non-recevoir n'est soulevée en défense et le rejet pour irrecevabilité de la requête suggère d'autant plus son caractère fondé et, partant, l'illégalité avérée de l'acte contesté. La règle *non ultra petita*, confrontée à une situation d'indivisibilité et à une requête maladroitement formulée, peut aboutir au choix conscient de la non annulation d'un acte administratif illégal. Bien qu'il ne s'agisse que d'une éventualité, « *la solution qui consiste à ne pas faire droit à une demande que l'on reconnaît fondée reste choquante en équité* »²⁵⁹.

²⁵⁸ CIAUDO (A.), *op. cit.*, n° 167 ; V. également, cité à cette fin, CE, 18 juillet 1973, *Monus*, p. 527 : « *Les premiers juges n'étaient pas tenus de se prononcer sur la recevabilité de [la] demande, dès lors que les conclusions de celle-ci étaient rejetées au fond* ».

²⁵⁹ COMBARNOUS (M.) et GALABERT (J.M.), *chron. sous CE*, 4 mars 1960, *Fédération nationale des industries chimiques*, p. 169, *AJDA*, 1960, p. 39, spéc. p. 42.

Ainsi, si ces hypothèses peuvent ne pas aller jusqu'à heurter l'esprit, elles doivent pour le moins amener à réfléchir et ce, d'autant plus, lorsqu'il s'agit d'envisager les mêmes impasses contentieuses auxquelles peuvent également conduire une situation inverse de divisibilité.

B. L'annulation partielle d'actes intégralement illégaux

Annulation partielle et acte administratif divisible. Contrairement aux hypothèses précédemment exposées, l'acte administratif est ici divisible et le requérant, en demandant l'annulation partielle, obtient satisfaction. Sans surprise, la règle *non ultra petita* interdit l'annulation totale d'un acte dont seules certaines dispositions sont contestées.

Dans certains cas, l'annulation partielle conforme à l'illégalité partielle d'un acte est parfaitement justifiée, et « *dans l'immense majorité des cas, c'est même d'office que le juge procède à une annulation partielle, sans même que le requérant ni ne le demande, ni n'en soit averti* »²⁶⁰. En effet, que la demande d'annulation concerne l'ensemble des dispositions de l'acte ou soit limitée à certaines d'entre elles, un moyen peut n'être de nature à fonder qu'une annulation partielle, l'illégalité étant elle-même circonscrite.

En revanche, il en va bien différemment lorsqu'un moyen s'avère de nature à entacher d'illégalité l'acte dans son ensemble, mais que le juge, prisonnier des termes de la demande, devra se contenter d'en censurer certaines dispositions seulement. Cette hypothèse, concevable à propos d'un moyen classique au rayonnement global, tel qu'un vice de forme par exemple, revêt un relief tout particulier lorsqu'il s'agit d'un moyen d'ordre public, supposé prédominant.

La solution retenue par le Conseil d'Etat est, là encore, sans appel : bien qu'une décision ait été édictée par une autorité incompétente, celle-ci sera annulée conformément à l'objet de la demande, à savoir partiellement²⁶¹. Ainsi, « *si le juge relève d'office un moyen d'ordre public susceptible d'aboutir à l'annulation de l'ensemble de la décision, il doit se contenter de prononcer une annulation partielle sur le fondement du moyen d'ordre public*

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ CE, 6 janvier 1954, *Sieur Angéras*, p. 8 ; CE, 19 mai 1961, *Gianotti*, p. 346.

relevé d'office »²⁶². Cette jurisprudence appliquant strictement la règle *non ultra petita* illustre alors dans le recours pour excès de pouvoir « *la difficile conciliation de cette règle et des exigences de la légalité* »²⁶³.

L'objet de la demande circonscrit l'illégalité. Les conclusions formulées par le requérant délimitent expressément le champ du litige et, par conséquent, la portée des moyens invoqués à l'encontre de l'acte dont la légalité est contestée. Si certains auteurs ont pu voir dans les moyens d'ordre public une dérogation à la règle *non ultra petita*²⁶⁴, « *le cadre de l'instance conserve son rôle même dans l'hypothèse où les moyens d'ordre public ont été soulevés d'office, car le juge doit, malgré tout, statuer dans les limites des conclusions des parties* »²⁶⁵.

L'ordre public qui caractérise un moyen, ou qui s'attache plus largement à l'annulation d'un acte administratif illégal, ne l'emporte donc pas sur la règle selon laquelle le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi : les « *pouvoirs que le juge tire de cet ordre, ses moyens si l'on veut, ses motifs en tout cas, restent déterminés par l'objet de la demande tel que fixé par le demandeur dans ses conclusions* »²⁶⁶. La règle *non ultra petita* entraîne alors, dans ces hypothèses, la survivance d'actes administratifs assurément illégaux au contrôle du juge administratif et à cet égard l'*ultra petita* « *marque la limite d'ordre public de l'ordre public procédural* »²⁶⁷.

L'hypothèse de la recevabilité partielle. Une hypothèse particulière de recevabilité, issue de la reconnaissance d'un intérêt à agir partiel, aboutit à un résultat analogue à ceux dépeints jusqu'alors, à savoir l'annulation partielle d'un acte illégal dans son ensemble. Un intérêt pour agir considéré comme partiel ne permettra d'obtenir une annulation « *que relativement au requérant, c'est-à-dire "qu'en tant qu'" il lui fait personnellement grief* »²⁶⁸.

²⁶² DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 465.

²⁶³ LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011, p. 410.

²⁶⁴ CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel*, Litec, 3^{ème} éd., 2001, n° 374.

²⁶⁵ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, p. 229.

²⁶⁶ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, p. 107.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ LEBRETON (G.), « L'intérêt à agir partiel », *DA*, 1988, p. 923, spéc. p. 925.

G. Lebreton distingue à cet égard deux types d'actes pouvant faire l'objet d'une annulation partielle suite à la reconnaissance d'un intérêt à agir limité : les « *actes à tiroirs* », édictant « *des dispositions différentes pour chacune des catégories d'intéressés qu'il distingue* »²⁶⁹, et les « *actes standards* », édictant « *des dispositions semblables pour l'ensemble des catégories d'intéressés visées* »²⁷⁰.

La première catégorie d'actes, présentant « *une unité quelque peu artificielle, comme un meuble dont chaque tiroir n'intéresserait qu'une seule personne* »²⁷¹, lorsqu'elle fait l'objet d'une annulation partielle, ne suscite guère d'émoi dans la mesure où il est aisément compréhensible qu'un administré, se prévalant d'une certaine qualité, ne soit susceptible d'obtenir l'annulation que des seules dispositions le concernant, et relativement à laquelle son argumentation est développée ; l'annulation partielle qui en découle se justifie dans la mesure où les dispositions sont indépendantes les unes des autres. En revanche, la reconnaissance d'un intérêt à ne solliciter que partiellement l'annulation d'un acte dit « standard » heurte davantage dans la mesure où l'acte, reconnu illégal, ne sera annulé qu'à l'égard des destinataires dont le requérant a la qualité²⁷², et ce quand bien même l'illégalité concernerait indistinctement tous les destinataires.

Cette jurisprudence, pour logique qu'elle soit, présente « *le grave inconvénient de se traduire par la censure partielle de dispositions dont, cependant, l'illégalité à tous égards se trouve établie, et précisément par l'annulation prononcée* »²⁷³. Ainsi, dans cette hypothèse, comme dans celles précédemment exposées, un acte administratif, illégal dans son ensemble, n'est annulé que partiellement par le juge administratif. S'il apparaît que cette solution, qualifiée assez justement « *d'énigme juridique* »²⁷⁴, soit critiquable à bien des égards, il n'en reste pas moins qu'elle ne résulte pas de l'impossibilité faite au juge de statuer

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 926.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 927.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Voir par ex. CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements des cadres supérieurs de la fonction publique*, p. 258, *AJDA*, 1984, p. 627, concl. D. Labetoulle : l'Union requérante ne représentant que les fonctionnaires civils de l'Etat, elle n'a intérêt à agir contre le décret attaqué, relatif aux rémunérations dans la fonction publique, qu'en cette qualité, et non pas en tant qu'il concerne aussi les fonctionnaires militaires et les agents des collectivités locales.

²⁷³ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 968-2°.

²⁷⁴ LEBRETON (G.), art. préc., p. 929.

ultra petita mais des conséquences de l'appréciation sévère qui peut être faite de l'intérêt pour agir²⁷⁵.

Qu'il s'agisse d'une décision d'irrecevabilité, en réponse à une demande d'annulation partielle d'un acte indivisible, ou bien de l'annulation de certaines dispositions seulement d'un acte, divisible mais non moins intégralement illégal, le constat doit être le même, à savoir la survivance de dispositions normatives dont l'illégalité est avérée, faute pour le juge de disposer de la faculté de soulever d'office des conclusions à fin d'annulation. « *Or, n'y a-t-il pas quelque scandale à reconnaître qu'une disposition est illégale et à refuser de l'annuler* »²⁷⁶ ? Assurément, la règle *non ultra petita* « *pousse le juge dans ses derniers retranchements en le contraignant à déclarer l'irrecevabilité des demandes fondées d'annulation partielle d'actes indivisibles* »²⁷⁷. L'impossibilité faite au juge de la légalité de soulever d'office des conclusions apparaît strictement appréciée et rigoureusement appliquée, et ce quelles qu'en soient les conséquences.

Certes, dans l'hypothèse de l'annulation partielle d'un acte divisible, telle que demandée par le requérant, ce dernier n'apparaît pas en reste puisqu'il obtient satisfaction, et ce contrairement à l'irrecevabilité qui lui serait opposée en situation d'indivisibilité de l'acte. Néanmoins, et bien que le requérant soit le destinataire privilégié de la décision de justice, les particularités du contentieux de la légalité font qu'il n'est pas le seul concerné par les effets de cette décision et sa seule satisfaction ne saurait partant occulter les entorses admises au principe de légalité.

²⁷⁵ Cette question sera néanmoins à nouveau abordée lorsque seront examinées les hypothèses concrètes dans lesquelles le juge pourrait être autorisé à statuer *ultra petita* : cf. Partie II – Titre II – Chapitre I.

²⁷⁶ BERTRAND (F.G), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 383.

²⁷⁷ STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, op. cit., n° 803.

Conclusion de la Section I. En générant la persistance d'actes administratifs illégaux au contrôle du juge de la légalité et en incitant « *le requérant à moins de discernement dans l'élaboration de sa demande* »²⁷⁸ par la formulation de conclusions en annulation totale plutôt que partielle, la règle *non ultra petita* confronte par certains aspects le juge au fait que « *ses propres principes procéduraux interdisent de faire éventuellement prévaloir au fond le principe de légalité* »²⁷⁹.

Alors que la règle *non ultra petita* permet de mettre en lumière certaines des faiblesses qui compromettent l'efficacité du juge de la légalité, le fait qu'il ne puisse examiner que les moyens dont il est saisi, à l'exception des moyens d'ordre public, génère des situations analogues, dans lesquelles un acte administratif dont le juge reconnaît l'illégalité, ne pourra être annulé, faute pour lui de maîtriser suffisamment les éléments objectifs constitutifs de la demande.

²⁷⁸ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, *op. cit.*, n° 171.

²⁷⁹ STAUB (M.), *loc. cit.*

SECTION II

LES VICES DE L'INDISPONIBILITÉ DES MOYENS

La saisine du juge administratif par l'introduction d'une requête le lie aux termes de celle-ci. S'il ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi, il ne peut également par principe se prononcer que sur les moyens soulevés à leur soutien. Certes, il existe l'importante dérogation des moyens d'ordre public, que le juge peut soulever d'office, sans y avoir été invité par les parties.

Toutefois bien qu'aménagé par une telle exception, le principe de l'indisponibilité des moyens ordinaires dont le juge ne saurait se saisir d'office perdure (§1), et il emporte des conséquences regrettables, analogues à celles provoquées par la règle *non ultra petita*, à savoir le rejet de requêtes en annulation assurément recevables et fondées (§2).

§1 : L'indisponibilité constante des moyens ordinaires

Bien que l'existence de moyens d'ordre public témoigne nécessairement d'une entorse à l'interdiction faite au juge de soulever d'office un moyen quelconque (B), il n'en reste pas moins que l'exception, comme souvent, ne fait que confirmer la règle (A), ou tout du moins les principes qui la régissent.

A. Un contrôle de légalité substantiellement déterminé par les parties

Par principe, le juge limite l'examen de la légalité de l'acte dont l'annulation est demandée aux moyens invoqués par les parties, et seulement à ceux-ci (1). Il dispose néanmoins d'un certain pouvoir d'interprétation, à l'instar de celui relatif aux conclusions, lui permettant ainsi de dépasser les maladresses les plus évidentes, sans pour autant s'affranchir totalement des limites ainsi fixées (2).

1) L'interdiction de soulever d'office un moyen ordinaire

Les moyens d'ordre public, et les autres. Les moyens peuvent se définir comme exposant « *l'argumentation juridique présentée par les parties au soutien de leurs*

prétentions. (...) Ces moyens sont eux-mêmes constitués de divers arguments par lesquels les parties étayent leur raisonnement »²⁸⁰. Si les moyens d'ordre public ont fait l'objet d'un effort, somme toute assez vain, de définition et sont au cœur de nombreux travaux²⁸¹, les moyens qui ne le sont pas ne semblent quant à eux exister que subsidiairement, relativement au caractère d'ordre public qu'ils ne possèdent précisément pas.

Les moyens qui ne sont pas d'ordre public, et ne peuvent donc pas être soulevés d'office par le juge, peuvent être qualifiés d'« ordinaires »²⁸² ou de « classiques ». Et si les moyens ordinaires n'existent que par opposition, leur régime ne s'exprime également que par la négative : ils ne peuvent être soulevés d'office par le juge, ni, postérieurement à la cristallisation de l'instance, par les parties²⁸³. Ainsi, « *en dehors des cas où il présenterait un caractère d'ordre public, le juge se refuse catégoriquement à relever d'office un moyen qui n'aurait pas été soulevé dans le délai de recours, et cela alors même qu'il estimerait ce moyen fondé* »²⁸⁴.

Dès lors, et en toute logique, tout moyen qui n'est pas d'ordre public est un moyen ordinaire. Et si la définition peut apparaître supplétive, la portée n'en est pour autant pas résiduelle dans la mesure où la majorité des moyens échappent à l'emprise du juge. Néanmoins, la formulation du principe n'apparaît que sous la forme d'une interdiction faite au juge de statuer d'office sur un moyen qui ne serait pas d'ordre public, les auteurs concentrant leurs efforts sur l'exception que constituent les moyens d'ordre public. Mais il s'agit bien d'une exception, à un principe difficilement identifiable, qui ne saurait être celui de la règle *non ultra petita*²⁸⁵.

Si certains auteurs²⁸⁶ rattachent l'interdiction faite au juge de soulever d'office un moyen ordinaire à un principe général d'interdiction de statuer d'office, rassemblé sous

²⁸⁰ STAHL (J.H.), « Moyens et conclusions », *JCA*, fasc. 1086, janvier 2010, n° 81.

²⁸¹ Cf. *infra*.

²⁸² DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 1 ; BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, p. 195.

²⁸³ A moins, évidemment qu'ils ne rattachent à une cause juridique soulevée avant l'expiration du délai de recours contentieux : cf. Partie II – Titre II – Chapitre II.

²⁸⁴ BAILLEUL (D.), *op. cit.*, n° 187.

²⁸⁵ Cf. *supra*.

²⁸⁶ V. par ex. CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel*, Litec, 3^{ème} éd., 2001, n° 374.

l'appellation *ultra petita*, l'interdiction faite au juge d'examiner des moyens non soulevés par les parties dans le délai de recours ne s'identifie pourtant pas à la règle lui interdisant de statuer d'office sur des conclusions. Il convient donc de rattacher le régime des moyens classiques à un fondement positif, sans s'arrêter à une formulation prohibitive de principe.

Le principe d'immutabilité de la demande et le principe dispositif. Bien qu'abordée indirectement sous cet angle par les auteurs n'adhérant pas à une conception extensive de l'*ultra petita*, l'interdiction de statuer d'office sur des moyens doit pouvoir se rattacher au principe d'immutabilité de la demande à l'égard du juge, d'est-à-dire au principe d'inspiration civiliste dit « principe dispositif »²⁸⁷. Ces principes doivent alors être compris comme imposant au juge une attitude essentiellement passive dans la conduite de l'instance, mais aussi et surtout dans la détermination de la matière litigieuse et constituent par suite un ancrage théorique de la prohibition de l'examen d'office d'un moyen.

Ainsi, deux principes peuvent être regardés comme fondateurs d'une telle prohibition : le « principe de la détermination par le demandeur des éléments constitutifs de l'instance »²⁸⁸, qu'il est proposé d'assimiler à l'expression « principe dispositif »²⁸⁹, et le principe d'immutabilité de la demande à l'égard du juge²⁹⁰, qui « prescrit que le litige soit étudié tel qu'il a été fixé à l'origine par les parties »²⁹¹. Les deux principes se recoupent en réalité largement et constituent les deux facettes d'une même conception du procès : si les parties doivent pouvoir en disposer comme elles l'entendent, le juge ne doit pourvoir exercer sur la physionomie du litige qui lui est soumis qu'une influence résiduelle. C'est de cette obligation de « neutralité »²⁹² – au sens de passivité²⁹³ – que procède l'interdiction faite au juge de se saisir d'office de tout moyen et il est en ce sens « évident que la mise en œuvre des moyens d'ordre public porte une atteinte au principe dispositif »²⁹⁴.

²⁸⁷ Sur ces principes et leurs fondements théoriques : cf. *infra* Partie II – Titre I.

²⁸⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 876.

²⁸⁹ Tel qu'exprimé par l'article 5 du code de procédure civile : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

²⁹⁰ Lequel se distingue du principe d'immutabilité de la demande à l'égard des parties.

²⁹¹ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 462.

²⁹² PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999, n° 3, p. 781, spéc. p. 804.

²⁹³ Et non pas d'impartialité : cf. *infra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

²⁹⁴ PISSALOUX (J.L.), art. préc., p. 804 ; V. également, rejoignant cette analyse, DEBOUY (C.), *op. cit.*, pp. 415-416.

En définitive, peu importe le fondement théorique retenu, le principe reste le même : tout comme le juge ne peut statuer d'office sur des conclusions, il ne peut soulever d'office un moyen ordinaire. Cette interdiction est toutefois aménagée par le pouvoir dont il dispose d'interpréter la demande et, plus précisément, de qualifier ou requalifier un moyen inadéquatement soulevé, lequel s'exerce régulièrement mais ne constitue néanmoins qu'un assouplissement marginal.

2) Le pouvoir marginal de requalification des moyens

Un pouvoir de qualification ou de requalification. Le juge de la légalité ne peut fonder une annulation contentieuse que sur un moyen soulevé par les parties dans leurs écritures²⁹⁵ ou sur un moyen d'ordre public. Néanmoins, afin d'éviter un certain rigorisme, la lecture des écritures peut l'amener à déceler des arguments au soutien d'un moyen non explicitement ou non adéquatement soulevé. L'intention et les indices apparaissent en filigrane, mais les termes employés restent trop inexpérimentés ou trop imprécis pour permettre de considérer le moyen comme véritablement soulevé. Le juge s'autorise alors, selon les espèces, à traduire en des termes juridiques propres les arguments au soutien des prétentions du requérant.

Ce pouvoir de « *rectification des moyens présentés par les parties* »²⁹⁶ peut s'analyser soit comme un pouvoir de qualification, lorsque le moyen n'est abordé que de manière détournée, soit de requalification, lorsque le moyen dont souhaite s'emparer le juge a fait l'objet d'une spécification erronée. Il est évident que ce pouvoir de rectification ne s'exprime qu'à l'égard des moyens ordinaires, les moyens d'ordre public n'ayant pas à apparaître dans les écritures afin d'être valablement soulevés d'office²⁹⁷. L'effort de requalification

²⁹⁵ Les moyens nouveaux (et conclusions nouvelles) présentés oralement saisissent régulièrement le juge seulement s'ils sont repris dans un mémoire écrit confirmatif : CE, 5 janvier 1962, *Rietsch*, p. 11, à propos de la procédure devant les tribunaux administratifs ; CE, 3 avril 1981, *Bourgade*, p. 181, s'agissant des juridictions spécialisées, en l'occurrence disciplinaires. A l'exception notable du contentieux de l'éloignement : CE, 28 octobre 1991, *Aoulad Haj*, n° 121423.

²⁹⁶ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984, t.1, n° 773.

²⁹⁷ Bien que le fait que le moyen, d'ordre public, soit considéré comme soulevé dans les écritures des parties, emporte des conséquences procédurales importantes, notamment en termes de contradiction puisque cela dispense le juge de procéder à sa communication conformément à l'article R. 611-7 du code de justice administrative.

apparaîtrait superfétatoire, à moins qu'il ne s'agisse d'assurer la recevabilité de la requête relativement aux dispositions de l'article R.411-1 du code de justice administrative²⁹⁸.

Ainsi, alors que « *les moyens présentés par les parties peuvent être juridiquement incorrects, insuffisants ou sans portée (...) le juge s'est arrogé de le droit de les rectifier* »²⁹⁹. Ce pouvoir réviseur du juge se manifeste couramment par la formule selon laquelle « *en invoquant ... le requérant doit être regardé comme invoquant le moyen tiré de ...* ». Elle est en principe précédée des éléments ayant justifié une telle interprétation, notamment l'invocation de certaines dispositions ou de certains griefs. Ce rattachement explicite aux écritures du requérant s'avère nécessaire afin de préserver le juge d'une censure ultérieure pour avoir statué sur un moyen qui n'était en réalité pas soulevé.

Une interprétation strictement encadrée par les écritures des parties. A l'instar du pouvoir d'interprétation des conclusions dévolu au juge de la légalité, le pouvoir de qualification des moyens doit s'exprimer dans la limite de la volonté des parties, telle que retranscrite dans leurs écritures. Sous peine d'irrégularité du jugement³⁰⁰, il faut bien entendu que « *le requérant ait abordé la question dans son recours* »³⁰¹. L'obligation de rattachement du moyen aux écritures sera d'autant plus prégnante qu'il s'agira d'un moyen d'annulation ; et le juge d'autant plus prudent dans l'exercice de sa bienveillance. Pour fonder une annulation contentieuse, qui ressort nécessairement des pièces du dossier, il faut non seulement que le moyen susceptible d'être accueilli soit abordé dans les écritures, mais il faut aussi qu'il soit abordé de manière suffisamment directe afin d'avoir permis à l'administration d'y répondre utilement.

Au final, le pouvoir de rectification des moyens soulevés par les parties est largement subsidiaire et ne saurait constituer un tempérament véritable à l'interdiction faite au juge de statuer d'office sur des moyens ordinaires. Cet assouplissement, dont le juge fait un usage prudent, n'apparaît pas de nature à neutraliser les travers du respect exacerbé de la volonté des parties.

²⁹⁸ Art. R. 411-1 du code de justice administrative : « *La juridiction est saisie par requête. La requête indique les nom et domicile des parties. Elle contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge. L'auteur d'une requête ne contenant l'exposé d'aucun moyen ne peut la régulariser par le dépôt d'un mémoire exposant un ou plusieurs moyens que jusqu'à l'expiration du délai de recours.* »

²⁹⁹ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *loc. cit.*

³⁰⁰ CE, 8 septembre 1944, *Préfet de la Seine Inférieure*, p. 250.

³⁰¹ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *loc. cit.*

Par ailleurs, alors que le respect de cette volonté justifie aisément l'encadrement strict de l'interprétation des conclusions, c'est-à-dire de l'objet même de la demande, le rapport est moins évident concernant la limitation de l'interprétation des moyens soulevés. En effet, un requérant demandant l'annulation d'une décision n'exprime-t-il pas implicitement mais nécessairement la volonté de soulever tout moyen de nature à légitimer cette fin ? Il paraîtrait alors surprenant de ne pas interpréter favorablement les écritures du requérant, sous prétexte de ne pas dénaturer sa demande. Il semble donc que ce soit davantage la passivité qui incombe traditionnellement au juge dans la délimitation de son office qui justifie ce refrènement.

Une systématisation défailante. La requalification des moyens soulevés par les parties, afin de donner un sens utile à leurs conclusions, est une pratique contentieuse qui ne saurait être systématisée, variant au gré des magistrats, des requérants et des dossiers. Il est alors « *difficile de dire de façon précise dans quels cas cette rectification peut intervenir car les solutions données ne permettent pas d'aboutir à une solution cohérente. (...) Il s'agit tantôt d'une pure rectification de forme due à l'inexpérience du requérant (en matière d'excès de pouvoir), tantôt d'une utilisation très prétorienne de la notion de moyen d'ordre public (dans le contentieux des droits)* »³⁰².

Il s'agit là de la principale insuffisance de cette technique d'interprétation, commune aux outils prétoriens nécessités par la pratique et marqués par un certain empirisme. Il faut bien reconnaître que le pouvoir d'interprétation et de requalification que s'est arrogé le juge a toutefois le mérite d'exister et permet certainement dans bien des cas une sortie de l'impasse contentieuse. Néanmoins, les conditions actuelles d'utilisation de cet outil contentieux, à l'entière discrétion du juge, ne laissent que peu de place à la prévisibilité, à la lisibilité de l'action juridictionnelle, voire à l'égalité des requérants qui ne bénéficieront pas tous de la même bienveillance, et ce d'autant plus que certains d'entre eux auront fait le choix, ou auront été contraints, d'avoir recours au ministère d'avocat.

Le recours au ministère d'avocat est dans la grande majorité des cas le seul moyen permettant d'obtenir satisfaction, « *dès lors que la formulation intelligible et correctement*

³⁰² *Ibid.*

articulée de ses griefs excède les capacités de plus d'un requérant »³⁰³. Il ne fait aucun doute que l'assistance d'un avocat assure au requérant inexpérimenté la traduction juridique de sa demande, évitant ainsi « la "pêche aux moyens et aux conclusions" à laquelle, par libéralisme, se livre le juge n'aboutissant le plus souvent qu'à rejeter, faute de précisions suffisantes à l'appui des moyens, une requête normalement justiciable de l'irrecevabilité »³⁰⁴.

Paradoxalement, le fait d'être assisté peut parfois jouer en défaveur du requérant, qui bénéficiera dès lors d'une moindre bienveillance du juge à son égard, alors d'ailleurs que l'assistance d'un avocat ne préserve pas de maladresses ou omissions que le juge pourrait rectifier. Le fait qu'une partie soit représentée emporte une certaine réticence du juge à user de son pouvoir d'interprétation ou de requalification, alors même que cette intervention se justifierait au regard des écritures. Le magistrat estime alors que le fait qu'un requérant soit assisté par un technicien du droit le déleste de cette charge et le renvoie à sa passivité originelle, alors que ce n'est pas la bienveillance à l'égard des parties qui devrait motiver une telle intervention, mais bel et bien des préoccupations relatives à l'efficacité du principe de légalité.

Ainsi, le pouvoir de rectification des moyens soulevés par les parties est parcimonieusement mis en œuvre et ne permet le plus souvent que d'assurer la recevabilité de la requête. A cet égard, il ne saurait constituer une exception au principe proscrivant que le juge ne se saisisse d'office d'un moyen ordinaire. Au contraire, cela ne fait que confirmer l'assujettissement du juge de la légalité aux écritures des parties, quand bien même celles-ci révéleraient l'illégalité d'un acte. A proprement parler, seuls les moyens d'ordre public, qui peuvent et doivent être soulevés d'office, constituent une véritable dérogation à l'impéritie du juge à se saisir d'un moyen de sa propre initiative.

B. Un examen de la légalité subsidiairement maîtrisé par le juge

En pratique, seul le régime du moyen d'ordre public permet son identification. En effet, « l'unité de la notion de moyen d'ordre public n'est pas réalisée en considération de sa

³⁰³ PRETOT (X.), « Réflexions sur la justice administrative », *D.*, 1986, chron. XLIV, spéc. p. 272.

³⁰⁴ *Ibid.*

fonction, mais selon son régime »³⁰⁵. C'est la raison pour laquelle l'étude du régime du moyen d'ordre public (1), dans sa dimension dérogatoire précisément, précèdera celle de son identification (2), exempte de toute recherche de systématisation mais dont l'évocation apparaît néanmoins nécessaire à la démonstration.

1) Le régime dérogatoire des moyens d'ordre public

En application du principe dispositif, seules les parties peuvent soulever les moyens propres à fonder leur demande ou leur défense. En ce sens, « *le régime des moyens d'ordre public est dérogatoire car, dans leur maniement, le juge et les parties sont déliés du respect de nombreuses règles de procédure* »³⁰⁶.

Les moyens d'ordre public et les parties. Une des particularités du moyen d'ordre public est qu'il peut être considéré comme étant « *à la disposition du requérant* »³⁰⁷, celui-ci pouvant notamment l'invoquer en tout état de cause³⁰⁸, sans que puisse lui être opposée une quelconque fin de non-recevoir³⁰⁹, et cela peut constituer « *son principal intérêt* »³¹⁰. Ainsi, « *le moyen d'ordre public est affranchi du respect du principe d'immutabilité de la demande et du double degré de juridiction* »³¹¹, puisqu'il peut être soulevé à tout moment, quand bien même l'instance serait-elle cristallisée, voire pour la première fois en appel³¹² ou en cassation³¹³.

³⁰⁵ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, 2009, n° 240, p. 3, spéc. p. 4.

³⁰⁶ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., pp. 415-416.

³⁰⁷ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 243.

³⁰⁸ CE, 10 février 1956, *Thorame*, T. p. 725 ; *AJDA*, 1956, II, p. 163, obs. J. Copper-Royer ; CE, Sect., 11 mai 1956, *Société française de transports Gondrand frères*, p. 202 ; *AJDA*, 1956, II, p. 247, concl. M. Long ; *RDP*, 1956, p. 1086 ; CE, 15 février 1961, *Alfred Joseph*, p. 114 ; CE, 24 février 1971, *Commune de Saint-Maure-de-Touraine*, p. 155 ; CE, Sect., 20 octobre 2000, *Société Cité-câble Est*, p. 457 ; *CJEG*, 2001, p. 21, concl. H. Savoie ; *RDP*, 2001, p. 376, note C. Guettier, *DA*, 2001, n° 3, p. 12, note F. Sabiani.

³⁰⁹ V. par ex. CE, 27 janvier 1958, *Ministre de l'agriculture*, T. p. 828 : à propos de la recevabilité d'un moyen d'ordre public non soulevé dans le recours administratif préalable obligatoire.

³¹⁰ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *loc. cit.*

³¹¹ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 416.

³¹² Sont ainsi invocables pour la première fois en appel : un moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte (CE, 9 décembre 1983, *Chardon*, p. 910, *DA*, 1984, n° 35) ou encore un moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi (CE, 16 décembre 1970, *Elections des délégués d'enseignement et de recherche à l'Assemblée constitutive provisoire de l'Université de Limoges*, p. 766).

³¹³ A condition, notamment, que l'examen du moyen « *ne comporte aucune appréciation de fait* » : CE, 8 janvier 1982, *Devillechaise*, T. p. 728 et 735, *DA*, 1982, n° 65.

Le régime du moyen d'ordre public déroge donc aux principes procéduraux régissant l'irrecevabilité des « *demandes nouvelles* »³¹⁴ et induit une certaine « *liberté des parties* »³¹⁵ à l'égard des délais notamment, « *particulièrement brefs dans notre procédure, [et constituant] un écueil redoutable* »³¹⁶. Alors que le moyen d'ordre public est le plus souvent considéré du point de vue des pouvoirs d'office qu'il confère au juge, il ne faut pour autant pas négliger le fait qu'il constitue aussi « *une exception remarquable à la théorie de l'immutabilité de l'instance* »³¹⁷ à l'égard des parties, leur offrant ainsi toute latitude pour enrichir leur argumentation initiale³¹⁸. Cette « *vertu dérogatoire réside largement dans la propriété que possède ce moyen d'être "nouveau"* »³¹⁹. Les moyens d'ordre public permettent alors en théorie aux parties elles-mêmes de corriger leurs éventuelles erreurs ou omissions ; de ce point de vue, ils réduisent le risque de subsistance d'actes administratifs illégaux, sans pour autant jamais l'éradiquer³²⁰.

L'article R. 611-7 du code de justice administrative³²¹ permet également, dans une certaine mesure, la préservation de la liberté des parties, puisqu'il crée une « *sujétion juridictionnelle* »³²² induisant une information obligatoire des parties lorsque le juge s'empare d'office d'un moyen. Cette contrainte liée au respect du principe du contradictoire « *se*

³¹⁴ Entendues comme des moyens nouveaux, c'est-à-dire des moyens soulevés après l'expiration du délai de recours, reposant sur une cause juridique distincte, et irrecevables à ce titre : CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, p. 88, S., 1953, III, p. 77, concl. M. Letourneur ; *GACA*, n° 49, note P. Cassia (à propos du contentieux de l'excès de pouvoir). Il convient de noter le cas particulier du contentieux fiscal dans lequel, en vertu de l'article L.199-C du livre de procédures fiscales résultant de la loi de finances du 30 décembre 1987, le requérant peut faire valoir tout moyen nouveau jusqu'à la clôture de l'instruction, aussi bien en première instance qu'en appel, tous les moyens relevant virtuellement d'une cause juridique unique. Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre II.

³¹⁵ DEBOUY (C.), *op. cit.*, p. 417.

³¹⁶ *Ibid.* p. 9.

³¹⁷ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », art. préc., p. 5.

³¹⁸ Et il « *s'agit là d'une incontestable liberté des parties par rapport aux principes stricts de la procédure* » (DEBOUY (C.), *loc. cit.*).

³¹⁹ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, pp. 86-87.

³²⁰ Signalons néanmoins la facilité avec laquelle le requérant peut s'affranchir, en contentieux de l'excès de pouvoir, du risque de moyens nouveaux, en soulevant dans sa requête introductive à la fois un moyen de légalité externe et un moyen de légalité interne.

³²¹ Aux termes duquel : « *Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'Etat, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué. / Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsqu'il est fait application des dispositions des articles R. 122-12, R. 222-1, R. 611-8 ou L. 822-1*».

³²² CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », art. préc., p. 7.

présente clairement comme une garantie pour les justiciables de ne pas découvrir à l'audience ou lors de la notification du jugement qu'un moyen qui leur avait échappé modifie l'issue du litige sans qu'ils aient pu en discuter le bien-fondé »³²³.

Il convient toutefois de souligner que le défaut de notification d'un moyen d'ordre public n'en constitue pas un lui-même³²⁴, ce qui « signifie qu'il appartient aux parties de veiller à défendre leurs intérêts en invoquant elles-mêmes le manquement »³²⁵. De plus, cette notification reste relativement laconique dans la mesure où il n'est jamais fait référence aux motifs l'ayant justifiée³²⁶. Il n'est « dès lors guère étonnant qu'en pratique les parties répondent rarement à l'invitation du juge, ce qui limite considérablement l'intérêt d'une telle notification »³²⁷. Pour autant, l'article R. 611-7 du code de justice administrative témoigne de la place incontournable qu'occupent les parties dans l'instance, alors même qu'il s'agit de faire respecter une norme dont la teneur légitime un régime dérogatoire, et qui semblerait dès lors justifier une exemption de leur emprise sur le cadre du litige. Toutefois, bien que les parties puissent occuper une place privilégiée dans l'instance, et de ce fait « toujours invoquer l'ordre public du moyen, c'est au juge qu'il appartient de le reconnaître et de l'apprécier »³²⁸.

Les moyens d'ordre public et le juge. Si, « en droit public, le juge dirige l'instruction, on estime également que le cadre et le contenu du litige sont déterminés par les seuls requérants. Toutefois, pour les juridictions de tous les ordres, il existe à ce principe une exception incontestée : le juge doit suppléer les moyens d'ordre public »³²⁹. L'obligation³³⁰

³²³ *Ibid.*

³²⁴ CE, Sect., 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres*, p. 360 ; *BJDU*, 2000, p. 218, concl. S. Autry ; *RDI*, 2000, p. 552, note J. Morand-Deville.

³²⁵ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 968-4°.

³²⁶ Le juge doit seulement identifier précisément le moyen qu'il relève d'office, afin de permettre aux parties de « le discuter utilement » : CE, 25 octobre 1996, *Préfet du Morbihan*, p. 413.

³²⁷ CIAUDO (A.), *loc. cit.*

³²⁸ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », art. préc., p. 84.

³²⁹ HEURTE (A.), « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *RDP*, 1953, p. 615, spéc. p. 616.

³³⁰ « Il faut comprendre l'obligation comme la nécessité pour le juge d'utiliser, s'il y a lieu, les moyens d'ordre public, lorsque, sans cela, la solution donnée serait contraire au droit. Si le même résultat peut être atteint sans recourir aux moyens d'ordre public, le juge a le choix entre retenir le moyen invoqué par la partie ou celui qu'il peut relever d'office. (...) L'obligation pour le juge de soulever d'office les moyens d'ordre public existe bien entendu à toutes les étapes de la procédure, en première instance, en appel et en cassation » : DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 428.

Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre I.

faite au juge de soulever d'office un moyen d'ordre public – fondé³³¹ – constitue « *la caractéristique première du moyen d'ordre public* »³³². Il s'agit en effet du trait le plus remarquable de ce régime dérogatoire, en ce sens qu'il « *paraît être un instrument de libération du juge vis-à-vis du cadre de l'instance* »³³³, cadre s'imposant strictement à lui par principe.

En soulevant d'office un moyen d'ordre public, le juge s'affranchit d'une volonté implicite des parties de ne pas soulever ledit moyen, ou bien au contraire, donne plein effet à leurs conclusions tendant à l'annulation de l'acte. Dans les deux hypothèses, la prééminence du principe de légalité l'emporte sur le principe dispositif, justifiant une maîtrise accrue du juge sur les éléments constitutifs de la demande que sont les moyens. Généralement, le fondement d'une annulation sur un moyen d'ordre public relevé d'office se reconnaît par l'utilisation de la formule jurisprudentielle « *sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête* »³³⁴. Cette formule se retrouve plus fréquemment dans les jugements de premier ressort, la « découverte » du moyen d'ordre public résultant par principe de la première étude du dossier contentieux. En revanche, les moyens d'ordre public infondés, et qui n'auraient pas été soulevés par le requérant, feront l'objet d'un examen implicite qui n'apparaîtra pas dans la décision juridictionnelle.

Le rôle actif que les moyens d'ordre public confèrent au juge a pour corollaire une moindre maîtrise du cadre de l'instance par les parties. Ainsi, l'impossibilité de renoncer aux

³³¹ Les moyens d'ordre public infondés étant réputés rejetés par préterition : CE, 10 février 1956, *Thorame*, T. p. 725 ; *AJDA*, 1956, p. 163, obs. J. Copper-Royer ; CE, Sect., 11 mai 1956, *Société française de transports Gondrand frères*, p. 202, préc. ; CE, 15 février 1961, *Alfred Joseph*, p. 114 ; CE, 24 février 1971, *Commune de Saint-Maure-de-Touraine*, p. 155 ; CE, Sect., 29 novembre 1974, *Gevrey*, p. 599, concl. L. Bertrand ; *JCP*, 1975, I, 2723, note Boivin ; *AJDA*, 1975, p. 479, note A. de Laubadère ; CE, 18 novembre 1994, *Sauvi*, p. 503 ; *AJDA*, 1995, p. 253, obsv. X. Prétot ; *DA*, 1994, n°687, obsv. R.S. ; CE, 30 juillet 1997, *Kress*, p. 308, *D.*, 1999, SC, p. 47, obsv. P. Bon et D. de Béchillon ; *RFDA*, 1997, p. 1105 ; CE, Sect., 20 octobre 2000, *Société Cité-câble Est*, p. 457 ; *CJEG*, 2001, p. 21, concl. H. Savoie ; *RDP*, 2001, p. 376, note C. Guettier ; *DA*, 2001, n° 3, p. 12, note F. Sabiani.

³³² HOUSTIOU (R.), *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, 1975, p. 302.

³³³ PEUCH (J.), *loc. cit.*

³³⁴ V. par ex. : CE, Sect., 30 avril 1976, *Lacorne*, p. 224, *RDP*, 1976, p. 1362 ; CE, 12 mars 1982, *Syndicat CFDT Santé-social de la Seine-Saint-Denis*, p. 108 ; CE, 6 décembre 1991, *Cierco*, p. 419, *RFDA*, 1992, p. 146 ; CE, Ass., 2 juillet 1993, *Louvrier*, p. 207 ; CE, 13 septembre 2000, *Association des diplômés ICH du Languedoc-Roussillon*, p. 377, *RFDA*, 2000, p. 1358 ; *JCP*, 2001, II, 10545, note J. Bigot ; *Gaz. Pal.*, 2001, J., p. 760, note M. Zavarro ; CE, 10 janvier 2003, *Joorawon*, p. 1, *AJDA*, 2003, p. 683 ; *JCP*, 2003, 10054, concl. C. Maugüé.

moyens d'ordre public³³⁵ constitue incontestablement une limite à leur liberté initiale et intensifie l'influence que peut avoir le juge sur le cours de l'instance. L'invalidité d'une renonciation à un moyen d'ordre public est un principe d'application ancienne, qui fait écho à celui selon lequel le juge a l'obligation de soulever *ex officio* un tel moyen. Le moyen d'ordre public ne permet donc pas simplement au juge de corriger une maladresse ou une omission des parties ; il permet également, voire impose, d'outrepasser leur volonté expresse qui consisterait à refuser de s'en prévaloir. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une dimension de l'office du juge de la légalité tout à fait remarquable.

Toutefois, l'interdiction de la renonciation à certains moyens peut également être envisagée comme faisant obstacle à une sorte de « *pacification des rapports juridiques* »³³⁶. Il est vrai que cette interdiction s'oppose à une possible entente des parties, et par conséquent à un apaisement du litige qui les oppose. Cela ne saurait néanmoins heurter l'esprit outre mesure puisqu'il s'agit de faire prévaloir l'ordre public, le respect du principe de légalité, sur celui de la volonté des parties, la dimension subjective du litige s'effaçant alors au profit de sa dimension objective, propre au contentieux de la légalité.

Par ailleurs, ainsi que le fait remarquer A. Ciaudo, en donnant acte d'un désistement, le juge admet, implicitement mais nécessairement, que les parties puissent renoncer aux moyens d'ordre public³³⁷ susceptibles de fonder leur action. La maîtrise absolue des parties sur la création et l'extinction du lien initial d'instance constitue une limite, considérée comme inévitable, à l'invocabilité de moyens de nature à justifier une annulation contentieuse. En ce sens, elle marque l'insuffisance des moyens d'ordre public à faire prévaloir le respect du principe de légalité sur celui de la volonté des parties³³⁸, qui restent, en définitive, maîtresses de leur action.

³³⁵ V. par ex. CE, 7 juin 1926, *De Watigny*, p. 287 : le ministre ne peut pas renoncer à invoquer une déchéance car « *cette règle est d'ordre public et doit être appliquée, même d'office* » ; ou encore, CE, 1^{er} octobre 1976, *Deddouche*, RDP, 1977, p. 242 : « *Les délais de recours présentant un caractère d'ordre public, le requérant n'est pas fondé à se prévaloir, pour soutenir que sa requête était recevable, de ce que l'administration aurait renoncé à lui opposer la forclusion qu'il avait encourue* ».

³³⁶ BLUMANN (C.), *La renonciation en droit administratif*, LGDJ, 1974, p. 470.

³³⁷ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », art. préc., p. 6.

³³⁸ Cette question de l'insuffisance des moyens d'ordre public en tant que palliatif à la subsistance d'actes administratifs illégaux, faute d'une maîtrise suffisante du juge sur le cadre de l'instance, sera abordée dans le deuxième paragraphe de la présente section.

Si les moyens d'ordre public apparaissent à certains égards comme favorisant l'action du juge au détriment de la liberté des parties, il serait excessif de lui en attribuer l'exclusivité dans la mesure où tant pour le juge que pour les parties, « *il faut bien constater que ces acteurs du procès administratif sont également les prisonniers de ces moyens qui s'imposent à eux sans pouvoir y renoncer* »³³⁹. L'ordre public, en ce qu'il commande l'examen d'office de certains moyens, s'impose tant au juge qu'aux parties, conformément aux exigences du principe de légalité.

« *Bref, le moyen d'ordre public agit sur les compétences des parties et du juge* »³⁴⁰, et ce de manière tout à fait ambivalente. Le moyen d'ordre public permet à la fois au juge et aux parties de s'affranchir des carcans procéduraux traditionnels que constituent l'immutabilité de l'instance et le principe dispositif, tout en s'imposant à eux de manière péremptoire. A la fois liberticide et émancipateur, le moyen d'ordre public n'est au service ni du juge, ni des parties, mais bien au service d'un intérêt supérieur, celui de la légalité.

Les moyens d'ordre public et la physionomie de l'instance. De tout ce qui précède, il résulte que le régime applicable aux moyens d'ordre public bouleverse la physionomie traditionnelle de l'instance, laissant présager des conséquences qu'il conviendra de tirer de la nature du contentieux de la légalité. L'impossibilité de renonciation aux moyens d'ordre public par les parties, et l'obligation corrélative pour le juge de les soulever d'office, dérogent au principe dispositif selon lequel les parties sont ordinairement libres de fixer le cadre de l'instance comme elles l'entendent. La question de la préservation de l'autonomie des parties, dans le contentieux d'ordre public que constitue le contentieux de la légalité³⁴¹, permet de présager l'équilibre délicat qui se dessine, l'ordre public permettant ainsi parfois, de manière sporadique et inachevée, de contourner la volonté des parties en ce qu'elle détermine les limites de l'instance.

A n'en pas douter, les moyens d'ordre public permettent au juge de résoudre le litige qui oppose les parties en dehors d'elles en quelque sorte et apparaissent alors comme « *l'une*

³³⁹ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 459.

³⁴⁰ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », art. préc., p. 12.

³⁴¹ Cf. *infra* Partie II – Titre I.

des expressions les plus tangibles de l'office du juge administratif »³⁴². Caractéristiques de son office, les moyens d'ordre public apparaissent également à la discrétion du juge de la légalité lorsqu'il s'agit de leur identification.

2) L'identification des moyens d'ordre public

Après avoir abordé le régime applicable aux moyens d'ordre public, encore faut-il savoir quels sont ces moyens auxquels une telle faveur est accordée. Sans tendre à leur recension exhaustive afin d'en déduire un quelconque dénominateur commun, il importe plutôt de démontrer que leur absence de définition conceptuelle **(a)**, et leur identification conséquemment prétorienne **(b)**, témoignent de l'incertitude de leur critère de reconnaissance. La distinction, entre des illégalités plus importantes que d'autres, perdure toutefois puisqu'à l'évidence, de nombreux moyens d'annulation restent des moyens ordinaires, auxquels est explicitement dénié le caractère d'ordre public **(c)**, sans que les raisons d'un tel choix n'apparaissent formellement.

a) *L'absence de définition conceptuelle*

Une conceptualisation malaisée. La difficulté de dresser « *une liste claire des divers moyens d'ordre public plonge parfois le juge dans une interrogation sans réponse évidente* »³⁴³. En effet, les moyens d'ordre public renvoient à une notion « *insaisissable, rebelle à toute définition conceptuelle* »³⁴⁴ puisque, pour définir abstraitement un moyen d'ordre public, encore faudrait-il *a priori* déterminer ce qu'est l'ordre public³⁴⁵. Or, « *l'ordre public constitue l'une des notions les plus obscures du droit* »³⁴⁶, variable dans le temps et l'espace³⁴⁷, accompagnant les évolutions de la société.

³⁴² CIAUDO (A.), art. préc., p. 3.

³⁴³ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 452.

³⁴⁴ DORSNER-DOLIVET (A.) et BONNEAU (T.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, chron. p. 59, spéc. p. 59.

³⁴⁵ Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre I.

³⁴⁶ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », art. préc., p. 3 ; notion également qualifiée « *d'obscur* » par DEBOUY (C.), op. cit., p. 1.

³⁴⁷ Cf. GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77.

Assurément, et à l'instar de l'intérêt pour agir, « *le moyen d'ordre public laisse dans l'embarras "les faiseurs de système" »*³⁴⁸. C'est la raison pour laquelle, le plus souvent, la catégorie des moyens d'ordre public se définit relativement au régime qui lui est applicable, le processus d'identification étant alors inversé. Ainsi, J.M. Auby et R. Drago définissent le moyen d'ordre public comme « *un moyen qui peut être soulevé pour la première fois devant le juge alors qu'il ne l'a pas été à l'occasion du recours administratif préalable, qui peut être présenté hors du délai ou qui peut être, pour la première fois, présenté devant le juge d'appel ou de cassation »*³⁴⁹ ; les auteurs reconnaissant d'ailleurs eux-mêmes que la « *notion d'ordre public se définit plus par ses résultats que par son contenu »*³⁵⁰. Afin d'identifier immanquablement un moyen d'ordre public, il convient donc de se référer au régime qui lui est applicable, toute identification *a priori* semblant exclue, le défaut de prévisibilité se révélant dès lors patent. Il ne s'agit toutefois là que « *d'un substitut peu satisfaisant, qui est contraire à toute démarche logique »*³⁵¹, tant le fait de retenir une définition fondée sur l'application d'un régime peut laisser « *perplexe »*³⁵².

Ainsi, l'unité de la notion de moyen d'ordre public « *n'est pas réalisée en considération de sa fonction, mais selon son régime. Il apparaît alors difficile de qualifier le moyen d'ordre public de notion fonctionnelle, sa fonction n'étant pas précisément identifiée »*³⁵³. Mais la fonction du moyen d'ordre public ne réside-t-elle pas, justement, dans sa dimension dérogatoire ? La caractérisation du moyen d'ordre public par son régime se révèle être la seule manière d'identifier valablement un tel moyen, les tentatives de définition conceptuelles restant impropres à cette tâche.

Des tentatives de définitions doctrinales. La seule définition doctrinale du moyen d'ordre public communément admise reste celle proposée par R. Odent, aux termes de laquelle constitue un moyen d'ordre public « *un moyen relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si*

³⁴⁸ CIAUDO (A.), *loc. cit.*, faisant référence à RIVERO (J.), « Apologie pour les "faiseurs de système" », *D.*, 1951, chron. p. 99.

³⁴⁹ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984, t.2, p. 241.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ DORSNER-DOLIVET (A.) et BONNEAU (T.), art. préc., p. 60.

³⁵² DEBOUY (C.), *op. cit.*, p. 5.

³⁵³ CIAUDO (A.), art. préc., p. 4 ; l'auteur s'opposant sur ce point à l'opinion de J. Peuch qui considère que « *le moyen d'ordre public correspond à une notion fonctionnelle »* (PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », art. préc., p. 13).

la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte : c'est l'importance de cette question qui légitime son examen d'office »³⁵⁴. Dans une conception proche, C. Debbasch et J.C. Ricci considèrent quant à eux qu'il s'agit d'un moyen « qui touche à la violation d'une règle si fondamentale et si essentielle d'un système juridique que celui-ci serait mis en péril par la génération d'une pareille violation »³⁵⁵.

Dans ces conceptions, un moyen d'ordre public sanctionne donc la méconnaissance d'une règle elle-même d'ordre public, c'est-à-dire une règle supposée plus importante que d'autres, dont le « caractère fondamental »³⁵⁶ justifie une protection renforcée. La véritable question se situe donc au niveau de l'identification de la fondamentalité desdites règles. Un tel constat ne peut qu'en imposer un autre, à savoir l'existence d'une sorte d'« échelle de la protection de la légalité »³⁵⁷, dont témoigne logiquement la distinction établie entre les moyens d'ordre public et ceux ne méritant pas une telle qualification. Or, et bien entendu, la fondamentalité d'une disposition n'est ni reconnaissable ni présumable. C'est la raison pour laquelle le moyen d'ordre public reste « finalement celui qui est estampillé comme tel par le juge administratif »³⁵⁸.

b) Une identification jurisprudentielle

Une identification affirmative. Les moyens d'ordre public apparaissent « déterminés jurisprudentiellement en fonction de l'importance attachée à la censure de certains comportements »³⁵⁹. La mutation d'un moyen ordinaire en moyen d'ordre public est donc l'œuvre du juge, et du Conseil d'Etat plus particulièrement. C'est à lui seul qu'il appartient de déterminer si la méconnaissance de telle ou telle règle est de nature à caractériser l'existence d'un moyen d'ordre public. Cette prérogative s'exerce de manière péremptoire, dans la mesure où il est procédé « uniquement par voie d'affirmation et non par voie de

³⁵⁴ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, t. 1, p. 958.

³⁵⁵ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2001, p. 785.

³⁵⁶ BERNARD (A.), concl. sur CE, 21 mars 1958, *Delteil*, p. 189, spéc. p. 196.

³⁵⁷ *Ibid.* p. 125.

³⁵⁸ DEGUERGUE (M.), *Procédure administrative contentieuse*, Montchrestien, 2003, p. 138.

³⁵⁹ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 932.

conceptualisation »³⁶⁰. Les juridictions « déclarent ou non un moyen d'ordre public, sans jamais donner les raisons qui fondent leur décision »³⁶¹.

Certains auteurs proposent néanmoins une grille d'analyse, ou de lecture. Ainsi, selon J.P. Jacqué, trois motifs permettent en grande partie d'expliquer la reconnaissance du caractère d'ordre public à un moyen : c'est « tout d'abord la volonté de préserver les deniers publics³⁶², ce peut être aussi un souci de bonne administration de la justice, ce sont enfin des raisons tenant à ce que l'on appelle, au contentieux de l'excès de pouvoir, le champ d'application de la loi »³⁶³. Si l'envergure des motifs proposés permet certainement de couvrir en grande partie les hypothèses abordées, il n'en reste pas moins que seule la jurisprudence, résolument casuistique, permet de recenser, jamais exhaustivement néanmoins, les moyens d'ordre public.

La reconnaissance du caractère d'ordre public. Diverses règles voient leur méconnaissance sanctionnée par un moyen d'ordre public. Il ne s'agit évidemment pas d'en dresser une liste complète, simplement de mentionner les plus importantes, tant qualitativement que quantitativement.

En premier lieu, et ce conformément à l'ordre d'examen des questions commandées par un litige, « l'irrecevabilité d'une demande devant le tribunal administratif est un moyen d'ordre public »³⁶⁴. Par principe donc, et globalement, les exceptions ou fins de non-recevoir telles que l'incompétence du juge³⁶⁵, le défaut d'intérêt à agir³⁶⁶, ou encore l'expiration du délai de recours³⁶⁷, doivent être soulevées d'office par le juge. Il convient de souligner que dans cette hypothèse, l'ordre public procédural l'emporte sur l'ordre public substantiel, et par conséquent sur le respect du principe de légalité. Sachant qu'il est également possible d'y

³⁶⁰ DORSNER-DOLIVET (A.) et BONNEAU (T.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », art. préc., p. 60.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² Justifiant le caractère d'ordre public du moyen tiré de ce qu'une personne morale de droit public ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas : CE, 14 décembre 1998, *SARL Levaux*, T. p. 837.

³⁶³ JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229, spéc. p. 237.

³⁶⁴ CE, 15 février 1984, *Association industrielle du terroir de Belfort*, p. 67, *RDP*, 1985, p. 857.

³⁶⁵ CE, 14 février 1902, *Commune de Domrémy la Pucelle*, p. 111 ; CE, 29 janvier 1958, *Vincent*, p. 47 ; TC, 23 novembre 1959, *Colombani*, p. 870 ; CE, Sect., 31 mai 1963, *Kraemer*, p. 337, *D.*, 1963, p. 553 ; *S.*, 1964, p. 25, concl. G. Braibant ; CE, 6 octobre 1995, *Hassini*, T. p. 1006 ; *DA*, 1995, p. 716, obs. L. T.

³⁶⁶ CE, 27 janvier 1911, *Richemond*, *D.*, 1913, III, p. 13, concl. Helbronner.

³⁶⁷ CE, 19 juillet 1939, *Election du maire d'Aston*, p. 622.

déceler un certain souci de bonne administration de la justice qui, par la réglementation de l'accès au juge, en assure tant la qualité que la légitimité.

De nombreux moyens d'ordre public tendent par ailleurs à censurer l'irrégularité procédurale d'une décision juridictionnelle. Ils ne se rattachent pas véritablement aux hypothèses abordées dans la mesure où ils visent à invalider non pas un acte administratif³⁶⁸, mais une décision juridictionnelle et concernent la violation des règles considérées comme essentielles d'organisation juridictionnelle. Il peut notamment s'agir d'un défaut d'impartialité subjective, d'une irrégularité de la formation de jugement³⁶⁹, quel que soit son fondement³⁷⁰, ou encore du fait pour un tribunal de s'être estimé à tort saisi d'un recours de plein contentieux au lieu d'un recours pour excès de pouvoir³⁷¹.

Au-delà des moyens d'ordre public procéduraux, les moyens d'ordre public substantiels sont à la fois divers et multiples. Il s'agit des moyens d'ordre public intéressant le jugement au fond, distingués selon qu'ils sont de portée générale, ou qu'ils ont un caractère spécifique³⁷². A titre d'exemple, les moyens d'ordre public dits spécifiques sont notamment constitués par le moyen tiré de la méconnaissance du principe excluant la compensation à l'encontre des personnes publiques³⁷³ en matière de contentieux pécuniaire, l'inéligibilité initiale d'un candidat en matière de contentieux électoral³⁷⁴, ou bien encore par le moyen tiré de l'amnistie³⁷⁵.

Les moyens d'ordre public de portée générale recouvrent quant à eux des hypothèses d'une réalisation plus commune. Il s'agit en premier lieu et traditionnellement du moyen tiré de l'incompétence. Sans entrer dans le détail de la subtile assimilation du vice de procédure

³⁶⁸ Cf. *supra* Introduction.

³⁶⁹ CE, 19 mai 1961, *Gianotti*, p. 346 ; CE, 30 novembre 1994, *SARL Etude Ravalement Constructions*, T. p. 1125.

³⁷⁰ CE, Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, p. 367, concl. M. Guymoar ; *AJDA*, 2009, p. 2163, chron. S.J. Liéber et D. Botteghi.

³⁷¹ Le juge méconnaissant alors le « *champ de son office* », selon les termes de l'analyse du Conseil d'Etat sur CE, 27 avril 2007, *Lipinski*, T. p. 706, 1034, 1046 ; v. également CE, Sect., 15 juillet 1960, *Guichard*, p. 480 ; CE, 28 avril 1965, *Epoux Chereau*, p. 243 ; *JCP*, 1966, II, 14525, note M. J. Moreau ; CE, 25 mai 1994, *Besset*, n° 110923, inédit.

³⁷² CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 933 et s.

³⁷³ CE, 29 mai 1963, *Kolb*, T. p. 965.

³⁷⁴ CE, Sect., 22 mai 1908, *Elections du conseil général de Sartène*, p. 557.

³⁷⁵ CE, Sect., 22 janvier 1960, *Rey*, p. 50 (impl.).

au vice d'incompétence³⁷⁶, celle-ci peut s'entendre comme l'incompétence de l'autorité signataire de l'acte³⁷⁷, mais également comme « *l'incompétence dont émane les dispositions sur la base desquelles l'acte litigieux a été fait : ce que l'on peut désigner comme la mise en œuvre au second degré du moyen tiré de l'incompétence* »³⁷⁸.

Pierre angulaire du recours pour excès de pouvoir, le moyen tiré de l'incompétence constitue logiquement un moyen dont le juge peut, et doit, s'emparer d'office. Constitue également un moyen d'ordre public substantiel le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi³⁷⁹. Cette méconnaissance doit s'entendre non pas comme une simple violation de la loi³⁸⁰, qui recouvrirait alors des hypothèses extrêmement nombreuses, mais comme un cas d'inapplicabilité de celle-ci³⁸¹. Il faut alors que « *le juge ne puisse pas statuer sur les moyens dont il est saisi sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi* »³⁸². De ce fait, la méconnaissance du champ d'application de la loi peut s'assimiler à un « *cas de violation aggravée de la loi* »³⁸³, sachant que cette méconnaissance « *doit être entendue comme englobant celle du champ d'application d'un règlement, ou d'un principe jurisprudentiel* »³⁸⁴.

La méconnaissance du champ d'application de la loi recouvre essentiellement des hypothèses de défaut de base légale, que la disposition dont il est fait application ne soit pas

³⁷⁶ Cf. CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 934-3°.

³⁷⁷ CE, 16 juillet 1915, *Couvenhes*, p. 239 ; CE, 6 janvier 1928, *Veuve Pernot*, p. 634 ; CE, 14 juin 1946, *Lachaize*, p. 166 ; CE, 30 avril 1954, *Dame veuve Crochemore*, p. 246 ; CE, 18 janvier 1956, *Société d'affichage marseillais*, p. 22 ; CE, 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics*, p. 473 ; *AJDA*, 1961, p. 548, concl. P. Nicolaÿ ; *RDP*, 1962, p. 536, note M. Waline ; CE, Sect., 28 janvier 1977, *Société Heurtey*, p. 50 ; *AJDA*, 1977, p. 394, concl. M. Morisot ; *Marchés publics*, n°150, p. 60 ; CE, 9 juin 1978, *SCI du 61-67 boulevard Arago*, p. 237 ; *JCP*, 1979, II, 19032, concl. B. Genevois ; CE, 8 février 1999, *Commune de Cap d'Ail*, *AJDA*, 1999, p. 283.

³⁷⁸ CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 934-1°.

³⁷⁹ CE, Sect., 11 mai 1956, *Société française de transports Gondrand frères*, p. 202 ; *AJDA*, 1956, II, p. 247, concl. M. Long ; *RDP*, 1956, p. 1086 ; CE, Sect., 21 mars 1958, *Delteil*, p. 189, concl. A. Bernard.

³⁸⁰ CE, 28 juillet 1993, *Bach et autres*, p. 237 ; CE, 16 janvier 1995, *SARL Constructions industrielles pour l'agriculture*, p. 35 (incompatibilité de dispositions réglementaires avec des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme) : le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi ne se confond pas avec celui de violation directe de la loi.

³⁸¹ Pour un exemple d'inapplicabilité temporelle : CE, Sect., avis, 5 avril 1996, *Houdmond*, p. 116, *DA*, 1996, n° 350, *RFDA*, 1996, p. 624. En l'espèce, il s'agissait d'appliquer d'office une loi répressive nouvelle plus douce en matière de contestation de pénalités fiscales.

³⁸² DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 625.

³⁸³ CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 935.

³⁸⁴ *Ibid.*

encore entrée en vigueur, ou ne le soit plus³⁸⁵. A l'instar du vice d'incompétence, la méconnaissance du champ d'application de la loi peut faire l'objet « *d'une mise en œuvre au second degré : ainsi est d'ordre public la méconnaissance du champ d'application de la loi entachant un règlement sur la base duquel a été prise la décision attaquée* »³⁸⁶. Cette illégalité apparaît comme le « *moyen d'ordre public par excellence, dans le contentieux de la légalité* »³⁸⁷. Concernant la légalité interne d'une décision, il permet en effet de sanctionner d'office des irrégularités substantielles, tant en ce qu'elles touchent au fond du jugement, que du fait de leur importance au regard de la méconnaissance du principe de légalité qu'elles occasionnent.

De manière plus variée, constituent également des moyens d'ordre public la violation de l'autorité absolue de chose jugée³⁸⁸, ou de la chose jugée au pénal³⁸⁹, ainsi que la rétroactivité d'un acte réglementaire³⁹⁰ ou encore l'inexistence juridique d'un acte³⁹¹. Bien qu'il faille reconnaître que le champ des illégalités couvert par les moyens d'ordre public demeure vaste, il est évident que toutes ne peuvent être censurées d'office, le caractère d'ordre public leur étant alors dénié directement ou indirectement.

c) La persistance d'angles morts

La dénégation du caractère d'ordre public. La jurisprudence peut dénier, aussi explicitement et catégoriquement qu'elle l'octroie, le caractère d'ordre public à un moyen. Ainsi par exemple ne constituent pas des moyens d'ordre public : le moyen tiré de l'*infra*

³⁸⁵ Voir, pour des exemples de méconnaissance du champ d'application de la loi du fait de l'application de dispositions qui ne sont pas encore entrées en vigueur : CE, 9 juin 1958, *Société Costa frères*, p. 325 ; CE, Sect., 11 décembre 1959, *Commission de répartition de l'indemnité des nationalisations tchécoslovaques*, p. 674, *AJDA*, 1960, p. 311 ; CE, 6 juillet 1988, *SARL Les résidences de la plage*, p. 971 ; ou encore du fait de l'application de dispositions n'étant plus en vigueur : CE, Sect., 15 juillet 1964, *Société Papeteries Metenett*, p. 437, *RDP*, 1965, p. 91, concl. A. Bernard ; CE, 12 février 1992, *Ville de Carcassonne*, T. p. 764, 1058, 1237.

³⁸⁶ CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 937.

³⁸⁷ DORSNER-DOLIVET (A.) et BONNEAU (T.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », art. préc., p. 61.

³⁸⁸ CE, 6 juin 1958, *Chambre de commerce d'Orléans*, p. 315, *AJDA*, 1958, II, p. 261, concl. M. Long ; CE, 22 mars 1961, *Simonet*, p. 211 ; CE, 28 juillet 1999, *Lainé, RFDA*, 1999, p. 1118.

³⁸⁹ CE, 15 octobre 1999, *Société bourguignonne de surveillance*, T. p. 971 ; CE, 30 juin 2000, *Grossetête*, T. p. 1195.

³⁹⁰ CE, Sect., 8 novembre 1968, *Menez*, p. 557, *AJDA*, 1969, p. 306 ; CE, Sect., 20 février 1971, *Mégard*, p. 112, *AJDA*, 1971, p. 359 ; CE, 11 juillet 1971, *Duvoisin*, p. 1160 ; *AJDA*, 1972, p. 482, note P. Landon.

³⁹¹ CE, 5 mai 1971, *Préfet de Paris*, p. 329 ; CE, Ass., 15 mai 1981, *Maurice*, p. 221 ; *AJDA*, 1982, p. 86, concl. A. Bacquet ; *D.*, 1981, IR, p. 523, obsv. P. Delvolvé ; *D.*, 1982, p. 147, note P. Blondel et F. Julien-Laferrière.

*petita*³⁹², le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait pu opposer le non-lieu à une suspension d'une décision administrative retirée avant l'intervention de l'ordonnance³⁹³, le moyen tiré de ce que les conditions dans lesquelles une autorité administrative peut retirer une décision créatrice de droits n'ont pas été respectées³⁹⁴, ou encore le moyen tiré de l'expiration d'un délai de prescription³⁹⁵, de même que le juge de l'élection ne soulève pas d'office un moyen tiré de l'irrégularité du compte de campagne déposé par un candidat³⁹⁶. C'est un fait, nombre d'illégalités ne peuvent être soulevées d'office en ce qu'elles ne constituent que des moyens ordinaires, impropres à justifier « *l'exécution autonome des pouvoirs du juge administratif* »³⁹⁷.

Dans son article consacré aux moyens d'ordre public et à la garantie des droits des administrés, A. Ciaudo fait également remarquer que « *la violation des droits fondamentaux des administrés ne constitue en principe pas un moyen d'ordre public et qu'il en est de même de la violation des textes reconnaissant ces droits* »³⁹⁸. En effet, la violation des blocs de constitutionnalité³⁹⁹ et de conventionnalité⁴⁰⁰ n'est pas soulevée d'office par le juge administratif, pas davantage que la méconnaissance de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne constitue un moyen d'ordre public⁴⁰¹. Faudrait-il en déduire que la violation des droits fondamentaux,

³⁹² CE, 17 juin 2005, *Ministre de la défense*, T. p. 1059 (impl.) ; CAA Nantes, plén., 22 février 1989, *Navereau*, T. p. 868 ; CAA Bordeaux, 11 juin 1991, *Consorts Guignard*, T. p. 1142.

³⁹³ CE, 30 décembre 2002, *Urban*, T. p. 890.

³⁹⁴ CE, 25 juin 2003, *Daci*, T. p. 947, 960, 1032 (impl.) ; CE, avis, 3 mai 2004, *Leroux*, T. p. 842 ; *AJDA*, 2004, p. 1530, note S. Hul ; *JCP A*, 2004, 1801, note M.C. Rouault ; *DA*, juin 2004, p. 27, note E.G. ; avis répondant par la négative à la question suivante : « *le principe de sécurité juridique impose-t-il de soulever d'office le caractère définitif d'une décision individuelle créatrice de droits à l'encontre du retrait de ladite décision ?* ».

³⁹⁵ CE, 6 décembre 2006, *Balle*, T. p. 927.

³⁹⁶ CE, Sect., 8 octobre 1993, *Election cantonale de Saint-Brice en Coglès*, p. 264 (impl.) ; *JCP*, 1993, IV, 2599, obs. M.C. Rouault.

³⁹⁷ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », art. préc., p. 3.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 7.

³⁹⁹ CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*, p. 483, concl. G. Bachelier ; *AJDA*, 1999, p. 127, chron. F. Raynaud et P. Fombeur : en l'espèce, le moyen tiré de la méconnaissance, par l'acte de publication d'un traité ou accord, des dispositions de l'article 53 de la Constitution n'est pas d'ordre public.

⁴⁰⁰ CE, Ass., 6 décembre 2002, *Maciolak*, p. 426 ; *RFDA*, 2003, p. 694, concl. P. Fombeur ; *AJDA*, 2003, p. 492,

constitutionnellement et conventionnellement garantis, ne constitue pas une illégalité dont « l'importance » en justifie la protection par le juge de la légalité lui-même ?

Dans le même sens, il mérite d'être souligné que si, en application de l'article 61-1 de la Constitution, « le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi peut-être soulevé par les parties à tout moment de l'instance, même pour la première fois en appel ou en cassation, il "ne peut être relevé d'office" par le juge administratif »⁴⁰². Apparaît alors nettement une distorsion du régime du moyen d'ordre public, s'il peut encore être dénommé comme tel en l'espèce, car peut-on qualifier d'ordre public un moyen qui ne peut être soulevé d'office par le juge ? Le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi impose donc une dérogation au principe d'immutabilité du litige, sans que soit opposable aux parties l'expiration du délai de recours. Et pourtant, il ne permet pas au juge de la légalité, voire de la constitutionnalité, de s'en saisir d'office. Le constat de cette dissymétrie laisse pour le moins perplexe, bien que l'existence d'une question de constitutionnalité de la loi constitue vraisemblablement un début de justification⁴⁰³. Toujours est-il que malgré la suprématie de la norme à garantir, l'inconstitutionnalité d'une loi ne constitue pas un moyen susceptible d'être relevé d'office par le juge.

De même, la violation de certains principes généraux du droit, dont la normativité a pourtant été « découverte » par le juge lui-même, ne constitue pas un moyen d'ordre public ; il s'agit par exemple de l'interdiction de l'effet rétroactif d'un acte administratif individuel⁴⁰⁴ ou encore du respect des droits de la défense⁴⁰⁵. Il convient également de souligner que si tout motif d'irrecevabilité est d'ordre public, tel n'est pas le cas de la recevabilité. Ainsi, la recevabilité d'un recours ne se soulève d'office ni en appel⁴⁰⁶, ni en cassation⁴⁰⁷, le juge étant pourtant tenu de vérifier qu'aucune fin de non-recevoir n'aurait été négligée.

⁴⁰² CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », art. préc., p. 9.

⁴⁰³ Cf. LIEBER (S.J.) et BOTTEGHI (D.), « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

⁴⁰⁴ CE, 27 janvier 1956, *Potat*, T. p. 733 ; CE, 30 novembre 1956, *Société « Les ateliers de construction et chaudronnerie du Midi »*, p. 454 ; CE, 9 février 1973, *Chaput*, p. 129 ; *AJDA*, 1974, p. 326, note P. Landon ; CE, Sect., 21 juillet 1995, *SA Galina*, T. p. 747, 754, 993 (impl.).

⁴⁰⁵ CE, 22 mars 1950, *Araf*, T. p. 883 ; CE, Ass., 23 avril 1965, *Veuve Ducroux*, p. 231 ; *RDP*, 1965, p. 1188, concl. J.M. Galabert ; *AJDA*, 1965, p. 332, chron. M. Puybasset et J.P. Puissochet ; *JCP*, 1965, II, 14412, note C. Duran-Prinborgne ; *D.*, 1965, J., p. 845, note C. Palazzoli ; CE, 29 juillet 1983, *Flahaut, D.*, 1984, IR, p. 120 ; CE, 29 mars 1985, *Commune d'Ermont, DA*, 1985, n° 242.

⁴⁰⁶ CE, 5 mai 1976, *Samra*, T. p. 1054, 1069, 1081 ; CE, 23 décembre 1987, *Onyemuwa Chikezie*, T. p. 875, 891, 902 ; CE, 23 avril 1990, *Vasse* ; *Gaz. Pal.*, 28 août 1990, p. 469, chron. D. Chabanol ; CE, 11 décembre 1998,

Assurément, le régime de la recevabilité des recours rationalise les conditions d'accès au juge afin de lui permettre de résoudre les litiges dans de meilleures conditions, tout en préservant le principe de sécurité juridique tout aussi cardinal que celui de la légalité et qui suppose une recherche permanente d'équilibre. C'est la raison pour laquelle il ne s'agit pas de remettre en cause le bien-fondé des règles de recevabilité des recours, tant dans leur principe que dans leur mise en œuvre. Cela permet néanmoins de constater que les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice l'emportent en l'occurrence sur celui de légalité⁴⁰⁸.

L'interprétation du caractère d'ordre public. Au-delà des hypothèses dans lesquelles le caractère d'ordre public est tout simplement dénié à un moyen, il faut également évoquer les difficultés d'interprétation que l'octroi de ce caractère occasionne parfois. L'exemple le plus topique reste celui de la méconnaissance du champ d'application de la loi, la difficulté résidant dans l'identification des illégalités susceptibles de s'y rattacher ou non. Ainsi, l'incompatibilité d'un texte de droit interne avec les objectifs d'une directive communautaire ne constitue pas un moyen d'ordre public⁴⁰⁹, alors que pour certains auteurs précisément, « *cette question soulève le problème du champ d'application de la directive* »⁴¹⁰. Pourtant, selon les analyses du Conseil d'Etat⁴¹¹, « *le juge ne soulève pas d'office la question de savoir si un texte réglementaire est encore applicable compte tenu de l'expiration du délai imparti aux Etats membres pour mettre leur réglementation nationale en conformité avec les orientations d'une directive, (...) cette question ne relevant pas du champ d'application de la loi* ».

Il ne fait aucun doute que le rattachement au champ d'application de la loi suscite des analyses subtiles, dont le risque de divergence est accru par la finesse de la distinction opérée. De ce fait, il ne paraît pas tout à fait exact d'affirmer que, compte tenu de la teneur des

Grossemy, p. 477 ; CE, 30 septembre 2002, *Pausé*, p. 319 ; *RFDA*, 2002, p. 1174, P. Terneyre ; *AJDA*, 2003, p. 102 ; *DA*, 2003, p. 30.

⁴⁰⁷ CE, 15 avril 1996, *Devoto*, T. p. 1130 ; *DA*, 1996, n° 6, p. 22, note D. Piveteau.

⁴⁰⁸ Les principes de sécurité juridique et de légalité seront abordés plus spécifiquement dans le chapitre suivant.

⁴⁰⁹ CE, 11 janvier 1991, *SA Morgane*, p. 9 ; *RFDA*, 1991, p. 652, concl. (contraires) M.D. Hagelsteen ; *AJDA*, 1991, p. 111, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; solution contraire à la jurisprudence CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroek et Schijndel* ; *AJDA*, 1996, p. 276, obsv. H. Chevrier, E. Honorat et G. de Bergues ; *JCP*, 1996, I, 3940, chron. M.C. Boutard-Labarde ; *LPA*, octobre 1996, n° 129, note F. Rohmer-Benoît.

⁴¹⁰ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 625.

⁴¹¹ Cf. Analyses du Conseil d'Etat sur CE, 11 janvier 1991, *SA Morgane*, p. 9, préc.

moyens d'ordre public, « *le risque de moyens nouveaux* »⁴¹² resterait supporté de manière résiduel et accessoire par les seuls moyens tirés des vices de forme et procédure, de l'erreur de fait et du détournement de pouvoir. En effet, tant la méconnaissance du champ d'application de la loi que l'incompétence ne se présentent pas comme des notions attractives permettant d'y rattacher quelque illégalité que ce soit, bien au contraire. Ces moyens sont interprétés strictement, corrélativement à la parcimonie avec laquelle le caractère d'ordre public leur est accordé.

Il faut ainsi bien admettre l'« *élasticité de cette catégorie de moyens* »⁴¹³, voire leur « *discrétionnalité* »⁴¹⁴. L'absence de définition conceptuelle des moyens d'ordre public, doublée de leur identification casuistique par la jurisprudence, témoigne sans doute de la fragilité du principe même de la distinction tant il est délicat d'estimer que les moyens ordinaires ne se réfèrent qu'à des illégalités tolérables ou du reste moins intolérables⁴¹⁵. Et la concrétisation de ces principes reste sans surprise : la persistance d'actes administratifs dont le juge est dans l'incapacité procédurale de censurer l'illégalité.

§2 : Une indisponibilité préjudiciable des moyens ordinaires

L'interdiction faite au juge de statuer d'office sur tous les moyens emporte des conséquences regrettables, à savoir le rejet de conclusions en annulation pourtant recevables et fondées. Cette conséquence est commune tant aux illégalités fondées sur un moyen ordinaire **(A)** qu'aux illégalités qui pourraient être fondées sur un moyen d'ordre public, compte tenu des conditions auxquelles leur reconnaissance reste soumise **(B)**.

A. Les illégalités fondées sur un moyen ordinaire

L'impossibilité de retenir un moyen fondé non invoqué. En application d'un principe constant, précédemment abordé, « *le Conseil d'Etat annule les jugements dans*

⁴¹² BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., n°186.

⁴¹³ DI MANNO (T.), *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica, 1994, p. 55.

⁴¹⁴ PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999, n° 3, p. 781, spéc. p. 804.

⁴¹⁵ Cf. *infra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

lesquels a été soulevé d'office un moyen ordinaire »⁴¹⁶. Lorsque les premiers juges ont soulevé d'office un moyen ordinaire, le jugement est considéré comme entaché d'« *erreur de droit* »⁴¹⁷. Il ne s'agit pas d'un cas d'*ultra petita*⁴¹⁸ à proprement parler puisque les juges n'ont pas statué au-delà des conclusions dont ils étaient saisis, mais ont fondé leur solution sur un moyen dont ne s'étaient pas emparé les parties. Ce genre d'hypothèses restent rares⁴¹⁹ dans la mesure où les magistrats sont logiquement respectueux des limites qui leur sont imposées ; il ne s'agit donc généralement que d'erreurs de bonne foi, qui soulignent peut être plus encore le caractère inopportun de l'interdiction.

Il convient toutefois de souligner que le jugement d'un tribunal administratif soulevant d'office un moyen ordinaire n'est pas obligatoirement annulé si le moyen relevé d'office est surabondant. De plus, le fait pour le juge de soulever d'office, pour le rejeter, un moyen ordinaire, assimilé improprement à un cas d'*ultra petita*, ne constitue pas une irrégularité susceptible d'être soulevée d'office par les juges d'appel ou de cassation⁴²⁰. Ainsi, seule une volonté expresse des parties en ce sens pourrait justifier la censure d'une telle irrégularité, qui, au final, permet de trancher plus exactement le litige.

L'impossibilité de retenir un moyen abandonné. Même dans l'hypothèse où un moyen, qui s'avère fondé, est soulevé par le requérant au soutien de ses conclusions, il lui est toujours loisible d'y renoncer, dans la mesure où ce moyen n'est pas un moyen d'ordre public. A cet égard, et compte tenu de la finalité du recours pour excès de pouvoir, il « *peut donc sembler surprenant que le juge donne acte du désistement d'un moyen qui, s'il avait été maintenu, aurait entraîné l'annulation de la décision administrative* »⁴²¹.

⁴¹⁶ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public*, *op. cit.*, p. 454.

⁴¹⁷ Voir par ex. CE, Sect., 5 novembre 1965, *Société Henri Ducassou*, p. 589.

⁴¹⁸ Contrairement à l'opinion de C. Debouy (*op. cit.* p. 455), reprenant sur ce point le point de vue de J.M. Auby, « L'*ultra petita* dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges M. Waline*, 1974, p. 274.

⁴¹⁹ V. par ex. : CE, 4 février 1961, *Poutiline*, p. 1145 ; CE, Sect., 5 novembre 1965, *Société Henri Ducassou*, p. 589 ; CE, 15 mai 1968, *Ministre de l'économie et des finances*, p. 310 ; CE, 5 juillet 1974, *Montreuil-sous-Bois*, *RDP*, 1975, p. 313 ; CE, 1^{er} octobre 1975, *Département de l'Hérault*, n° 95155 ; CE, 16 mars 1977, n° 2106 ; *DF*, 1978, n° 4, com. 102, concl. Fabre ; CE, 13 mai 1977, *Ministre de l'agriculture* ; *JCP*, 1978, II, 18918, note D. Linotte.

⁴²⁰ CE, 30 novembre 2005, *Guitard*, p. 1059, *AJDA*, 2006, p. 454 : le fait de rejeter explicitement un moyen ordinaire non-soulevé par les parties ne constitue pas un moyen d'ordre public. Pour une critique de cette solution : DEBOUY (C.), *op. cit.*, p. 455 : « l'*ultra petita* (et l'*infra petita*) devrait être sanctionnée d'office car elle méconnaît les limites de la saisine du juge ».

⁴²¹ *Ibid.*, p. 423.

Il apparaît en effet pour le moins regrettable que le juge n'ait pas à se prononcer sur les moyens abandonnés par le requérant⁴²². Encore faut-il que cet abandon soit sans équivoque⁴²³, la volonté exprimée devant l'être clairement. Mais une fois le requérant ayant explicitement décidé de renoncer à un moyen, non seulement le juge n'a pas à en examiner le bien-fondé, mais encore la censure le guetterait-il s'il le faisait, car cela correspondrait à l'hypothèse d'un examen *ex officio* d'un moyen ordinaire.

Le rejet de requêtes fondées. Le rejet de requêtes pourtant fondées mais sur un moyen ordinaire est reconnaissable à la formule jurisprudentielle « *le requérant n'est pas fondé, par le(s) moyen(s) qu'il invoque* »⁴²⁴ à demander l'annulation de la décision attaquée. Cette formule permet au juge de signifier implicitement au requérant que sa requête est fondée mais que lui, ou son conseil, n'a pas soulevé le moyen adéquat. Il s'agit d'une « *façon d'exprimer qu'un autre moyen (au moins) était de nature à lui faire avoir gain de cause* »⁴²⁵.

La légalité « ordinaire », dont la méconnaissance ne justifie pas l'existence d'un moyen d'ordre public, apparaît donc à la merci de la volonté des parties, à laquelle le juge reste très largement soumis. Mais cette volonté, si elle peut explicitement exprimer une renonciation au bénéfice d'un moyen, peut également n'être que le fruit d'un silence. Il est pourtant difficilement imaginable qu'un requérant, concluant à l'annulation d'une décision qu'il estime illégale, renonce implicitement à soulever certains moyens au soutien de cette argumentation, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un moyen se révélant fondé. Le seul respect de la volonté des parties ne saurait donc à lui seul justifier qu'en « *dehors du cas où il présenterait un caractère d'ordre public, le juge se refuse catégoriquement à relever d'office un moyen qui n'aurait pas été soulevé dans le délai de recours et cela alors même qu'il*

⁴²² CE, 28 avril 1961, *Leron*, p. 271 ; CE, Sect., 10 décembre 1965, *Territoire des Comores*, p. 679 ; CE, Sect., 2 mai 1969, *Ourabah*, p. 240.

⁴²³ CE, 8 février 1956, *Galtier*, p. 59 ; CE, Sect., 19 mai 1989, *Société d'expansion hôtelière du Languedoc*, T. p. 868 (interdiction d'une renonciation conditionnelle).

⁴²⁴ CE, 20 mars 1957, *Félix*, p. 181 ; CE, 13 octobre 1961, *Société marseillaise de trafic maritime*, p. 567 ; CE, Sect., 23 mars 1962, *Mast*, p. 203 ; *AJDA*, 1962, p. 289, chron. J.M. Galabert et M. Gentot ; *D.*, 1962, p. 400, note L. Hamon ; CE, 31 mars 1965, *Commune de Bricy*, p. 216 ; CE, 9 janvier 1981, *Comité pour l'environnement de Nancy*, *AJDA*, 1981, p. 377 ; CE, 9 février 2004, *Préfet de police*, p. 727, *AJDA*, 2004, p. 1103.

⁴²⁵ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 1082-3°.

estimerait ce moyen fondé »⁴²⁶. Et quand bien même le moyen propre à fonder l'annulation serait d'ordre public, celle-ci reste parfois impossible.

B. Les illégalités fondées sur un moyen d'ordre public

Bien que la présence d'un moyen d'ordre public fondé permette en principe au juge, indépendamment de l'argumentation des parties, de prononcer l'annulation de l'acte dont la légalité est contestée, sa seule présence ne suffit cependant pas **(1)**, son utilité s'en trouvant dès lors fortement compromise **(2)**.

1) L'insuffisance du moyen d'ordre public à fonder l'annulation

L'insuffisance potentielle du moyen d'ordre public provient de ce que son usage est encadré par des conditions limitatives **(a)** strictement mises en œuvre en jurisprudence **(b)**.

a) Un usage encadré par des conditions limitatives

La seule présence d'un moyen d'ordre public fondé ne saurait suffire à permettre au juge de le soulever d'office. Le chemin menant à l'annulation est en effet semé d'obstacles procéduraux. Il existe par ailleurs des hypothèses dans lesquelles le juge, de première instance, d'appel, voire de cassation, omet tout simplement de soulever un moyen d'ordre public. Cette insuffisance, intrinsèque à tout système humain et par suite inévitable, n'est pas donc celle qu'il s'agit d'aborder mais bien celle liée à règle de procédure faisant obstacle à l'annulation d'un acte à l'illégalité avérée.

La nécessité d'un caractère déterminant. Avant toute chose, le moyen d'ordre public ne peut, à l'évidence, « être soulevé d'office que s'il est déterminant pour résoudre le litige »⁴²⁷. Il est vrai que l'on imagine assez difficilement l'hypothèse dans laquelle un magistrat jugerait utile de soulever d'office un moyen inutile à la solution qu'il retient. Plus précisément, « le juge n'est tenu de relever d'office la violation d'une règle d'ordre public que si elle a une incidence sur le litige qui lui est soumis, c'est-à-dire si elle conduit au rejet

⁴²⁶ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., n° 187.

⁴²⁷ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 432.

ou à l'admission des conclusions qui lui sont présentées »⁴²⁸. Ainsi, la contestation du jugement de première instance ne saurait utilement être argumentée sur le fait qu'un moyen d'ordre public n'aurait pas été examiné par le juge, celui-ci étant dès lors réputé rejeté par prétérition. La question reste posée quant à savoir si un juge, par souci d'exhaustivité, ou lorsque les circonstances de l'espèce le commandent, pourrait éventuellement statuer d'office sur un moyen d'ordre public, afin de « vider le litige » en quelque sorte.

A cet égard, le principe d'économie des moyens, propre à l'annulation quant à lui, n'est qu'une pratique juridictionnelle à laquelle il est permis de déroger⁴²⁹. S'il est donc loisible au juge de la légalité, bien que ce ne soit qu'exceptionnellement le cas en pratique, de statuer sur plusieurs moyens – soulevés par les parties – susceptibles de justifier l'annulation de l'acte, il ne semble pas envisageable de rejeter une requête en statuant au surplus sur un moyen d'ordre public relevé d'office.

La subsidiarité des mesures d'instruction. Il est « *en principe interdit au juge de diligenter une mesure d'instruction aux fins de rechercher s'il n'y aurait pas lieu de soulever d'office un tel moyen* »⁴³⁰. Il est en effet constamment réaffirmé que le bien-fondé du moyen à relever d'office doit ressortir des pièces du dossier⁴³¹. Plus sévèrement encore, le bien-fondé du moyen doit « *manifestement* »⁴³² ressortir desdites pièces.

Il n'est donc pas exact d'affirmer que le juge peut relever d'office tout moyen d'ordre public susceptible d'emporter l'annulation de l'acte contesté devant lui. En effet, il ne pourra, et ne devra, relever d'office ce moyen que si, et seulement si, son bien-fondé ressort avec évidence du dossier soumis à son examen. Et toute la question se situe naturellement au niveau de ce qui relève de l'évidence et de ce qui n'en relève pas. Cette « *condition assez*

⁴²⁸ REY (J.L.), « Les moyens d'ordre public en appel », *AJDA*, 2003, p. 118.

⁴²⁹ Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre II.

⁴³⁰ CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, Litec, 8^{ème} éd., 2009, n° 375.

⁴³¹ CE, 6 janvier 1928, *Sieur Grainetier*, p. 28 ; CE, 21 octobre 1959, *Korsec*, p. 533 ; CE, 1^{er} mars 1972, *Ducreux*, p. 29 et 179 ; CE, 14 novembre 1980, *Union départementale des syndicats CGT du Tarn*, p. 422, *Dr. soc.*, 1981, p. 345, note, F. Moderne, *Dr. Ouvrier*, n° 396, juillet 1981, p. 265, note D. Lochak ; CE, 25 janvier 1995, *Commune de Simiane-Collongue*, p. 40 ; CE, 28 décembre 2007, *Arsicaud Bewing*, *AJDA*, 2008, p. 374.

⁴³² CE, Sect., 27 juin 1980, *Torresi*, T. p. 845 ; CE, Sect., 7 mars 2005, *Fadda*, n° 259685 ; CE, Sect., 28 décembre 2007, *Arsicaud Beving*, n° 282309 : « *Considérant toutefois qu'un moyen d'ordre public ne doit être soulevé d'office que s'il ressort manifestement des pièces du dossier au vu duquel le juge statue (...)* ».

restrictive »⁴³³ amène donc le juge à renoncer à soulever d'office un moyen d'ordre public, dans la mesure où s'il « *a un doute, il ne pourra pas le dissiper en procédant à une mesure d'instruction complémentaire* »⁴³⁴. La réserve du juge à s'emparer pleinement d'un moyen d'ordre public, en dehors même des pièces du dossier, doit probablement s'expliquer par la traditionnelle pusillanimité dont il fait preuve lorsqu'il paraîtrait nécessaire de faire prévaloir la légalité sur le respect de la volonté des parties.

La réunion des conditions nécessaires à la régularité de l'examen *ex officio* d'un moyen s'avère donc pour le moins complexe : non seulement le moyen propre à fonder l'annulation doit être revêtu du sceau de l'ordre public, mais encore faut-il que son bien-fondé ne soit pas issu d'une intuition ou de recherches du juge, mais bien des pièces que les parties ont choisi de verser au dossier. Mais en théorie comme en pratique, il est permis de se demander quels sont les véritables obstacles à ce que « *certaines éléments qui ne figurent pas expressément dans le dossier [puissent] être recherchés d'office par le juge pour fonder un moyen d'ordre public qu'il se propose de relever* »⁴³⁵ ?

Reste à cet égard qu'un tempérament permet un aménagement de la rigueur de la règle : le juge peut se permettre de vérifier des présomptions résultant des pièces du dossier⁴³⁶ qui, « *si elles étaient avérées, conduiraient normalement à soulever d'office un moyen d'ordre public* »⁴³⁷. Il suffit donc qu'au vu des pièces du dossier, le moyen soit présumé bien-fondé, pour que le juge puisse pleinement s'en emparer. Mais n'est-ce pas nécessairement le cas ? Il est difficile d'imaginer l'hypothèse dans laquelle un magistrat pourrait fonder un moyen sur des éléments complètement étrangers aux pièces du dossier. Qu'elles soient suffisantes, ou bien simplement suggestives, il semble que ce soit toujours plus ou moins directement elles qui permettent d'établir, ou de présumer, le bien-fondé d'un moyen. Et pourtant, il est des hypothèses dans lesquelles le Conseil d'Etat va considérer qu'une

⁴³³ DEBOUY (C.), *op. cit.*, p. 432.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ DEBOUY (C.), *op. cit.*, p. 434, faisant référence à l'arrêt CE, 13 juillet 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, p. 479, *RDJ*, 1962, p. 739, concl. G. Braibant, dans lequel, sans procéder à une mesure d'instruction à proprement parler, le Conseil d'Etat accepta de soulever d'office le défaut de consultation du Conseil Constitutionnel pour annuler un décret abrogeant une disposition législative, alors même que le caractère fondé de ce moyen ne résultait pas des pièces du dossier, mais de la consultation du Journal Officiel.

⁴³⁶ CE, 13 février 1987, *Morel*, T. p. 883 ; *RFDA* 1988, p. 53, note C. Debouy : la tardiveté ne résultant pas des pièces du dossier mais pouvant être présumée au vu de ces pièces, le juge peut « *sans entacher la procédure d'irrégularité* » effectuer un supplément d'instruction sur ce point. Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre I.

⁴³⁷ CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 375.

juridiction a irrégulièrement reconnu le bien-fondé d'un moyen, celui-ci n'étant pas considéré comme résultant suffisamment directement des pièces du dossier.

b) Une tendance jurisprudentielle inflexible

En première instance. Récemment le Conseil d'Etat est venu illustrer la rigueur avec laquelle il apprécie les conditions nécessaires à la régularité de l'examen d'office d'un moyen d'ordre public. Contrairement à ce que la logique pourrait laisser penser, le juge peut fonder une annulation sur un élément considéré comme insuffisamment rattaché aux pièces du dossier pour assurer sa régularité.

Toutefois, la lecture du considérant auquel il est fait référence offre une formulation pour le moins ambiguë, laissant à penser que la position est difficilement défendable sur le principe : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que [les requérants] n'ont pas soulevé, à l'appui de leurs conclusions [en annulation dirigées contre un permis de construire], le moyen tiré de ce que l'arrêté du maire (...) portant délégation de compétences en matière d'urbanisme n'était pas exécutoire, faute d'avoir été régulièrement publié, moyen distinct de celui débattu devant le tribunal et la cour et concernant l'existence même de cette délégation ; qu'en se fondant sur ce motif pour annuler le permis [attaqué] sans avoir préalablement informé les parties de son intention de relever d'office le moyen tiré de l'absence de publication de cet arrêté, laquelle ne ressortait d'ailleurs pas du dossier qui lui était soumis, la cour a entaché son arrêt d'irrégularité (...)* »⁴³⁸.

Ainsi, le moyen tiré de l'absence d'une délégation de compétences n'est pas assimilable au moyen tiré de l'irrégularité de cette délégation faute d'avoir été publiée, tous deux se rattachant pourtant au moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Les moyens étant considérés comme distincts et seul le premier ayant été soulevé par les requérants, le défaut de publication de la délégation de signature est considéré par le Conseil d'Etat comme un moyen relevé d'office. Il doit par suite, non seulement répondre aux exigences fixées par l'article R. 611-7 du code de justice administrative, mais également ressortir des pièces du dossier. En l'espèce, l'irrégularité sous couvert de laquelle l'arrêt de la cour d'appel est annulé est le défaut de respect de la procédure contradictoire. Toutefois, le Conseil d'Etat fait

⁴³⁸ CE, 14 mars 2011, *Commune d'Ajaccio*, n° 308987.

remarquer au surplus que les conditions nécessaires au relevé d'office du moyen n'étaient pas réunies, son bien-fondé ne ressortant pas du dossier. L'on pourrait alors légitimement se demander de quels autres éléments pouvait-il bien ressortir alors ?

La rigueur et l'inflexibilité du Conseil d'Etat quant à l'office spontané du juge se manifestent doublement dans cette espèce. D'une part, la juridiction suprême refuse de faire du vice d'incompétence un moyen attractif, englobant l'ensemble des irrégularités susceptibles d'y être rattachées. En refusant d'assimiler l'irrégularité et l'inexistence d'une délégation de compétences à un seul et même vice d'incompétence, le Conseil d'Etat préserve certes la qualité d'ordre public des deux branches distinctes, mais contraint le juge à appliquer le régime strict du moyen d'ordre public, plutôt que de lui permettre de s'en affranchir en considérant le moyen comme soulevé par les parties. Cette position se justifie toutefois au regard des impérieuses exigences du caractère contradictoire de la procédure.

D'autre part, il apparaît très clairement que la condition selon laquelle le bien-fondé doit ressortir de pièces du dossier n'est pas qu'un leurre permettant de sauver les apparences d'un litige « chose des parties ». Quand bien même l'examen du dossier par le magistrat l'aurait amené à découvrir que la délégation de compétences était irrégulière faute d'avoir été publiée – probablement lors de la consultation du recueil des actes administratifs –, le Conseil d'Etat choisit de considérer que la découverte de cette irrégularité n'a pas été permise par l'examen des pièces du dossier. Implicitement mais nécessairement, il choisit de considérer qu'aucune présomption ne pouvait justifier le travail d'investigation du magistrat, interprétant plus strictement encore la jurisprudence *Morel* précitée.

La logique de la démarche reste hermétique. Les investigations du juge – de première instance et d'appel – statuant sur un moyen tiré de l'inexistence d'une délégation de compétences, l'ont amené à découvrir le défaut de publication dont elle est entachée. L'illégalité est avérée, le vice d'incompétence fondé, la décision attaquée est annulée. Leur décision sera néanmoins sanctionnée par le Conseil d'Etat, faute d'avoir mis en œuvre le principe du contradictoire, principe au demeurant insuffisant à assurer la régularité de la procédure, le moyen retenu ne ressortant « *d'ailleurs pas du dossier* ». L'arrêt du Conseil d'Etat procède au renvoi du dossier devant la cour administrative d'appel car, bien que l'illégalité de la décision attaquée ne fasse plus aucun doute, il faut croire que la bonne administration de la justice commande parfois un rigorisme pourtant onéreux et chronophage.

En cassation. En cas d'omission des premiers juges à soulever d'office un moyen d'ordre public, dont le bien-fondé ressort des pièces du dossier, il revient à la juridiction d'appel, voire au Conseil d'Etat, lui-même d'y procéder⁴³⁹. Le propre du moyen d'ordre public est en effet de pouvoir être soulevé pour la première fois en tout état de cause, tant par les parties que par le juge, fût-il d'appel ou de cassation.

Le contrôle de cassation permet en principe de soulever d'office un moyen d'ordre public que les premiers juges auraient omis ou, plus précisément, auraient écarté par prétérition. Il faut en effet « *se souvenir que le silence du juge sur un moyen d'ordre public n'implique pas obligatoirement un oubli, mais un rejet implicite du moyen* »⁴⁴⁰. C'est la raison pour laquelle il apparaîtrait délicat d'y déceler une quelconque omission à statuer⁴⁴¹ du juge de première instance. Toutefois, en tant que « *juge de la régularité d'un acte juridictionnel, le Conseil d'Etat ne saurait, quelle que soit l'illégalité en cause, censurer la décision du juge du fond sur le fondement d'un moyen que ce juge n'était pas en mesure de soulever lui-même* »⁴⁴².

Le juge de cassation reste ainsi nécessairement lié par les pièces du dossier examinées par le juge du fond, ce qui réduit considérablement les hypothèses dans lesquelles il aurait à soulever lui-même un moyen d'ordre public. De même, alors qu'une partie peut théoriquement soulever un tel moyen pour la première fois en cassation, cela n'est toutefois possible « *qu'à une double condition : le moyen doit reposer sur les pièces produites devant la juridiction d'appel et ne pas être mélangé de fait et de droit. (...) [L]e moyen d'ordre public présenté pour la première fois en cassation ne doit pas entraîner le juge à des appréciations de fait que seuls les juges du fond sont habilités à effectuer* »⁴⁴³. En effet, « *juge*

⁴³⁹ CE, 30 août 1963, *Epoux Goussebaire-Dupin*, p. 522 ; CE, 21 janvier 1970, *Amalric*, p. 35 ; CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, p. 274 ; *AJDA*, 1974, p. 311 et p. 298, chron. Franc et Boyon ; *RA*, 1974, p. 440, note F. Moderne ; *RDP*, 1975, p. 467, note M. Waline ; *D.*, 1975, p. 393, note P. Tedeschi ; CE, 24 février 1975, *Robert et autres*, p. 153 ; CE, 17 décembre 1975, *Rodriguez*, inédit.

⁴⁴⁰ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 457.

⁴⁴¹ Ainsi que souligné par C. Debouy (*op. cit.* p. 457), cette analyse emporte principalement une conséquence sur le fait que « *le silence sur un moyen d'ordre public n'apparaît donc plus comme un vice de forme ou de procédure, seule hypothèse d'évocation lorsque le jugement a statué au fond* » ; le Conseil d'Etat ne pouvant donc plus statuer que par l'effet dévolutif de l'appel. *Cf. infra* Partie II – Titre II – Chapitre I.

⁴⁴² CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », art. préc., p. 6.

⁴⁴³ DEBOUY (C.), *op. cit.*, pp. 418-419, citant, pour l'affirmation de ces deux conditions : P. de Font-Réaulx, *Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs*, Poitiers, 1930, pp. 164 et 165 ; M. Paulme, *Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1931, p. 130 ; D. Jacquemart, *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, LGDJ, 1957, p. 192 ; J. Rouvière, *Les juridictions administratives et le recours en cassation*, Paris, 1958, p. 186.

des décisions juridictionnelles qui lui sont déférées et non des litiges (...) aucune pièce nouvelle ne peut [dès lors] être utilement produite devant le juge de cassation »⁴⁴⁴. Les hypothèses dans lesquelles le juge de cassation est susceptible de faire prévaloir le principe de légalité sur les contingences du dossier se réduisent donc à peau de chagrin, tant les conditions théoriques résistent difficilement à l'épreuve de la pratique.

En définitive, le « *juge ne cherche pas à relever un moyen d'ordre public, c'est le moyen d'ordre public qui s'impose au juge* »⁴⁴⁵ ; la pratique juridictionnelle des moyens d'ordre public, levant le voile des apparences, révélant un juge de la légalité aussi peu irréprochable dans la sauvegarde de l'ordre public que dans celle de la légalité ordinaire.

2) Une efficacité contrainte

Des conclusions recevables. Dans certaines hypothèses « *les moyens d'ordre public ne peuvent toutefois être soulevés ni par le juge, ni par les parties* »⁴⁴⁶. Tel est le cas lorsque le recours ou les conclusions sont irrecevables. Il s'agit de la principale limite, en sus de celles exposées précédemment, à l'efficacité des moyens d'ordre public, dont la mise en œuvre reste largement conditionnée par les limites de l'instance, telles qu'elles résultent de la formulation de leurs conclusions par les parties. En effet, un moyen, fût-il d'ordre public, n'est jamais de nature à permettre au juge de passer outre une irrecevabilité. La meilleure illustration de cette limite reste l'hypothèse⁴⁴⁷ dans laquelle la demande d'annulation partielle d'un acte indivisible restera irrecevable⁴⁴⁸, malgré le caractère d'ordre public du moyen susceptible de la fonder.

La volonté des parties. De manière quelque peu contradictoire, « *le juge administratif dénie le droit aux parties de choisir d'abandonner les moyens d'ordre public, mais il leur*

⁴⁴⁴ MAUGUE (C.) et SCHWARTZ (R.), chron. sous CE, Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt*, p. 268, *AJDA*, 1992, p. 650, spéc. p. 653.

⁴⁴⁵ CIAUDO (A.), *loc. cit.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁴⁷ Déjà envisagée lors de la première section du présent chapitre.

⁴⁴⁸ CE, 5 novembre 1975, *Société Pavita*, p. 544, *GACA*, 4^{ème} éd., 2014, n° 51 : « *Considérant que le juge administratif, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation partielle d'un acte dont les dispositions forment un ensemble indivisible, est tenu de rejeter ces conclusions, quelle que soit, au demeurant la nature des moyens susceptibles d'être invoqués à l'encontre de la décision attaquée* »⁴⁴⁸.

laisse la possibilité de l'empêcher des les soulever lui-même en mettant fin à l'instance »⁴⁴⁹. En ne maîtrisant ni la création ni l'extinction du lien d'instance, le juge de la légalité se retrouve en tous points tributaire de la volonté des parties, quand bien même une illégalité d'ordre public aurait été décelée. Certes, il est par principe interdit de transiger en matière de légalité. Néanmoins, la pratique des désistements monnayés, associée à l'impossibilité du juge de passer outre une volonté expresse de désistement, laisse à penser qu'en pratique, il reste loisible aux parties de transiger avec l'ordre public.

Par ailleurs, l'efficacité des moyens d'ordre public est également limitée par l'objet même de la demande ; les « *points non-soulevés par les parties ne sont donc pas atteints par le recours aux moyens d'ordre public* »⁴⁵⁰. La volonté des parties de circonscrire leur demande d'annulation à quelques dispositions seulement d'un acte l'emporte donc sur l'illégalité, pourtant d'ordre public, dont serait entachée cet acte. Assurément « *les moyens d'ordre public n'élargissent pas l'objet de la demande, bien au contraire ; ils en sont parfois la victime* »⁴⁵¹. Il est ici fait référence à l'hypothèse⁴⁵² dans laquelle la règle *non ultra petita* « *limite les effets du moyen d'ordre public* »⁴⁵³ et fait alors obstacle à l'annulation d'un acte intégralement illégal⁴⁵⁴.

Ces impasses contentieuses sont-elles dues à l'insuffisante valeur accordée aux moyens d'ordre public ou bien à l'impériosité de la règle *non ultra petita* ? Quoiqu'il en soit, à cet égard « *l'effet du moyen d'ordre public trouve sa vraie limite, celle de n'être que le produit d'un moyen (et non celui d'une action publique)* »⁴⁵⁵. L'une des principales limites du moyen d'ordre public se situe donc dans la formulation et la totale maîtrise des conclusions par les parties, et par le requérant plus particulièrement. Peu importe la gravité de l'illégalité dont est entaché l'acte soumis à son contrôle, le juge ne pourra en aucun cas se défaire des limites imposées par les conclusions dont il est saisi. A supposer même une généralisation des

⁴⁴⁹ CIAUDO (A.), *loc. cit.*

⁴⁵⁰ JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229, spéc. p. 243.

⁴⁵¹ DEBOUY (C.), *op. cit.*, p. 487.

⁴⁵² Cf. *supra* Section I – Paragraphe II.

⁴⁵³ DEBOUY (C.), *op. cit.*, p. 463.

⁴⁵⁴ CE, 12 janvier 1951, *Bompard*, p. 15 ; D., 1952, J., p. 255, concl. Guionin : l'incompétence des premiers juges, soulevée d'office, n'emportera que l'annulation partielle de l'arrêté du Conseil de préfecture, conformément à la demande des requérants.

⁴⁵⁵ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, p. 86.

moyens d'ordre public, celle-ci ne saurait suffire à écarter les hypothèses de subsistance des actes administratifs illégaux, tant il est vrai qu'avant d'être saisi de moyens, le juge est avant tout saisi de conclusions.

Conclusion de la Section II. En ce qu'ils apparaissent « *comme un puissant remède à la rigidité du cadre processuel dans lequel s'enferment les parties en développant leur argumentation initiale* »⁴⁵⁶, les moyens d'ordre public semblent donc, au premier abord, de nature à contourner les difficultés provoquées par l'interdiction faite au juge de se saisir spontanément de moyens ordinaires. Toutefois, tant dans leur identification que dans leur mise en œuvre pratique, ces moyens dérogatoires restent teintés des mêmes réflexes pusillanimes faisant obstacle à la prévalence du principe de légalité.

Non seulement la question se pose de savoir si « *tous les comportements qui peuvent sembler a priori répréhensibles – au regard de l'ordre public – donnent-ils vraiment lieu à des moyens d'ordre public ?* »⁴⁵⁷. Mais encore, l'ordre public peut apparaître comme une notion « *inconsistante et inutile* »⁴⁵⁸, qui ne saurait en tout état de cause suffire à éradiquer les effets regrettables de l'enfermement du juge de la légalité dans l'argumentation des parties.

⁴⁵⁶ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., n°186.

⁴⁵⁷ PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », art. préc., p. 804.

⁴⁵⁸ DORSNER-DOLIVET (A.) et BONNEAU (T.), *L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure* », art. préc., p. 66.

Conclusion du Chapitre I. Qu'il s'agisse de l'interprétation bienveillante de la demande, tant dans ses conclusions que dans ses moyens, ou de l'existence de moyens d'ordre public, ces pratiques contentieuses laissent intact le principe du strict respect par le juge des limites de son office, telles que tracées par les parties. Le juge de la légalité ne peut pas statuer sur des conclusions dont il n'est pas saisi, ni relever d'office des moyens ordinaires, pas plus qu'il ne peut d'ailleurs soulever inconditionnellement un moyen d'ordre public de nature à fonder une annulation.

Les hypothèses sont donc clairement identifiées, et la tangibilité des impasses contentieuses qu'il s'agit de résoudre démontrée : le juge de la légalité reste parfois impuissant à annuler un acte dont il a pourtant décelé l'illégalité. L'évidence du constat ne doit pas être abusivement assimilée à sa banalité. Il s'agit dès lors d'une question centrale : dans quelle mesure ces impasses procédurales ne sauraient être considérées comme de simples imperfections résiduelles d'un système de contrôle qui fonctionne de manière globalement satisfaisante, voire comme les quelques sacrifices nécessaires à un équilibre d'ensemble ?

Tant la nature du contentieux de la légalité, que les principes qu'il a pour objet de faire respecter, rendent souhaitable, voire imposent, le dépassement de ces obstacles procéduraux à l'annulation d'actes illégaux, tant il est vrai que certaines questions supportent mal la résignation.

CHAPITRE II

UNE DÉFECTUOSITÉ NÉGLIGÉE

L'identification des impasses procédurales auxquelles peut mener l'interdiction faite au juge de statuer d'office sur l'ensemble des conclusions et moyens d'annulation ne permet pas à elle seule de justifier une proposition de bouleversement de la conception actuellement retenue de l'office du juge de la légalité. Considérées comme marginales voire insolubles du fait de la prééminence accordée aux principes généraux de procédure dont procèdent ces solutions, il convient désormais de les mettre en perspective à la lumière d'autres principes quant à eux sacrifiés dans la balance qui est opérée.

Ne pas annuler un acte résolument illégal au seul prétexte de ne pas dépasser la volonté formellement exprimée des parties conduit le juge de la légalité à méconnaître une partie de sa fonction juridictionnelle consistant à apurer l'ordonnement juridique⁴⁵⁹. Or, le cœur de cette mission juridictionnelle réside dans le respect du principe de légalité par l'administration. En ce sens, le juge de la légalité est un acteur central de la réalisation quotidienne de l'Etat de droit, qui n'est pas seulement l'un des fondements conceptuels de nos sociétés démocratiques. Les exigences de l'Etat de droit ne sont pas abstraites et ne se satisfont pas de proclamations de principe. Elles se réalisent – à bien d'autres égards également mais tout particulièrement – dans le contrôle juridictionnel de légalité des actes administratifs.

Les déficiences de ce contrôle doivent donc être appréhendées comme des déficiences de l'effectivité de l'Etat de droit lui-même. Les hypothèses de survivance d'actes administratifs illégaux peuvent prendre diverses formes, correspondant à la prévalence justifiée de principes telle que la sécurité juridique par exemple. L'irrecevabilité de requêtes fondées aboutit également à la survivance d'actes administratifs potentiellement illégaux, mais il n'est pas question de revenir sur l'équilibre instauré entre les principes de légalité et de sécurité juridique.

⁴⁵⁹ Cf. *infra* Partie I – Titre II.

Il s'agit de démontrer qu'au-delà de la dissymétrie de l'office du juge dont témoignent les déficiences du contrôle de légalité qu'il opère, la persistance d'actes manifestement illégaux touche à la structuration même de l'Etat de droit et ne saurait par suite être considérée comme négligeable. Le rejet de requêtes en annulation fondées – et recevables – du fait de l'insuffisante formulation des moyens ou des conclusions de la demande constitue une défaillance dans la concrétisation de la soumission du pouvoir exécutif au principe de légalité (**Section I**). Une fois ce constat admis, il n'est plus envisageable de continuer à ignorer de telles défaillances dont la portée justifie pleinement que l'on cherche à y remédier (**Section II**).

- *Section I. L'Etat de droit en question*

- *Section II. Une inertie injustifiée*

SECTION I

L'ÉTAT DE DROIT EN QUESTION

Le contentieux administratif de la légalité se situe aux confins de l'Etat de droit et réalise sa quotidienneté, indispensable à son ancrage dans la réalité. Conditionnant l'efficacité même du principe de légalité (§1), ce contentieux original présente tous les attributs inhérents à son éminence (§2).

§1 : La matérialité conditionnée du principe de légalité

Tant le recours pour excès de pouvoir que les recours objectifs de pleine juridiction soulèvent devant le juge administratif des questions de légalité objective, participant dès lors de la concrétisation du principe de légalité (A), et conditionnant sa matérialité du fait de la protection essentiellement juridictionnelle dont il bénéficie (B).

A. Une expression contentieuse du principe de légalité

Le contentieux de la légalité en ce qu'il soumet la validité d'actes administratifs au contrôle du juge trouve sa raison d'être dans le principe de légalité, dont le respect conditionne la nature même de notre ordre juridique (1) et se rattache plus généralement à la théorie matricielle de l'Etat de droit (2).

1) L'essentialité du principe de légalité

Notion. Le principe de légalité, entendu dans son sens commun, se conçoit comme un « *principe de normativité ou juridicité* »⁴⁶⁰ de l'action administrative⁴⁶¹. Sans aller jusqu'à considérer que son « *caractère polysémique lui enlève tout caractère opératoire* »⁴⁶², il est admis qu'en « *toute hypothèse désormais le sens de l'expression principe de légalité demande*

⁴⁶⁰ VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, rééd., 2002, p. 118.

⁴⁶¹ Les différentes théories de la légalité ne seront pas abordées de manière approfondie mais seulement afin de préciser la conception retenue, à savoir une conception extensive du principe, renvoyant directement au concept de hiérarchie des normes.

⁴⁶² FAVOREU (L.), « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, 1997, p.73, spéc. p. 78.

à être précisé lors de chaque utilisation »⁴⁶³. Il ne paraît néanmoins pas utile de rechercher la « définition exacte du principe de légalité »⁴⁶⁴ puisque, dans « la perspective toute pragmatique de cette étude, il importe peu. Ce qui importe, par contre, c'est d'analyser les mécanismes par lesquels le principe de légalité protège les administrés contre l'arbitraire »⁴⁶⁵.

De ce point de vue, le principe de légalité « se confond purement et simplement avec la hiérarchie des normes »⁴⁶⁶. Il exprime à la fois la soumission de chaque norme à la norme qui lui est directement supérieure, ainsi que, par symétrie, la soumission de chaque autorité à la norme édictée par une autorité supérieure ou selon une procédure plus élaborée⁴⁶⁷. C'est en ce sens que le principe de légalité, qui prévoit la soumission de l'administration au droit, par le contrôle de la conformité de ses actes aux normes supérieures, « exprime en réalité (...) la hiérarchie des normes »⁴⁶⁸.

Indéniablement, le principe de légalité « s'identifie au principe de la hiérarchie des normes ou de l'Etat de droit : les actes des autorités administratives doivent être conformes aux normes hiérarchiquement supérieures »⁴⁶⁹. En ce sens, lorsque le juge administratif statue en excès de pouvoir ou en plein contentieux objectif, il met nécessairement en œuvre ledit principe de légalité et réalise alors – lorsque son contrôle est efficace – la pleine soumission de l'administration au droit.

Bien qu'il puisse être reproché au principe de légalité de devenir « progressivement un "fourre-tout" »⁴⁷⁰, engendrant dès lors « des altérations profondes de [sa] conception originale »⁴⁷¹, la légalité n'est pas envisagée comme la conformité à la loi⁴⁷², mais bien

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, t. 2, p. 813, spéc. p. 814.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, p. 1651, spéc. p. 1672.

⁴⁶⁷ Cf. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Franz Deuticke, 1934 ; trad. C. Eisenmann, 1962, rééd., Bruylant-LGDJ, 1999.

⁴⁶⁸ FAVOREU (L.), « Légalité et constitutionnalité », art. préc., p. 74.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 78.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 74.

⁴⁷¹ EISENMANN (C.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, n° 11, 1957, p. 25, spéc. p. 27.

⁴⁷² V. pour l'opinion inverse : EISENMANN (C.), « Le droit administratif et le principe de légalité », art. préc., p. 29 : « Le principe de légalité porte exclusivement sur les rapports entre tous les actes administratifs et les lois, sur les relations entre le corps entier de l'administration et le Parlement-législateur ».

comme la conformité aux normes, dans toute leur diversité. Dès lors, « *l'Etat légal repose sur un double pilier : la légalité dont le respect est imposé à l'administration par le juge administratif* »⁴⁷³.

Fonctions. Du fait de son rattachement à la hiérarchie des normes, le principe de légalité constitue indéniablement « *une pièce maîtresse de l'architecture juridique et politique dans les pays se réclamant du libéralisme* »⁴⁷⁴. Son caractère fondamental et matriciel n'étant plus à démontrer, il s'inscrit dans l'optique d'un « *respect de l'ordre juridique [qui] prend la place de la volonté générale comme garantie contre l'arbitraire* »⁴⁷⁵. Plus exactement, ce principe de légalité « *s'impose avec une telle évidence qu'on semble, en s'interrogeant sur son fondement juridique, satisfaire une curiosité malsaine. Il y a effectivement une pointe de provocation à sommer le principe de légalité de se justifier juridiquement. C'est un peu comme si l'on demandait à Dieu d'expliquer ses fondements* »⁴⁷⁶.

Selon S. Velley⁴⁷⁷, la notion de légalité présente trois fonctions distinctes et complémentaires. La première est une fonction ordonnatrice, interne à l'administration et équivalent à l'expression du principe hiérarchique ; la deuxième est une fonction protectrice à l'égard des administrés, extérieurs à l'administration, érigeant le citoyen en gardien de la légalité ; la troisième enfin est une fonction idéologique « *légitimant l'action d'une administration qui, soumise à la loi – expression de la volonté générale –, ne peut, par définition, être arbitraire ou tyrannique* »⁴⁷⁸. C'est à cette fonction idéologique qu'il est fait particulièrement référence, lorsque l'on envisage le contentieux de la légalité devant le juge administratif. Certes, il ne s'agit que d'une pierre à l'édifice de la soumission des pouvoirs au droit, cette fonction étant bien entendu également assurée, entre autres, par le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois. Rien ne doit pourtant plus faire douter du fait que le principe de légalité « *reste au fondement de la construction étatique* »⁴⁷⁹.

⁴⁷³ FAVOREU (L.), « Légalité et constitutionnalité », art. préc., p. 76.

⁴⁷⁴ CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », art. préc., p. 1651.

⁴⁷⁵ REDOR (M.J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica, 1992, p. 314.

⁴⁷⁶ MORAND (C.A.), « La légalité de la légalité », in *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 185, spéc. p. 185.

⁴⁷⁷ VELLEJ (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, thèse, Paris, 1988, p. 375 et s.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 376.

⁴⁷⁹ CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », art. préc., p. 1671.

Dimension. Le principe de légalité dont le juge administratif a en charge d'assurer le respect se retrouve aux fondements mêmes du contentieux et partant du droit administratif. « Sans aller jusqu'à définir ce qu'est le droit administratif, on peut constater qu'il a eu, au moins à l'origine, pour objet de soumettre l'administration au principe de légalité. L'histoire du droit administratif est celle de la soumission de l'administration au droit »⁴⁸⁰. La soumission réelle, concrète, tangible, efficace, du pouvoir exécutif au droit, tel est l'enjeu du contentieux de la légalité. Tel est sa raison d'être, sa fonction première, et l'éventuelle contestation de cet état de fait apparaît difficilement envisageable. Non pas, loin s'en faut, que la providentialité du principe de légalité soit unanimement reconnue. Pourtant, la participation primordiale du contentieux de la légalité à l'accomplissement de ce principe, auquel il est possible de ne pas adhérer, ne peut faire aucun doute.

De nombreux auteurs dénoncent en effet les failles d'un tel système, qui place la légalité au cœur du fonctionnement de l'Etat, et plus généralement de la société. Qu'il s'agisse de « dogme de la légalité »⁴⁸¹, de « légalité démystifiée »⁴⁸² ou encore de « mirage de la légalité »⁴⁸³, les qualificatifs ne manquent pas pour dévoiler les travers de ce « droit, liquéfié, [qui] s'infiltré partout »⁴⁸⁴. Cependant, et sans chercher à délégitimer de telles critiques, il faut bien reconnaître que la promotion d'un « dépassement du système classique de la légalité »⁴⁸⁵ ne s'oppose ni en théorie ni en pratique à un perfectionnement de celui-ci tel qu'il existe actuellement.

A l'heure actuelle, et de manière très pragmatique, s'il est possible de considérer que le « principe de légalité (...) recule sur tous les fronts »⁴⁸⁶, il faut bien reconnaître que « c'est encore lui qui fait tenir ensemble l'édifice constitutionnel des démocraties libérales »⁴⁸⁷. Dès lors, on ne saurait admettre la réalisation incomplète du principe de légalité, tant il est vrai qu'il s'agit d'une « notion absolue sinon totalitaire ; qui n'est pas pour elle est contre

⁴⁸⁰ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, 2009, n° 240, p. 3, spéc. p. 4.

⁴⁸¹ LOCHAK (D.), « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 387, spéc. p. 387.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 390.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 391.

⁴⁸⁴ CARCASSONNE (G.), « Société de droit contre Etat de droit », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 37, spéc. p. 40.

⁴⁸⁵ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, thèse, Paris, 1977, p. 351.

⁴⁸⁶ LOCHAK (D.), art. préc., p. 392.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

elle »⁴⁸⁸. Il convient alors de retourner aux sources idéologiques de la prééminence prônée du principe de légalité, à savoir son rattachement à la théorie de l'Etat de droit.

2) Un rattachement intrinsèque à la théorie de l'Etat de droit

Assimilation. Le principe de légalité, entendu comme « *le principe d'après lequel les autorités publiques doivent respect à la légalité* »⁴⁸⁹, renvoie implicitement, mais nécessairement, à la théorie de l'Etat de droit, c'est-à-dire au *Rechtsstaat* allemand, symbolisant le règne du droit, voire du Droit⁴⁹⁰.

Indiscutablement, la « *doctrine de l'Etat de droit se ramène au principe de légalité, qui s'applique à l'Administration et aux tribunaux* »⁴⁹¹. Le principe de légalité est une composante, voire une expression de la notion d'Etat de droit, deux idéaux qui se réunissent sous le sceau commun de la lutte contre l'arbitraire, dans le sens où l'« *acte arbitraire devient l'acte illégal* »⁴⁹². Si le rattachement du principe de légalité à la théorie de l'Etat de droit ne fait, en toute logique, aucun doute, il paraîtrait néanmoins malaisé de chercher à identifier précisément les rapports qui régissent les deux dogmes.

Dans la perspective des insuffisances de l'office du juge de la légalité, seule l'existence de cette relative équivalence suffit à corroborer l'idée selon laquelle les enjeux du contentieux de la légalité dépassent de loin les « petits » litiges qui n'en sont finalement que la face émergée. Et si la stricte identité du principe de légalité et de l'Etat de droit ne paraît pas refléter l'exacte réalité des concepts, il existe assurément entre eux une équipollence, « *l'un se confondant avec l'autre dans l'esprit de notre système* »⁴⁹³.

En toute hypothèse, le principe de légalité « *reste ainsi l'une des plus impérieuses garanties d'un Etat de Droit* »⁴⁹⁴; et de ce fait, les recours en annulation d'actes

⁴⁸⁸ LEISNER (W.), « L'Etat de droit, une contradiction ? », in *Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 65, spéc. p. 67.

⁴⁸⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014, entrée « principe de légalité ».

⁴⁹⁰ L'emploi de la majuscule varie avec les auteurs. Nous nous rallions sur ce point à la majorité, préférant l'emploi de la minuscule, certainement plus correct grammaticalement, bien que moins riche de sens.

⁴⁹¹ TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p. 268.

⁴⁹² FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, op. cit., p. 29.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 459.

⁴⁹⁴ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, p. 97.

administratifs illégaux dont est amené à connaître le juge administratif apparaissent, par ricochet, comme l'une des plus éminentes protections de la prédominance du droit. C'est l'une des raisons pour lesquelles les entraves à l'entière performance de ces recours doivent au moins interpeller l'esprit.

Définition. Le maniement du concept d'Etat de droit nécessite un détour, aussi bref soit-il, par ce qu'il convient d'entendre par cette expression. Prônant le gouvernement du droit, ce concept s'analyse en une « *situation résultant pour une société, de sa soumission à un ordre juridique excluant l'anarchie et la justice privée* »⁴⁹⁵. Dans une acception plus positive, et moins théorique, l'Etat de droit est un « *nom que mérite seul un ordre juridique dans lequel le respect du Droit est réellement garanti aux sujets de droit, notamment contre l'arbitraire* »⁴⁹⁶. Et il s'agit bien là du cœur de la notion : garantir *réellement* l'Etat de droit et le principe de légalité, en ne se satisfaisant pas de l'existence de mécanismes établis à cette fin, mais en prenant la mesure de leur emprise sur la réalité.

Le caractère efficient de l'Etat de droit fait donc partie intégrante de sa définition, sur laquelle l'on s'accordera sans difficulté, dans la mesure où, « *placé sous le sceau de l'universel, l'Etat de droit dépasse et transcende les traductions particulières qui en sont données* »⁴⁹⁷. Dans sa dimension téléologique, l'Etat de droit « *est la qualification à laquelle prétend aujourd'hui tout régime qui se veut, comme le nôtre, démocratique et libéral. (...) Comme toute institution, il répond à une finalité. Ici, la finalité n'est pas douteuse : c'est la protection du citoyen contre l'arbitraire* »⁴⁹⁸.

Représentation. Il paraît nécessaire d'aborder la dimension éminemment symbolique de l'Etat de droit afin de prendre toute la mesure des déficiences dénoncées du contrôle juridictionnel des actes par le juge de la légalité. Chargé de trancher les litiges, il est également garant de la hiérarchie des normes. Les insuffisances ou l'incomplétude de son office équivalent à des défaillances de l'Etat de droit, et provoquent – toute proportion gardée – un « *sentiment du droit abandonné par le pouvoir qui devait le protéger* »⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, entrée « Etat de droit ».

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1999, p. 10.

⁴⁹⁸ RIVERO (J.), « Etat de droit, état du droit », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 609, spéc. p. 609.

⁴⁹⁹ IHERING (R.), *Le combat pour le droit*, Durand et Pedone-Lauriel, 1875, p. 38.

Une telle mise en perspective est nécessaire afin de prendre la mesure des enjeux qui président aux insuffisances soulignées. L'essence même de « *l'Etat de Droit, c'est le normativisme. Ce n'est pas le Gouvernement des Hommes, c'est le Règne des Normes. Après l'Enfer du Pouvoir arbitraire et le Purgatoire du Gouvernement contrôlé, l'existence pure de la Règle de Droit signifie le Paradis juridique* »⁵⁰⁰. Le concept d'Etat de droit, « *par opposition au gouvernement arbitraire* »⁵⁰¹, est idéologiquement fécond et intensément symbolique. Par voie de conséquence, tout ce qui peut être considéré comme entravant la pleine et entière réalisation, de manière plus ou moins directe, présente également cette dimension fortement figurative. En allant plus loin, et remontant aux sources mêmes des fondements de l'Etat moderne, si « *tout Etat de droit n'est pas nécessairement une démocratie, toute démocratie doit être un Etat de droit. (...) La réalité du pouvoir démocratique dépend donc étroitement de l'existence d'une hiérarchie des normes* »⁵⁰².

En simplifiant plus encore l'équation – sans la dénaturer pour autant –, le principe de légalité renvoie directement au concept d'Etat de droit, qui se trouve lui-même au fondement de la démocratie. Voilà ce dont il est question en contentieux de la légalité : garantir l'Etat de droit, et par là même, les fondements démocratiques de la société. Peu importe, au final, que l'importance et la teneur des liens qui unissent ces concepts ne soient pas conçues de la même manière par tous ; il s'agit davantage de réflexes idéologiques que de véritables constructions intellectuelles. Il s'agit néanmoins plus modestement de souligner les liens indéfectibles qui existent entre les enjeux du contentieux de la légalité et les fondements mêmes de notre Etat.

Non pas que chaque contentieux – administratif, civil ou pénal – ne réponde pas à un idéal de justice républicaine, également primordiale à la réalisation de l'Etat de droit. Mais la dimension toute particulière du contentieux de la légalité en fait naturellement un point d'orgue, une clé de voûte. Aussi, si le lien établi entre ce contentieux et la démocratie peut apparaître allusif, ce sera *a fortiori* d'autant plus le cas pour les autres contentieux « ordinaires » dans lesquels il n'est pas question, à titre principal pour le moins, de légalité.

⁵⁰⁰ LEISNER (W.), « L'Etat de droit, une contradiction ? », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 65, spéc. p. 66.

⁵⁰¹ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, op. cit., p. 19.

⁵⁰² TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, op. cit., p. 277.

En d'autres termes, ne pas annuler un permis de construire, un refus d'agrément d'assistante maternelle ou bien encore une délibération fixant la tarification de l'eau, alors que l'illégalité est avérée et la requête recevable, heurte nécessairement l'efficacité de la garantie juridictionnelle du principe de légalité, et partant les fondements démocratiques de l'Etat de droit. La contingence des litiges, le caractère personnel des intérêts défendus par le demandeur et le caractère confidentiel des enjeux ne doit pas faire oublier qu'il est toujours question d'un rouage de l'Etat de droit. Il ne s'agit pas de schématiser mais de proposer de reconsidérer ces hypothèses à l'aune de la nature de l'office du juge de la légalité, qui ne consiste pas uniquement à trancher un litige entre parties⁵⁰³.

S'il convient malgré tout « *de ne pas prêter à l'Etat de droit plus de vertus qu'il n'en a* »⁵⁰⁴, il s'avère dans tous les cas devoir être « *présenté comme désirable, (...) parce qu'il est considéré comme une garantie de la liberté et de la démocratie, c'est-à-dire comme un moyen ou un instrument* »⁵⁰⁵. Et cet instrument, s'il irrigue la société démocratique sous différentes formes, apparaît sous un jour tout à fait significatif en la forme juridictionnelle.

B. Une garantie essentiellement juridictionnelle

Par choix ou en toute logique, la protection de l'Etat de droit est aujourd'hui principalement garantie de manière juridictionnelle **(1)**. A l'exposé de ce principe fera nécessairement suite celui de sa mise en œuvre concrète **(2)**, sans laquelle l'ancrage théorique, aussi intense soit-il, reste lettre morte.

1) Une protection juridictionnelle axiomatique

Principe. Le principe d'une protection juridictionnelle découle mécaniquement de la définition même de l'Etat de droit, qui ne saurait exister virtuellement, et qui suppose donc l'existence de contrôles intrinsèquement liés à sa nature asservissante. Un « *Etat de droit est un système dans lequel les règles de droit sont posées, connues, garanties par l'édition de sanctions juridiques, de sorte que (...) si les règles ont été transgressées, il existe des voies de recours qui permettent de redresser ou d'anéantir les actes incompatibles avec elles dans*

⁵⁰³ Cf. *infra* Partie I – Titre II.

⁵⁰⁴ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1999, p. 140.

⁵⁰⁵ TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat, op. cit.*, p. 276.

l'ordonnancement juridique »⁵⁰⁶. En ce sens, la « *soumission de l'Exécutif et de l'administration à la loi, qui est au cœur de la théorie de l'Etat de droit est garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel* »⁵⁰⁷. L'existence d'un tel contrôle, sa nature, ses vices et vertus, se rattachent donc nécessairement à la problématique plus générale de la garantie de l'Etat de droit et ce dans la mesure notamment où la « *tendance est naturelle qui trouve dans le recours à la juridiction, le moyen le plus adéquat d'assurer la soumission de l'Etat au droit* »⁵⁰⁸.

Au-delà même du postulat selon lequel la garantie de l'Etat de droit passe nécessairement par la voie juridictionnelle, la « *justice administrative n'est pas un problème de technique juridique, c'est un des éléments essentiels de notre conception de l'Etat* »⁵⁰⁹. Présenté comme un « *véritable idéal de protection juridictionnelle* »⁵¹⁰, le recours au juge s'avère donc non seulement nécessaire afin d'assurer la matérialité de l'Etat de droit mais également relativement dogmatique. Ainsi, « *faciliter l'accès au prétoire, rendre plus prompt et plus efficace l'intervention du juge, c'est se tenir sur le terrain de la tradition, qui voit dans la sanction juridictionnelle le secret de l'efficacité de la règle de droit. Il serait absurde, et chimérique, de s'en écarter* »⁵¹¹. En d'autres termes encore, en donnant « *une sanction juridique à la norme, le recours devant le juge accroît la crédibilité du droit public et améliore la cohérence du système juridique* »⁵¹².

Acteurs. Le principe de la protection juridictionnelle suppose nécessairement la mise en place de juges et de juridictions. L'Etat de droit est alors potentialisé grâce à l'existence d'un contentieux de la légalité, dont les juridictions – très majoritairement administratives –

⁵⁰⁶ GOYARD (C.), « Etat de droit et démocratie », in *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 299, spéc. p. 301.

⁵⁰⁷ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit, op. cit.*, p. 69.

⁵⁰⁸ CAMBIER (C.), « Au-delà et en deçà de la juridiction », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, t. 2, p. 453, spéc. p. 453.

⁵⁰⁹ BENOIT (F.P.), « Les fondements de la justice administrative », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p. 283, spéc. p. 295.

⁵¹⁰ DOUMBE-BILLE (S.), « Recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction. A propos de la nouvelle frontière », *AJDA*, 1993, p. 3, spéc. p. 10.

⁵¹¹ RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457, spéc. p. 467.

⁵¹² REDOR (M.J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit, op. cit.*, p. 185.

sont amenées à connaître. Aussi, le « véritable Etat de droit est celui dans lequel les violations de la légalité (...) peuvent être constatées et sanctionnées par un juge »⁵¹³.

L'Etat de droit se caractérise par une certaine « contrôlabilité objective qui ne saurait être que l'œuvre des juges »⁵¹⁴. A n'en pas douter, les juges de la légalité assurent une mission tout à fait particulière, dans une dimension que l'on ne retrouve pas chez leurs pairs. Le juge apparaît comme « le gardien administratif de la Légalité »⁵¹⁵, officiant de manière primordiale à la pleine réalisation de la soumission de l'administration au droit. Dans la mesure où la « seule protection de l'individu qui n'a pas participé à la décision qui le frappe, c'est le juge »⁵¹⁶, il est permis de considérer qu'un « acte n'est juridique que s'il offre la virtualité d'une constatation de sa juridicité par un organe juridictionnel. (...) Il y a en réalité dans l'Etat et dans l'ordonnement juridique, trois pyramides qui coïncident : celles des normes, celles des autorités et celles des juridictions »⁵¹⁷.

Partant, le juge – de la légalité tout particulièrement – apparaît comme un maillon essentiel de la démocratie juridique, tant il est vrai que si « l'Etat de droit paraît trouver son aboutissement dans la figure du juge, c'est que le juge semble une puissance effacée capable de donner corps à l'idée d'un pur gouvernement des normes »⁵¹⁸. Plus concrètement, le juge dont il est question s'incarne emblématiquement dans l'institution du Conseil d'Etat. Occupant un « rôle traditionnel de gardien et de promoteur de l'Etat de droit »⁵¹⁹, le Conseil d'Etat, « clef de voûte et principal artisan de ce système [de protection des libertés contre l'arbitraire], est devenu progressivement, malgré son origine incontestablement autoritaire, le symbole de l'Etat de droit »⁵²⁰. Assurément, le Conseil d'Etat, et les juridictions administratives dans leur ensemble, œuvrent de concert à la réalité du règne du droit. C'est

⁵¹³ GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 15.

⁵¹⁴ LEISNER (W.), « L'Etat de droit, une contradiction ? », in *Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 65, spéc. p. 67.

⁵¹⁵ RIVERO (J.), « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p.701, spéc. p. 710.

⁵¹⁶ FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 559.

⁵¹⁷ GOYARD (C.), « Etat de droit et démocratie », art. préc., p. 303.

⁵¹⁸ JOUANJAN (O.), « Etat de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004, p. 649, spéc. p. 652.

⁵¹⁹ COHEN-TANUGI (L.), « L'avenir de la justice administrative », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 13, spéc. p. 14.

⁵²⁰ LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 43, spéc. p. 43.

alors « *de l'exercice concret du contrôle juridictionnel que dépend en fin de compte l'effectivité de l'Etat de droit* »⁵²¹.

2) Une concrétisation imparfaite

Le recours pour excès de pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir, en tant que « *sanction du principe de légalité* »⁵²², trouve naturellement une place privilégiée au sein de la protection juridictionnelle de l'Etat de droit. Non pas que les pleins contentieux objectifs de la légalité n'y jouent pas un rôle similaire, mais les caractéristiques et spécificités du recours pour excès de pouvoir en font un emblème de choix. Au demeurant, les développements relatifs à ce recours sont en principe et pour la plupart largement transposables à l'ensemble des contentieux de la légalité.

De manière générale, il est convenu que « *de même que les particuliers ont reçu le pouvoir de saisir la justice de leurs prétentions dans le temps où ils perdaient le droit de se faire justice à eux-mêmes dans leurs rapports avec d'autres particuliers, de même ont-ils peu à peu reçu la garantie absolue qu'en se soumettant à la loi ils bénéficiaient en contrepartie des effets du principe de légalité (...). Cette garantie ainsi offerte aux particuliers s'est traduite sous la forme du recours pour excès de pouvoir* »⁵²³. Ce principe trace ainsi « *un périmètre autour de l'action des personnes publiques* »⁵²⁴.

Dans cette perspective, le contentieux de l'excès de pouvoir « *s'inscrit dans un mouvement toujours recommencé de soumission de la Puissance publique au droit* »⁵²⁵. Les qualificatifs ne manquent pas pour souligner la fonction primordiale de ce recours qui a, « *en sa qualité d'instrument de contrôle de légalité, vocation à faire disparaître tout acte administratif contraire à la règle de droit* »⁵²⁶. Il ne paraît pourtant pas nécessaire de s'attarder davantage sur ce constat, dont il est permis de penser qu'il relève d'une certaine évidence.

⁵²¹ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, op. cit., p. 75.

⁵²² RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2006, n° 614.

⁵²³ KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, p. 38.

⁵²⁴ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, op. cit., p. 77.

⁵²⁵ BRISSON (J.F.), *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, 2004, p. 3.

⁵²⁶ BLANCO (F.), op. cit., p. 95

Le recours pour excès de pouvoir, en tant qu'instrument « *par excellence de soumission de l'administration au principe de légalité* »⁵²⁷, s'avère également constituer « *un instrument particulièrement énergique et efficace pour obliger l'administration à respecter la loi, que le juge a progressivement perfectionné au point qu'il est devenu la pierre angulaire de l'Etat de droit en France* »⁵²⁸. Loin d'être anecdotiques, ou subsidiaires donc, les insuffisances et failles du contentieux de la légalité, symbolisé par le recours pour excès de pouvoir, constituent une lacune directe de la protection juridictionnelle de l'Etat de droit.

Lacunes. La question a été posée de manière tout à fait directe par C. Cambier : le « *pouvoir juridictionnel est-il à même de fonder et d'assurer la soumission de l'Etat au droit ?* »⁵²⁹. Sans chercher à remettre en question le principe même du caractère juridictionnel d'un tel contrôle, une telle interrogation trouve néanmoins un certain écho lorsqu'il est question de la défectuosité de ce contrôle. Il faut bien reconnaître que « *le règlement juridictionnel constitue le remède à la fois trop souvent indispensable et en tous cas toujours le plus perfectionné aux maux administratifs. Et par là aussi est mis l'accent sur la question centrale et cruciale de notre droit public : l'Etat, la puissance publique, auteurs du droit et dispensateurs de la justice, sont-ils eux-mêmes totalement et parfaitement assujettis à la loi et au juge ?* »⁵³⁰.

Cette question essentielle nécessite d'appréhender ce que l'on pourrait nommer « les angles morts » de l'Etat de droit, en l'occurrence constitués des hypothèses dans lesquelles le juge de la légalité se trouve dans l'impossibilité procédurale d'annuler un acte administratif illégal. A cet égard à n'en pas douter les « *Etats de droit (...) sont perpétuellement à bâtir* »⁵³¹. Plus précisément, une « *première direction, évidente, s'offre à ceux qui entendent élargir l'emprise du droit sur le réel : c'est le perfectionnement de l'instrument juridictionnel* »⁵³².

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 84.

⁵²⁸ LOCHAK (D.), *La justice administrative*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1998, p. 113.

⁵²⁹ CAMBIER (C.), « Au-delà et en deçà de la juridiction », art. préc. p. 454.

⁵³⁰ PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 16.

⁵³¹ COSTA (J.P.), « Un couple mal connu, science administrative et Etat de droit », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 121, spéc. p. 132.

⁵³² RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », art. préc., p. 466.

Le contentieux de la légalité, en tant que protection juridictionnelle du principe de légalité et garantie contentieuse de l'Etat de droit, s'inscrit dans une perspective fondamentalement élémentaire. Les enjeux, remontant aux sources de l'exercice démocratique du pouvoir, confèrent nécessairement à ce contentieux si particulier une dimension transcendante, rendant son inaboutissement moins tolérable encore.

§ 2 : L'éminence du contentieux de la légalité

Le contentieux de la légalité, en tant que vecteur essentiel du principe de légalité, transcende nécessairement les limites inhérentes aux contentieux dits « ordinaires ». Plus particulièrement, le contentieux de la légalité présente une dimension collective incontestable **(A)**, logiquement doublée d'un caractère d'ordre public **(B)**, reconnu spécifiquement à l'emblématique recours pour excès de pouvoir mais dont les attributs sont généralement partagés par les recours objectifs de plein contentieux.

A. Une dimension collective incontestable

De par son objet, le contentieux de la légalité présente la particularité de transcender les limites du litige particulier qui lui sert de support **(1)**. Cette caractéristique se manifeste notamment par l'effet *erga omnes* qui s'attache aux annulations pour excès de pouvoir **(2)**.

1) Un dépassement induit des termes du litige

Un détachement de l'espèce. Il ne fait aucun doute que le juge de la légalité – qu'il s'agisse d'un juge de l'excès de pouvoir ou de plein contentieux objectif – est avant tout saisi d'un litige particulier. Plus précisément, et il faut s'efforcer de le garder à l'esprit en permanence, il est avant tout saisi par un requérant. Il ne faudrait pas en effet que l'issue « *du litige intéresse moins que les chemins qui y mènent ; (...) que le recours intéresse plus que le requérant (...) avec sa petite et souvent misérable histoire personnelle* »⁵³³.

Pour autant, et sans renier cette dimension nécessairement personnelle, celui-ci se double d'une envergure assurément collective. Il s'agit là de « *la nature complexe – à la fois*

⁵³³ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, t. 2, p. 813, spéc. p. 832.

individuelle et sociale – du recours en annulation »⁵³⁴. L'objet même du contentieux de la légalité, à savoir le respect de la légalité⁵³⁵, implique nécessairement le dépassement de la contingence de l'espèce. Dans cette optique, le « *juge administratif français n'est pas préoccupé seulement, ni même principalement, du souci de restaurer dans ses avantages, le détenteur d'un droit subjectif lésé mais plutôt de contrôler, à l'occasion de litiges particuliers, le comportement de l'administration par rapport à une légalité objective* »⁵³⁶.

Se dessine dès lors de manière évidente « *le caractère social, ou, au sens élevé du mot, le caractère politique, du recours en annulation pour illégalité* »⁵³⁷. De ce fait, les défaillances et lacunes d'un tel recours ne concernent pas seulement les parties au litige – ce qui pourrait déjà paraître excessif au demeurant – mais bel et bien la collectivité toute entière. A l'instar de l'ensemble des recours en annulation pour illégalité, car « *situé à l'antipode du procès classique opposant des intérêts privés, le recours pour excès de pouvoir est ainsi perçu comme une action exercée dans le seul intérêt général dont l'enjeu supérieur rend impersonnel et abstrait le procès engagé* »⁵³⁸.

Le requérant exprime « *à travers la saisine du juge, une forme d'allocentrisme et agit dans un but suprême qui le dépasse* »⁵³⁹. Qu'il en ait conscience ou non, la question n'est pas là ; tout comme elle ne se situe pas au niveau de savoir si les recours portant exclusivement sur une question de légalité font intervenir des « parties », au sens procédural du terme⁵⁴⁰. Il importe en revanche de prendre la mesure de tels contentieux qui « *ont en commun – et c'est essentiel – de poser, et de poser exclusivement, une question de droit objectif, de légalité* »⁵⁴¹.

⁵³⁴ CRUET (J.), *Etude juridique de l'arbitraire administratif*, thèse, Paris, 1906, p. 285.

⁵³⁵ V. en ce sens CAA Paris, 30 décembre 1996, *Boyer*, p. 1073 ; *JCP*, 1997, n° 22871, note V.H. : le recours pour excès de pouvoir « *n'a pas pour objet la défense de droits subjectifs, mais d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* ».

⁵³⁶ WOEHLING (J.M.), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en droit français », *RFAP*, n° 30, avril/juin 1984, p. 197, spéc. p. 198.

⁵³⁷ CRUET (J.), *op. cit.*, p. 284.

⁵³⁸ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, p. 87.

⁵³⁹ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, p. 72.

⁵⁴⁰ Cf. sur cette question KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959.

⁵⁴¹ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 240 ; à propos, plus spécifiquement, du contentieux de l'excès de pouvoir, composé du recours pour excès de pouvoir, du recours en appréciation de légalité, et du recours en déclaration d'inexistence.

R. Ihering s'interroge alors à cet égard de la manière suivante : « *[d]ira-t-on maintenant que je suis allé trop loin, en prétendant que la défense d'un droit concret n'est pas seulement un devoir de l'individu qu'on a attaqué envers lui-même, mais aussi envers la société ? Si ce que je dis est vrai, s'il est établi qu'en défendant son droit il défend la loi, et dans la loi l'ordre indispensable au bien public, qui osera soutenir qu'il n'accomplit pas en même temps un devoir envers la société ?* »⁵⁴².

En tant que vecteur de l'Etat de droit et garant du principe de légalité, le contentieux de la légalité présente une dimension collective et sociale tout à fait significative et caractéristique. Non pas, une fois encore, que toute justice quelle qu'elle soit, ne concerne pas au final l'ensemble des individus en tant qu'elle participe au fonctionnement démocratique de l'Etat, mais cette typicité est exacerbée lorsqu'il s'agit de l'annulation d'actes illégaux. Plus encore, cette envergure doit permettre à ce contentieux de s'exonérer de certaines contingences procédurales dans la mesure où « *le règne du droit ne peut pas être la chose d'un requérant individualisé, mais celle de la collectivité toute entière ; ce n'est pas un droit subjectif, mais une valeur générale que le juge doit pouvoir défendre* »⁵⁴³.

Un contentieux d'intérêt général. Bien que ce soit surtout au recours pour excès de pouvoir que cette qualité soit explicitement et fréquemment reconnue, il en va de même pour les recours objectifs de pleine juridiction dans la mesure où ils ont également pour objet la défense de la légalité objective. De toute évidence, les « *questions de légalité ne se limitent pas au pré carré des intérêts des parties à l'instance, mais concerne la collectivité toute entière* »⁵⁴⁴ et confèrent certainement à ces recours une « *finalité sociale* »⁵⁴⁵.

Parce qu'il s'agit de questions de légalité, il s'agit de contentieux collectifs, d'intérêt général, transcendant les circonstances de l'espèce. Et c'est parce qu'il s'agit, plus que d'autres, de contentieux intéressant directement l'intérêt général, que les impasses procédurales générées doivent, si ce n'est susciter un sentiment profond de responsabilité à cet égard, tout du moins heurter l'esprit. Car il n'y a pas de doute à avoir sur le fait que « *le*

⁵⁴² IHERING (R.), *Le combat pour le droit*, Durand et Pedone-Lauriel, 1875, p. 30.

⁵⁴³ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 494.

⁵⁴⁴ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, op. cit., p. 75.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 65.

recours pour excès de pouvoir s'exerce bien dans l'intérêt général »⁵⁴⁶, et ce quand bien même les protagonistes n'en n'auraient pas même conscience.

Le recours pour excès de pouvoir, chef de file des contentieux de la légalité, « *obéit à un régime particulier visant à favoriser sa mise en œuvre par le requérant, lequel, tout en défendant ses intérêts, fait cesser le dommage causé à l'ensemble de la société* »⁵⁴⁷. Tout au contraire, le droit judiciaire privé reste « *complètement irrigué par l'esprit du droit privé : tout y est question d'intérêts particuliers, au contraire de la procédure pénale et du contentieux administratif où s'exprime, dans des rapports et à des degrés différents, l'intérêt général* »⁵⁴⁸. La dimension collective du contentieux de la légalité ne fait donc aucun doute quant au dépassement des termes du litige qu'elle induit, dépassement qui se manifeste de manière tangible par l'effet *erga omnes* reconnu aux annulations d'actes administratifs illégaux.

2) La reconnaissance conséquente de l'autorité absolue de chose jugée

Principe. Par dérogation au principe de l'autorité relative de la chose jugée, les annulations prononcées suite à un recours pour excès de pouvoir bénéficient d'une autorité absolue de la chose jugée⁵⁴⁹, ainsi dégagée de la condition de la triple identité de parties, de cause et d'objet. Cet effet *erga omnes* s'explique « *pour l'excellente raison que les actes administratifs annulés sont réputés n'avoir jamais existé* »⁵⁵⁰. Dès lors, « *l'annulation entraîne des effets dans le passé : elle a en principe un effet rétroactif (...) [et] elle est opposable à tous, y compris ceux qui n'étaient pas dans le litige* »⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., p. 199.

⁵⁴⁸ CADIET (L.), *Droit judiciaire privé*, Litec, 2006, p. 12.

⁵⁴⁹ CE, 22 mars 1961, *Simonet*, p. 211 ; CE, 4 octobre 1972, *SCI Rue des chalets à Bourges*, p. 598 ; CE, Sect., 9 juin 1989, *Epoux Dufal* ; LPA, 25 octobre 1989, p. 11, note B. Pacteau ; CE, 29 juillet 1994, *SCI Baudin* ; DA, 1994, n° 694 ; CE, 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, p. 10 ; CE, 19 novembre 1997, *Sarroub*, p. 438, DA, 1998, n° 28, RFDA, 1998, p. 184 ; CE, 28 juillet 1999, *Lainé*, RFDA, 1999, p. 1118 ; CE, 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres*, p. 360 ; CE, 28 mai 2001, *Commune de Bohars*, p. 249, RFDA, 2001, p. 957 ; CE, 31 janvier 2007, *Union nationale de coordination des associations militaires*, n° 292828. Autorité absolue également reconnue par la Cour de Cassation : Com., 19 mai 1953, *Société La Ruche picarde*, S., 1954.1.1, note R. Drago ; Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1962, *ONIC, D.*, 1963, somm., p. 1 ; *Gaz. Pal.*, 1963, 1, p. 119 ; Civ. 1^{ère}, 25 juin 1985, *Cochin, D.*, 1985, p. 517.

⁵⁵⁰ ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926, p. 33.

⁵⁵¹ DELVOLVE (G.), « Chose jugée », *RDCA*, 2011, n° 73.

L'annulation pour excès de pouvoir transcende donc les limites du litige originel dans la mesure où « *tous s'y trouvent soumis : juge, administration, particuliers* »⁵⁵². C'est un trait reconnaissable du recours pour excès de pouvoir, justifié et nécessité par sa dimension collective. Toutefois, si « *les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus* »⁵⁵³, le rejet du recours bénéficie quant à lui d'une simple autorité relative. Cette distorsion apparente est imposée par la logique⁵⁵⁴, dans la mesure où le recours pour excès de pouvoir « *ne tend qu'à l'examen de moyens d'annulation, soulevés par le requérant ou d'ordre public, susceptibles d'entraîner l'annulation d'un acte ; (...) le rejet d'un tel recours ne signifie pas que l'acte attaqué soit légal mais seulement que les moyens soulevés étaient mal fondés ou inopérants* »⁵⁵⁵.

En outre, l'autorité absolue de chose jugée est tempérée par le fait, qu'en toute logique, « *l'annulation est toujours limitée à sa cause* »⁵⁵⁶. En effet, l'annulation d'une décision administrative ne signifie pas, sauf hypothèse exceptionnelle, que celle-ci est illégale du seul fait de son existence. En vertu du principe de l'économie des moyens, l'annulation est en principe fondée sur un seul moyen⁵⁵⁷, d'illégalité externe ou interne. Dès lors, la décision annulée pour vice de procédure pourra légitimement être de nouveau adoptée selon une procédure régulière ; de même que la décision annulée pour erreur de fait pourra être motivée sur d'autres circonstances susceptibles de la justifier légalement. Apparaissent ici très clairement, au détour du raisonnement, les limites inhérentes au principe de l'économie des moyens, qui tronque la réalité et peut effectivement induire en erreur l'administration dans les suites à donner à une annulation⁵⁵⁸.

Recours pour excès de pouvoir et plein contentieux objectif. Les conclusions tirées de l'effet *erga omnes* des annulations pour excès de pouvoir sont par principe transposables au contentieux de la pleine juridiction objective, et ce pour deux raisons principalement. La première tient au fait que bien que la généralisation de ces solutions puisse apparaître hâtive, certains jugements de plein contentieux objectif bénéficient eux aussi d'une autorité absolue

⁵⁵² *Ibid.*, n° 77.

⁵⁵³ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, p. 1065 ; *RDP*, 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador.

⁵⁵⁴ *Cf. infra* Partie II – Titre II – Chapitre II.

⁵⁵⁵ WOEHLING (J.M.), « La redécouverte du plein contentieux », *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle* (colloque du quarantième anniversaire des tribunaux administratifs), PUF, 1995, p. 247, spéc. p. 253.

⁵⁵⁶ DELVOLLE (G.), « Chose jugée », préc., n° 111.

⁵⁵⁷ A l'exception du contentieux de l'urbanisme notamment.

⁵⁵⁸ *Cf. infra* Partie II – Titre II – Chapitre II.

de chose jugée. En effet, s'il « *est habituel de dire que les décisions rendues dans le cadre du contentieux de pleine juridiction n'ont qu'une autorité relative [cela] n'est pas tout à fait exact, au moins pour le contentieux objectif de pleine juridiction* »⁵⁵⁹. Ainsi, en contentieux électoral⁵⁶⁰, et de manière tout à fait significative, « *une décision de rejet n'a certes qu'une autorité relative (...). Mais les décisions d'annulation ont un effet "erga omnes", y compris à l'égard des candidats qui n'auraient pas reçu notification du jugement* »⁵⁶¹. Plus généralement, le plein contentieux objectif a une tendance manifeste à « *se calquer sur celui de l'excès de pouvoir quant à l'autorité des décisions juridictionnelles auxquelles il est susceptible de donner lieu. Dans les deux cas, lorsque le recours est estimé fondé, la chose jugée acquiert une autorité absolue. Lorsqu'en revanche il est rejeté, elle conserve une autorité relative* »⁵⁶².

La deuxième raison tient au fait qu'à supposer l'autorité absolue déniée aux jugements de plein contentieux objectif, faisant de celle-ci une spécificité des décisions d'annulation pour excès de pouvoir, il n'en reste pas moins que l'objectivité du recours « *confère en quelque sorte une valeur universelle à la chose jugée* »⁵⁶³. La nature des recours apparaît en effet identique puisqu'il s'agit d'une demande d'annulation – précédant explicitement ou implicitement une éventuelle réformation – d'une décision administrative supposée illégale⁵⁶⁴. En ce sens, l'autorité absolue de chose jugée « *apparaît ainsi avant tout comme un attribut des décisions juridictionnelles dont l'issue intéresse la légalité* »⁵⁶⁵.

Logiquement une « *autorité absolue et un effet "erga omnes" devraient donc être reconnus par exemple aux jugements rendus en matière d'installations classées, d'immeubles insalubres, de tarification de prix de journée dans les hôpitaux* »⁵⁶⁶. La dimension *erga omnes* d'une annulation pour excès de pouvoir se retrouve raisonnablement dans un jugement de plein contentieux objectif. Car d'une « *manière générale, l'idée d'une même autorité –*

⁵⁵⁹ DELVOLVE (G.), « Chose jugée », préc., n° 124.

⁵⁶⁰ V. sur ce point MIATTI (F.), « L'autorité de la chose jugée en matière électorale : absolue ou relative ? », *RFDA*, 1995, p. 552.

⁵⁶¹ DELVOLVE (G.), *loc. cit.* ; cf. CE, 29 avril 1938, *Jeanpierre*, p. 386.

⁵⁶² BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, *op. cit.*, p. 313.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 310.

⁵⁶⁴ Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre I.

⁵⁶⁵ BAILLEUL (D.), *op. cit.*, p. 309.

⁵⁶⁶ DELVOLVE (G.), « Chose jugée », préc., n° 127.

relative – s’attachant à l’ensemble des décisions de pleine juridiction résiste mal à la force émanant des jugements de plein contentieux objectif, lesquels entraînent dans un certain nombre de cas les effets visibles de l’autorité absolue de chose jugée »⁵⁶⁷. A supposer que la « véritable physionomie propre »⁵⁶⁸ du recours pour excès de pouvoir soit fondée sur l’effet *erga omnes* attaché aux annulations qu’il occasionne, ainsi que le soutenait R. Alibert au début du siècle dernier⁵⁶⁹, il résulte de ce qui précède que cette « physionomie propre » s’incarne aujourd’hui davantage dans le contentieux de la légalité, réunissant en son sein les recours en excès de pouvoir et de plein contentieux objectifs.

Signification. Loin de constituer une « anomalie »⁵⁷⁰, il paraît au contraire naturel qu’une annulation pour excès de pouvoir « profite et s’impose à tous les membres de cette société. L’ordre social est le même pour tous : il ne peut tolérer tel acte à l’égard des uns et le rejeter à l’égard des autres »⁵⁷¹. Le caractère universel de l’annulation d’un acte administratif illégal par le juge administratif est parfaitement cohérent avec la dimension collective que revêt un tel jugement. Les modifications de l’ordonnancement juridique s’imposent fort logiquement à tous, de même que par principe, elles sont opposables à tous⁵⁷².

Dans cette optique, il sera alors difficile de considérer que « la tierce-opposition contrarie l’autorité des décisions rendues *erga omnes* »⁵⁷³. Il ne s’agit pas de s’attarder sur le caractère purement objectif ou subjectif du litige, par le biais notamment de la présence ou non de « parties » au sens strict du terme, mais simplement de souligner la dimension éminemment collective du contentieux de la légalité. Le débat, situé au niveau d’une éventuelle subjectivisation du recours pour excès de pouvoir par l’arrêt *Boussuge*⁵⁷⁴, ne concerne toutefois pas directement l’étude des insuffisances de l’office du juge de la légalité.

⁵⁶⁷ BAILLEUL (D.), *op. cit.*, n° 300.

⁵⁶⁸ ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l’administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926, p. 37.

⁵⁶⁹ *Ibid.* : « Ce recours, il faut le reconnaître, ne se différencierait guère quant à sa nature du recours de pleine juridiction limité à des conclusions à fin d’annulation, (...) s’il ne concernait que les actes individuels et s’il ne permettait de faire tomber *erga omnes* les actes collectifs et réglementaires. C’est à ce point de vue seulement qu’il a juridiquement une véritable physionomie propre ».

⁵⁷⁰ MARIE (L.), « De l’avenir du recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1901, p. 264, spéc. p. 295.

⁵⁷¹ WEIL (P.), *Les conséquences de l’annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952, p. 19.

⁵⁷² Sous réserve de l’accomplissement des formalités de publication et/ou de notification.

⁵⁷³ ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l’administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁷⁴ CE, 29 novembre 1912, *Boussuge et autres*, p. 1128, concl. L. Blum.

Dans l'hypothèse de l'annulation juridictionnelle d'un acte administratif illégal, « l'objet l'emporte sur les parties »⁵⁷⁵. En d'autres termes, le respect de la légalité l'emporte sur le litige⁵⁷⁶. Alors que l'annulation d'une décision illégale « bénéficie à l'ensemble des administrés, à travers l'effet absolu de chose jugée »⁵⁷⁷, il semble que le même esprit justifie la reconnaissance d'un tel effet en matière de contentieux répressif⁵⁷⁸. C'est ainsi « la même préoccupation de rétablissement de l'ordre social qui préside, bien sûr, à l'autorité absolue accordée aux jugements rendus en matière pénale, mais également à certains jugements civils, dont notamment ceux qui intéressent la filiation, la nationalité et l'état des personnes »⁵⁷⁹.

La reconnaissance de l'autorité absolue de chose jugée témoigne donc de la dimension d'un contentieux qui dépasse largement les parties qui l'ont initié. Lorsqu'il se trouve confronté à l'impossibilité d'annuler un acte indéniablement illégal, sous prétexte qu'il n'est pas saisi des conclusions adéquates ou des moyens pertinents, le juge administratif méconnaît en quelque sorte l'ampleur du litige qui lui est soumis. Et ce ne sont pas seulement les parties en présence qui en pâtissent, mais l'ensemble de la société construite sur l'édifice de la hiérarchie des normes.

Si le recours pour excès de pouvoir peut apparaître « comme une sorte d'action publique, actionnée pour le bien de tous et dans l'intérêt supérieur de la légalité »⁵⁸⁰, il en est incontestablement de même en matière de plein contentieux objectif. Ce n'est quoiqu'il en soit pas « dans l'intérêt du requérant que l'annulation a été décidée, c'est dans l'intérêt de la légalité, qui est le bien de tous »⁵⁸¹. La dimension collective du contentieux de la légalité apparaît dès lors comme un trait caractéristique, confortant l'idée selon laquelle il existe une

⁵⁷⁵ DELVOLLE (G.), « Chose jugée », préc., n° 72.

⁵⁷⁶ V. pour une position différente toutefois, considérant que l'objet de la demande consiste dans le maintien d'une situation individuelle : KORNPORST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, p. 250. L'auteur de finalement reconnaître toutefois que « le succès d'un recours n'intéresse pas seulement le requérant, mais également un nombre de tiers qui peut être considérable » (spéc. p. 253 à propos de l'hypothèse d'un recours contre un acte réglementaire).

⁵⁷⁷ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, op. cit., p. 67.

⁵⁷⁸ CE, 27 juillet 1988, *Bellay*, p. 301 ; *AJDA*, 1988, p. 763, note J.B. Auby : reconnaissance de l'autorité absolue de chose jugée des jugements rendus en matière de contravention de grande voirie.

⁵⁷⁹ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., n° 296.

⁵⁸⁰ BLANCO (F.), loc. cit.

⁵⁸¹ *Ibid.*

dissymétrie entre l'enjeu singulièrement éminent des litiges, et leur régime procédural, excessivement classique. Les mêmes observations peuvent également être formulées à propos du caractère d'ordre public qui irrigue tout naturellement l'ensemble du contentieux de légalité, confirmant, si besoin en était, sa transcendance.

B. Un contentieux d'ordre public

Alors que la qualité de recours d'ordre public à proprement parler n'a été reconnue qu'au seul recours pour excès de pouvoir (1), il n'en reste pas moins que de nombreuses caractéristiques du contentieux de la légalité permettent d'en déduire, sans outrance, sa nature d'ordre public au sens large (2).

1) Le recours pour excès de pouvoir, recours d'ordre public

Une reconnaissance exclusive. Le recours pour excès de pouvoir bénéficie expressément depuis 1950 de la qualité de recours d'ordre public. Cela signifie qu'il s'agit d'un recours « *qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* »⁵⁸². La consécration de ce régime contentieux privilégié s'explique par le fait que si la jurisprudence *Dame Lamotte* exacerbe la protection dont le recours pour excès de pouvoir « *peut bénéficier, c'est avant tout parce qu'il est la sanction privilégiée du principe de légalité et, qu'en dernier ressort, le préserver c'est préserver l'Etat de Droit* »⁵⁸³.

La nature du contentieux de la légalité génère donc une jurisprudence « *aussi audacieuse qu'indispensable* »⁵⁸⁴, portant le recours pour excès de pouvoir « *à son plus haut niveau* »⁵⁸⁵. Néanmoins, il peut apparaître regrettable que la préservation de l'Etat de droit justifiant la reconnaissance du caractère d'ordre public au recours pour excès de pouvoir ne permette pas d'en tirer des conclusions identiques à propos du recours de plein contentieux objectif.

⁵⁸² CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, p. 110 ; *RDP*, 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline.

⁵⁸³ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français, op. cit.*, p. 117.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ *Ibid.*

En effet, le caractère d'ordre public a été explicitement dénié au recours de plein contentieux, sans distinction de sa dimension objective ou subjective. L'arrêt *Falco et Vidaillac*⁵⁸⁶ rendu par le Conseil d'Etat en 1953, confirmant l'« illustre arrêt »⁵⁸⁷ de 1950, ne laisse guère place au doute sur la question. Rendu à propos des décisions du bureau de vote du Conseil supérieur de la magistrature, il précise que les dispositions affirmant que lesdites décisions ne sont susceptibles d'aucun recours « *excluent uniquement, en ce domaine, le recours de plein contentieux* » et ne sauraient concerner le « *recours pour excès de pouvoir, qui (...) est ouvert, en cette matière comme dans toutes les autres, en vertu des principes généraux du droit* ». L'état de la jurisprudence ne permet donc pas d'affirmer une similitude des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif sur ce point, bien que l'identité de leur objet permette de les rassembler sous un même contentieux, celui de la légalité.

Le choix d'une interprétation audacieuse. L'exclusivité dont bénéficie le recours pour excès de pouvoir s'explique probablement en partie par l'audace jurisprudentielle nécessaire à la consécration de son caractère d'ordre public. En effet, le Conseil d'Etat « *ayant souhaité donner ainsi une dimension particulière à l'action en raison de ce qu'elle représente* »⁵⁸⁸, il n'eût d'autre choix que de faire « *reposer sa décision sur une interprétation de la volonté législative en ce sens, tout en marquant la transcendance du principe de légalité* »⁵⁸⁹. Le passage – en quelque sorte obligé – par la voie de l'interprétation ne permet cependant pas de masquer la réalité de cette témérité qui a précisément consisté à ériger un principe général du droit au rang quasiment législatif. Les apparences restent toutefois sauvées puisque, en théorie, ce n'est « *que devant une volonté expresse au moins législative (...) que le recours pour excès de pouvoir doit logiquement s'incliner* »⁵⁹⁰.

Néanmoins, au « *nom du principe de légalité, la volonté législative sera donc travestie si nécessaire pour permettre l'exercice du recours pour excès de pouvoir* »⁵⁹¹ ; c'est en cela

⁵⁸⁶ CE, Ass., 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, p. 175 ; *RDP*, 1953, p. 458, concl. J. Donnedieu de Vabres, note M. Waline ; *S.* 1953, 3, p. 33, note M. Mathiot ; *D.* 1953, p. 683, note C. Eisenmann ; *JCP*, 1953, II, 7598, note G. Vedel ; *Gaz. Pal.*, 1953, 1, p. 300 ; *RA*, 1953, p. 265, note M. Liet-Veaux.

⁵⁸⁷ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 233.

⁵⁸⁸ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., p. 30.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 38.

⁵⁹¹ *Ibid.*

que le caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir doit être considéré comme issu d'un coup de force du Conseil d'Etat, « *estimant que lorsque qu'il paraît exclure tous les recours, le législateur n'entend pas supprimer le recours pour excès de pouvoir* »⁵⁹². En l'occurrence, la légitimité d'une telle démarche, voire son orthodoxie juridique, importent peu. Il s'agit de souligner avec quelle force et quelle détermination le Conseil d'Etat a pris soin de préserver l'exercice du recours pour excès de pouvoir, fût-ce des assauts du législateur lui-même. Plus concrètement, cette « *jurisprudence hardie, qui fait de ce recours un instrument général du contrôle de légalité, (...) se révèle ainsi être une sauvegarde du contrôle de légalité contre la tentation que pourrait avoir le gouvernement de limiter ce contrôle grâce à son pouvoir réglementaire élargi* »⁵⁹³.

Une caractéristique intrinsèque. L'existence d'un rapport logique entre la transcendance du contentieux de la légalité, qui met directement en œuvre le principe du même nom, et le caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir ne doit faire aucun doute. En en faisant un recours ouvert même sans texte, le « *juge établit donc un lien entre la fonction du recours et son caractère de droit commun : le maintien de la légalité est d'intérêt général et il est normal que l'instrument chargé d'y pourvoir ne puisse être écarté, si ce n'est justement par une manifestation expresse de la volonté générale* »⁵⁹⁴.

Le caractère d'ordre public de cet « *instrument de défense de la légalité bafouée placé entre les mains des administrés* »⁵⁹⁵ que constitue le recours pour excès de pouvoir, témoigne bien de la transcendance des questions qu'il amène à trancher, et donc de l'intérêt légitime que ses défaillances peuvent susciter. Ainsi, le caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir « *résulte de ce que ce recours est destiné – dans l'intérêt de tous – à apurer l'édifice juridique de tous les actes portant atteinte à la légalité objectivement entendue* »⁵⁹⁶. En conséquence, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'a eu de cesse de développer ce recours « *en le rendant commode et peu coûteux à cause de son importance pratique comme instrument de contrôle de la légalité administrative* »⁵⁹⁷. Cette mise en conformité des

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLLE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2013, n° 62.

⁵⁹⁴ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, op. cit., p. 117.

⁵⁹⁵ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, op. cit., p. 96.

⁵⁹⁶ RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Hachette, 2007, n° 52.

⁵⁹⁷ LAUBADERE (A. de), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 8^{ème} éd., 1980, n° 887.

moyens et des fins n'apparaît toutefois pas pleinement aboutie, et justifie la volonté de parachèvement de ce « régime en faveur du recours pour excès de pouvoir »⁵⁹⁸.

Le recours pour excès de pouvoir n'est autre que « l'invention exceptionnelle par laquelle le Conseil d'Etat a su soumettre l'administration à l'Etat de droit, l'originalité remarquable que nous envient les autres systèmes de contrôle juridictionnel de l'administration »⁵⁹⁹. Il « est un procès fait à un acte ; il est un recours d'utilité publique ; il est un recours d'ordre public »⁶⁰⁰ et l'ensemble de ces attributs sont assurément partagés par le plein contentieux objectif, en ce qu'il s'identifie à un contentieux de la légalité.

2) Le contentieux de la légalité, contentieux d'ordre public

Le contentieux de la légalité n'a rien d'un contentieux ordinaire opposant deux parties à un même litige dans la mesure où « la séparation des autorités administrative et judiciaire – critiquable à bien des égards – a produit cet heureux résultat de développer ce contentieux spécial »⁶⁰¹. Composé du recours pour excès de pouvoir et des recours de plein contentieux objectif, il se révèle un contentieux d'ordre public, au sens large du terme **(a)**. Au-delà de la qualité de recours d'ordre public reconnue au recours pour excès de pouvoir uniquement, de nombreuses spécificités sont en effet partagées par ces contentieux, témoignant de leur unité globale et de leurs traits caractéristiques communs **(b)**.

a) Un ordre public polysémique

Un ordre public virtuel. Si la notion d'ordre public supporte déjà de nombreux travaux de conceptualisation⁶⁰², il importe d'en retenir une définition usuelle relativement à la nature du contentieux qu'il s'agit d'appréhender. De manière tout à fait rudimentaire, l'ordre public peut se définir comme un terme servant au sein d'un ordre juridique « à caractériser

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ WOEHLING (J.M.), « La redécouverte du plein contentieux », *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle* (colloque du quarantième anniversaire des tribunaux administratifs), PUF, 1995, p. 247, spéc. p. 248.

⁶⁰⁰ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 243.

⁶⁰¹ JEZE (G.), « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP*, 1909, p.667, spéc. p. 690.

⁶⁰² V. notamment, en dehors des nombreux articles consacrés à la question : BERNARD (P.) *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962 ; EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Rouen, 1994 ; VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF, 2001.

certaines règles qui s'imposent avec une force particulière et par extension à désigner l'ensemble des règles qui présentent ce caractère »⁶⁰³. Ainsi, l'ordre public se manifesterait comme « *un certain ordre établi dans une société donnée, mais on en a plus le sentiment subjectif qu'on ne saurait l'expliquer rationnellement* »⁶⁰⁴. Pourtant, le contentieux de la légalité présente assurément un caractère d'ordre public, alors même que l'évidence de la proposition ne saurait trouver dans ces quelques lignes un ancrage scientifique élaboré.

En procédure administrative contentieuse, la notion d'ordre public apparaît de nombreuses fois, qu'il s'agisse des règles d'ordre public, des moyens d'ordre public, ou encore des recours d'ordre public. Au sens strict, un recours d'ordre public est un recours qui est ouvert même sans texte, ainsi qu'il vient d'être explicité. Au sens plus commun du terme, un contentieux d'ordre public peut être considéré comme un contentieux dont la transcendance justifie un régime dérogatoire. En règle générale, une référence à l'ordre public permet de déroger aux règles de droit commun, qu'il s'agisse au final de police administrative ou de procédure administrative. Ce constat est doublé du fait que ce sont en principe les enjeux de la matière ou de la question qui justifient de recourir à cette notion transgressive⁶⁰⁵. Dans cette acception commune, l'ordre public permet d'établir une « *hiérarchie entre les valeurs fondamentales et les intérêts non fondamentaux* »⁶⁰⁶.

Au-delà de ce mécanisme de prévalence nécessairement induit par la finalité de la notion, il convient de constater la « *relative mais indéniable indétermination du contenu de l'ordre public* »⁶⁰⁷, dans la mesure justement où « *l'ordre public n'est pas qu'un contenu, il constitue aussi un ensemble d'effets juridiques nécessaires à l'accomplissement de sa fonction d'instrument de structuration et cohésion sociales* »⁶⁰⁸.

La transcendance de l'ordre public. Il ne fait guère de doute que les questions touchant à la légalité relèvent bien de l'ordre public, c'est-à-dire de ces questions transcendantales dont la sauvegarde commande parfois de contrevenir à certains principes

⁶⁰³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p. 714.

⁶⁰⁴ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 241.

⁶⁰⁵ Cf. pour le recours à cette dimension purement dérogatoire dans la définition des moyens et conclusions d'ordre public particulièrement Partie II – Titre II – Chapitre I.

⁶⁰⁶ DEUMIER (P.), REVET (T.), « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004, p. 1119, spéc. p. 1121.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 1119.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 1120.

établis. En effet, « *le respect de la légalité par l'administration répond, en lui-même, à une exigence d'ordre public* »⁶⁰⁹. Plus exactement, lorsque « *l'Etat de droit se substitue à l'Etat de police, [les] différents ordres publics de détail tendent à se résumer dans une entité plus vaste et plus complexe, largement confondue avec le principe même de légalité* »⁶¹⁰. Recours pour excès de pouvoir et plein contentieux objectif apparaissent à cet égard comme des instruments contentieux au service de cet « *ordre public diffus, celui de la légalité* »⁶¹¹.

En définitive, le contentieux de la légalité se définit comme un contentieux d'ordre public dans la mesure où la « *sauvegarde des intérêts supérieurs attachés au respect de la hiérarchie des actes juridiques est d'ordre public et doit triompher nonobstant tout autre intérêt* »⁶¹². Cette « *éminente fonction* »⁶¹³ de l'ordre public se retrouve incontestablement dans les spécificités du contentieux de la légalité, que l'on retrouve pour la plupart tant dans le régime du recours pour excès de pouvoir que dans celui du plein contentieux objectif.

b) Des attributs d'ordre public partagés

Contrairement à la présentation généralement admise, le recours pour excès de pouvoir partage nombre de ses particularités contentieuses avec le plein contentieux objectif. En effet, parce « *qu'ils sont eux aussi exercés en partie dans l'intérêt de la légalité, les recours objectifs de pleine juridiction présentent de nombreuses similitudes avec le recours pour excès de pouvoir* »⁶¹⁴. De ces traits caractéristiques communs il est alors possible de déduire un caractère d'ordre public partagé témoignant de la transcendance des enjeux portés par ces contentieux si singuliers.

L'impossible renonciation à l'exercice du recours ou au bénéfice de la chose jugée. Alors qu'il est possible de renoncer à poursuivre la reconnaissance d'un droit subjectif⁶¹⁵, « *parce que c'est une question d'ordre personnel* »⁶¹⁶, il n'est pas possible de

⁶⁰⁹ LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011, p. 386.

⁶¹⁰ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, p. 16.

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, n°619.

⁶¹³ DEUMIER (P.), REVET (T.), « Ordre public », préc., p. 1120.

⁶¹⁴ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., p. 199.

⁶¹⁵ CE, Sect., 9 mai 1952, *Houillères du bassin de Lorraine*, p. 238.

renoncer à exercer un recours pour excès de pouvoir⁶¹⁷. Ainsi, « *l'acquiescement donné à une décision ne met pas fin au droit de la contester. Et le juge ne saurait en tenir compte* »⁶¹⁸. La solution est également applicable aux recours de pleine juridiction objective dans la mesure où « *ces principes, dégagés à l'occasion de recours pour excès de pouvoir tendant à obtenir l'annulation de l'acte administratif qui aurait fait l'objet de l'accord préalable du requérant, trouvent leur entière application chaque fois qu'il s'agit d'un contentieux de légalité objective* »⁶¹⁹.

Pareillement, – et contrairement à ce qui prévaut en plein contentieux subjectif⁶²⁰ – il n'est pas permis de renoncer au bénéfice de la chose jugée en matière d'excès de pouvoir⁶²¹. Fort logiquement, l'annulation « *ne saurait être méconnue, ni par le juge, ni par l'administration, qui reste tenue d'en tirer les conséquences* »⁶²². Cette solution, en accord avec le caractère *erga omnes* de l'annulation prononcée, se retrouve naturellement en plein contentieux objectif, que se soit en matière électorale⁶²³, ou encore en contentieux des établissements classés, dans lequel « *eu égard à la nature* » du contentieux et « *compte tenu des effets* » d'une annulation, la renonciation à s'en prévaloir reste sans influence⁶²⁴. Le caractère d'ordre public du contentieux de la légalité ne permet donc pas aux parties de disposer librement de leurs recours, ni de s'accommoder comme bon leur semble d'un jugement d'annulation.

Un intérêt à agir largement apprécié. Sans aller jusqu'à consacrer une *actio popularis*, répondant à la « *préoccupation d'éviter un afflux de recours* »⁶²⁵, la jurisprudence

⁶¹⁶ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 256.

⁶¹⁷ CE, 13 février 1948, *Louarn*, p. 79 ; CE, 13 octobre 1961, *Dame Weitzdorfer*, p. 564 ; CE, Ass., 19 novembre 1955, *Andréani*, p. 551 ; *DA*, 1956, p. 25, concl. P. Landron ; CE, 14 février 1968, *Bosquier*, p. 117 ; CAA Paris, 30 décembre 1996, *Boyer*, p. 1073 ; *JCP*, 1997, 22871, note V.H.

⁶¹⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 256.

⁶¹⁹ LANDRON (P.), concl. sur CE, Ass., 19 novembre 1955, *Andréani*, *RPDA*, 1956, n° 2, p. 25.

⁶²⁰ CE, 24 juin 1963, *Darcel*, p. 394.

⁶²¹ CE, Sect., 13 juillet 1967, *Ecole privée des filles de Pradelles*, p. 339 ; *AJDA*, 1969, p. 344, note O. Dupeyroux ; *D.*, 1968, p. 431, note M. Voisset ; *RDP*, 1968, p. 187, concl. M. Bernard ; CE, 2 février 1972, *Dame Minuit-Baladut de Saint-Jean*, p. 106 ; *AJDA*, 1973, p. 54 ; *RDP*, 1972, p. 1531, note M. Waline ; CE, 25 mai 1979, *Mme Toledano-Abitbol*, p. 228 ; *D.*, 1979, IR, p. 387, obs. P. Delvolvé ; *RDP*, 1979, p. 1518 ; CE, 19 décembre 1986, *Binard* ; *DA*, 1987, n° 123 ; CE, 27 septembre 1989, *Ville de Vallauris*, p. 881.

⁶²² CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 256.

⁶²³ CE, 12 mai 1978, *Elections municipales de Zonca*, p. 826 ; *RDP*, 1979, p. 312.

⁶²⁴ CAA Nantes, 29 mars 1995, *Syndicat intercommunal d'élimination des ordures ménagères du Groupement de Mer*, p. 977 ; *DA*, 1995, n° 456.

⁶²⁵ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 253.

concilie néanmoins les exigences d'un intérêt à agir avec la nature du recours pour excès de pouvoir en définissant celui-ci de « *façon très extensive* »⁶²⁶. Cette appréciation indulgente de cette condition de recevabilité « *est assurément une des grandes vertus du recours pour excès de pouvoir et une des plus sérieuses garanties dans notre Etat de Droit* »⁶²⁷. La question de la recevabilité relativement à l'intérêt à agir du requérant ne se pose en réalité qu'en recours pour excès de pouvoir et en recours objectifs de plein contentieux dans la mesure où il y a « *rarement matière à douter que celui qui réclame la reconnaissance d'un droit subjectif, dont il s'affirme titulaire, n'ait pas un intérêt donnant qualité à agir* »⁶²⁸.

Ainsi, alors que la recevabilité d'une intervention en plein contentieux suppose en principe de se prévaloir « *d'un droit auquel la décision à rendre est susceptible de préjudicier* »⁶²⁹, la solution applicable en plein contentieux objectif se rapproche de celle applicable en matière d'excès de pouvoir, à savoir « *la suffisance d'un intérêt, largement entendu* »⁶³⁰. Ainsi, en matière de contentieux électoral par exemple, il n'est pas nécessaire de justifier d'un droit lésé pour assurer la recevabilité d'une intervention⁶³¹.

A l'instar du recours objectif de pleine juridiction, le recours pour excès de pouvoir doit rester « *facile à exercer* »⁶³², dans la mesure où il « *constitue, pour les citoyens, un droit fondamental* »⁶³³ et « *parce qu'il va de l'intérêt de la légalité que le procès puisse être engagé et mené à son terme* »⁶³⁴.

L'impossibilité de conclusions reconventionnelles. Conformément à la « *nature particulière du recours pour excès de pouvoir* »⁶³⁵, il n'est pas permis à une partie de former

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit.*, p. 65.

⁶²⁸ CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 565.

⁶²⁹ CE Sect., 15 juillet 1957, *Ville de Royan*, p. 499.

⁶³⁰ CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 884.

⁶³¹ CE Sect., 7 janvier 1972, *Elections de l'UFR de lettres et sciences humaines de l'Université de Limoges*, p. 25, concl. J. Théry. A noter néanmoins, une solution (curieusement) différente en contentieux fiscal : CE, Ass., 2 juillet 1965, *Ministre des Finances*, p. 399 ; D., 1966, p. 49, concl. M. Poussière ; CE Sect., 19 février 1971, *Automobile-Club du Nord*, p. 148.

⁶³² STIRN (B.), *Le Conseil d'Etat, son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 1991, p. 70.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, *op. cit.*, p. 51.

⁶³⁵ CE, 24 novembre 1967, *Noble*, p. 443 ; D., 1968, p. 142, concl. J. Baudouin. V. également : CE Sect., 7 décembre 1979, *Delarue*, p. 847 ; *AJDA*, 1980, p. 549, note P. Landon ; CE, 25 avril 1986, *Paul* ; *DA*, 1986,

contre une autre des conclusions reconventionnelles. Cette solution est parfaitement transposable en matière de plein contentieux objectif, contentieux de la légalité des actes, dans le sens où les conclusions reconventionnelles « *n'ont pas de signification dans un litige où aucune personne n'est directement visée ; et l'intérêt de la légalité étant en jeu, on ne saurait faire peser gratuitement une menace de contre-attaque sur celle qui déclenche l'action* »⁶³⁶.

Si l'interdiction de soulever des conclusions reconventionnelles peut céder en appel, il apparaît que lorsqu'elles sont admises en matière de légalité, elles « *s'analysent moins comme une riposte aux allégations du requérant que comme une participation du défendeur à la définition de ce que doit être l'état du droit* »⁶³⁷. Quoiqu'il en soit, expressément exclues en contentieux électoral⁶³⁸, ces conclusions ne trouvent par principe pas leur place en contentieux de la légalité.

La prégnance des moyens d'ordre public. Manifestant là encore la transcendance des intérêts en présence, « *le domaine d'élection des moyens d'ordre public est bien entendu le contentieux de l'excès de pouvoir. (...) Se développant à partir de l'incompétence, les moyens d'ordre public ont pris dans le contentieux de la légalité une place de choix* »⁶³⁹. Il est alors possible, à l'instar de C. Debbasch et J.C. Ricci, d'établir un lien entre le caractère d'ordre public d'un contentieux et la fréquence des questions dont le juge peut se saisir d'office, laquelle « *varie, en effet, selon le caractère plus ou moins d'ordre public de la matière en cause* »⁶⁴⁰. L'importance des moyens d'ordre public en contentieux de la légalité atteste donc de sa nature à la fois objective et collective, ainsi que sa propension au respect de règles considérées « *comme particulièrement importantes parce qu'elles ne sont pas établies pour la protection des intérêts particuliers mais bien dans l'intérêt général* »⁶⁴¹.

n° 304 ; CE, 15 janvier 1988, *Mme Lazard-Jeanson* ; DA, 1988, n° 123 ; CE, 27 juin 2001, *CPAM de la Haute-Garonne*, p. 1149.

⁶³⁶ BAILLEUL (D.), *op. cit.*, p. 184.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 186.

⁶³⁸ CE, 9 décembre 1977, *Elections municipales de Congis-sur-Thérouanne*, p. 842 ; CE, 21 décembre 1977, *Elections municipales de Crolles*, p. 525 ; CE, Ass., 3 février 1989, *Maire de Paris*, p. 47 ; *AJDA*, 1989, p. 342.

⁶³⁹ JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », *in Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229, spéc. p. 231.

⁶⁴⁰ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif, op.cit.*, n° 621.

⁶⁴¹ KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, p. 358.

Etablis pour permettre tant au juge qu'aux parties de se départir d'un cadre procédural trop étroit pour permettre le triomphe de la légalité, les moyens d'ordre public s'avèrent un instrument procédural dérogatoire, légitimés par la nature des questions auxquelles ils se rapportent, à savoir la légalité. La définition des moyens d'ordre public, fondée sur son régime exorbitant, « *montre qu'on se trouve en présence d'une illégalité particulièrement grave à propos de laquelle le juge considère qu'elle doit être examinée en dépit des règles normales de procédure* »⁶⁴². La généralisation des moyens d'ordre public trouve dans cette définition un écho particulier puisque « *c'est presque une tautologie de dire que le maintien d'un acte atteint d'une telle illégalité troublerait l'ordre public* »⁶⁴³. Le contentieux de la légalité a pour objet la soumission de l'administration au droit, les moyens d'ordre public y jouent assurément un rôle primordial, que leur économie actuelle ne permet pas de parfaitement réaliser.

Une fois révélés les traits caractéristiques du contentieux d'ordre public que constitue le contentieux de la légalité – composé à la fois du recours pour excès de pouvoir et du plein contentieux objectif –, reste encore à remettre en perspective le constat effectué en soulignant que le « *rayonnement qu'exerce l'ordre public est parfois illusoire. L'ordre public peut-il en effet s'accommoder d'exceptions ? d'entraves à sa mise en œuvre ?* »⁶⁴⁴. Parce que c'est bien, au final, ce dont il est question lorsque des règles générales de procédure paralysent l'action du juge de la légalité.

Le caractère transcendantal du contentieux de la légalité s'exprime donc à la fois au travers de sa dimension collective indéniable et de son caractère d'ordre public démontré. En ce sens « *parce que la légalité est l'affaire de tous* »⁶⁴⁵, le constat des déficiences du contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs justifie de cesser de les ignorer en en prenant toute la mesure.

⁶⁴² AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 241.

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ DORSNER-DOLIVET (A.) et BONNEAU (T.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, chron. p. 59, spéc. , p. 64.

⁶⁴⁵ BAILLEUL (D.), *op. cit.*, p. 199.

Conclusion de la Section I. Après avoir clarifié les relations qui s'établissent entre le contentieux de la légalité et l'accomplissement de l'Etat de droit, il apparaît que ces questions touchent d'une certaine manière à « *l'honneur du droit public* »⁶⁴⁶. Le rejet de requêtes fondées par le juge de la légalité ébranle en quelque sorte dans ses fondements mêmes l'impérieux principe de légalité. Il s'agit dorénavant d'anticiper une éventuelle discordance sur les conclusions à tirer de ce constat, qui pourraient consister à admettre l'existence de telles défaillances en en minimisant excessivement la portée, compte tenu de leur faiblesse quantitative. Pourtant, nombre d'éléments justifient et légitiment, à supposer cela nécessaire, la perpétuelle recherche de perfectionnement du contrôle juridictionnel et partant, le dépassement de la posture d'inconsidération arborée.

⁶⁴⁶ DELVOLVE (J.), concl. sur CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, p. 110, *RDP*, 1951, p. 479, spéc. p. 482.

SECTION II

UNE INERTIE INJUSTIFIÉE

En contentieux de la légalité, le contrôle juridictionnel de l'administration permet une réalisation certaine de l'Etat de droit par la préservation, supposée effective, du principe de légalité. Dans ce contexte, les défaillances et imperfections du contrôle apparaissent véritablement problématiques (§1), nécessitant dès lors l'entreprise d'une démarche résolument correctrice (§2).

§1 : Des défaillances problématiques

Les défauts du contrôle juridictionnel des actes administratifs par le juge de la légalité⁶⁴⁷ engendrent la persistance difficilement acceptable d'illégalités manifestes (A), autorisant dès lors le constat d'une déficience de l'office du juge de la légalité (B).

A. La persistance difficilement acceptable d'actes administratifs illégaux

Sans pour autant être anecdotiques, les hypothèses de rejet de requêtes recevables et fondées par le juge de la légalité – faute d'une maîtrise suffisante des éléments constitutifs de l'instance – restent de réalisation relativement peu fréquente. Pour autant, en permettant la survivance des tels actes à un contrôle juridictionnel supposé les censurer, ces hypothèses provoquent une aspiration profonde à davantage de cohérence dans l'intervention du juge (1), afin d'éviter le spectre lointain du déni de justice (2).

1) Une exigence ordinaire de cohérence

Le principe de légalité se caractérise par une certaine radicalité (a), imposant une cohérence absolue, par ailleurs nécessitée par le recours au réflexe téléologique justifiant la mise en cohérence des moyens et des fins (b).

⁶⁴⁷ Cf. *supra* Partie I – Titre I – Chapitre I.

a) *La radicalité du principe de légalité*

Le « caractère intransigeant »⁶⁴⁸ du principe de légalité indique qu'il ne s'accommode que difficilement d'entraves à sa mise en œuvre. Adhérer à sa prééminence d'une part – en tant que gage d'effectivité de l'Etat de droit –, ne permet pas de se résoudre à ce que les mécanismes appelés à le garantir restent finalement en-deçà de ce qu'il est possible d'attendre en termes d'efficacité. En somme, l'on ne peut pas simplement « *s'estimer satisfait de ce qu'en France la légalité soit "en gros et en général" respectée* »⁶⁴⁹, dans la mesure notamment où la légalité « *va de pair avec une certaine propension à la perfection* »⁶⁵⁰.

Il ne faut pour autant pas nier qu'une conception absolue de la légalité peut également être « *source de dangers sournois mais réels : à vouloir être partout, elle finit par être dépassée par ses propres ambitions* »⁶⁵¹. Loin de toute providentialité, il n'en reste pas moins que le principe fondateur de légalité se satisfait mal des insuffisances des mécanismes censés le préserver. A supposer même que ce principe puisse ne pas être considéré comme parfaitement vertueux, il demeure le garant de la hiérarchie des normes et des fondements démocratiques de l'Etat, vers lequel l'on revient toujours « *comme à un fondement constitutionnel, comme à un idéal apparemment immuable* »⁶⁵².

A n'en pas douter, le « *système de la légalité est un acquis dont rien ne saurait justifier l'abandon ; il faut se garder d'en faire l'oraison funèbre* »⁶⁵³. A cet égard, les « aménagements » que peut sembler subir le principe de légalité ne doivent pas en ébranler la valeur. Qu'il s'agisse de la théorie des circonstances exceptionnelles, de l'état de siège, de l'état d'urgence ou encore de l'hypothèse des pleins pouvoirs prévue par l'article 16 de la Constitution, il n'est jamais question d'exception au principe de légalité. Au contraire, c'est

⁶⁴⁸ MACLAUHLAN (H.W.), « Le caractère intransigeant du principe de la légalité », in *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 91.

⁶⁴⁹ LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 43, spéc. p. 44.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, thèse, Paris, 1977, p. 284.

⁶⁵² MACLAUHLAN (H.W.), « Le caractère intransigeant du principe de la légalité », art. préc., p. 91.

⁶⁵³ MOOR (P.), « Introduction à la théorie de la légalité », in *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 11, spéc. p. 27.

bien parce qu'il n'est pas envisageable d'y déroger, quelles que soient les circonstances, que l'état du droit s'adapte à la conjoncture afin d'élargir et d'adapter les possibilités légales d'action, tant matérielle que juridique⁶⁵⁴. Et ce d'autant plus qu'un contrôle juridictionnel, bien que relativement restreint, reste en général possible⁶⁵⁵.

Ainsi, l'annulation juridictionnelle, en tant que technique « *d'épurement de l'ordonnement juridique au service du principe de légalité, (...) est là pour éradiquer et censurer toute illégalité commise par l'administration* »⁶⁵⁶. Or, les hypothèses d'inachèvement du contrôle juridictionnel auquel est dûment soumis l'acte par ailleurs illégal contreviennent à l'idée selon laquelle la « *soumission de l'administration au droit suppose la sanction de toutes les illégalités. (...) [L]'Etat de Droit, c'est non seulement un mécanisme mais aussi un esprit dont il importe qu'il soit préservé* »⁶⁵⁷.

b) Le recours au réflexe téléologique

Primauté des fins. Cette impression générale d'incohérence se traduit théoriquement par cette « *force de la considération des buts* »⁶⁵⁸, autrement appelée téléologie. Il convient en effet de ne jamais perdre de vue les objectifs assignés à une action, ou un mécanisme, afin de toujours garder à l'esprit ce « *rappel de la primauté des fins, simple cohérence avec la raison même de l'action* »⁶⁵⁹.

Bien évidemment, la « *cohérence de l'attachement aux fins ne va pas de soi. Il nous faut enregistrer ses défaillances, il nous faut accuser les illogismes de la paresse, de la crainte ou de l'admiration, (...) et réclamer sans cesse le retour aux fins par les actes de l'intelligence et de la volonté* »⁶⁶⁰. Et si l'adhésion à certaines fins relève d'une démarche

⁶⁵⁴ Concernant les actes de gouvernement, ceux-ci ne semblent pas véritablement déroger au principe de légalité, dans la mesure où ils sont matériellement exclus de son champ d'application du fait de leur caractère éminemment politique.

⁶⁵⁵ C'est par exemple le cas des décisions prises par le président de la République en cours d'application de l'article 16 de la Constitution : CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, p. 143 ; JCP, 1962, II, 12613, concl. Henry ; RDP, 1962, p. 294, concl. Henry ; AJDA, 1962, p. 214, chron. Galabert et Gentot ; D., 1962, p. 109, chron. G. Morange ; JCP, 1962, I, 1711, chron. Lamarque ; RDP, 1962, p. 288, note Berlia ; S., 1962, p. 147, note Bourdoncle.

⁶⁵⁶ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, p. 95.

⁶⁵⁷ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, op. cit., p. 244.

⁶⁵⁸ CHARLIER (R.E.), *L'Etat et son Droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984, p. 95.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 97.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

subjective, l'adhésion à la primauté des fins quant à elle relève davantage de la raison que de la conviction. La finalité d'un mécanisme, sa raison d'être, doit en toute logique et dans un souci de cohérence absolue, toujours primer sur d'éventuelles considérations qui pourraient entraver l'efficacité.

Subordination des moyens. Face à la logique élémentaire de la primauté des fins, la « *seule relation valable ici reste donc bien celle de la subordination des moyens* »⁶⁶¹. A ce propos, les illogismes sont de deux ordres : l'un « *consiste à oublier qu'il s'agit de moyens n'ayant de valeur que pour le service de la fin. (...) L'autre sorte d'erreur est, tout en y voyant bien des moyens, de ne pas bien savoir les construire et les adapter aux fins* »⁶⁶².

L'identification des fins et des moyens apparaît ainsi primordiale afin de déterminer quels enjeux doivent primer et quels principes doivent céder. Cette relation de supériorité s'instaure mécaniquement, sans qu'il semble possible de prôner un renversement des rapports de force rationnellement établis. Assurément, le « *grand contresens serait de soumettre les fins que l'on se propose aux moyens dont on dispose* »⁶⁶³. En l'occurrence, ce n'est pas au principe de légalité de s'adapter aux exigences du contrôle juridictionnel, mais bien l'inverse. Et si les fins « *s'imposent, ne démordons pas d'elles, et cherchons seulement les procédés par lesquels nous nous en rapprocherons le plus* »⁶⁶⁴.

L'annulation juridictionnelle au service de l'Etat de droit. Le contrôle juridictionnel de l'administration par le juge de la légalité est tout entier créé, pensé et organisé pour soumettre l'administration au droit et ainsi garantir le principe de légalité. En matière de contentieux de la légalité, la finalité du contrôle juridictionnel est donc bien d'imposer aux autorités administratives les exigences de l'Etat de droit, à savoir le respect de la hiérarchie des normes. De ce fait, pour « *l'Etat et son Droit, l'inconséquence majeure serait de perdre de vue la primauté des fins* »⁶⁶⁵.

Plus précisément, et plus concrètement, la finalité du contrôle juridictionnel doit pouvoir l'emporter sur les modalités de ce contrôle, à savoir les modalités d'annulation des

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 98.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 167.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 98.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 99.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 95.

actes administratifs illégaux. Il est fort possible de considérer que l'office du juge de la légalité n'est pas au premier titre de trancher un litige, au sens classique du terme, mais bien d'examiner la légalité d'une décision administrative pour au besoin l'annuler, voire la réformer⁶⁶⁶.

Pour autant, il ne s'agit pas de dogmatiser le principe de la primauté des fins, en y sacrifiant le bien-fondé de l'ensemble de l'encadrement normatif du contrôle juridictionnel. Il ne faut simplement pas céder à « *l'oubli de la logique de l'action* »⁶⁶⁷, et garder présent à l'esprit que le « *contrôle juridictionnel de la validité de la décision administrative n'est que l'un des aspects, quoique le plus connu, de la place éminente des fins dans la vie étatico-juridique* »⁶⁶⁸.

Tout en préservant la mesure du propos, qu'il soit permis de considérer que par « *chacune des inadmissibles tares, déficiences et carences de notre justice à tous ces points de vue nous avons trahi la logique et à travers elle les fins supérieures communes* »⁶⁶⁹. Et ce dans la mesure où, lorsque le juge de la légalité est contraint de rejeter une requête en annulation fondée, faute de pouvoir soulever d'office un moyen ou des conclusions, il est manifeste que le respect des règles procédurales encadrant l'exercice du contrôle juridictionnel – les moyens – l'emporte pour le moins curieusement sur le respect du principe de légalité – la fin.

Non seulement la persistance d'illégalités, dans les hypothèses envisagées, marque un certain manque de cohérence dans l'organisation du contrôle juridictionnel, mais encore, l'inaboutissement de recours pourtant fondés appelle une référence – prudente – au « *spectre du déni de justice* »⁶⁷⁰.

2) Le spectre du déni de justice

Notion. L'expression « déni de justice » renvoie de prime abord à cette hypothèse bien particulière de saisine du tribunal des conflits lorsqu'il existe une contrariété au fond de deux

⁶⁶⁶ Cf. *infra* Partie I – Titre II – Chapitre I.

⁶⁶⁷ CHARLIER (R.E), *L'Etat et son Droit, leur logique et leurs inconséquences*, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 96.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 236.

⁶⁷⁰ LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », art. préc., p. 50.

décisions juridictionnelles définitives rendues par chacun des deux ordres, judiciaire et administratif. Dans une même approche restrictive, bien que moins centrée sur la notion d'incompétence, peut être « *qualifié de déni de justice le seul refus de statuer* »⁶⁷¹, définition se rapprochant alors de la « *conception du droit privé où le déni de justice résulte d'un refus d'examen du juge* »⁶⁷².

Néanmoins, il est en l'occurrence fait davantage au déni de justice dans son sens moins technique et plus général correspondant à un certain « *manquement au devoir de justice* »⁶⁷³, lequel trouve un certain écho lorsque le juge n'a d'autre choix que de rejeter une requête qu'il sait fondée. Selon L. Favoreu, qui a eu à proposer une définition provisoire dans le cadre de ses recherches, le déni de justice « *s'entend de l'impossibilité pour le plaideur d'obtenir confrontation, par un juge, de sa situation aux règles de droit applicables, à la suite d'une défaillance dans l'organisation ou le fonctionnement de l'appareil juridictionnel* »⁶⁷⁴. Le déni de justice ne saurait alors s'analyser en un inachèvement du contrôle effectué, mais en une impossibilité d'exercice de ce contrôle.

Pour autant, la définition finalement proposée par L. Favoreu envisage des hypothèses comparables à celles d'une défectuosité du contrôle juridictionnel de la légalité des actes. Il suggère en effet de distinguer le déni de justice organique – né de l'absence de juridiction compétente pour connaître des actes des organes investis du pouvoir législatif, ou de l'absence de juridiction compétente pour connaître de certains actes de l'exécutif –, du déni de justice de fonctionnement – engendré par un mauvais aménagement du recours le paralysant ou le rendant inefficace, ou par une absence de recours.

Dès lors, le déni de justice peut alors être appréhendé comme une défaillance « *accidentelle* »⁶⁷⁵ du système juridictionnel, une « *défaillance s'analysant non en une méconnaissance par le juge de sa mission mais en un manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu* »⁶⁷⁶. L'idée d'une défaillance accidentelle est une manière intéressante d'aborder le déni de justice sous un angle à la fois plus pragmatique et

⁶⁷¹ FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 11.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 527.

⁶⁷³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, entrée « déni de justice ».

⁶⁷⁴ FAVOREU (L.), *op. cit.*, p. 27.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 559.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

plus précis. Lorsque le juge de la légalité rejette une requête fondée, il méconnaît la finalité même de sa mission en laissant subsister à son contrôle un acte administratif illégal. Que cette défaillance ponctuelle ne puisse être qualifiée à proprement parler de déni de justice au sens où L. Favoreu l'entend ne l'en rapproche pas moins d'une conception moins théorique. Manifestement, le déni de justice est « *dû à une imperfection du système juridictionnel* »⁶⁷⁷, alors même qu'il puisse conséquemment être perçu comme « *un manquement de l'Etat à ses obligations* »⁶⁷⁸, lequel est en principe chargé d'assurer le bon fonctionnement du système juridictionnel.

Au-delà des hypothèses où l'accès au prétoire est tout bonnement refusé au justiciable, « *il est d'autres formes, plus subtiles et moins voyantes du déni de justice, qui sont tout aussi choquantes que les précédentes, et finalement plus irritantes car bien plus fréquentes* »⁶⁷⁹. Tel est le cas « *à chaque fois que le justiciable a l'impression de lutter en vain contre plus fort que lui* »⁶⁸⁰, le juge de la légalité apparaissant en effet bien mieux armé pour rejeter les requêtes en annulation que pour les accueillir⁶⁸¹.

Analogie. N'est-ce pas manifestement le cas lorsque le procès administratif s'achève sur une « *illégalité triomphante* »⁶⁸² ? Le rejet d'une requête recevable et fondée, s'il peut ne pas être considéré comme une forme traditionnelle de déni de justice, permet tout du moins l'analogie en ce qu'il témoigne de l'existence de « *zones d'ombre dans lesquelles le juge reste en retrait* »⁶⁸³. C'est bien parce que le juge se retrouve dans l'impossibilité de tirer les conséquences d'un constat d'illégalité qu'une certaine idée de la justice a été déniée au requérant. C'est ce « *ce résultat qui compte, car dès l'instant que justice a été déniée au plaideur par le juge, peu importe la façon dont elle a été déniée* »⁶⁸⁴. En l'occurrence, « *certaines règles consacrées en droit positif font obstacle à son contrôle : le juge ne peut pas juger parce qu'on ne lui en a pas donné les moyens* »⁶⁸⁵ ; et en contentieux de la légalité.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 549.

⁶⁷⁹ LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », art. préc., p. 50.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ *Cf. infra* Partie I – Titre II – Chapitre II.

⁶⁸² RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, t. 2, p. 813, spéc. p. 832.

⁶⁸³ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, *op. cit.*, p. 240.

⁶⁸⁴ FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 29.

Relativisation. Il convient d'insister sur la dimension analogique du rapprochement proposé entre déni de justice et rejet de requêtes fondées qui ne doit pas consister en une assimilation caricaturale. S'il est permis d'aborder la notion de déni de justice lorsque le juge de la légalité se trouve dans l'impossibilité procédurale d'annuler un acte administratif vicié, il faut également reconnaître que la « *vertu du système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif est un dogme qui ne compte guère d'hérétiques, tout au moins déclarés. Ce serait péché de l'ébranler pour le plaisir ; en pareille matière, d'ailleurs, on peut faire confiance à l'opinion : si les Français étaient livrés sans défense à une tyrannie bureaucratique, leurs réactions ne se limiteraient pas à cette mauvaise humeur latente, mais finalement acceptante, qui est l'état d'esprit normal de tout administré à l'égard de toute administration* »⁶⁸⁶.

Il ne s'agit alors pas de dénier les vertus de la justice administrative française ; tout au contraire, c'est parce qu'elle confine à l'irréprochable qu'il est permis de défendre une certaine idée du perfectionnisme. Il ne s'agit pas davantage de manquer de lucidité en refusant de « *se résigner à accepter, entre sollen et sein, un décalage permanent (...) [car il] n'en pourrait être autrement que dans un royaume d'Utopie, ou les auteurs et les sujets de la Loi communieraient dans la même sagesse, ou dans une société de robots soigneusement programmés* »⁶⁸⁷.

Mais il ne doit pas davantage s'agir de renoncer à ce « *sentiment amer que le bon droit peut être foulé aux pieds sans qu'il y ait moyen d'y remédier* »⁶⁸⁸. Ainsi, non seulement la persistance d'actes administratifs illégaux est résolument problématique en ce qu'elle témoigne de l'inachèvement de l'organisation du contrôle juridictionnel de la légalité, mais encore elle autorise un renouvellement des critiques adressées à la justice administrative en ce qu'elle manifeste la permanence de certaines déficiences de l'office du juge de la légalité.

⁶⁸⁶ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », art. préc., p. 813.

⁶⁸⁷ RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 675, spéc. p. 685.

⁶⁸⁸ IHERING (R.), *Le combat pour le droit*, Durand et Pedone-Lauriel, 1875, p. 51.

B. Le bien-fondé de critiques renouvelées

Alors que les critiques adressées à la justice administrative puissent faire l'objet d'un certain renouvellement du fait de la persistance d'hypothèses problématiques (1), certaines justifications d'un besoin de perfectionnement manifestent également toute leur permanence (2).

1) Des critiques renouvelées

Le dépassement des reproches traditionnels. Si les critiques adressées à la justice administrative relatives à l'inaboutissement d'un recours en annulation fondé peuvent de prime abord paraître secondaires, du fait de leur faiblesse quantitative notamment, elles apparaissent paradoxalement justifiées par le perfectionnement continu dont cette même justice a su faire preuve.

L'époque est assurément révolue où les reproches relatifs au fonctionnement de la juridiction administrative revêtaient une envergure structurelle. Plus personne aujourd'hui ne songe à remettre fondamentalement en cause l'efficacité ou l'exécution des décisions du juge de la légalité. Qu'il s'agisse de l'octroi d'un pouvoir d'injonction⁶⁸⁹, ou encore de la mise en place des procédures de référés que l'on connaît⁶⁹⁰, l'office du juge administratif, et du juge de l'excès de pouvoir plus particulièrement, apparaît passablement abouti quant à ses facultés d'intervention rapide et à son potentiel décisionnel. Les imperfections du contrôle juridictionnel liées à « *l'absence de tout caractère suspensif, la nature et les suites de la décision d'annulation* »⁶⁹¹ apparaissent aujourd'hui globalement résolues. Qu'il soit alors permis de quitter la sphère structurelle afin de s'intéresser davantage aux travers moins directement perceptibles et pour autant tout aussi substantiels.

⁶⁸⁹ 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.

⁶⁹⁰ 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.

⁶⁹¹ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », art. préc., p. 825.

De la même manière, les insuffisances du contrôle juridictionnel liées aux actes sur lesquels il porte – ou plus précisément ne porte pas – se révèlent relativement obsolètes de par la réduction substantielle de la catégorie des mesures d'ordre intérieur et autres actes de gouvernement. Pour autant, les raisonnements demeurent transposables puisqu'il reste vrai qu'en s'interdisant de soulever d'office moyens et conclusions afin de faire aboutir un recours en annulation, le juge limite également le champ d'application de son contrôle.

D'aucuns considéreront que les défaillances dont il est question, à savoir les annulations procéduralement impossibles devant le juge de la légalité, relèvent en réalité davantage de l'ordre du détail, et ne méritent en conséquence pas l'attention qui leur est portée. Outre le fait que selon l'expression bien connue « le diable est dans les détails », il s'agit en réalité ni plus ni moins que d'aider « *l'Etat de droit à se corriger et à s'améliorer sans cesse, à effacer les zones d'arbitraire ou de non-droit qui subsistent en lui* »⁶⁹². Mais pour cela, encore faut-il que l'Etat « *éprouve lui-même ce besoin, accepte cette offre de concours, admette la libre critique* »⁶⁹³.

Un nécessaire retour aux sources. Sans chercher à entrer dans un débat sans fin sur la priorité qu'il faudrait accorder à telle ou telle évolution, en termes de nécessité et de prévalence, il ne semble pas dénué de tout sens – tant pratique que théorique – de continuer de s'interroger sur l'accomplissement de son office par le juge. L'exécution facilitée de la chose jugée grâce au pouvoir d'injonction, ou encore la suspension favorisée de l'exécution d'une décision douteuse quant à sa légalité, participent manifestement de cet accomplissement. Néanmoins, le rôle du juge de la légalité n'est-il pas, avant toute autre chose, d'annuler une décision – soumise à son contrôle – qu'il sait illégale ? L'équation première, allégée de toute autre considération, n'est-elle pas qu'au « *terme du procès, si le juge est convaincu de l'illégalité de la décision administrative, il l'annule* »⁶⁹⁴ ?

Quoiqu'on en dise, il arrive que « *l'administration viole la loi : c'est, si l'on ose dire, dans l'ordre des choses* »⁶⁹⁵. Le perfectionnement du contrôle juridictionnel accompli par le

⁶⁹² COSTA (J.P.), « Un couple mal connu, science administrative et Etat de droit », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 121, spéc. p. 126.

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », art. préc., p. 827.

⁶⁹⁵ LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », art. préc., p. 44.

juge de la légalité est donc d'autant plus indispensable que toute « *force tend à son accroissement indéfini. Un gouvernement, même républicain, a donc une propulsion presque invincible vers l'exercice immodéré de son pouvoir* »⁶⁹⁶. Et c'est bien parce que des actes administratifs illégaux voient sans cesse le jour que le juge de la légalité doit pouvoir exercer pleinement sa prérogative première, celle de les annuler. Sinon, à quoi bon assurer l'exécution d'une annulation, ou permettre la suspension de l'exécution d'une décision illégale, si le juge de la légalité est par ailleurs dans l'impossibilité de tirer la conséquence évidente d'un constat d'illégalité ?

Des critiques circonscrites. Il reste curieux qu'au « *moment de hasarder quelques remarques critiques sur le recours pour excès de pouvoir, on éprouve un certain malaise* »⁶⁹⁷, alors que les meilleures intentions animent généralement les démarches réprobatrices. Les imperfections et faiblesses de la justice administrative dont il est question de se saisir ne touchent en rien au fonctionnement général et globalement satisfaisant de celle-ci. Il n'est d'ailleurs pas question de « *nier tout ce qui a été fait par le juge administratif en faveur de l'administré et qui est incontestable, mais de constater que, pour des raisons d'ailleurs diverses, il subsiste des éléments sur lesquels il n'a pas prise et cela, de par sa propre volonté* »⁶⁹⁸.

Cette « *allure de blasphème* »⁶⁹⁹ que pourrait revêtir les reproches adressés aux choix jurisprudentiels opérés par le Conseil d'Etat doit être supplantée par la réalité de la démarche qui n'est autre que d'éviter à tout prix l'établissement de cette « *quiétude démobilisatrice* »⁷⁰⁰, source d'immobilisme. N'est-ce pas au contraire rendre hommage à la justice administrative que de croire farouchement en son perpétuel perfectionnement ? Il faut dès lors bien reconnaître que sa « *mission historique achevée, le recours pour excès de pouvoir doit*

⁶⁹⁶ LEGER (R.), « L'intérêt social et les droits individuels », *Revue Politique et Parlementaire*, 1905, t. 43, p. 499, spéc. p. 500, cité par BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, p. 66.

⁶⁹⁷ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », art. préc., p. 824.

⁶⁹⁸ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, op. cit., p. 240.

⁶⁹⁹ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », art. préc., p. 824.

⁷⁰⁰ LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », art. préc., p. 55.

s'adapter aux nouvelles exigences de la conscience juridique moderne, au souci notamment d'une plus grande effectivité de la protection juridictionnelle »⁷⁰¹.

2) Des justifications permanentes

L'échec d'un parcours malaisé. Le rejet d'une requête fondée se traduit au final par l'inaboutissement d'un parcours souvent laborieux, rendant sans doute moins acceptable encore sa survenance. La prise en compte du requérant lui-même, au-delà des enjeux propres à la nature même du contentieux de la légalité, justifie également de ne pas céder à la résignation qui tiendrait à reléguer au rang de détail les hypothèses dont s'agit. Le simple constat de la défaillance du contrôle juridictionnel n'est en effet possible, très concrètement, que par l'intervention d'un requérant car avant toute autre chose, pour « *que le juge statue, il faut que la victime de l'acte illicite le saisisse* »⁷⁰².

Si le requérant peut être considéré comme le déclencheur d'une action dont l'envergure le dépassera par la suite, il n'est pour autant pas question d'ignorer totalement son existence et ses aspirations. Certes, il ne cerne certainement pas la nature du rejet dont il est le destinataire, à savoir un rejet illogique au regard de l'illégalité avérée de l'acte. Pour autant, l'ignorance de la situation ne saurait en justifier la persistance. La simple saisine du juge administratif, avec ce qu'elle suppose d'efforts et de détermination de la part d'un requérant inexpérimenté, mérite une certaine considération. D'autant que n'est-ce pas, au final, trahir la volonté du requérant que de lui opposer un rejet sous prétexte de préserver sa maîtrise de l'instance ? N'y a-t-il pas quelque finauserie à arguer de la liberté des parties lorsque, pour la très grande majorité d'entre elles, elles évoluent dans un univers qui leur est totalement inconnu, ou bien pâtissent de l'inefficacité de leur conseil ?

Il ne fait aucun doute que « *le monde où l'on plaide constitue, pour le commun des mortels, un autre monde qui a sa langue, ses rites, son rythme, dans lequel on ne peut se conduire soi-même, et au seuil duquel on hésite longuement* »⁷⁰³. L'opiniâtreté nécessaire au

⁷⁰¹ BRISSON (J.F.), *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, 2004, p. 3.

⁷⁰² RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457, spéc. p. 461.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 462.

dépassement de cette hésitation compréhensible devrait permettre, au-delà même du principe de légalité, de récompenser de succès la contestation bien fondée d'une décision illégale.

Ainsi, nul « *ne reprocherait à une lampe de ne pas éclairer, si le contact n'a pas été mis. Pourtant, si l'installation électrique est faite de telle sorte que le bouton soit hors de la portée d'un individu de taille moyenne, on concèdera qu'il y a quelque chose à y reprendre* »⁷⁰⁴. Dans les hypothèses en question, le contact a été mis, le juge a été valablement saisi. Mais s'il faut se satisfaire de l'exercice du recours – en ce qu'il témoigne d'une certaine accessibilité de la justice administrative – l'on ne saurait néanmoins s'en contenter. Si la contestabilité des décisions administratives s'est effectivement renforcée au fil du temps, il reste permis de se demander combien « *de recours sont ainsi étouffés par la crainte et ne voient pas le jour ?* »⁷⁰⁵.

Dès lors, l'existence d'un recours, sur lequel un requérant fondait légitimement des espoirs de succès, n'autorise pas seulement le constat de l'accès effectif de la justice administrative, mais également celui du défaut d'effectivité du contrôle, d'autant plus troublant que le recours reste rare et son bien-fondé plus encore.

L'affaiblissement de l'effet dissuasif de la sanction. L'annulation d'une décision administrative par le juge de la légalité, outre le succès du recours qu'elle signifie pour le requérant, s'adresse également à l'administration elle-même. Ce message à l'endroit du pouvoir décisionnel exprime à la fois la sanction du dépassement des limites autorisées et par là même leur tangibilité. L'annulation contentieuse concrétise l'encadrement du pouvoir réglementaire par le principe de légalité en rendant visible les conséquences d'une transgression. L'instrument « *principal de cette nécessaire mise en conformité du sein avec le sollen, du réel avec la norme, c'est la sanction organisée qui vient frapper celui qui s'est affranchi de la règle* »⁷⁰⁶.

L'existence de la sanction, représentée en l'occurrence par le pouvoir d'annulation du juge de la légalité, joue un rôle éminemment répressif. Pourtant, la « *contribution la plus efficace que la sanction puisse apporter à la mise en conformité du réel avec la règle ne tient*

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 463.

⁷⁰⁶ RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », art. préc., p. 675.

pas moins à son prononcé qu'à sa seule existence et à son effet dissuasif»⁷⁰⁷. Il ne fait effectivement aucun doute que l'existence même de la sanction présente un effet dissuasif efficace. D'où l'importance, en termes d'effectivité du principe de légalité et de son respect, de l'existence d'un juge de la légalité performant, voire redoutable. Car si une « *sanction n'est dissuasive que si elle est connue ; elle ne l'est, d'autre part, que si elle est crédible, c'est-à-dire si elle a des chances sérieuses d'intervenir* »⁷⁰⁸.

Concrètement, rendre plus probable le prononcé d'une annulation au terme de la saisine du juge de la légalité renforcera les précautions prises par l'administration dans l'édition de ses actes, amenuisant encore les hypothèses d'entorses à la légalité. Car c'est « *le même mécanisme qui joue, de façon voilée mais réelle, dans le contentieux de l'excès de pouvoir* »⁷⁰⁹, dans la mesure où la « *Crainte du contentieux et de la sanction qui s'y attache pourra produire un effet dissuasif qui sauvegardera la légalité* »⁷¹⁰.

Il ne faut alors pas négliger cette « *force dissuasive de la crainte d'une annulation sur recours pour excès de pouvoir* »⁷¹¹ qui bénéficie nécessairement au principe de légalité et, partant, à l'Etat de droit. L'objectif, au final, n'est pas de rendre les annulations contentieuses plus nombreuses – en ce qu'elles doivent constituer l'ultime recours –, mais bien au contraire de les raréfier, à juste titre. En définitive, l'effet préventif suppose « *que l'on puisse croire à la menace* »⁷¹². L'efficacité du contrôle juridictionnel importe donc tant du point de vue du requérant que de celui de l'administration, et l'opportunité des critiques renouvelées atteste d'une recherche de perfectionnement fondamentalement justifiée.

§2 : Une préhension essentielle

Le rejet de requêtes recevables et fondées par un juge de la légalité conscient de l'illégalité qui entache l'acte dont l'annulation est sollicitée constitue une défectuosité jusqu'alors négligée, du fait de son caractère à la fois confidentiel et marginal. Pourtant, une

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 676.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 681.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 678.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 679.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 683.

⁷¹² RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », art. préc., p. 459.

résignation de principe paraît difficilement envisageable (A) et impose dès lors une recherche réaliste de résolution (B).

A. Une résignation inenvisageable

L'inachèvement du contrôle juridictionnel des actes administratifs par le juge de la légalité génère, au-delà même des aspirations à davantage de rationalité, un prégnant sentiment de responsabilité (1), doublé d'une obligation matérialisée (2), qui suppose un véritable « *acte de foi dans le droit* »⁷¹³.

1) L'invocation d'un devoir moral

Combattre pour le droit. Le chercheur, ou le magistrat, peut être animé par une conviction, un « *sentiment qui domine tous les autres, c'est la passion de la légalité (...). La France aspire moins à une règle parfaite qu'à une règle fixe, bien connue, bien observée* »⁷¹⁴. A n'en pas douter, la « *force du droit repose dans le sentiment comme celle de l'amour, et la raison ne peut remplacer le sentiment quand il fait défaut* »⁷¹⁵. C'est le motif pour lequel il a pu apparaître si délicat de convaincre du bien-fondé des recherches entreprises, alors qu'il pourrait suffire de faire appel au « *sentiment du droit abandonné par le pouvoir qui devait le protéger* »⁷¹⁶.

L'argumentaire rationnel a pu apparaître redondant, voire inutile, tant il peut être difficile de convaincre de ce qui semble relever de l'évidence. Convaincre qu'il est nécessaire de combattre pour le droit, en ne se résignant pas à accepter les brèches dans le règne du droit, n'est-ce pas au final, chercher à se convaincre de sa qualité de juriste ? Aucun argument, aucune logique, aucune démonstration ne pourra jamais pallier le scepticisme ou l'incrédulité de ceux qui ne partagent pas cette croyance profonde dans le droit. Et c'est bien cette intime conviction qui pousse à dépasser le cadre établi pour repousser inexorablement les limites de l'arbitraire et de l'illégal.

⁷¹³ LOCHAK (D.), « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p.387, spéc. p. 392.

⁷¹⁴ CHAMPION (E.), *Esprit de la Révolution française*, Paris, 1887, p. 86, cité par VELLEZ (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, thèse, Paris, 1988, p. 107.

⁷¹⁵ IHERING (R.), *Le combat pour le droit*, Durand et Pedone-Lauriel, 1875, p. 25.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 38.

Cette « confiance placée dans le droit n'est pas seulement d'ordre rationnel ; elle relève d'un jeu de croyances plus profondes : au-delà de son contenu concret et de sa portée pratique, la norme juridique est nimbée d'un halo mystique, investie de cette dimension sacrée que l'on trouve déjà dans la conception rousseauiste de la loi »⁷¹⁷. C'est bien à cette dimension sacrée qu'il est finalement fait appel pour parachever le plaidoyer. Pourquoi chercher à dépasser la faiblesse quantitative des hypothèses de rejets de requêtes fondées, lorsque la persistance d'une seule illégalité devrait suffire à mobiliser la réflexion ?

En définitive, quand « l'arbitraire et l'illégalité osent lever effrontément et impudemment la tête, on peut toujours reconnaître à ce signe, que ceux qui étaient appelés à défendre la loi n'ont pas rempli leur devoir »⁷¹⁸. Assurément c'est bien d'un devoir dont il est question, devoir dont l'existence ne saurait dépendre d'un calcul arithmétique, ou d'un certain bilan coûts-avantages. Il ne s'agit pas – encore – de justifier ou de défendre les solutions qui seront ultérieurement proposées, mais plus simplement de légitimer leur élaboration. Peu importe à ce stade que les propositions envisagées apparaissent peu solides, ou peu réalistes. Il suffit d'accepter d'y porter une certaine attention et de consentir à contribuer « pour sa part à cette grande œuvre, car tout homme a la charge et le devoir de briser quand elle se dresse, la tête de cette hydre, qu'on appelle l'arbitraire et l'illégalité »⁷¹⁹.

Dépasser le fatalisme. Si le « combat est le travail éternel du droit »⁷²⁰, l'on ne peut « plus aujourd'hui se contenter de pures satisfactions intellectuelles. Il faut considérer la réalité et en tirer les conclusions »⁷²¹. La réalité est constituée par l'existence de rejets de requêtes en annulation fondées et donc la persistance d'illégalités, faute pour le juge de la légalité de pouvoir soulever d'office des moyens ou des conclusions.

Dans cette mesure, faut-il alors avouer « l'impuissance du Droit à régir les relations entre l'Etat et le citoyen, entre l'administration et les administrés ? C'est à quoi le juriste ne

⁷¹⁷ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1999, p. 59.

⁷¹⁸ IHERING (R.), *Le combat pour le droit*, *op. cit.*, p. 29.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁷²¹ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, *op. cit.*, p. 337.

saurait se résoudre, sous peine de n'être plus juriste »⁷²². Tout en gardant le sens de la mesure, il ne faut jamais négliger le fait que le « *glaive sans la balance est la force brutale, la balance sans le glaive est le droit dans son impuissance* »⁷²³. Or, la puissance du droit nécessite de remettre perpétuellement l'ouvrage sur le métier, sans se laisser envahir par « *ce prétendu "bon sens", démobilisateur* »⁷²⁴.

Chercher à parfaire le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs, en le délestant de ces incohérences, peut ne pas apparaître aussi évident, voire aussi indispensable à tout à chacun. Et pourtant, se satisfaire d'une situation pour le moins paradoxale peut témoigner « *d'une incapacité à aller jusqu'au fond de l'exigence logique, d'un manque de foi dans les possibilités de l'intelligence et de la volonté* »⁷²⁵.

Sans encore envisager la faisabilité ou même l'admissibilité des solutions envisagées, il s'agit seulement de reconnaître la nécessité de se saisir pleinement de ces défauts du contrôle juridictionnel opéré par le juge de la légalité. A supposer même qu'aucune solution ne soit envisageable, cela ne devrait en rien remettre en cause l'existence même du problème. Car la pertinence d'une question ne dépend pas directement des réponses, ou de l'absence de réponse, qui peuvent lui être apportées. Qui plus est, des solutions existent et admettre que « *le temps des audaces créatrices est révolu, ce serait condamner à la stagnation, et finalement à la mort, un instrument juridique dont les virtualités sont loin d'être épuisées* »⁷²⁶.

2) L'existence d'une obligation matérialisée

Une obligation d'agir. Les déficiences soulignées de l'office du juge de la légalité génèrent, au-delà de leur simple constat, un authentique sentiment de responsabilité, une certaine obligation d'action. Que « *le droit administratif représente un rempart contre l'arbitraire, cela n'est guère douteux ; mais l'évidence du constat ne saurait conduire à*

⁷²² JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris, 1976, p. 214.

⁷²³ IHERING (R.), *Le combat pour le droit*, op. cit., p. 2.

⁷²⁴ CHARLIER (R.E.), *L'Etat et son Droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984, p. 100.

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 167.

⁷²⁶ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », art. préc., p. 830.

minimiser ou dissimuler les fissures, et parfois même les brèches, par lesquelles l'arbitraire se réintroduit subrepticement dans le fonctionnement de l'administration »⁷²⁷.

Il faut dès lors se garder de s'arrêter à la mise en lumière des insuffisances de l'office du juge de la légalité lorsqu'il n'a d'autre choix que de rejeter une requête fondée, pour tenter de comprendre, d'expliquer, voire de résoudre de telles difficultés. Ce serait en effet « *trahir l'inspiration profonde du principe de la soumission de l'administration au Droit et au juge que d'enregistrer passivement les déficiences qu'on vient de signaler ; d'autant plus que le redressement est, tout à la fois, possible, et plus nécessaire que jamais* »⁷²⁸.

Pour toutes ces raisons, il apparaît nécessaire de permettre au juge de la légalité d'exercer pleinement son pouvoir premier et essentiel, celui de prononcer l'annulation d'actes administratifs illégaux. Bien entendu, cela implique « *des réformes qu'il faut soigneusement situer au préalable, et surtout limiter, car on doit, en la matière, se garder de croire au miracle* »⁷²⁹. Ce devoir de réalisme et de pragmatisme demeure en permanence au cœur de la réflexion afin de ne jamais dissocier la théorie de la pratique contentieuse.

Un ancrage imposé dans la réalité. Après avoir rattaché le contentieux de la légalité à la théorie de l'Etat de droit, il ne va plus s'agir dorénavant que de chercher à ancrer encore davantage qu'il ne l'est actuellement le principe de légalité dans la réalité contentieuse. Dans cette perspective, tout « *ce qui affaiblit le recours pour excès de pouvoir a des répercussions sur notre système de légalité et doit donc entrer en ligne de compte dans notre recherche* »⁷³⁰. Il s'agit de questions de la « *plus haute portée, puisqu'il ne s'agit de rien de moins que du maintien du principe de légalité* »⁷³¹, celui-là même qui « *constitue la garantie essentielle des citoyens et de la cité* »⁷³².

⁷²⁷ LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », art. préc., p. 44.

⁷²⁸ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », art. préc., p. 834.

⁷²⁹ FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, op. cit., p. 404.

⁷³⁰ Ibid., p. 229.

⁷³¹ DELVOLLE (J.), concl. sur CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, p. 110, RDP, 1951, p. 479, spéc. p. 479.

⁷³² Ibid., 484.

Manifestement, la « *pratique de la légalité doit évoluer avec le temps. Cependant, le principe doit rester fidèle à ses valeurs fondamentales* »⁷³³. L'ancrage renforcé du principe de légalité dans la réalité contentieuse ne laisse donc guère de place à un quelconque sentiment de résignation, tant ce renoncement serait contraire aux exigences de l'Etat de droit, qui est « *en réalité une construction permanente plutôt qu'une réalité statique* »⁷³⁴. L'effectivité du droit passe – en partie certes, mais incontestablement – par l'annulation d'actes administratifs illégaux par le juge de la légalité. C'est pourquoi s'impose avec vigueur la recherche pragmatique d'un perfectionnement contentieux effectif.

B. Un impératif de pragmatisme

Un légitime souci de pragmatisme conduit à considérer les difficultés soulignées sous l'angle de leur éventuelle résolution, afin d'en envisager concrètement la réalisation dans la pratique contentieuse **(2)**. Une telle démarche nécessite donc de commencer par esquisser l'origine des défaillances de l'office du juge de la légalité, à savoir une distorsion structurelle de l'instance **(1)**.

1) Un défaut de réalisme

Une coïncidence impérative. A une fin théoriquement identifiée doivent correspondre des moyens concrètement mis en œuvre. Il ne pourrait en aller « *autrement que si, d'une fin conçue comme hautement souhaitable, il apparaissait que dans l'ordre du réel, (...) elle est complètement et absolument impossible à faire passer dans les faits* »⁷³⁵. Et cet ancrage impératif dans la réalité passe essentiellement par la voie contentieuse. En effet, la hiérarchie des normes « *ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée* »⁷³⁶. Or, la « *garantie offerte au justiciable par le recours juridictionnel contre l'action administrative illégale comporte une large part de fiction* »⁷³⁷, qui pourrait laisser croire – toute proportion

⁷³³ MACLAUCHLAN (H.W.), « Le caractère intransigeant du principe de la légalité », in *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 91, spéc. p. 106.

⁷³⁴ COSTA (J.P.), « Un couple mal connu, science administrative et Etat de droit », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 121, spéc. p. 126.

⁷³⁵ CHARLIER (R.E), *L'Etat et son Droit, leur logique et leurs inconséquences*, op. cit., p. 99.

⁷³⁶ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, op. cit., p. 128.

⁷³⁷ JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, op. cit., p. 214.

gardée malgré tout – que « *le recours universellement admiré, la plus merveilleuse création des juristes, le glaive étincelant vanté par Gaston Jèze ne serait qu'un sabre de bois* »⁷³⁸.

Néanmoins, des considérations quoique moins impétueuses permettent d'admettre la réalité de cette « part de fiction » dans le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs. Il serait difficile de nier que le rejet d'une requête en annulation manifestement fondée ne décrédibilise pas d'une certaine manière l'office du juge de la légalité. Sans aller jusqu'à considérer que le « *Conseil d'Etat pratique une justice théorique* »⁷³⁹, de l'effectivité pratique du contentieux de la légalité dépend en réalité la force théorique des concepts qu'il se propose de défendre. La distorsion entre la théorie de l'Etat de droit et la pratique contentieuse du contrôle de la légalité des actes doit donc motiver un effort de mise en concordance.

Une concrétisation défailante. En lui-même, le principe de légalité « *n'est donc pas suffisant, encore faut-il que l'administré ait à sa disposition des procédures juridiques destinées à garantir de le respect de ses droits* »⁷⁴⁰. C'est donc bien en considération de failles dans la mise en œuvre concrète du contentieux de la légalité que l'office du juge de l'annulation doit être examiné. Cette recherche de pragmatisme se comprend d'autant mieux que le « *plus logique et le plus sérieux moyen d'atteindre un régime véritablement démocratique (...) consiste à éliminer concrètement tous les obstacles, toutes les entorses, défauts et lacunes qui contrecarrent l'avènement de l'Etat de droit* »⁷⁴¹.

Il ne s'agit donc pas d'envisager théoriquement une correspondance des fins et des moyens qui composent et justifient le contentieux de la légalité, mais bien de parachever la soumission de l'administration au droit, qui « *ne peut être considérée comme effective que si toute victime de ses actes illégaux peut véritablement en obtenir justice et rentrer dans ses droits* »⁷⁴².

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ MARION (A.), « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 21, spéc. p. 33.

⁷⁴⁰ GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 25.

⁷⁴¹ GOYARD (C.), « Etat de droit et démocratie », in *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 299, spéc. p. 300.

⁷⁴² FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, *op. cit.*, p. 228.

2) Une distorsion structurelle de l'instance

Plus concrètement encore, le défaut de réalisme qui entache partiellement le contentieux de la légalité se manifeste par la distorsion qui existe entre la dimension éminemment collective de l'instance et la maîtrise qu'exercent les parties sur la délimitation de celle-ci. Il faut en effet bien reconnaître qu'à l'heure actuelle, « *le recours pour excès de pouvoir ne consiste pas à statuer sur la légalité d'une décision mais à statuer sur le bien-fondé d'un certain nombre de moyens* »⁷⁴³.

Le contentieux de la légalité ne devrait pas laisser « *place à une telle liberté des parties. Le juge, saisi de la question de la légalité ou de l'illégalité d'un acte devrait, quelles que soient les conclusions de celles-ci, pouvoir examiner la situation juridique dans toute son ampleur. Or, il n'en est rien* »⁷⁴⁴. Alors qu'en toute logique, « *amené à rendre une décision qui s'imposera à tous* »⁷⁴⁵, ne devrait-il pas « *privilégier le caractère absolu de la décision à rendre sur le caractère relatif de l'instance qui y conduit* »⁷⁴⁶ ?

Les hypothèses de rejets de requêtes en annulation fondées apparaissent éminemment problématiques, tant en termes d'effectivité du principe de légalité, qu'en termes de cohérence de l'instance. C'est de cette distorsion que naissent les difficultés et les travers qu'il importe de dénoncer, afin que s'en révèle l'intérêt scientifique, tant théorique que pratique. Car peut-être « *ne faudrait-il pas oublier que l'instance n'est pas dans sa totalité la chose des parties* »⁷⁴⁷. Dans cette perspective, il ne paraît « *plus tolérable que l'issue d'un procès administratif soit exclusivement fonction de la plus ou moins grande habileté du requérant ou de son conseil* »⁷⁴⁸. En contentieux de la légalité, la maîtrise des parties sur le cadre de l'instance « *conduit en définitive à laisser subsister une décision illégale au seul prétexte que*

⁷⁴³ WOEHLING (J.M.), « Le juge administratif, futur administrateur ? » (Débat), in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle* (colloque du quarantième anniversaire des tribunaux administratifs), PUF, 1995, p. 274.

⁷⁴⁴ DEBBASCH (C.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Contribution à l'étude de l'instance*, LGDJ, 1962, p. 35.

⁷⁴⁵ BERTRAND (F.G.), *La règle "non ultra petita" dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1974, p. 53.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 489.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 496.

certaines de ses dispositions légales n'ont pas été visées par la requête »⁷⁴⁹, ou que le moyen ordinaire propre à fonder l'annulation n'a pas été explicitement soulevé.

Il s'agit alors de pleinement se saisir des déficiences du contrôle opéré par le juge de la légalité, car c'est bien « *l'insuffisance de ce contrôle, en raison des limites des pouvoirs du juge, qui apparaît comme un obstacle décisif à la mise en œuvre de la primauté du droit* »⁷⁵⁰. Une fois encore, il ne suffit pas « *de proclamer dans la constitution l'existence de limites imposées aux gouvernants, encore faut-il assurer le respect de cette proclamation par des moyens qui soient à la fois efficaces et conformes à l'ordre juridique et social* »⁷⁵¹. Assurément, ces moyens existent et leur mise en œuvre concrète est parfaitement envisageable, ce qui justifie d'autant plus l'attention portée et les efforts déployés.

Une résolution concrètement envisageable. Afin de déjouer d'éventuels reproches de recherches utopiques ou de croyances miraculeuses, qui rendraient *a priori* vaine toute réflexion, il convient d'esquisser les orientations de résolutions envisageables, tout en gardant à l'esprit cet impératif de pragmatisme, gage de crédibilité. Si les déficiences du contrôle opéré par le juge de la légalité sur les actes administratifs proviennent de la trop grande maîtrise des parties sur le cadre de l'instance – ou de son insuffisante maîtrise par le juge –, il est bien évident que c'est dans cette voie qu'il convient de s'engager, en procédant autant que faire se peut à un rééquilibrage des forces en présence.

Pour le juge de la légalité, juger « *au-delà de ce qui est discuté devant lui apparaîtra souvent comme le seul remède à l'injustice car le juste ne peut être laissé à l'arbitraire des plaideurs* »⁷⁵². En effet, comment justifier que ce soit le choix des parties – délibéré ou non d'ailleurs – qui autorise la persistance d'un acte administratif vicié, alors même qu'il ne fait aucun doute que « *pérenniser l'illégalité jette un plus grand trouble dans un Etat de droit que la reconnaissance d'ailleurs incertaine d'une maîtrise des parties sur une matière contentieuse qui n'est pas à leur libre disposition* »⁷⁵³.

⁷⁴⁹ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., p. 182.

⁷⁵⁰ WHOERLING (J.M.), « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », *RFAP*, 1983, n° 25, p. 134, spéc. p. 139.

⁷⁵¹ REDOR (M.J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica, 1992, p. 185.

⁷⁵² BERTRAND (F.G.), *La règle "non ultra petita" dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 13.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 383.

Les parties au litige ne sont pas les seules concernées par l'issue du procès qu'elles ont provoqué, car la légalité – ou plus précisément l'illégalité – d'une décision concerne la collectivité toute entière, ainsi que le démontre l'effet *erga omnes* accordé aux annulations contentieuses. Il ne paraît donc pas cohérent que le juge ne puisse, au nom d'intérêts supérieurs, dépasser le cadre de l'instance initialement fixé, plus efficacement et plus complètement que cela ne lui est déjà permis.

A n'en pas douter, cette libération du juge de la légalité vis-à-vis du cadre de l'instance, qui lui est en grande partie imposé par les parties, passera par l'exploitation des potentialités offertes par la notion d'ordre public, comprise comme le fondement de « *l'exécution autonome des pouvoirs du juge administratif* »⁷⁵⁴. La mesure du rôle du juge de la légalité doit être prise et les virtualités de son office optimisées.

Conclusion de la Section II et du Chapitre II. Les défaillances du contentieux de la légalité aboutissent à la persistance d'actes administratifs manifestement illégaux qui ne saurait être ignorée, ni même concédée. Le rejet d'une requête en annulation recevable et fondée par un juge lucide quant à l'illégalité de l'acte dont il est saisi constitue une défectuosité assurément problématique en ce qu'elle ébranle les fondements mêmes de l'Etat de droit. Il apparaît donc impératif de se saisir de ces déficiences qui manifestent une inadéquation des pouvoirs du juge de la légalité à ses pouvoirs, du fait d'une distorsion structurelle de l'instance.

Le recours pour excès de pouvoir, et plus généralement le contentieux de la légalité, présentent des enjeux qui dépassent les intérêts en présence dans le litige qu'il est question de trancher. Le juge de la légalité est investi d'une mission qui peut être qualifiée d'ordre public en ce qu'il lui revient de garantir, de manière concrète et réaliste, la soumission de l'administration au droit, la structuration hiérarchique de notre organisation juridique.

⁷⁵⁴ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, 2 décembre 2009, n° 240.

Il dispose à cette fin d'un pouvoir de censure lui permettant en principe de faire disparaître rétroactivement de l'ordonnancement juridique les actes administratifs illégaux, c'est-à-dire méconnaissant une ou plusieurs normes d'un rang plus élevé. Le fait qu'il soit, dans certaines hypothèses certes limitées mais non moins essentielles, dans l'impossibilité d'exercer un tel pouvoir, faute de pouvoir se saisir de certaines conclusions ou de certains moyens, atteste de l'incomplétude de son office.

Conclusion du Titre I. Le juge administratif de la légalité ne peut statuer *ultra petita*, c'est-à-dire modifier l'objet de la demande, ni statuer d'office sur des moyens, à l'exception à la fois circonscrite et conditionnée des moyens d'ordre public. Du fait de cette absence de maîtrise des éléments objectifs constitutifs de l'instance, il ne peut procéder à l'annulation – totale – d'actes administratifs illégaux dont il est pourtant régulièrement saisi. Or, le juge de la légalité a pour mission de garantir par l'exercice de son contrôle juridictionnel le respect du principe de légalité, fondement de l'Etat de droit. Le rejet de requêtes en annulation recevables et fondées constituent donc une défectuosité avérée du contrôle opéré et de sa mission juridictionnelle.

Le caractère à la fois confidentiel et relativement peu fréquent de telles hypothèses explique probablement qu'elles n'aient jamais été abordées de manière globale à l'aune d'une perception conceptualisée de l'office du juge de la légalité. Elles témoignent pourtant d'un inaboutissement de l'évolution de cet office, dont l'éminente finalité justifie une appréhension à la fois résolue et pragmatique. Elles révèlent également, par leur mise en perspective, à la fois la singularité de la fonction juridictionnelle du juge administratif de la légalité, mais également l'ignorance de ces particularismes, à l'origine des défectuosités observées.

TITRE II

UNE FONCTION JURIDICTIONNELLE DÉVOYÉE

Le juge administratif de la légalité exerce une fonction juridictionnelle à la fois complexe et singulière. Chargé de trancher les litiges qui opposent les justiciables à l'administration, il doit également à cette occasion épurer l'ordonnement juridique des actes administratifs illégaux et par suite garantir le respect du principe de légalité. Ce double aspect de sa mission juridictionnelle marque toute la particularité de son office et son caractère unique.

La dissymétrie de l'office du juge de la légalité, dont témoigne le rejet de requêtes en annulation recevables et fondées, trouve son origine dans la méconnaissance des singularités de la fonction juridictionnelle qui lui incombe (**Chapitre I**). Encadré par des principes classiques de procédure, tels que la règle *non ultra petita* et le principe dispositif, le procès administratif de la légalité reste fondamentalement déséquilibré, malgré l'évolution et l'enrichissement remarquables des pouvoirs dont dispose aujourd'hui le juge administratif de la légalité (**Chapitre II**).

- *Chapitre I. Une singularité ignorée*
- *Chapitre II. Une instance déséquilibrée*

CHAPITRE I

UNE SINGULARITÉ IGNORÉE

Le juge administratif chargé d'examiner la légalité des décisions administratives n'est pas un juge comme les autres. La mission dont il est investi est unique et ne se retrouve généralement pas chez ses homologues (**Section I**). Sa fonction juridictionnelle est complexe en ce qu'elle ne consiste pas exclusivement à trancher un litige mais également à contrôler la légalité d'un acte. Or, cette fonction de contrôle caractéristique est ignorée en ce que l'office du juge de la légalité reste encadré par des principes classiques, adaptés à l'encadrement de litiges ordinaires, mais impropres à la conduite d'une instance dont l'objet est également de garantir l'Etat de droit (**Section II**).

- *Section I. L'altérité du juge de la légalité*

- *Section II. Une identité fonctionnelle complexe*

SECTION I

L'ALTÉRITÉ DU JUGE DE LA LÉGALITÉ

Le juge administratif, et le juge de la légalité tout particulièrement, se distingue indéniablement, notamment par la nature des litiges qu'il doit trancher, du juge « de droit commun », entendu comme étant le juge judiciaire, et notamment le juge civil (§1). Toutefois, les spécificités de la fonction juridictionnelle du juge de la légalité le distinguent tout autant de son homologue administratif, le juge du plein contentieux subjectif, tout en le rapprochant finalement davantage des juges pénal et constitutionnel (§2).

§1 : La dissemblance de l'office du juge civil

Les traits caractéristiques de l'office du juge civil sont ceux qui, le plus clairement, laissent apparaître les divergences profondes qui l'opposent au juge de la légalité, en termes de nature des litiges et de dimension des contentieux (A). Si l'évolution des deux régimes procéduraux permet de déceler un rapprochement des offices à certains égards, il n'en reste pas moins qu'il ne saurait être question d'une assimilation de fonctions juridictionnelles fondamentalement distinctes quant à leur finalité (B).

A. Un arbitrage entre intérêts particuliers

La différence de nature des litiges dont sont amenés à connaître le juge civil et le juge administratif de la légalité (1) explique assurément la singularité – toutefois inaboutie – des régimes procéduraux régissant l'exercice de leurs offices respectifs (2).

1) Des litiges d'ordre privé

Juge administratif et juge judiciaire. Avant toute chose, il convient de rappeler une certaine évidence, à savoir l'existence et la pérennité, aujourd'hui en France, d'un dualisme juridictionnel. Certes, il s'agit d'offrir au juge judiciaire – et non pas uniquement civil – et au juge administratif – et non pas uniquement de l'excès de pouvoir – un ordre juridictionnel propre et adapté aux spécificités de chacune de leurs fonctions juridictionnelles. Les

justifications historiques de ce dualisme ont semble-t-il en effet été supplantées par des considérations plus contemporaines relatives notamment à la nature des litiges dont il est question devant chaque ordre.

Le dualisme juridictionnel permet, entre autres choses, de répondre aux exigences de l'office particulier du juge administratif, lequel a pour « *mission de rechercher l'équilibre idéal entre la liberté des administrés et les nécessités de l'ordre public au sens le plus large* »⁷⁵⁵. Les spécificités de la fonction du juge administratif sont en grande partie liées au fait que « *dans la pratique, dès que deux natures de droit coexistent, on trouve pour les appliquer des ordres juridictionnels spécialisés* »⁷⁵⁶.

Le bien-fondé ou la pérennité de ce dualisme juridictionnel n'est pas ici en question mais il ne saurait aujourd'hui se réduire à un héritage historique, et sa permanence tend à démontrer l'existence de différences intrinsèques entre l'office du juge de droit commun, et le juge administratif. Et ce sont bien ces différences, exacerbées lorsqu'il s'agit de s'intéresser plus particulièrement au juge de l'excès de pouvoir et au juge civil, qui nécessitent un meilleur ajustement des régimes procéduraux de chaque ordre.

Le système juridique français « *repose sur la distinction du droit public et du droit privé : or, cette distinction correspond aux réalités et constitue une vérité fondamentale. L'Etat, en effet, n'est pas assimilable à une personne privée, et ses rapports avec les citoyens ne doivent pas être réglés comme les rapports des citoyens entr'eux* »⁷⁵⁷. Le dualisme juridique, et partant juridictionnel, témoigne de la diversité des missions juridictionnelles qui peuvent incomber à un juge, de par le droit qu'il applique et donc, la nature des litiges qu'il tranche.

Juge civil et juge de la légalité. Alors que juge administratif et juge judiciaire se distinguent déjà nettement du fait de leur appartenance à deux ordres juridictionnels, cette distinction est d'autant plus évidente entre le juge de la légalité et le juge civil, « *étant donné que le domaine de l'administration n'a rien de commun avec la tâche classique du juge qui*

⁷⁵⁵ CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, p. 28.

⁷⁵⁶ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, p. 35.

⁷⁵⁷ ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926, p. 329.

est de régler les rapports entre particuliers »⁷⁵⁸. Loin de constituer une banalité, ou une évidence, la distinction de ces offices est en réalité essentielle, et c'est certainement parce qu'elle n'est pas complètement intégrée dans le régime procédural de l'excès de pouvoir que le juge de la légalité reste prisonnier de l'argumentation des parties, à l'instar de son homologue judiciaire.

Ce qui « *différencie le contentieux civil du contentieux administratif est que les actions en justice du premier sont très essentiellement individualistes alors que celles du second ont, pour une part très significative, été imaginées et développées afin d'assurer la protection prioritaire des intérêts de la collectivité* »⁷⁵⁹. L'objectif de l'institution d'un recours ne coïncide pas nécessairement parfaitement avec l'objectif de la mise en œuvre du recours par un particulier. S'il faut bien admettre que les recours adressés au juge de la légalité ont pour objet principal la défense d'intérêts particuliers, ces recours transcendent néanmoins largement le cadre subjectif du lien d'instance ainsi créé.

Bien que l'opposition entre « *procédure civile et contentieux administratif ne se rédui[se] pas au fait que le droit judiciaire privé soit pétri d'intérêts privés alors que le contentieux administratif baignerait dans une logique d'intérêt général* »⁷⁶⁰, il s'agit d'insister sur ce qui pourrait à certains égards passer pour une évidence, à savoir que juge de la légalité et juge civil ne sont en rien comparables lorsqu'il est question de la nature des litiges dont ils ont à connaître.

Ainsi, le « *procès civil oppose deux parties privées à propos de règles de droit dont elles sont les destinataires. Ce n'est donc pas la protection des intérêts de la société qui se trouve principalement mise en jeu par le procès civil, mais celle des intérêts des particuliers* »⁷⁶¹. Et l'inverse est tout aussi vrai : ce n'est pas la protection des intérêts des particuliers, au sens d'intérêts subjectifs, qui se trouve principalement mise en jeu par le procès administratif en légalité, mais celle des intérêts de la société. S'il n'est pas question, une fois encore, de poser un regard naïf sur les motivations des requérants qui s'adressent à la

⁷⁵⁸ GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 26.

⁷⁵⁹ MELLERAY (F.), « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 277, spéc. p. 289.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Monchrestien, 2006, n° 246.

juridiction administrative, celles-ci ne constituent néanmoins pas un obstacle au rôle de gardiens de la légalité qu'ils sont amenés à jouer parfois malgré eux.

La « *procédure civile ne connaît que des actions individualistes ou presque (...) alors que le contentieux administratif connaît de nombreuses actions holistes* »⁷⁶² : tel est le constat suscité par la physionomie des différentes procédures. Le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux objectif présentent incontestablement des enjeux qui dépassent l'intérêt des parties en présence, qu'elles en aient conscience ou non.

Il convient pour s'en convaincre dépasser le stade de la première analyse, ou de la première impression, laquelle ne résiste justement pas à l'analyse. Un requérant qui conteste un permis de construire ou demande la remise gracieuse de sa dette au titre du revenu de solidarité active ne le fait, en règle générale, pas pour servir le bien commun. Et pourtant, il participe activement à la mise en œuvre concrète du principe de légalité, qui n'a pas pour objet, mais seulement éventuellement pour effet la protection de droits subjectifs. Son objet est de garantir l'efficacité de la hiérarchie des normes, et partant de l'Etat de droit⁷⁶³. Que la mise en œuvre d'un tel contrôle au niveau juridictionnel aboutisse finalement à servir les intérêts individuels des justiciables ne saurait justifier la dénégation de sa dimension collective, objective. C'est cette différence de nature profonde entre les offices du juge civil et du juge de la légalité qui justifie le dualisme procédural que l'on connaît. Car si l'existence de deux droits peut devoir exiger la persistance de deux ordres juridictionnels, elle justifie à n'en pas douter l'existence de deux régimes procéduraux distincts.

Reconnaître la différence de nature des litiges opposant l'administration au particulier des litiges opposant les particuliers entre eux, c'est admettre la nature différente des offices des juges amenés à les trancher. Et la manifestation concrète de cette dissemblance se retrouve fort logiquement dans les régimes procéduraux de chacun de ces recours, qui doivent eux-mêmes répondre aux exigences particulières de chacune de ces voies de droit.

⁷⁶² MELLERAY (F.), *loc. cit.*

⁷⁶³ Cf. *supra* Partie I – Titre I – Chapitre II.

2) Un régime procédural différencié

Deux juges, deux procédures. A la lumière des développements précédents, il est désormais permis d'établir un lien entre la nature du litige dont le juge connaît et les pouvoirs dont il dispose pour le trancher. En d'autres termes, la nature de son office doit justifier le régime procédural qui l'encadre, tant il est vrai qu'à « *[c]hacun son métier, et chacun ses outils* »⁷⁶⁴.

Ainsi, la « *précellence de la tâche de trancher des litiges* »⁷⁶⁵ qui existe en procédure civile « *limite nécessairement le rôle du juge puisqu'il est dépendant de l'existence d'un conflit, de la présence de personnes évoquant leurs intérêts respectifs et qu'il ne peut alors que prétendre les résoudre* »⁷⁶⁶. Ce constat contribue à mettre en exergue le lien qui existe entre le rôle qui incombe au juge dans l'instance et le régime procédural plus ou moins « permissif » à son égard.

Si le juge civil a pour rôle essentiel de trancher des litiges d'ordre privé entre particuliers, l'on peut alors estimer – mais dans une certaine mesure seulement – que ce juge « *est au seul service des parties, par opposition à ce que l'on connaît dans le procès pénal ou administratif* »⁷⁶⁷. Le juge civil peut être considéré comme « *l'organe du service public mis à la disposition des particuliers pour leur permettre de faire trancher leurs différends* »⁷⁶⁸. Il ne peut donc s'emparer du litige dont il est saisi pour le modeler, conformément à ce que le droit pourrait exiger.

Ainsi, c'est cet aspect du dualisme juridictionnel, à savoir le dualisme procédural qui, intrinsèquement lié à la nature des litiges, reste indissoluble. Autrement dit, la nature des litiges fait obstacle « *à une assimilation complète dans la marche à suivre pour arriver au jugement. D'un côté en effet il n'y a en jeu que des intérêts privés, tandis que de l'autre l'intérêt public est toujours plus ou moins engagé* »⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, op. cit., p. 28.

⁷⁶⁵ FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463, spéc. p. 473.

⁷⁶⁶ *Ibid.* p. 472.

⁷⁶⁷ HERON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, p. 216.

⁷⁶⁸ *Ibid.* p. 215.

⁷⁶⁹ ROYERE (L.), *Parallèle entre la procédure des actions administratives et la procédure judiciaire*, thèse, Paris, 1901, p. 4.

De ce fait, et par contraste, la procédure administrative contentieuse est « *réellement soumise à des principes particuliers et n'est pas une reproduction plus ou moins banale des principes généraux de la procédure civile* »⁷⁷⁰. Elle fait écho, du fait même de son existence, à la spécificité de la mission du juge administratif qui « *est parvenu à contrôler, par des procédés originaux, lentement élaborés et avec une efficacité toujours plus grande, l'activité administrative* » et qui « *constitue maintenant tant par son existence que par le droit autonome qu'il a dégagé une garantie juridique irremplaçable pour les administrés* »⁷⁷¹.

Juge civil et juge de la légalité offrent donc « *deux visions de l'office du juge* »⁷⁷². Il y a bien deux offices distincts dès lors qu'il paraît difficilement envisageable d'assimiler le fait d'arbitrer entre deux prétentions d'ordre strictement privé, et la mission qui consiste à contrôler la conformité des actes de l'administration au droit. A ces deux missions distinctes, correspondent deux procédures distinctes, qui s'articulent notamment autour du rôle conféré au juge quant à la maîtrise qu'il exerce sur le cadre de l'instance et les prétentions des parties.

Schématiquement, lorsque seuls des intérêts privés sont en jeu, le juge est davantage limité dans ses initiatives que lorsque la légalité objective est soumise à son contrôle⁷⁷³. Ainsi, pour « *les classiques, c'est le caractère privé des intérêts en jeu qui justifie les limites ainsi imposées à l'activité du juge* »⁷⁷⁴. L'existence de deux procédures distinctes témoignant de deux offices distincts, le juge de la légalité se démarque assurément de son homologue judiciaire. S'ils n'ont pas les mêmes missions, si les intérêts dont ils connaissent ne sont pas les mêmes, les limites de leurs offices devraient également varier en fonction de ces éléments essentiels de l'instance. Or, bien que la procédure administrative contentieuse et la procédure civile se distinguent nettement par certains aspects, la première ne s'affranchit pas suffisamment des principes fondamentaux hérités de la seconde.

Le rapprochement des procédures. Il ne serait toutefois pas honnête de s'abstenir d'aborder le rapprochement des deux procédures, et partant, d'une certaine manière, des offices des juges civil et administratif de la légalité. Si le caractère accusatoire de la procédure peut exprimer une certaine passivité du juge civil face aux intérêts en présence, il faudrait

⁷⁷⁰ *Ibid.* p. 77.

⁷⁷¹ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁷² HERON (J.) et LE BARS (T.), *op. cit.*, p. 216.

⁷⁷³ *Cf. infra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

⁷⁷⁴ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, LGDJ, 1965, n° 42.

alors en déduire que le caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse démontrerait le rôle intrinsèquement actif incombant au juge administratif. Toutefois, « *si l'on devait à toute force se référer à ces notions, il faudrait, de toute façon, dire que la procédure civile actuelle est hybride, mi-accusatoire, mi-inquisitoire* »⁷⁷⁵.

En effet, tant en ce qui concerne le déroulement de l'instance que la détermination de la matière litigieuse, le juge civil n'est pas aussi passif que ce qu'il a pu l'être par le passé. Les procédures ont aujourd'hui tendance à se rapprocher dans le sens d'un juge maîtrisant davantage les éléments de l'instance et sa conduite. L'opposition des caractères accusatoire et inquisitoire de la procédure ne paraît alors plus refléter la réalité des choses, tant la procédure civile s'est sophistiquée quant au rôle qu'elle concède au magistrat, à la fois arbitre d'un litige d'ordre privé et garant d'un certain impératif de justice.

Cette atténuation du caractère accusatoire de la procédure civile⁷⁷⁶ ne doit pas être perçue comme une assimilation des offices, mais davantage comme une meilleure prise en compte du rôle du juge, quel qu'il soit, dans la résolution d'un litige. Si, à l'évidence, le juge de la légalité connaît de considérations d'ordre public justifiant un plus grand interventionnisme de sa part, ces mêmes considérations ne sauraient être totalement étrangères au procès civil, manifestation de la justice régaliennne. En effet, s'il « *n'est pas entièrement inquisiteur, le juge civil est devenu interventionniste* »⁷⁷⁷ et la procédure civile connaît aujourd'hui un caractère « *accusatoire mâtiné d'inquisitoire* »⁷⁷⁸.

Toutefois, si un socle commun à l'ensemble des juges, quel que soit l'ordre considéré, doit être reconnu, sa manifestation par le rapprochement relatif des procédures ne doit pas occulter les divergences fondamentales qui colorent malgré tout les offices des juge civil et administratif de la légalité. A titre d'exemple, si l'époque « *est révolue où l'on s'en remettait à la seule initiative de la partie la plus diligente (...) [à] la différence du juge administratif, le juge judiciaire ne peut, d'office, enjoindre aux parties ou aux tiers de produire les pièces*

⁷⁷⁵ HERON (J.) et LE BARS (T.), *op. cit.*, p. 209.

⁷⁷⁶ Evolution qui résulte très largement de l'adoption du nouveau code de procédure civile entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976, remplaçant le code de 1806 ; v. pour une étude publiciste de cette évolution, CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11.

⁷⁷⁷ MORAND-DEVILLER (J.), « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Economica, 1991, p. 183, spéc. p. 184.

⁷⁷⁸ *Ibid.*

qu'ils détiennent »⁷⁷⁹. En définitive, « *s'agissant de contentieux privés, les parties ont à jouer un rôle important (...) mais, sans que l'on puisse dire qu'il est à tous égards le maître du procès, le juge ne doit pas actuellement être présenté comme l'être passif (ou relativement passif) qu'il a longtemps été* »⁷⁸⁰. Ainsi, le rôle du juge civil évolue, le caractère accusatoire de la procédure s'atténue, au profit d'une plus grande maîtrise de l'instance.

A cet égard, il est possible de rechercher dans le rapprochement des offices à la fois des clés de compréhension mais aussi et surtout, une source d'inspiration, jetant un éclairage tout particulier sur l'approche théorique de l'office du juge de la légalité.

B. Un rapprochement relatif des offices

Alors qu'il s'agit, afin de justifier la dérogation proposée aux principes classiques de procédure, de souligner l'altérité de l'office du juge de la légalité, et notamment sa dissemblance fondamentale avec celui du juge civil, certains éléments de convergence doivent néanmoins être évoqués. Leur existence ne témoigne pas d'une perspective d'assimilation, car des identités propres persistent incontestablement **(2)**, mais de l'existence d'un socle commun évident lié à la mission partagée de dire le droit **(1)**.

1) L'existence d'un socle commun

Malgré la différence fondamentale des missions juridictionnelles qui incombent au juge civil et au juge administratif de la légalité, l'évolution de l'office du premier va dans le sens de celui prôné pour le second, à savoir une plus grande maîtrise. Cette évolution semble être commune à l'ensemble « des » fonctions juridictionnelles, et témoigne de ce que le juge ne peut et ne doit jamais se satisfaire d'un rôle d'arbitre passif.

Cette nécessité est évidemment plus prégnante en contentieux de la légalité qu'elle ne l'est en contentieux civil, mais la progression de ce dernier sur ce terrain sera également l'occasion d'illustrer la faisabilité sur le plan théorique des solutions envisagées pour tenter de résoudre la question de la survie des actes administratifs manifestement illégaux au contrôle du juge administratif.

⁷⁷⁹ NORMAND (J.), « Office du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 925, spéc. p. 933.

⁷⁸⁰ COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 16^{ème} éd., 2011, p. 275.

Un juge civil recentré. La question d'un rapprochement des offices ne se résume pas aux rares exceptions où les missions des juges civil et de la légalité pourraient avoir tendance à se confondre. Si le recours pour excès de pouvoir « *n'a pas véritablement d'équivalent en droit privé (...) il existe quelques recours civils qui y ressemblent (recours contre les décisions des copropriétés, des assemblées générales d'actionnaires), car comme lui, ils permettent de censurer des décisions unilatérales d'institutions. Ce n'est peut-être pas un hasard si leur régime procédural (délais notamment) n'est pas sans ressemblance avec celui du recours pour excès de pouvoir* »⁷⁸¹.

Alors que de tels rapprochements témoignent du lien indéniable qui existe entre « le fond et la forme », il s'agit ici d'une approche plus globale, au terme de laquelle le juge civil, dans toute son essence, connaît une évolution le recentrant sur sa mission première, celle de dire le droit, qu'il partage incontestablement avec son homologue administratif.

En effet, si le juge civil peut être amené exceptionnellement à connaître de demandes d'annulation d'actes juridiques, par la voie des actions en nullité notamment, « *ces demandes n'ont pas une organisation contentieuse autonome ; elles sont présentées sous la forme d'actions dirigées contre une partie adverse à l'occasion desquelles des demandes pécuniaires peuvent être jointes* »⁷⁸². Il n'est donc jamais véritablement question pour le juge civil de connaître d'une action dirigée contre un acte. Malgré ce, il recourt à des techniques d'instruction plus inquisitoires qu'accusatoires et dispose d'instruments, tels que les moyens de pur droit⁷⁸³, de nature à faire prévaloir la règle de droit sur la volonté des parties. Il s'agit d'une évolution qui permet de mettre en évidence que, quelle que soit la mission du juge, la fonction juridictionnelle par elle-même commande un certain interventionnisme de ses principaux acteurs.

De la mission de juger. Finalement, tribunaux judiciaires et juridictions administratives « *ont une finalité commune : trancher les litiges entre parties opposées* »⁷⁸⁴. Raison pour laquelle de nombreux principes sont partagés et que l'on retrouve à y bien chercher des traits communs entre des offices *a priori* étrangers l'un à l'autre. Pour autant, il

⁷⁸¹ ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, n° 222.15.

⁷⁸² GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 2001, t. 1, p. 454.

⁷⁸³ Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre II.

⁷⁸⁴ DUPUIS (J.), « La pratique de la justice au regard du dualisme juridictionnel », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Economica, 1991, p. 115, spéc. p. 121.

ne faudrait pas conférer à l'existence de ce socle commun les attributs d'un vecteur d'assimilation. C'est pourquoi, si « *les deux ordres de juridiction ont adopté des structures quasi-parallèles* »⁷⁸⁵, la nature des litiges justifie pourtant la persistance des dualismes juridique, juridictionnel et procédural ainsi que l'adaptation subtile de principes aux fondements néanmoins partagés du fait d'une mission commune de juger. Mais juger les litiges entre particuliers et juger les actes de l'administration ont deux objets bien distincts correspondant à deux missions juridictionnelles distinctes sans pour autant être exclusives l'une de l'autre.

Il s'agit alors de « *prendre conscience de la part active qui revient au juge dans la recherche commune d'une solution qui consiste à trancher des conflits d'intérêts privés, mais à laquelle, nous ne pouvons que le répéter, l'idéal de Justice ne saurait demeurer étranger* »⁷⁸⁶. Alors que le juge de la légalité n'a pas pour unique mission d'arbitrer les intérêts en présence, il est également possible d'admettre sans difficulté que si « *l'on dit que le procès civil est "la chose des parties", cette formule ne peut s'entendre que réserve faite du respect dû à la valeur de justice comme telle (...). Or, c'est le juge qui est responsable de la valeur de justice* »⁷⁸⁷.

C'est donc bien au juge, responsable de la « valeur de justice », de s'assurer que les termes du débat, par la maîtrise qu'il peut en avoir, permettent d'accéder à une solution conforme à de telles exigences. A cette fin donc, les « *procédures contentieuses évoluent à la recherche d'un équilibre entre les pouvoirs du juge et ceux des parties* »⁷⁸⁸. La recherche commune de cet équilibre, qui peut aboutir ponctuellement à des points de convergence, n'est malgré tout pas de nature à confondre les offices de ces juges foncièrement inassimilables.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron., p. 235, spéc. n° 37.

⁷⁸⁷ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*, 1966, I, 1996, n° 4.

⁷⁸⁸ MORAND-DEVILLER (J.), « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », art. préc., p. 184.

2) La persistance d'identités propres

Malgré des similitudes avec la procédure civile et certains rapprochements envisageables du fait de fondements communs, la « *nature des procès portés devant le juge administratif, la considération de l'inégalité des parties, provoquent l'originalité des principes de la procédure administrative contentieuse* »⁷⁸⁹. Bien que le juge administratif soit « *désormais un juge, éventuellement administrateur, bien plus qu'un administrateur-juge (...)* ses fonctions demeurent différentes de celles du juge civil et c'est en cela que l'on peut affirmer la persistance de cette originalité substantielle »⁷⁹⁰.

En effet, la « *mission du juge n'est pas, en matière civile, de protéger la société mais seulement de départager deux individus qui s'opposent sur un terrain purement privé* »⁷⁹¹, et c'est en cela que sa mission diffère substantiellement de celle qui incombe au juge administratif. Car ce n'est pas « *la protection des intérêts de la société qui se trouve principalement mise en jeu par le procès civil, mais celle des intérêts des particuliers* »⁷⁹².

D'une certaine manière, bien qu'il soit toujours question, lorsqu'il s'agit de rendre la justice et de dire le droit, de protéger les intérêts de la société, ce constat ne saurait occulter les spécificités propres à chacun des contentieux qui mettent en jeu de manière plus ou moins prégnante une dimension objective. En d'autres termes, d'un « *type de procédure à l'autre, les caractéristiques des litiges sont différentes, l'enjeu du procès varie* »⁷⁹³.

L'autonomie de la procédure administrative contentieuse. L'autonomie de la procédure administrative contentieuse explique que, s'agissant des principes directeurs du procès, nombre « *d'entre eux (...)* soulignent l'originalité du contentieux administratif »⁷⁹⁴. Il ne doit pas être question de trancher les litiges entre particuliers suivant la même procédure que celle applicable aux litiges dans lesquels il est toujours plus ou moins directement question de puissance publique.

⁷⁸⁹ DEBBASCH (C.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Contribution à l'étude de l'instance*, LGDJ, 1961, p. 42.

⁷⁹⁰ MELLERAY (F.), « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », art. préc., p. 288.

⁷⁹¹ EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Rouen, 1994, p. 7.

⁷⁹² HERON (J.) et LE BARS (T.), *op. cit.*, p. 208.

⁷⁹³ NORMAND (J.), « Procédure », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1053, spéc. p. 1056.

⁷⁹⁴ NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1038, spéc. p. 1045.

Dès l'origine, la mission du juge administratif a nécessité une adaptation du régime procédural traditionnel, ne serait-ce que par le contrôle exercé sur le déroulement de l'instance du fait du caractère inquisitoire de la procédure. A terme donc, les principes généraux qui régissent généralement les procédures juridictionnelles pourront être adaptés car la procédure administrative contentieuse doit répondre aux exigences singulières du contentieux administratif, de la légalité encore plus particulièrement. Sans chercher à savoir ce qu'il faut entendre aujourd'hui lorsqu'il est question de l'indépendance de la procédure administrative contentieuse, son existence témoigne de son caractère intrinsèquement lié à la nature des litiges, tant du point de vue des parties présentes, que de la nature des questions posées au juge.

La procédure administrative contentieuse est autonome vis-à-vis du droit judiciaire privé, c'est-à-dire qu'elle a « *son génie propre et se développe d'une façon indépendante* »⁷⁹⁵. En ce sens, la procédure civile ne saurait trouver à s'appliquer en matière de justice administrative, « *fût-ce à titre supplétif* »⁷⁹⁶. Alors qu'une autre solution, textuelle ou jurisprudentielle, aurait pu être imaginée du fait de l'antériorité et du caractère codifié de la procédure civile, le principe demeure que « *le caractère administratif d'une juridiction provoque le rejet des règles de procédure civile* »⁷⁹⁷. Tel est le sens du principe d'autonomie de la procédure administrative contentieuse : la qualité de juridiction administrative implique que « *par suite, les règles du Code de procédure civile ne sont pas, par elles-mêmes, applicables* »⁷⁹⁸.

Ni opposition, ni indifférence. Bien entendu, s'agissant d'un principe, il ne saurait être exempt d'exceptions, ne serait-ce que parce qu'il serait « *irréal* »⁷⁹⁹ de nier que « *la procédure civile ait été, par ancienneté, le fond commun de toute procédure* »⁸⁰⁰. Ensuite parce que différence ne saurait être synonyme d'opposition⁸⁰¹ et que lorsqu'il « *s'agit d'une*

⁷⁹⁵ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, p. 492.

⁷⁹⁶ PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 22, citant à cet effet CE, 27 février 1862, *Eaux thermales de Vichy*, p. 154.

⁷⁹⁷ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 216.

⁷⁹⁸ CE, 15 octobre 1929, *Thoreau*, p. 932 ; CE, 6 juillet 1938, *Gomma*, p. 632 ; voir pour un exemple récent le refus de reconnaissance du principe civiliste dit « d'estoppel » en contentieux de la légalité CE, 2 juillet 2014, *Société PACE Europe*, n° 368590, rendu au visa du code de procédure civile.

⁷⁹⁹ CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996, p. 9.

⁸⁰⁰ *Ibid.*

⁸⁰¹ V. à cet égard : ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, p. 711.

technique éprouvée par des siècles de pratique judiciaire »⁸⁰² il ne paraîtrait pas utile d'en méconnaître les principes « *pour la seule satisfaction d'affirmer une indépendance que nul au demeurant ne songe à (...) contester* »⁸⁰³.

A cet égard, R. Chapus distingue trois types de liaisons susceptibles d'exister entre les deux régimes procéduraux⁸⁰⁴. La première résulte du renvoi au code de procédure civile par les dispositions régissant une juridiction administrative ; la deuxième, de la prise en considération par les juridictions administratives de dispositions relevant du droit judiciaire privé ; la troisième se traduit par la consécration de règles qui bien que formellement indépendantes rejoignent sur le fond celles qui régissent la procédure civile. Il est donc indéniable que bien que la procédure administrative contentieuse puisse être qualifiée d'autonome, elle n'est pour autant pas indifférente à la procédure civile puisque si « *[d]ifférente souvent, elle s'en inspire pour autant volontiers* »⁸⁰⁵.

Il n'est ainsi jamais question d'opposition frontale ou d'indépendantisme existentiel, mais simplement du fait que la « *spécificité des litiges en cause (question posée, qualité des parties, etc.) justifie le respect de règles procédurales originales pour l'accès au juge, le déroulement de l'instance ou pour l'exécution des décisions rendues* »⁸⁰⁶. Alors que certains auteurs ont pu prôner un « *retour au droit commun de la justice sans épithète* »⁸⁰⁷, l'affirmation selon laquelle il ne « *saurait être justifié d'appliquer à l'office du juge administratif des règles différentes de celles de son homologue judiciaire* »⁸⁰⁸ ne saurait en tout état de cause s'entendre que réserve faite du contentieux de la légalité.

Ni assimilation. Juge administratif et juge judiciaire peuvent connaître de questions comparables, bien que non identiques à l'évidence, en matière de contentieux subjectif ne soulevant pas de question de légalité et s'apparentant par suite, mais dans une certaine mesure seulement, aux litiges dont connaît le juge civil. Toutefois, réserve faite de cette hypothèse, il ne paraît pas concevable d'imaginer que juge de la légalité et juge civil puissent rendre la

⁸⁰² KAHN (J.), concl. sur CE, 13 mai 1970, *Augeray*, p. 333.

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ Nous renvoyons sur ce point à ses développements : CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 219 et s.

⁸⁰⁵ PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 23.

⁸⁰⁶ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012, n° 101.

⁸⁰⁷ JACQUELIN (R.), « L'évolution de la procédure administrative », *RDP*, 1903, XIX, p. 373.

⁸⁰⁸ BERTRAND (F.G.), *La règle "non ultra petita" dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1974, p. 39.

justice à l'aune du même droit, puisque c'est bien de cela dont il finit par être question, dès lors que l'autonomie « *du droit appliqué par les juridictions administratives pour trancher les litiges opposant les autorités administratives aux particuliers trouve un écho dans l'autonomie du droit appliqué aux juridictions administratives* »⁸⁰⁹.

Il existe donc un droit spécifique pour des litiges singuliers, une procédure adaptée à un juge sans pareil ; car à la différence du juge de la légalité, au service de l'Etat de droit, c'est « *en procédure civile positive que le juge est le servent des plaideurs* »⁸¹⁰ faisant du procès civil avant toute autre la chose des parties. Ainsi, « *même si l'évolution des différents contentieux tend aujourd'hui à rapprocher les fonctions des juges civil, pénal et administratif (...) [sous] l'effet unificateur de la construction européenne* »⁸¹¹, l'essence même du droit qu'il s'agit d'appliquer et des litiges qu'il s'agit de trancher commande une distinction des offices des juges civil et administratif de la légalité.

Pourtant la distinction n'est pas si tranchée qu'il n'y paraît et le dualisme manque par certains égards de clarté. Car à l'opposition peuvent succéder des rapprochements, entre le juge civil et le juge administratif du contentieux subjectif d'une part, et les juges constitutionnel, pénal et de la légalité d'autre part. Une place à part doit donc être réservée au juge de la légalité car la « *diversité des droit civil, pénal et administratif [fait] miroiter les différentes faces de l'office du juge* »⁸¹².

§2 : La convergence des juges de l'intérêt général

Qu'il s'agisse de la procédure civile, administrative ou pénale, chacune des trois a « *ses traits propres. Cela tient certes à son histoire, mais bien davantage encore à la nature des litiges dont elle organise le traitement juridictionnel et à la personnalité des protagonistes qui s'y affrontent* »⁸¹³. Ainsi, bien que « *l'on puisse leur trouver des points communs importants, chaque type de procédure repose sur des logiques propres* »⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *op. cit.*, n° 101.

⁸¹⁰ BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 225, spéc. p. 227.

⁸¹¹ FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463, spéc. p. 464.

⁸¹² *Ibid.*, p. 472.

⁸¹³ NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1038, spéc. p. 1039.

⁸¹⁴ DESDEVISES (Y.), « Procédure civile », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1068, spéc. p. 1068.

A y regarder de plus près, le juge administratif de la légalité tend à se rapprocher davantage des juges pénal et constitutionnel **(B)**, que de son homologue administratif chargé de connaître du plein contentieux subjectif **(A)**. Partant, les principes généraux de procédure lui étant applicables devraient davantage s'inspirer de ceux régissant l'office des juges ayant à connaître de questions analogues d'intérêt essentiellement général.

A. La dissemblance des juges administratifs

Au risque de souligner une idée relevant de l'ordre de l'évidence, il n'existe pas un seul et unique juge administratif, mais bien plusieurs, que l'on considère les pouvoirs dont il dispose ou bien la nature des litiges dont il est amené à connaître. Cette distinction permet alors de révéler un rapprochement singulier entre le juge du plein contentieux subjectif et le juge civil **(1)**, justifiant l'aboutissement d'une différenciation des régimes procéduraux applicables **(2)**.

1) La similarité des offices du juge administratif de plein contentieux subjectif et du juge civil

Des litiges de nature subjective. En « *plein contentieux, l'action du juge s'apparente à celle du juge civil* »⁸¹⁵ ; et il convient assurément d'entendre par plein contentieux, le plein contentieux subjectif. Qu'il s'agisse du contentieux contractuel ou de celui de la responsabilité, la question dont le juge est amené à connaître suppose toujours de manière plus ou moins directe la résolution d'un litige de nature subjective.

Le plein contentieux subjectif est « *celui dans lequel le juge administratif, à l'instar de son homologue judiciaire, exerce un arbitrage de fait et de droit sur le litige dont il est saisi* »⁸¹⁶. Bien qu'il ne soit pas exactement question d'arbitrer un conflit entre intérêts particuliers, puisque intérêt général et puissance publique ne sont jamais absents de l'équation, la mission de ce juge s'apparente néanmoins à celle du juge civil en ce que « *dans les domaines où les particuliers ont un véritable droit – tel la créance tirée d'un contrat ou*

⁸¹⁵ NEGRIN (J.P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, PUAM, 1976, p. 114.

⁸¹⁶ KALCK (P.), *Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel*, Berger-Levrault, 1990, p. 167.

d'une action en responsabilité – le juge administratif s'est comporté dès l'origine comme un juge ordinaire qui constate, liquide et attribue ce droit »⁸¹⁷.

Par comparaison avec le recours pour excès de pouvoir, le recours de plein contentieux apparaît comme une « *voie de droit plus "ordinaire" ainsi que la dénommait L. Duguit, en tout cas d'inspiration plus franchement judiciaire et donc davantage modelée d'après les actions ouvertes devant les tribunaux civils. (...) Administration et particuliers s'y affrontent sur la réalisation d'obligations juridiques dans un esprit identique à celui qui prévaut devant les juridictions judiciaires dans les conflits entre particuliers »⁸¹⁸.*

Le contentieux de pleine juridiction, par nature essentiellement subjectif, révèle un juge administratif moins singulier qu'il n'est habituellement appréhendé. Lorsqu'il est question du juge administratif, et donc des particularités de son office, le juge de l'excès de pouvoir occupe généralement une place de premier ordre. Or, le juge du plein contentieux ne connaît pas de la légalité d'un acte administratif unilatéral, alors que c'est bien cet acte de contrôle exercé par le juge de la légalité qui en fait toute l'originalité, par rapport à la mission traditionnelle du juge civil justement⁸¹⁹. Ainsi, le contentieux subjectif « *correspond, pour sa part, au contentieux général de pleine juridiction où la situation du juge administratif est, en réalité, assimilable à celle du juge civil »⁸²⁰, dans la mesure notamment où les « *litiges de pleine juridiction portés devant la juridiction administrative (...) se rapprochent de ceux qui sont portés devant le juge judiciaire »⁸²¹.**

Une ressemblance sans équivalence. Les litiges de pleine juridiction se rapprochent certes des litiges portés devant le juge civil, dans la mesure – et dans cette mesure seulement – où ils se distinguent des litiges portés devant le juge de la légalité. Il est en effet question d'un rapprochement par contraste : la fonction du juge de plein contentieux subjectif se rapproche davantage de celle du juge civil que de celle de son homologue administratif contrôlant la légalité. Pour autant, les traits caractéristiques de la juridiction administrative se retrouvent incontestablement, tant en contentieux subjectif qu'en contentieux objectif, dès lors que

⁸¹⁷ DAËL (S.) et COURREGES (A.), *Contentieux administratif*, PUF, 4^{ème} éd., 2013, p. 45.

⁸¹⁸ BRISSON (J.F.), *Le recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 4.

⁸¹⁹ Cf. *infra* Section suivante.

⁸²⁰ GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, Litec, 5^{ème} éd., 2007, n° 214.

⁸²¹ KALCK (P.), *Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel*, *op. cit.*, p. 193.

l'administration est toujours partie au litige, et que les grands principes du droit administratif régissent toujours la résolution de ces litiges.

La dimension administrative du litige n'est donc jamais étrangère à l'office du juge amené à en connaître et l'existence d'un juge qui ne soit pas « de droit commun » se justifie pour les mêmes raisons s'agissant de contentieux par nature exorbitants, qu'ils soient objectifs ou subjectifs. Toutefois, alors que « *le contentieux subjectif épouse logiquement les critères du droit privé, ce qui est jugé ne valant qu'entre les parties et pour ce qu'elles ont choisi de soumettre à l'arbitrage du juge, le contentieux objectif subit quant à lui l'attraction de l'ordre public, ce qui est décidé au titre de la légalité intéressant nécessairement l'ensemble de la société* »⁸²².

Si dans une certaine mesure alors le « *recours de plein contentieux revêt tous les caractères des actions en justice telles qu'elles s'exercent entre particuliers devant les juges judiciaires* »⁸²³, il n'est pas question d'affirmer que « *dans le plein contentieux le juge administratif exerce la même fonction que le juge civil* »⁸²⁴ sans y adjoindre les réserves qui viennent d'être précisées. Le juge du plein contentieux subjectif se rapproche dès lors davantage du juge civil que du juge de la légalité, nonobstant leur qualité commune de juge administratif, et il convient d'en tirer toutes les conséquences en termes procéduraux.

2) Un régime procédural insuffisamment différencié

Compte tenu de la dissemblance des offices du juge administratif, les limitations procédurales de l'office du juge du plein contentieux justifiées par la nature de sa fonction ne devraient pas être identiques à celles de l'office du juge de la légalité dont la mission diffère.

En effet, la spécificité des deux offices se traduit déjà concrètement en termes procéduraux. L'on songe alors notamment à la différence fondamentale que constitue la date à laquelle le juge doit se placer lorsqu'il statue et qui ne saurait être reléguée au plan secondaire. Il s'agit d'une dissemblance essentielle, tant sur le plan pratique que sur le plan

⁸²² BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., p. 329.

⁸²³ COLLY (F.), « Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *RFDA*, 1987, p. 786, spéc. p. 799.

⁸²⁴ MICHEL (J.), *Manuel pratique de contentieux administratif*, La documentation française, 1987, p. 149.

théorique ; mais il ne s'agit toutefois pas tant d'une dissemblance justifiée par la nature du litige – puisque le principe existe également en plein contentieux objectif⁸²⁵ – que par les pouvoirs dont le juge dispose qui le conduisent à substituer sa propre décision à celle de l'administration.

Les deux offices du juge administratif sont clairement distincts, et leur régime procédural différencié afin de l'adapter aux spécificités de l'exercice de leurs pouvoirs respectifs. Pour autant, l'adaptation n'existe qu'à la marge, en ce sens que les principes fondamentaux de la procédure administrative contentieuse restent identiques : il est interdit au juge de statuer *ultra petita*, il lui est interdit de soulever d'office d'autres moyens que ceux d'ordre public.

Pourtant, ces prohibitions communes, ces limitations partagées, qui ne peuvent se justifier qu'à l'aune de la fonction exercée, ne devraient pas se retrouver dans des termes absolument identiques s'agissant de deux offices distincts. Le contentieux de la légalité, objectif de par sa dimension unilatérale et la fonction de contrôle exercée par le juge, commande certaines adaptations procédurales, dérogoires au droit commun de la procédure juridictionnelle, applicable quant à lui aux recours que l'on qualifiera sommairement de « classiques », et dont connaissent tant le juge civil que le juge du plein contentieux subjectif. En d'autres termes, là « où le cadre du litige dépasse par nature les parties, le juge ne devrait plus être tenu dans son rôle régulateur par les insuffisances ou les maladresses des recours. (...) En revanche, là où l'objet du litige tend uniquement à la satisfaction des intérêts propres du plaideur, le litige opposant l'Administration au particulier ne se distingue pas fondamentalement d'un litige entre particuliers »⁸²⁶.

En ce sens, il apparaît nécessaire de « séparer deux fonctions bien distinctes, dont la confusion actuelle jette sur l'ensemble du contentieux administratif une équivoque »⁸²⁷. Le rapprochement, voire l'assimilation, qu'il serait possible de déceler entre le contentieux de la légalité et le plein contentieux subjectif, du fait notamment de l'essor de la pleine juridiction

⁸²⁵ Il faut souligner que la règle est toutefois moins automatique et se heurte dans certaines hypothèses aux exigences de la logique du contrôle de légalité, comme c'est le cas en matière fiscale par exemple, problématique qui ne se retrouve pas de la même manière dans ce qu'il convient d'appeler les contentieux en reconnaissance de droits.

Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre II.

⁸²⁶ BERTRAND (F.G.), *La règle "non ultra petita" dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 404.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 385.

objective – et de la confusion entre pouvoirs du juge et nature du litige – « *ne peut se faire, parce qu'une impossibilité logique s'y oppose, parce que le rôle du juge est nécessairement différent suivant qu'il est saisi d'une question de droit objectif ou d'une question de droit subjectif* »⁸²⁸.

Le rôle du juge de la légalité, sa fonction, la nature du litige qui lui est soumis sont originaux. Ils diffèrent de ceux du juge civil et de ceux du juge du plein contentieux subjectif. Il ne faut donc pas chercher dans les régimes procéduraux applicables à ces derniers les clés nécessaires à l'accomplissement de sa mission par le juge de l'excès de pouvoir. Il convient davantage de s'orienter vers les régimes procéduraux des juridictions aux fonctions sinon similaires, du moins analogues.

B. L'analogie des contentieux affranchis des intérêts privés

En application du principe selon lequel le régime procédural qui encadre l'office du juge doit être adapté à la nature de sa fonction, il convient de s'intéresser aux limites des offices des juges ayant une mission analogue. Si, à travers le prisme de la nature de la question qui lui est soumise, le juge administratif de la légalité peut à certains égards s'apparenter au juge pénal **(1)**, sa fonction le rapproche toutefois davantage du juge constitutionnel **(2)**.

1) Juge de la légalité et juge pénal

Action publique, action civile. Les procès administratif et pénal ont ceci de commun qu'au contraire des procès civils qui opposent deux particuliers, ceux-là opposent en règle générale un particulier à la collectivité. Il est en effet question dans le procès pénal, comme dans le contentieux de la légalité d'une certaine manière, non pas de trancher des prétentions individuelles divergentes, mais de garantir plus directement certains principes transcendants et inhérents à la vie en société.

Le juge pénal présente néanmoins la complexité de connaître de deux types d'actions radicalement opposées : l'action publique et l'action civile. Si l'action publique a « *pour but*

⁸²⁸ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., de Boccard, 1928, t. 2, p. 387.

de réprimer le trouble social, par l'application d'une peine ou d'une mesure de sûreté à l'auteur de l'infraction »⁸²⁹, l'action civile se définit quant à elle comme une « *action qui, ouverte à la victime d'une infraction pénale devant une juridiction répressive, a pour objet la réparation du dommage personnel que lui a causé cette infraction* »⁸³⁰. En effet, la « *commission d'un délit engendre généralement un trouble à l'ordre social et un dommage privé. C'est pourquoi elle donne naissance à deux actions en justice, l'action publique, qui appartient à la collectivité, et l'action civile, qui appartient à la personne lésée* »⁸³¹.

Il serait donc inexact d'affirmer que le juge pénal n'a en charge que les intérêts de la société. Pourtant, il s'agit là de sa mission principale, dès lors que l'action civile n'est qu'accessoire à l'action publique et ne saurait être mise en œuvre en dehors d'elle. D'autant que « *la responsabilité encourue à raison des dommages causés à autrui étant une question de droit civil, le juge normal de l'action de la victime est le juge civil* »⁸³². La possibilité de saisir les juridictions civiles reste ouverte à la victime, mais le régime juridique des recours lui offre également la possibilité de saisir les juridictions répressives, ce qui dans une certaine mesure génère un mouvement de « *"privatisation" de la justice pénale* »⁸³³.

Toutefois, ce mouvement de « privatisation », ou de subjectivisation, ne peut être que relatif dès lors que la « *victime, devenue partie civile par l'exercice de son action, ne peut être qu'un acteur accessoire ou secondaire de la procédure* »⁸³⁴, le fait générateur du dommage étant nécessairement une infraction pénale. L'action publique reste « *l'objet principal du procès pénal. C'est une action d'intérêt général ou d'ordre public, par opposition à l'action civile qui est d'intérêt privé* »⁸³⁵. En ce sens, elle « *appartient à la société et à elle seule. Celle-ci a seule le droit de l'exercer ou d'y renoncer* »⁸³⁶.

Dans cette perspective, le juge pénal, de par la dimension des questions dont il est en charge, se rapproche davantage d'un juge administratif, qui a toujours à connaître de

⁸²⁹ BOULOC (B.), *Procédure pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 163.

⁸³⁰ GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *Procédure pénale*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011, n° 1090.

⁸³¹ LEBLOIS-HAPPE (J.), « Procédure pénale », *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1074, spéc. p. 1076.

⁸³² *Ibid.*, p. 1077.

⁸³³ *Ibid.*, p. 1078.

⁸³⁴ GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *op. cit.*, n° 1090.

⁸³⁵ BOULOC (B.), *op. cit.*, n° 163.

⁸³⁶ *Ibid.*

discussions mettant en jeu l'intérêt général, que d'un juge civil principalement chargé de départager des intérêts d'ordre privé. La procédure administrative et la procédure pénale « mettent l'une et l'autre en jeu des prérogatives de puissance publique. La partie privée y est confrontée, d'une façon ou d'une autre, à la collectivité. L'intérêt général est, à ce titre, directement intéressé au traitement juridictionnel et à l'issue du différend »⁸³⁷.

Un rapprochement procédural corrélatif. En termes de déroulement de l'instance et du régime de la preuve tout d'abord, « la procédure pénale et la procédure administrative se caractérisent, le phénomène est parfaitement connu, par une inquisitorialité accentuée »⁸³⁸. Si cette inquisitorialité peut s'expliquer en partie par le souci de « compenser l'infériorité dans laquelle se trouve la partie poursuivie par rapport aux autorités publiques »⁸³⁹ – trait que l'on retrouve tant en procédure pénale qu'en contentieux administratif⁸⁴⁰ – elle ne se justifie pleinement que par la mission qui incombe au juge et qui nécessite de sa part un pouvoir d'initiative.

Au-delà du déroulement des instances pénale et administrative qui offre au magistrat un rôle atypique, le juge pénal se distingue quant à lui davantage encore, et de manière plus aboutie en réalité, en ce qui concerne la maîtrise de la matière litigieuse. En « procédure civile comme en procédure administrative, certes, il est de règle que le juge doit statuer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. (...) La procédure pénale échappe à ce concert. La juridiction de jugement n'est pas liée par les réquisitions du ministère public. La condamnation qu'elle prononce peut être supérieure à celle qui était requise ou d'une nature différente »⁸⁴¹. Il s'agit d'une véritable originalité vis-à-vis des principes directeurs classiques du procès, qui s'explique toutefois aisément par le fait justement qu'il ne s'agit pas d'un procès classique entre parties, mais bien d'une action menée au nom de la société, dans l'intérêt général.

En d'autres termes, il n'y a pas, « en procédure pénale, de principe dispositif ; les parties privées ne sont pas maîtres de la matière litigieuse ; celle-ci appartient à la société

⁸³⁷ NORMAND (J.), « Office du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 925, spéc. p. 930.

⁸³⁸ *Ibid.* p. 933.

⁸³⁹ NORMAND (J.), « Procédure », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1053.

⁸⁴⁰ Cf. *infra* Partie I – Titre II – Chapitre II.

⁸⁴¹ NORMAND (J.), « Office du juge », préc., p. 931.

dont le ministère public a en charge les intérêts »⁸⁴². C'est ici l'occasion de souligner, une fois encore, le lien qui existe entre la nature de la mission juridictionnelle et son régime procédural, et plus particulièrement entre le rôle du juge et les instruments procéduraux dont il dispose.

Partant, pourquoi le juge de la légalité, qui connaît du procès on ne peut plus singulier fait à un acte, reste largement soumis à un régime procédural classique, ne lui permettant pas de s'émanciper pleinement de l'argumentation des parties lorsqu'est en jeu le respect du principe de légalité ? En effet, si le « *souci du respect de la loi et de son effectivité, lié à l'emprise de l'ordre public, est particulièrement impérieux pour le juge pénal (...) [c]ette préoccupation s'exprime également à travers l'office du juge administratif, notamment lors de recours pour excès de pouvoir* »⁸⁴³.

Dans une certaine mesure, à « *la manière de l'action publique organisée devant le juge pénal, le requérant en excès de pouvoir est une sorte d'agent du ministère public qui vient combattre devant le juge administratif pour s'assurer de la répression des illégalités commises par l'administration* »⁸⁴⁴. Cette analogie permet d'estimer « *qu'un système procédural calqué sur celui des poursuites pénales correspondrait mieux à la nature du recours pour excès de pouvoir* »⁸⁴⁵.

Il ne faudrait néanmoins pas confondre parenté et identité. Si à certains égards le contentieux de la légalité s'apparente au contentieux pénal, justifiant que la procédure pénale puisse devenir une source d'inspiration, il ne faut pas occulter les différences fondamentales qui opposent les deux offices. Les particularismes de l'office du juge pénal, comme « *l'exigence de vérité absolue* »⁸⁴⁶ justifiant l'autonomie de son système probatoire par exemple, rendraient excessive toute tentative d'assimilation.

L'existence d'une double liaison peut malgré tout être soulignée ; liaison entre régime et fonction d'une part, et entre dimension du litige et autonomie du juge d'autre part. Le contentieux constitutionnel, davantage que le contentieux pénal encore, permet de mettre en

⁸⁴² GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *op. cit.*, n° 2426.

⁸⁴³ FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463, spéc. p. 473.

⁸⁴⁴ BRISSON (J.F.), *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, 2004, p. 5.

⁸⁴⁵ BERTRAND (F.G.), *La règle "non ultra petita" dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁴⁶ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 165.

exergue ces relations, qui appellent d'en tirer les conséquences nécessaires quant à l'office du juge de la légalité.

2) Juge de la légalité et juge constitutionnel

A l'inverse du juge pénal, qui ne peut finalement que constituer une source d'inspiration secondaire, le juge constitutionnel connaît d'une mission analogue à celle du juge administratif de la légalité. Il n'y a en effet pas de véritable différence de nature entre le contrôle de constitutionnalité d'une loi et les contrôles de légalité et de conventionnalité des actes administratifs réglementaire et individuel. Une différence de niveau tout au plus qui ne saurait faire obstacle à la précieuse contribution que constitue la comparaison approfondie des deux offices.

Le juge constitutionnel ne se situe non pas dans une « *zone intermédiaire (...) [p]lus proche (...) de celle dans laquelle se meut le juge administratif que de celle du juge judiciaire* »⁸⁴⁷, mais bien dans une sphère de compétences à bien des égards similaires. Il est alors possible d'aborder l'office du juge constitutionnel sous l'angle de la double relation esquissée. D'une part, la spécificité de l'office du juge constitutionnel justifie l'originalité de la procédure à laquelle il est soumis ; d'autre part, en l'absence d'arbitrages entre intérêts privés, le juge constitutionnel ne laisse pas aux parties le soin de déterminer la matière litigieuse⁸⁴⁸.

Des missions juridictionnelles comparables. Les missions juridictionnelles qui incombent au juge constitutionnel – juge de la constitutionnalité des lois *a priori* et *a posteriori* – et au juge administratif de la légalité apparaissent, « *sur le terrain de la procédure et de la technique de contrôle* »⁸⁴⁹, analogues. A cet égard, G. Vedel s'interroge sur le point de savoir « *si la violation par le législateur des normes composant le bloc de constitutionnalité n'est pas tout simplement un excès de pouvoir législatif dont la censure s'opère par des modes de raisonnement, des méthodes de contrôle et des concepts identiques*

⁸⁴⁷ ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 20 juin 1995, numéro spécial, p. 117, spéc. p. 129.

⁸⁴⁸ Cf. *infra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

⁸⁴⁹ VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *CCC*, 1996, n° 1, p. 57 ; 1997, n° 2, p. 77, spéc. §7.

à quelques détails près à ceux qui servent pour la censure juridictionnelle de l'excès de pouvoir administratif »⁸⁵⁰.

Il existe une équivalence évidente entre deux opérations intellectuelles qui consistent à s'assurer de la conformité d'une norme de degré inférieur à une norme de degré supérieur, un tel parallélisme procédant de « *la nature même de la question fondamentale qui (...) est posée : à savoir faire respecter la hiérarchie structurant un système normatif* »⁸⁵¹. La mission du Conseil constitutionnel telle qu'elle est abordée dans ces développements « *est le type même de la mission juridictionnelle la plus tonique puisqu'elle porte sur la validité ou l'invalidité d'une règle de droit de niveau supérieur* »⁸⁵², témoignant alors de sa similitude à celle confiée au juge de la légalité. Et lorsque l'on raisonne en termes d'opération de contrôle, et non pas en termes d'instrument procédural de mise en œuvre du contrôle du pouvoir législatif, « *le parallèle devient presque parfait* »⁸⁵³.

Il existe assurément, entre la finalité de l'office du juge administratif de la légalité et du juge constitutionnel en tant que gardien de la constitutionnalité des lois, une « *identité fondamentale, malgré les différences entre les niveaux de contrôle et entre les procédures de la mission de contrôle objectif exercée par l'un et l'autre Conseil en fonction d'un système normatif hiérarchisé sur des actes imputables à la puissance publique dans son sens le plus large* »⁸⁵⁴. Pourtant, si la spécificité de la mission du juge constitutionnel implique nécessairement un régime procédural adapté, celui-ci reste, malgré les similitudes des fonctions, étranger à celui auquel demeure soumis le juge de l'excès de pouvoir.

Un régime procédural différencié. Si l'on peut d'une certaine façon considérer que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il juge de la constitutionnalité des lois, utilise des concepts et des raisonnements qui ne son pas étrangers à la fonction juridictionnelle qui incombe au juge de la légalité, ce dernier ne dispose pourtant pas des mêmes instruments procéduraux. En effet, devant le Conseil de la rue de Montpensier, « *la saisine déclenche l'exercice d'une*

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ *Ibid.*, §47.

⁸⁵² *Ibid.*, §20.

⁸⁵³ *Ibid.*, §8.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, §43.

compétence dont les limites ne dépendent en rien du saisissant »⁸⁵⁵, alors qu'il n'en est rien place du Palais Royal.

Le Conseil constitutionnel, à l'inverse du juge administratif de la légalité, « *considère que tous les moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'une loi sont d'ordre public et peuvent être soulevés d'office par lui* »⁸⁵⁶. Et peut-être de manière plus prégnante encore en termes de conclusions, le Conseil se reconnaît la possibilité de soulever d'office l'inconstitutionnalité de dispositions législatives non visées par la saisine initiale⁸⁵⁷. Dès lors, il « *va de soi que le Conseil ayant non seulement le pouvoir de soulever ce que l'on a appelé des "conclusions d'office" a, de plus fort, celui de soulever "d'office" des moyens* »⁸⁵⁸.

A la différence du juge de l'excès de pouvoir donc, le juge de la constitutionnalité des lois est un juge⁸⁵⁹ « *exerçant la plénitude de sa compétence* »⁸⁶⁰ et disposant pour ce faire d'un « *pouvoir d'examen "sans rivage"* »⁸⁶¹. La dissemblance des offices se dessine alors, non pas quant aux devoirs qui incombent à chaque juge respectivement, mais bien quant aux pouvoirs dont ils disposent pour accomplir leur mission. Toutefois, la comparaison des offices telle qu'elle est esquissée est en réalité bien plus complexe et les conclusions qui pourraient en être tirées qu'hâtives.

Un parallélisme nuancé. Tout d'abord, et à l'évidence, une présentation schématique des offices des juges de la constitutionnalité des lois et de la légalité des actes administratifs⁸⁶² n'aborde pas les différences fondamentales qui régissent pourtant le juge de la constitutionnalité des lois *a priori* et *a posteriori*. La question prioritaire de constitutionnalité a profondément renouvelé l'office du juge constitutionnel, tout en apportant un éclairage particulièrement riche d'enseignements sur les relations complexes et implicites qui existent

⁸⁵⁵ *Ibid.*, §11.

⁸⁵⁶ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 241.

⁸⁵⁷ CC, 11 août 1960, n° 60-8 DC, p. 25 ; CC, 25 février 1992, n° 92-307 DC, p. 48. Pour des exemples d'examen d'office : CC, 24 juillet 2003, n° 2003-475 DC, p. 400, § 27 ; CC, 20 janvier 2005, n° 2005-510 DC, §§ 10-12 ; CC, 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, *Loi sur l'égalité salariale hommes-femmes*, p. 39 ; CC, 16 août 2007, n° 2007-555 DC, *Loi relative au travail*, à l'emploi, p. 314.

⁸⁵⁸ VEDEL (G.), *loc. cit.*

⁸⁵⁹ *Cf. infra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

⁸⁶⁰ VEDEL (G.), *loc. cit.*

⁸⁶¹ *Ibid.*, §12.

⁸⁶² Le juge administratif de la légalité étant par ailleurs également juge de la constitutionnalité des actes administratifs : CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, p. 966 ; et de la conventionnalité des lois : CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, p. 190.

entre les notions de parties, de recours, de litige ou encore le caractère abstrait et concret du contrôle et la délimitation de l'office du juge⁸⁶³.

En matière de question prioritaire de constitutionnalité par exemple, la règle *non ultra petita* retrouve à s'appliquer et limite l'office du juge de la constitutionnalité *a posteriori* des lois⁸⁶⁴. En revanche, le Conseil constitutionnel n'a pas renoncé dans le cadre de ce contrôle *a posteriori* à la possibilité de se prononcer d'office sur des moyens non invoqués dans la saisine. Il s'agit là d'une « *forme d'aération du contrôle de constitutionnalité et du débat constitutionnel (...) [qui] repose sur le régime de l'ordre public sur lequel est placé le contentieux de constitutionnalité, ce qui justifie une plénitude juridictionnelle du Conseil constitutionnel à nulle autre comparable* »⁸⁶⁵.

Certes, « *l'assimilation ne peut être complète, compte tenu des différences de normes de référence et de normes contrôlées ainsi que celles des "parties" aux litiges constitutionnel et administratif* »⁸⁶⁶. Pour autant, « *c'est bien parce qu'au delà d'évidentes différences, il y a une irréductible similitude dans la fonction du juge de la conformité de la loi à la Constitution et dans celle du juge de l'excès de pouvoir, que l'on retrouve, sinon exactement toujours les mêmes méthodes, du moins les mêmes problèmes de méthodes et les mêmes grandes lignes de solution* »⁸⁶⁷.

Il convient alors, après avoir esquissé la richesse des enseignements d'un tel comparatisme nécessitant un solide approfondissement, de relever les apports de ce détour rapide par la rue de Montpensier. L'originalité de la mission, ou plus exactement sa « tonicité », qui incombe au juge de la constitutionnalité des lois exige, et cela est vrai qu'il s'agisse d'un contrôle *a priori* ou *a posteriori*, un régime procédural adapté, offrant une plénitude juridictionnelle, se justifiant à la fois par la nature de la question qui est posée et par le caractère quasiment inexistant des intérêts privés en présence.

⁸⁶³ Cf. *infra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

⁸⁶⁴ CC, 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Consorts L.*, p. 91 et CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.*, p. 343.

⁸⁶⁵ DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011, n° 419.

⁸⁶⁶ DRAGO (G.), « Le contentieux des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 9, spéc. p. 13.

⁸⁶⁷ LABETOUILLE (D.), « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Montchrestien, p. 249, spéc. p. 260.

L'originalité du contentieux de la constitutionnalité des lois justifie tant les « singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel »⁸⁶⁸ que « l'autonomie de la procédure suivie »⁸⁶⁹ par lui. Ainsi, et en prenant le risque mesuré de la redondance, la mission du juge administratif de la légalité, qui s'apparente davantage à celle du juge constitutionnel qu'à celle du juge civil, ne devrait pas être régie par un régime procédural rappelant davantage celui du second que du premier.

L'originalité, la particularité, ou plus encore la singularité de la finalité de l'office du juge administratif de la légalité par rapport au juge de « droit commun » qui tranche classiquement des litiges opposant des intérêts privés appelle au moins, à ce stade, la reconnaissance de son appartenance à la catégorie des juges dont la mission consiste essentiellement à faire prévaloir l'intérêt général.

De cette appartenance devrait découler la construction d'un régime procédural conforme à ce trait caractéristique faisant du juge administratif de la légalité un juge d'une précieuse complexité nécessitant la recherche d'un subtil équilibre entre les implications de son office et les limites de celui-ci. Si la particularité de l'office du juge de l'excès de pouvoir se dessine progressivement lorsqu'il s'agit de le comparer avec ceux de ses pairs, il en va de même lorsque l'on analyse sa fonction juridictionnelle à l'aune de sa nature intrinsèque.

⁸⁶⁸ VEDEL (G.), « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges R. Perrot*, p. 537.

⁸⁶⁹ GICQUEL (J.), « L'autonomie de la procédure suivie par le Conseil constitutionnel », in *Mélanges J. Waline*, p. 587.

SECTION II

UNE IDENTITÉ FONCTIONNELLE COMPLEXE

Après avoir constaté que l'office du juge administratif de la légalité se distingue nettement de celui de son homologue de « droit commun », justifiant dès lors une différenciation des régimes procéduraux, il convient de rechercher les fondements de cette altérité au sein de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Si tous les juges exercent nécessairement une fonction juridictionnelle, commandant l'application de principes généraux de procédure communs, ce sont les spécificités de cette fonction exercée par le juge de la légalité qui appellent leur ajustement. La fonction juridictionnelle exercée par le juge de l'excès de pouvoir présente une physionomie atypique en ce qu'elle recouvre à la fois une fonction contentieuse et une fonction de contrôle (§1), nécessitant alors la conciliation de ces deux aspects distincts au sein d'un même office (§2).

§1 : Une fonction juridictionnelle plurielle

Alors qu'il est incontestable que le juge de la légalité exerce une fonction juridictionnelle, impliquant classiquement l'exercice d'une fonction contentieuse (A), celle-ci implique également, de manière plus remarquable, une fonction de contrôle marquant la singularité de sa mission (B).

A. Une fonction juridictionnelle contentieuse

La fonction juridictionnelle exercée par le juge de la légalité (1) implique ordinairement l'exercice d'une fonction contentieuse (2), faisant logiquement du juge administratif de la légalité le juge d'un litige.

1) Une fonction juridictionnelle incontestable

Outre les fonctions secondaires qui peuvent incomber au juge administratif, telles que la fonction de conciliation, ou encore de régulation, le juge de la légalité est avant tout un juge, c'est-à-dire un organe chargé d'une mission juridictionnelle. Il semble que cet état de

fait ne souffre aucune discussion, le postulat de l'exercice d'une fonction juridictionnelle par le juge de l'excès de pouvoir pouvant dès lors être considéré comme acquis.

Alors que chaque juriste « *semble avoir sa définition de la fonction juridictionnelle* »⁸⁷⁰, qui peut être identifiée tant par son objet – le règlement d'un litige – que par sa finalité – « *le maintien de l'ordre juridique* »⁸⁷¹, cette fonction principale du juge est « *définie par l'article 12 al. 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile en des termes qui, sous réserve de nuances et de précisions, conviennent à toute espèce de contentieux* ». En vertu de ces dispositions en effet, le juge est chargé de trancher un litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

La fonction première du juge, quel qu'il soit, est donc de trancher un litige, de départager des prétentions contradictoires, et contradictoirement exposées par ailleurs, par l'application des règles de droit appropriées, dès lors que « *la nature de la fonction du juge est, en toute matière, de dire ce que le Droit exige* »⁸⁷².

Pour autant, si la fonction juridictionnelle implique nécessairement de dire le droit (*juris-dictio*) sous le sceau de l'*imperium* conférant un caractère obligatoire à ce discours⁸⁷³, elle ne réduit pour autant pas le rôle du juge à celui d'être la « *bouche de la loi* »⁸⁷⁴ qu'appelait à une époque la crainte suscitée par l'exercice d'une telle fonction. Chacun « *pressent, de façon plus ou moins nette, que la fonction de juger a sa logique et ses exigences qui interdisent de la réduire à cette légi-diction mécanique à laquelle on a cru un temps pouvoir la cantonner* »⁸⁷⁵.

L'objet de ces développements n'est pas, compte tenu de la finalité de la démonstration, d'aborder la fonction juridictionnelle en tant qu'objet d'étude, ni de démontrer l'exercice par le juge de l'excès de pouvoir d'une telle fonction, dès lors qu'une telle

⁸⁷⁰ REDOR (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica-PUAM, 1992, p. 260.

⁸⁷¹ PANAZZA (J.P.), *Le juge administratif et l'ordonnement juridique*, thèse, Montpellier, 1972, p. 6 ; voir tout particulièrement le premier chapitre.

⁸⁷² RIVERO (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chron., p. 37, spéc. p. 38.

⁸⁷³ V. par exemple sur ce point : RIALS (S.), « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, la fonction de juger, p. 3, spéc. p. 6.

⁸⁷⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748 : les juges « *ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur* ».

⁸⁷⁵ RIALS (S.), « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, La fonction de juger, p. 3.

démonstration ne se justifierait que s'il était question de dénier au juge de la légalité sa qualité de juge. Le juge de l'excès de pouvoir est incontestablement un juge, et avant tout un juge, dont la mission – juridictionnelle – consiste à soumettre des faits, objets d'un débat contentieux, à la règle de droit objectivement applicable : « *c'est l'essence même de l'acte de juger* »⁸⁷⁶. Le juge administratif de la légalité peut alors se définir comme un juge qui « *a pour mission de contrôler l'Exécutif, mais dont la fonction reste essentiellement juridictionnelle* »⁸⁷⁷.

Une fois encore, il n'est pas question ici de dénier au juge de la légalité sa fonction essentielle, mais de souligner la complexité de la coexistence de cette fonction classique, commune à l'ensemble des juges, avec des fonctions supplémentaires qui lui sont propres et confèrent à son office une physionomie unique. En effet, la « *fonction juridictionnelle perd sa dimension normale lorsqu'elle s'exerce à l'encontre de l'administration* »⁸⁷⁸ et laisse place à la « *conviction que le juge administratif donne l'image la plus complète, parce que la plus complexe, de la fonction juridictionnelle* »⁸⁷⁹.

Qui dit fonction juridictionnelle dit, en principe, fonction contentieuse, l'exercice de la seconde n'impliquant néanmoins pas obligatoirement l'exercice de la première, et inversement⁸⁸⁰. Toutefois, « *selon une définition peaufinée par Laferrière, la fonction juridictionnelle est une fonction contentieuse – dimension matérielle – administrée par un tiers selon certaines procédures – dimension organique et formelle – et c'est ce second élément qui distingue le contentieux juridictionnel du contentieux non juridictionnel* »⁸⁸¹. En effet, ce qui « *fait le caractère propre d'une juridiction, ce n'est pas la mission qu'elle remplit, mais ses règles spéciales d'organisation et de procédure* »⁸⁸².

⁸⁷⁶ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 352.

⁸⁷⁷ LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, p. 14.

⁸⁷⁸ RIVERO « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, t.2, p. 826, spéc. p. 828.

⁸⁷⁹ PANAZZA (J.P.), *Le juge administratif et l'ordonnancement juridique*, op. cit., p. 4.

⁸⁸⁰ Cf. sur la notion de juridiction gracieuse Partie II – Titre I – Chapitre II.

⁸⁸¹ RIALS (S.), art. préc., p. 8.

⁸⁸² CHEVALLIER (J.), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 275, spéc. p. 288.

Avant de revenir tout particulièrement sur ces règles spéciales d'organisation et de procédure qui apparaissent, dans leur forme classique, inadaptées à la mission complexe remplie par le juge administratif de la légalité, il convient de souligner que la mission de juger suppose une fonction contentieuse de laquelle ce dernier n'est pas exempté.

2) Une fonction contentieuse certaine

La notion de litige, ou de contentieux, constitue l'un des marqueurs de la dimension matérielle de la fonction juridictionnelle⁸⁸³. Pour certains, l'essence de « *la fonction juridictionnelle est de trancher les litiges. La fonction juridictionnelle consiste plus précisément à faire trancher, à la demande d'une partie, par une personne neutre, un tiers arbitre, un juge, les litiges entre deux ou plusieurs individus jouissant de droit égaux* »⁸⁸⁴.

A cet égard, J. Chevallier distingue nettement fonction contentieuse et fonction juridictionnelle⁸⁸⁵. Selon l'auteur, la « *fonction contentieuse consiste à trancher des problèmes contentieux* »⁸⁸⁶, elle « *ne poursuit pas la légalité en soi ; son rôle est avant tout pratique* »⁸⁸⁷. Dans cette optique, la fonction contentieuse suppose qu'il soit nécessaire pour le juge de régler un différend, de trancher entre deux prétentions opposées. Tel est le cas du juge de la légalité qui doit départager le requérant, qui soutient que la décision qu'il conteste est illégale, de l'administration, qui tentera de démontrer le contraire. La mission du juge, y compris du juge de l'excès de pouvoir, est donc « *de mettre fin aux litiges, dans l'impartialité la plus grande possible* »⁸⁸⁸. Pour autant, le fait que le juge de la légalité tranche à l'évidence des litiges n'implique pas nécessairement la réduction de sa mission à cette seule dimension.

⁸⁸³ Il existe toutefois des conceptions de la fonction juridictionnelle s'exprimant en dehors de tout litige : Cf. Partie II – Titre I – Chapitre II. L'objet du propos n'est pas de trancher entre ces différentes définitions de la fonction juridictionnelle mais plus modestement de souligner la dimension contentieuse de l'intervention juridictionnelle du juge administratif de la légalité.

⁸⁸⁴ D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, p. 313.

⁸⁸⁵ A noter que si toute fonction juridictionnelle peut ne pas être contentieuse, toute fonction contentieuse n'est pas nécessairement juridictionnelle non plus. Cet état de fait est indépendant de la conception retenue de la fonction juridictionnelle. Il suffit pour s'en convaincre de songer aux modes alternatifs de règlement des litiges, au titre desquels figure la voie des recours administratifs préalables par exemple.

⁸⁸⁶ CHEVALLIER (J.), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », art. préc., p. 279.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 280.

⁸⁸⁸ CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, p. 82.

D'ailleurs, et selon une approche quelque peu différente, « *la thèse de la nature contentieuse du recours s'avère indispensable à l'édification d'un Etat de droit* » dans la mesure où pour « *qu'il soit logiquement possible de soumettre l'Etat au droit et pour que l'effectivité de cette soumission soit au moins crédible, il faut en effet distinguer au sein de l'Etat l'autorité édictant le droit et celle qui est chargée de sanctionner les violations du droit* »⁸⁸⁹. En d'autres termes, l'effectivité du principe de légalité, par le contrôle de la conformité des actes de l'administration au droit, est directement liée à l'indépendance de l'organe chargé de ce contrôle, indépendance induite par le caractère juridictionnel de la fonction exercée. Ainsi, pièce « *nécessaire de l'Etat de droit, la nature contentieuse du recours est liée à la question de l'indépendance du juge administratif et à celle de la définition de la fonction juridictionnelle* »⁸⁹⁰.

La nécessité de l'indépendance du juge administratif dans l'exercice de sa fonction de « contrôle » au sens large de l'administration, incluant l'application du principe de responsabilité en sus de celui de légalité, est assurée par la nature juridictionnelle de sa mission, qui elle-même suppose en l'occurrence l'exercice d'un contrôle déclenché sous la forme contentieuse et se matérialisant par le règlement d'un litige.

Pourtant, la « *diversité des rôles du juge administratif démontre que son activité déborde largement l'idée qu'on se fait en général de la juridiction* »⁸⁹¹. La juridiction administrative a pour mission de trancher des litiges auxquels l'administration est partie. Cette fonction coexiste avec plusieurs autres – « *à moindre degré* »⁸⁹² normative, ou « *plus latentes* »⁸⁹³ de régulation politique – sans qu'il soit néanmoins nécessaire de qualifier cette fonction contentieuse de « *première* »⁸⁹⁴. Elle est essentielle, caractéristique du contrôle juridictionnel exercé, mais elle ne doit pas pour autant nécessairement reléguer au second rang la fonction de contrôle de la conformité de l'action administrative au droit qu'est amené à exercer le juge tout en « *tranchant des litiges sur la base du droit* »⁸⁹⁵.

⁸⁸⁹ REDOR (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, op. cit., p. 191.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ PANAZZA (J.P.), *Le juge administratif et l'ordonnement juridique*, op. cit., p. 4.

⁸⁹² LOCHAK (D.), *La justice administrative*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1998, p. 93.

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*

De manière générale, un juge est institué pour « *trancher le litige, pour apaiser le conflit, pour appliquer la loi, pour que la vertu de justice se concrétise* »⁸⁹⁶. En conséquence, « *un jugement n'est bon que s'il parvient tout à la fois à trancher le litige, à apaiser le conflit, à concrétiser la règle de droit et à réaliser la vertu de justice* »⁸⁹⁷. S'agissant tout particulièrement du juge administratif de la légalité, la qualité d'un jugement devra également être évaluée à l'aune de l'efficacité avec laquelle il assure la soumission de l'administration au droit et donc la concrétisation du principe de légalité.

Alors que l'office du juge de l'excès de pouvoir ne trouve à s'exprimer que dans le cadre du litige qui lui est soumis, le contentieux ne pourra être tranché que par l'exercice de sa fonction de contrôle de la légalité des actes de l'administration. La fonction contentieuse précède donc la fonction de contrôle, en ce qu'elle sert de déclencheur à l'examen de la légalité auquel se livre le juge.

B. Une fonction de contrôle additionnelle

Le juge administratif de la légalité exerce, en sus d'une fonction juridictionnelle de nature contentieuse, une fonction juridictionnelle de contrôle sous la forme du célèbre « *procès fait à un acte* »⁸⁹⁸ **(1)** qui marque toute la singularité du recours pour excès de pouvoir **(2)** en ce qu'elle s'y exprime de la manière la moins altérée.

1) Un procès fait à un acte

Un contrôle synchrone. « *Jurisprudence et doctrine le confirment : le recours pour excès de pouvoir constitue un instrument juridictionnel de contrôle au service de la légalité* »⁸⁹⁹. La finalité, voire la raison d'être, du recours pour excès de pouvoir, et plus largement du contentieux de la légalité, est d'assurer la conformité des actes administratifs unilatéraux à la hiérarchie des normes. En un certain sens, le « *contrôle juridictionnel joue*

⁸⁹⁶ FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices du juge », art. préc., p. 466.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 472.

⁸⁹⁸ LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896, p. 561.

⁸⁹⁹ 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, p. 52.

ainsi un rôle de "conscience" de l'administration pour lui reprocher ses comportements erronés et lui indiquer la bonne voie »⁹⁰⁰.

La logique de contrôle de légalité de l'acte, et partant de l'administration, irrigue l'ensemble du contentieux de l'excès de pouvoir dans lequel le juge « *assume une fonction de contrôleur de l'action des personnes publiques* »⁹⁰¹, et le recours exercé « *introduit entre le juge et l'administration un rapport de contrôleur à contrôlé* »⁹⁰². Ainsi, d'une certaine manière en recours pour excès de pouvoir le tribunal « *ne juge pas, il contrôle* »⁹⁰³. Plus exactement, en contentieux administratif de la légalité, le tribunal ne juge pas seulement, il contrôle également.

L'exercice de cette « *sorte de "tutelle" au service de la hiérarchie des normes juridiques* »⁹⁰⁴ ne se substitue pas à la charge de trancher le litige, il s'y adjoint. Ce caractère supplémentaire, et non pas alternatif de la fonction de contrôle, peut permettre de considérer qu'au « *lieu d'être la norme de son intervention, la requête des parties apparaît comme un prétexte pour trancher d'abord une question d'ordre général, et ensuite, mais comme par ricochet, le litige dont[le juge] était saisi* »⁹⁰⁵. Il ne semble toutefois pas nécessaire de retenir la telle prééminence d'une fonction sur l'autre ; le juge de la légalité n'est pas d'abord chargé de trancher un litige ou d'abord chargé de contrôler la légalité d'un acte, il doit faire les deux simultanément.

Le rapport de complémentarité qui préside à la coexistence de deux fonctions distinctes au sein de l'office d'un juge unique n'appelle pas nécessairement la mise en place d'un rapport de prévalence. Le requérant aura certainement tendance à estimer que le litige qui l'oppose à l'administration est la seule raison d'être de l'intervention du juge ; l'ensemble des citoyens – avertis – sera probablement davantage concerné par la garantie du principe de légalité qui est en jeu. Le point de vue que l'on est amené à adopter, individuel ou collectif, offre une variabilité des relations qui unissent les deux fonctions. Refusant de faire prévaloir

⁹⁰⁰ WOEHRLING (J.M.), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en droit français », *RFAP*, n° 30, avril/juin 1984, p. 197, spéc. p. 220.

⁹⁰¹ BLANCO (F.), *op. cit.*, p. 76.

⁹⁰² BOUSSARD (S.), « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 305, spéc. p. 328.

⁹⁰³ SANDEVOIR (P.), *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964, p. 266.

⁹⁰⁴ RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Hachette, 2007, n°61.

⁹⁰⁵ BERTRAND (F.G.), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1974, p. 404.

l'un de ces points de vue sur l'autre afin de permettre une appréhension globale de l'office du juge de la légalité, les deux fonctions, contentieuse et de contrôle, se réalisent concomitamment. Plus précisément, c'est par l'exercice de la fonction de contrôle que le juge va trancher le litige dont il est saisi. L'existence d'un litige conditionne le déclenchement du contrôle, tout en en constituant la finalité. Les deux fonctions ne sont pas autonomes ni exclusives l'une de l'autre, mais interdépendantes, chacune concourant inéluctablement à la réalisation de l'autre.

Une dualité persistante. Malgré le mouvement bien connu de subjectivisation du recours pour excès de pouvoir dans lequel pourrait être décelée la prédominance de la fonction contentieuse sur la fonction de contrôle, il n'en reste pas « *moins que la jurisprudence n'a jamais renoncé à y voir un système général de contrôle de l'administration ; les règles de preuve, le caractère très souple de la condition d'intérêt montrent que ce recours est considéré à certains égards comme le mode de déclenchement d'un contrôle conforme à l'intérêt général, quelle que soit par ailleurs sa fonction de protection des situations particulières* »⁹⁰⁶.

La dimension indéniablement subjective qui anime pour partie le recours pour excès de pouvoir n'est pas le signe qu'il est devenu « *un type d'action sinon identique du moins semblable aux actions de droit privé* »⁹⁰⁷. C'est le signe de toute sa complexité, de toute sa multiformité, dans la mesure où en « *tant que recours absolument objectif [il] n'a jamais existé que dans l'esprit des auteurs* »⁹⁰⁸. Ce caractère protéiforme ne doit pas justifier une assimilation hâtive du recours en légalité avec les actions desquelles il semble se rapprocher, mais nécessite au contraire la recherche d'un régime parfaitement adapté à sa singularité.

⁹⁰⁶ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 127.

⁹⁰⁷ KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, p. 376.

⁹⁰⁸ NEGRIN (J.P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, PUAM, 1976, p. 18.

2) Une dualité caractéristique

Une fonction de contrôle originelle. Sans qu'il soit nécessaire de retracer dans son intégralité l'histoire de la formation du recours pour excès de pouvoir⁹⁰⁹, ce « *vaisseau amiral du contentieux administratif* »⁹¹⁰ a pu être tour à tour apparenté à un recours en cassation ou à un recours hiérarchique, ce dernier retenant particulièrement l'attention en ce qu'il met parfaitement en exergue la fonction de contrôle mise en évidence.

En effet, la filiation du « *recours pour excès de pouvoir et du recours hiérarchique est aussi ancienne que classique* »⁹¹¹ et toute « *l'audace du Conseil d'Etat fut ainsi d'assurer le contrôle juridictionnel des matières non contentieuses, par la transformation du recours hiérarchique suprême en recours juridictionnel* »⁹¹². La coloration hiérarchique du recours pour excès de pouvoir, devenu juridictionnel, ne saurait lui être déniée, alors que l'assimilation de ces deux types de contrôle doit pour autant s'arrêter là où commence l'opportunité administrative, le juge de la légalité ne se comportant pas exactement « *comme le supérieur hiérarchique de l'Administration* »⁹¹³.

Si, dans l'opération intellectuelle de contrôle de la légalité de l'acte, les limites entre les deux formes de contrôle de légalité et d'opportunité peuvent parfois paraître perméables, il n'en reste pas moins qu'elles existent et que leur principe ne saurait être discuté ni dans son existence, ni dans sa permanence. Les origines hiérarchiques du recours pour excès de pouvoir apportent un éclairage particulier sur l'opération de contrôle, sans pour autant confondre le supérieur hiérarchique et le juge, quand bien même juger l'administration serait encore aujourd'hui, dans une certaine mesure, administrer⁹¹⁴.

Cette coloration hiérarchique se retrouve sans doute davantage encore dans la maîtrise du déroulement de l'instance qui incombe au juge administratif, dès lors que celui-ci « *dispose, dans l'instruction des dossiers, d'un véritable pouvoir d'injonction à l'égard de*

⁹⁰⁹ V. notamment : LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, LGDJ, 1962 ; ou encore LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *RISA*, 1954, p. 359.

⁹¹⁰ BRISSON (J.F.), *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, 2004, p. 9.

⁹¹¹ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit.*, p. 89.

⁹¹² BRISSON (J.F.), *loc. cit.*

⁹¹³ LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, p. 41.

⁹¹⁴ Cf. Partie II – Titre I – Chapitre I.

l'administration, et se comporte envers elle comme un supérieur hiérarchique, autant, sinon plus, que comme un juge qui lui serait extérieur »⁹¹⁵. Pour autant, souligner les origines hiérarchiques historiques du contentieux de la légalité, sans retracer sa juridictionnalisation, corrobore l'existence d'une fonction de contrôle intrinsèquement liée à la nature d'un tel contentieux.

Une élaboration progressive. Le recours pour excès de pouvoir constitue, avec la responsabilité administrative, « l'expression technique *la plus parfaite de cette conception politique de la soumission de l'Etat au droit en vigueur en France* »⁹¹⁶. Cette conception, devenue politique, se réduisait pourtant au départ à la stricte incompétence de l'auteur de l'acte, à « l'excès de pouvoir » *stricto sensu*. A l'origine, la « *notion d'excès de pouvoir est donc fort étroite ; elle est très loin de coïncider avec celle d'illégalité* »⁹¹⁷.

Dès cette période comprise entre l'an VIII et 1952, apparaît l'idée « *que le recours fondé sur l'incompétence est une voie de droit originale et obéissant à des règles qui lui sont propres* »⁹¹⁸. En ce sens, l'apparition « *de la théorie du recours parallèle en 1862 ne peut sans doute s'expliquer que par une prise de conscience plus nette de l'originalité du recours pour excès de pouvoir. Les traits particuliers qui le caractérisent (et qu'accentuera le décret de 1864) amènent à lui reconnaître une place distincte et un rôle propre, interdisant de le confondre avec les autres contentieux* »⁹¹⁹.

L'évolution du recours pour excès de pouvoir n'a pas eu pour effet d'atténuer ces traits initiaux et caractéristiques qui en font un recours unique en son genre. Dans les années 1860, la violation des règles de fond devient, à l'instar de l'incompétence et du vice de forme, un « cas d'ouverture ». Le rôle du juge connaît alors une évolution considérable en ce que le respect des règles de légalité interne est placé au même rang que celui lié à la compétence de l'auteur de l'acte et de ses formes. Le contentieux de la légalité, au-delà du « simple » excès

⁹¹⁵ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *EDCE*, 1970, p. 69, spéc. p. 77.

⁹¹⁶ GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 43.

⁹¹⁷ LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XX^e siècle », *RISA*, 1954, p. 359, spéc. p. 375.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 372.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 386.

de pouvoir prend ainsi progressivement la forme que nous lui connaissons, le juge s'emparant tour à tour pleinement tant des normes de contrôle que des normes contrôlées⁹²⁰.

De manière remarquable par ailleurs, justifiant que cela soit souligné, le Conseil d'Etat ne connaissait à l'origine que des actes dits « contentieux », intervenant dans un domaine où l'administration était amenée à se prononcer sur les droits des particuliers, par opposition aux actes dits de « pure administration », par lequel l'administration ne tranchait pas une telle question – comme c'est le plus souvent le cas en matière d'actes réglementaires. La décision est considérée comme contentieuse *« en ce sens qu'elle peut faire la matière d'un litige juridictionnel ; elle l'est peut-être même en ce sens qu'elle constitue déjà une sorte de jugement, car l'idée existe alors que la juridiction se ramène au fait de statuer sur des droits »*⁹²¹. L'on pourrait y voir le signe de la volonté de faire prévaloir la fonction juridictionnelle sur la fonction de contrôle, la dimension individuelle du recours pour excès de pouvoir sur sa dimension collective. Il est pourtant également possible d'y déceler les vacillements originaires induits par le caractère hybride, et unique, des contentieux de la légalité.

Une singularité intrinsèque. La fonction de contrôle exercée par le juge administratif de la légalité caractérise tout autant son office que sa mission contentieuse, et c'est ce qui fait la spécificité de sa tâche juridictionnelle. Aux spécificités tirées de l'existence d'un tel contrôle pourrait être objectée l'idée selon laquelle toute fonction juridictionnelle suppose dans un certain sens une opération de contrôle. Ainsi, *« à la limite, tout devient contrôle de légalité, jusqu'à l'appréciation des circonstances d'un accident d'automobile »*⁹²². De la même manière que tout juge participe assurément à la mise en œuvre de l'Etat de droit.

Il faudrait néanmoins adopter un point de vue particulièrement uniformisant pour ne pas reconnaître que si le principe de légalité se retrouve plus ou moins directement, et plus ou moins implicitement, dans chaque recours au juge quel qu'il soit, il constitue l'essence même du recours pour excès de pouvoir et des recours qui lui sont assimilés. Ainsi, à supposer même que toute fonction juridictionnelle se double d'une fonction de contrôle, la pureté de la

⁹²⁰ Que l'on songe par exemple au contrôle de conventionnalité des lois, ou bien à celui des mesures d'ordre intérieur par exemple.

⁹²¹ LAMPUE (P.), art. préc., p. 376.

⁹²² KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, op. cit., p. 247.

manifestation de cette dualité dans le contentieux de la légalité ne se retrouve nulle part ailleurs. Bien que le recours pour excès de pouvoir constitue une action en justice et en partage à cet égard certaines caractéristiques, les développements conduits jusqu'à présent tendent à démontrer qu'il n'a pas la même nature que l'action en justice de droit privé⁹²³ et qu'il ne saurait être assimilé à une « *action en justice du droit commun* »⁹²⁴.

Etablir une corrélation systématique entre la nature contentieuse d'une action et l'unicité du régime alors applicable, en considérant « *qu'il n'y a qu'une façon de faire un procès* »⁹²⁵, serait ignorer la diversité des actions en justice qui, si elles tendent toutes à soumettre une question au juge, n'en diffèrent pas moins considérablement tant par leur finalité que par leur substance. En ce sens, J. F. Brisson estime que le recours pour excès de pouvoir « *reste à bien des égards une construction juridique atypique qui n'a guère d'équivalent dans les systèmes juridiques anciens ou modernes, français comme étrangers* »⁹²⁶. Pour cet auteur, en tant qu'instrument « *de contrôle de l'administration autant que moyen de protection des intérêts du requérant qui l'exerce, le recours pour excès de pouvoir ne présente pas tous les caractères classiques de l'action en justice* »⁹²⁷ ; et de tous « *les recours organisés devant la juridiction administrative, le contentieux de l'excès de pouvoir en serait ainsi la quintessence, le recours de droit administratif par excellence, celui où trouve à s'exprimer avec le plus de force les spécificités du contentieux administratif* »⁹²⁸.

Construite par le Conseil d'Etat, « *cette conquête de l'administration par l'Etat de droit* »⁹²⁹ a pris la forme de recours qui « *ne se présentent pas comme des procès entre adversaires* »⁹³⁰, ou pas seulement comme tels plus précisément. En ce qu'il correspond « *à la mission naturelle et fondamentale du juge administratif* »⁹³¹, le recours pour excès de pouvoir

⁹²³ V. cependant pour une opinion divergente, KORNPROBST (B.), *op. cit.*, p. 19 et s. not. ; l'auteur y développe l'idée selon laquelle toute action en justice, au nombre desquelles figurent le recours pour excès de pouvoir, s'analyse « *en un pouvoir objectif de saisir une juridiction à l'effet d'en obtenir une décision au fond* » (p. 38). Le recours pour excès de pouvoir y est réduit à sa fonction contentieuse.

⁹²⁴ KORNPROBST (B.), *op. cit.*, p. 58.

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 376.

⁹²⁶ BRISSON (J.F.), *op. cit.*, p. 4.

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ *Ibid.*

⁹²⁹ WOEHLING (J.M.), « La redécouverte du plein contentieux », *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle* (colloque du quarantième anniversaire des tribunaux administratifs), PUF, 1995, p. 247, spéc. p. 259.

⁹³⁰ PLANTEY (A.) et BERNARD (F.C.), *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, p. 169.

⁹³¹ WOEHLING (J.M.), art. préc., p. 249.

doit être présenté « *comme la voie normale du contrôle exercé sur l'administration, — quelles que puissent être les avancées actuelles du recours de plein contentieux* »⁹³².

La fonction de contrôle, telle qu'elle s'exprime en contentieux de la légalité, ne se retrouve pas en plein contentieux subjectif dès lors précisément qu'il n'y est pas question de contrôler la légalité d'un acte. Certes, il est question de contrôler, d'une certaine façon, la conformité au droit de l'action administrative, mais il s'agit de mettre en œuvre un principe distinct de celui de la légalité, à savoir celui de la responsabilité, qui commande une opération intellectuelle différente, justifiant à cet égard un raisonnement en deux temps lorsqu'il est question d'engager la responsabilité de l'administration pour faute du fait d'un acte administratif illégal. L'on comprend bien que l'engagement de la responsabilité de la puissance publique ne dépend pas, ni directement ni exclusivement, de la sanction de l'illégalité d'un acte administratif. Le principe de responsabilité ne vise pas à censurer mais à réparer ; il n'est d'ailleurs pas nécessaire qu'une faute soit commise pour que le principe d'égalité devant les charges publiques ou la théorie du risque justifient une indemnisation. Les offices des deux juges administratifs se distinguent nettement en ce que les principes qu'ils ont pour mission de garantir diffèrent tant par leur dessein que par leur essence.

Ainsi, si toute fonction juridictionnelle, y compris administrative, comporte, d'une certaine manière, une opération de contrôle de légalité, cette opération constitue la quintessence du recours pour excès de pouvoir, institué en vue de garantir le principe de légalité, en la forme contentieuse. Le recours pour excès de pouvoir « *n'est ni un recours contentieux ordinaire, ni un recours administratif (...). Assumant une fonction protectrice et régulatrice, le recours pour excès de pouvoir a certes emprunté nombre d'éléments à ces deux catégories de recours, mais pour en faire une synthèse originale, rebelle à toute tentative d'assimilation* »⁹³³.

Les deux fonctions, contentieuse et de contrôle, qui commandent l'office du juge administratif de la légalité sont à la fois autonomes – en ce qu'elles ne se confondent pas mais se succèdent – et « *solidaires, dans la mesure où le juge ne peut exercer de contrôle sur l'action administrative que s'il a été saisi d'une requête portant sur un litige déterminé* »⁹³⁴.

⁹³² CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 248.

⁹³³ VELLEJ (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, thèse, Paris, 1988, pp. 379-380.

⁹³⁴ LOCHAK (D.), *La justice administrative*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1998, p. 93.

Ces deux fonctions n'en demeurent pas moins foncièrement distinctes. La première consiste à « vider » un litige, à mettre fin à un différend et constitue pour le requérant un moyen de défendre son intérêt particulier. La seconde a pour objet de soumettre l'administration au droit « *et le recours au juge devient alors plus largement un instrument de régulation de l'action administrative, indépendamment de la satisfaction donnée ou non au requérant* »⁹³⁵.

La coexistence de ces deux fonctions d'importance équivalente au sein d'un même office appelle nécessairement un travail de conciliation afin que chacune d'elles s'exprime pleinement, sans entraver l'accomplissement de ces deux missions corrélatives qui incombent au juge de la légalité : trancher un litige et garantir l'Etat de droit.

§2 : Une conciliation impérative

Le juge de la légalité endossant plusieurs fonctions juridictionnelles, à la fois distinctes et complémentaires **(A)**, il apparaît nécessaire de donner à chacune d'elles la place qui lui revient en revalorisant la fonction de contrôle **(B)**.

A. Un juge polymorphe

L'institution d'un contrôle juridictionnel de la légalité des actes confère au juge administratif à la fois un rôle central et original, appelant le constat selon lequel il « *n'est pas un juge comme les autres* »⁹³⁶. Cela se manifeste tout particulièrement s'agissant de « *l'office spécifique du juge de l'excès de pouvoir qui consiste en l'exercice d'une fonction de tutelle contentieuse* »⁹³⁷, fonction qui ne se substitue pas à celle de trancher un litige mais s'y adjoint.

Le juge administratif de la légalité doit donc comme tout juge trancher un litige. Mais même dans cette tâche classique, il doit adapter son office à la singularité des intérêts en présence **(1)**, sans pour autant perdre de vue la deuxième finalité de son intervention, à savoir la soumission de l'administration au droit **(2)**.

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, p. 9.

⁹³⁷ BOUSSARD (S.), « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », *in Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 305, spéc. p. 309.

1) Trancher un litige à la physionomie singulière

Des parties inégales. Le juge administratif de la légalité doit trancher un litige qui oppose, la plupart du temps, un justiciable, personne privée physique ou morale, à l'administration, personne publique. Cette spécificité des parties en présence, que l'on ne saurait considérer comme identiques, donne au litige un relief particulier et justifie que le procès administratif connaisse en règle général d'un régime procédural partiellement adapté.

En effet, à la différence des procès civils opposant deux parties privées aux intérêts identiques, devant la juridiction administrative il n'y a « *pas égalité ; les règles de procédure et celle de forme appliquées par les juridictions administratives, chargées d'arbitrer des intérêts de nature différente, traduisent cette inégalité* »⁹³⁸. Certains voient dans les traits caractéristiques de la procédure contentieuse, tels que le caractère inquisitoire de la phase d'instruction, la volonté de rétablir un équilibre rompu entre deux parties inégalement armées. Cette vision par nature et irrémédiablement déséquilibrée du procès qui se tient devant les juridictions administratives peut pourtant ne pas être partagée.

A l'heure actuelle, la physionomie du procès administratif ne donne plus à voir, en règle générale, un requérant désarmé face à une administration toute puissante, maîtrisant à la perfection les arcanes d'un droit dont ce dernier ignorerait même jusqu'à l'existence. Le justiciable paraît aujourd'hui généralement⁹³⁹ disposer des instruments nécessaires à l'exercice effectif de son droit au recours. Les procédures d'urgence, les règles de recevabilité des recours, la spécialisation des avocats en droit public, ou encore l'aide juridictionnelle concourent indéniablement à cet exercice. A l'évidence, des progrès restent à faire, notamment en termes de « démocratisation » de la justice administrative, mais le requérant n'est assurément plus seul face au « monstre froid » de la puissance publique.

Au contraire, et sans toutefois généraliser le raisonnement sous peine de le parodier, c'est l'administration elle-même qui se trouve parfois en difficulté face à un requérant, assisté de son conseil, plus aguerri qu'elle à l'exercice contentieux. L'on songe ici notamment aux communes de taille modeste qui donnent parfois l'impression d'être démunies face à un contentieux qui leur échappe. L'on peut également songer aux collectivités plus importantes,

⁹³⁸ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, p. 711.

⁹³⁹ Sous réserve de certains contentieux particuliers, tels que les contentieux sociaux notamment.

quelquefois confrontées à la pugnacité de justiciables zélés sollicitant la juridiction administrative toutes les fois que leur intérêt pour agir le permet. Plus précisément donc, ce n'est pas dans le déroulement de l'instance que le requérant se caractérise par une situation d'infériorité que le juge aurait pour mission de neutraliser, mais davantage en amont de l'exercice du recours.

Un rééquilibrage des forces. En d'autres termes, une fois le recours introduit et la machine juridictionnelle mise en branle, les deux parties apparaissent également armées pour défendre leurs intérêts⁹⁴⁰. C'est alors davantage en amont du procès que la situation d'inégalité existe. L'instance suppose en effet « *dans sa genèse, le choc de deux puissances inégales, la plus faible devant la mettre en mouvement sous le nom de demandeur* »⁹⁴¹. L'exercice du recours a pour effet, sinon pour objet, de rétablir l'égalité des armes démocratiquement parlant : le pendant du pouvoir exorbitant d'édicter des actes unilatéraux s'imposant à leurs destinataires sans leur consentement réside dans celui d'en contester la légalité devant le juge administratif.

En ce sens, « *le règne du droit, et l'intervention du juge, ne sont pas faits pour les puissants, qui ont d'autres armes, mais avant tout pour la protection des petits* »⁹⁴². Autrement dit, si « *le juge pénal défend une société en principe plus forte que les délinquants, si le juge civil arbitre entre égaux, le juge administratif est typiquement celui qui défend le faible, c'est-à-dire l'individu, contre le fort, c'est-à-dire ce qu'on appelle précisément les autorités publiques* »⁹⁴³.

Pour autant, le recours pour excès de pouvoir n'est pas le théâtre de l'affrontement d'intérêts par nature inégaux mais le vecteur d'un rééquilibrage des forces. D'ailleurs, ce n'est que s'il a « *devant lui des droits de valeur égale que le juge peut donner raison ou tort. Le recours pour excès de pouvoir comme recours objectif réintroduit cette égalité en faisant du requérant le défenseur de l'ordre juridique contre l'acte illégal* »⁹⁴⁴. De ce point de vue la

⁹⁴⁰ Cf. *infra*.

⁹⁴¹ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, p. 344.

⁹⁴² RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457, spéc. p. 464.

⁹⁴³ WALINE (M.), « Etendue et limite du contrôle du juge sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, p. 25, spéc. p. 25.

⁹⁴⁴ REDOR (M.J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica-PUAM, 1992, pp. 265-266.

*« notion de recours objectif prend ici tout son sens car elle est seule à pouvoir évacuer l'inégalité fondamentale de l'Etat et de l'administré dans la mesure où le procès n'est pas fait à l'administration, mais à un acte »*⁹⁴⁵.

Le procès administratif de la légalité revêt une physionomie particulière quant au litige qu'il a pour objet de trancher et *« le requérant apparaît ainsi à la fois comme un demandeur classique et une sorte de ministère public dont il faut encourager et préserver la capacité de contestation dans l'intérêt de la légalité »*⁹⁴⁶. L'une des deux facettes de l'office du juge de la légalité correspond à la mission classique de trancher un litige, mission malgré tout originale en ce qu'elle met en jeu des acteurs particuliers : l'administration, en charge de l'intérêt général, et un administré, qui défend à la fois ses intérêts propres tout en se faisant protecteur du principe de légalité et donc, dans une certaine mesure aussi, de l'intérêt général.

L'intérêt général est donc omniprésent dans le procès administratif de la légalité, d'une manière bien plus prégnante qu'il ne l'est en plein contentieux subjectif. Dans ce dernier contentieux en effet, il n'est pas question de contrôler l'expression de la fonction normative, mais d'indemniser plus généralement les dommages liés à l'action de l'administration, normative ou non. Dans ce contentieux à la finalité purement pécuniaire, ce sont des droits personnels qui sont en jeu. Si l'intérêt général n'est jamais absent de l'équation d'un procès fondé sur le principe de responsabilité de l'administration, il n'y occupe pas la place prédominante qui lui est accordée en contentieux de la légalité. Quand le juge annule une décision *« ce ne sera pas pour réparer le tort fait au requérant ; ce sera pour assurer le rétablissement de la légalité méconnue. Si l'intérêt personnel du requérant s'en trouve satisfait, ce sera par surcroît »*⁹⁴⁷.

Le juge de la légalité chargé de trancher un litige coexiste alors systématiquement avec le juge de la légalité chargé de garantir l'Etat de droit et les libertés, ces deux visages du même magistrat étant inextricablement liés.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 265.

⁹⁴⁶ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 189.

⁹⁴⁷ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 244.

2) Garantir l'Etat de droit

Un juge protecteur. Le juge de la légalité, en ce qu'il est garant de l'intérêt général⁹⁴⁸, est en charge à la fois de la protection collective du système normatif fondé sur un fonctionnement hiérarchique et de la protection individuelle des libertés des justiciables. Au-delà d'un arbitre chargé de trancher un litige, le juge administratif de la légalité est également un protecteur : protecteur « *de l'individu qui n'a pas participé à la décision qui le frappe* »⁹⁴⁹ et protecteur « *du justiciable victime d'abus de l'administration* »⁹⁵⁰. Telle est la fonction du recours pour excès de pouvoir dès lors que « *l'on donne en France une telle importance à la protection des administrés par un juge, de préférence aux garanties non contentieuses* »⁹⁵¹.

Le juge de la légalité révèle alors toute la complexité de sa tâche juridictionnelle : « *il est celui qui protège à la fois l'administré contre les abus de pouvoir (...), et l'ordre juridique contre les atteintes qui pourraient lui être portées* »⁹⁵². La fonction de contrôle qui lui incombe comporte elle-même une fonction de protection dont le recours pour excès de pouvoir reste le vecteur. Le juge de l'excès de pouvoir, plus que n'importe quel autre, connaît de litiges mettant en cause, de manière directe et systématique, une expression de l'intérêt général. Cela marque aussi toute la particularité de sa fonction, au-delà de la diversité des missions juridictionnelles dont il est investi. Il est alors « *amené à faire respecter d'abord l'intérêt général qui, par essence, doit l'emporter sur les intérêts particuliers des administrés et l'arbitraire des administrateurs* »⁹⁵³.

Ce maniement de l'intérêt général et sa conciliation avec des intérêts particuliers divergents mais non moins légitimes s'exprime par la résolution d'une question de droit centrale. Certes, tout juge, quel qu'il soit, doit résoudre une question de droit puisque la « *première mission du juge, son office essentiel, est d'assurer l'effectivité de l'ordonnancement juridique, plus exactement d'assurer la conformité de l'ordre juridique*

⁹⁴⁸ V. notamment sur cette question : LINOTTE (D.) *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1975 ; TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977.

⁹⁴⁹ FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 559.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 452.

⁹⁵¹ GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 44.

⁹⁵² REDOR (M.J.), *op. cit.*, p. 268.

⁹⁵³ *Ibid.* pp. 270-271.

réalisé avec l'ordre juridique hypothétique »⁹⁵⁴ ; plus encore, il s'agit là de « *sa mission exclusive ; et du moment que le juge peut être saisi, c'est qu'il se pose une question de droit* »⁹⁵⁵. Pour autant, le juge de la légalité n'est pas seulement saisi d'une question de droit, il doit juger le droit, contrôler la norme. Dès lors, « *chargé de définir les lignes de la légalité à l'intention de l'administration, le juge administratif apparaît, depuis le début du XX^e siècle, comme un gardien de l'Etat de droit* »⁹⁵⁶. Ce rôle de gardien fait de lui un acteur incontournable de l'Etat de droit, une figure emblématique de la légalité perçue comme la protection du citoyen contre l'arbitraire.

Une figure centrale. Assurément, « *parmi les instruments de la liberté, le juge occupe une place de choix : c'est de lui en effet que procède l'ultime garantie, c'est par lui que sera rétablie la légalité méconnue* »⁹⁵⁷. Il ne sera jamais vain de rappeler l'importance de ce personnage, « *celui sans lequel la soumission de l'administration au droit serait purement morale et la protection des administrés contre son arbitraire extrêmement précaire* »⁹⁵⁸. Le juge se définit alors – et tout particulièrement le juge de la légalité – comme la « *figure centrale, [le] personnage-clé de l'Etat de droit* »⁹⁵⁹, indispensable à l'effectivité du principe de légalité. Il lui incombe de sauvegarder l'exercice du pouvoir réglementaire ainsi que les droits des citoyens « *pour que la vie sociale ne sombre, ni dans l'anarchie, ni dans la tyrannie. Or, cette conciliation, la tâche d'en préciser les formules, de les appliquer et de les faire respecter incombe, dans notre organisation juridique, tout entière au juge administratif. (...) Rappeler cette vérité élémentaire est du même coup montrer toute la grandeur du rôle du juge, son caractère primordial* »⁹⁶⁰. Le juge administratif de la légalité, au-delà de la contingence des litiges qu'il tranche quotidiennement, ne devrait jamais perdre de vue sa mission – ni première ni essentielle pour autant – de soumettre les pouvoirs exécutif et législatif au droit.

⁹⁵⁴ PANAZZA (J.P.), *Le juge administratif et l'ordonnancement juridique*, op. cit., p. 5.

⁹⁵⁵ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, de Bocard, 3^{ème} éd., 1928, t. 2, p. 316.

⁹⁵⁶ WEIDENFELD (K.), « Exposé introductif : "A la recherche de l'efficacité du contentieux administratif" », *JCP A*, 25 juillet 2005, 1292, n° 2.

⁹⁵⁷ JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris, 1976, p. I.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 107.

⁹⁵⁹ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1999, p. 63.

⁹⁶⁰ WALINE (M.), « Etendue et limite du contrôle du juge sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, p. 25, spéc. p. 25.

La polymorphie du juge de l'excès de pouvoir fait de lui un personnage juridictionnel complexe, dont l'appréhension nécessite un effort de mise en perspective afin que la forme de son intervention, qui passe par l'édition d'un jugement tranchant un litige concret, ne prenne pas indûment le pas sur la fonction de contrôle qui lui incombe, faisant de lui le protecteur privilégié du principe de légalité. « *Voilà qui importe au fonctionnement efficient de l'Etat, et plus encore à l'efficace défense du "Droit" comme des "droits" contre le Pouvoir, tant un Etat de droit ne peut éviter d'être aussi un Etat de juges* »⁹⁶¹.

B. Une revalorisation essentielle de la fonction de contrôle

Un déséquilibre des fonctions. Le déséquilibre de l'office du juge de la légalité provient notamment du déséquilibre qui existe dans le régime procédural auquel il est soumis du fait de la prédominance de la notion de litige sur celle de contrôle. Les deux fonctions coexistent nécessairement, puisque seul un recours, suscité par l'existence d'un litige, permet au juge de contrôler la conformité au droit de l'activité normative de l'administration. Ces deux visages du même juge sont fondamentalement indissociables. Pareillement, la résolution du litige qui lui est soumis implique de vérifier la conformité aux normes hiérarchiquement supérieures d'un acte individuel ou réglementaire.

Les deux missions qui incombent au juge de l'excès de pouvoir font indiscutablement l'originalité et la complexité de son office du fait des devoirs juridictionnels qui sont les siens. Leur distinction, en termes de finalité de l'action contentieuse, doit néanmoins être soulignée afin que les spécificités de la fonction de contrôle ne soient pas méconnues au profit de la fonction arbitrale plus classique et communément partagée. La procédure administrative contentieuse, si elle connaît certaines particularités liées notamment à la qualité des parties en présence et à l'enjeu des procès administratifs, reste empreinte des caractères d'une procédure juridictionnelle classique de résolution des litiges. En effet, la passivité à laquelle est astreint le juge de l'excès de pouvoir s'explique particulièrement par la neutralité qui incombe à tout juge dans la détermination des éléments du contentieux qui lui est soumis⁹⁶².

Il existe un lien certain entre la fonction et les attributs de la fonction, les devoirs du juge et ses pouvoirs. Considérer que le juge de la légalité a pour « *seule mission (...) de mettre*

⁹⁶¹ PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 16.

⁹⁶² Cf. *infra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

fin à des litiges, litiges façonnés et délimités par les parties »⁹⁶³ implique que lui soit « *en principe interdit de statuer au-delà de ce qui [lui] est demandé et pour des motifs autres que ceux [qu'on lui] propose* »⁹⁶⁴. En d'autres termes, la maîtrise qu'exercent les parties sur l'instance et la détermination de ses éléments constitutifs doit s'entendre de la nécessité de les laisser maîtresses du litige qu'elles soumettent volontairement à l'arbitrage d'un tiers impartial. Si l'on occulte la fonction de contrôle qui est exercée, en la reléguant au rang d'un attribut accessoire ou subsidiaire, le juge de la légalité ne peut alors effectivement que « *décevoir ceux qui attendent de lui qu'il se fasse par tous moyens et en toutes circonstances le défenseur de l'état de droit* »⁹⁶⁵.

Dire que le juge de l'excès de pouvoir a pour seule mission – ou pour mission principale – celle de trancher classiquement un litige entre parties, c'est en réalité mésestimer tant les origines que la quintessence de son office. Il ne semble pourtant pas que ce soit « *trop attendre d'un juge* »⁹⁶⁶, ou plus exactement du juge administratif de la légalité, qu'il cesse de considérer qu'un requérant n'est pas fondé, par les moyens qu'il soulève, à demander l'annulation d'un acte dont l'illégalité est au demeurant établie. Les impératifs du contrôle de légalité, qui justifient que le juge s'émancipe d'un rôle d'arbitre entre intérêts divergents, appellent un repositionnement du centre de gravité de l'office du juge de l'excès de pouvoir.

Un devoir de repositionnement. Ni simplement arbitre, « *ni devin, ni Dieu, ni même justicier* »⁹⁶⁷, le juge de la légalité doit trouver – et donc nécessairement chercher – la place qui lui incombe dans l'instance, entre le respect de la volonté des parties et celui de ne pas laisser sciemment subsister un acte administratif manifestement illégal. Sous peine d'inclure « *la faculté d'ignorer la loi, l'office du juge serait moins exigeant que le devoir de toutes autres personnes juridiques privées ou publiques. (...) Ou encore nul ne serait censé ignorer la loi sauf le juge* »⁹⁶⁸.

⁹⁶³ CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, p. 89.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 90.

⁹⁶⁷ BERGEL (J.L.), « Introduction générale », in *L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 12, spéc. p. 18.

⁹⁶⁸ BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », in *Mélanges P. Draï*, Dalloz, 2000, p. 225, spéc. p. 227.

Le juge « *comme tout détenteur d'autorité est évidemment un serviteur, de la justice et du justiciable* »⁹⁶⁹ ; il n'est donc pas question de lui donner « *pour mission de jouer les "chevaliers blancs" dans une société grise* »⁹⁷⁰, mais plus modestement de le doter des attributs intimement liés à l'exercice de sa fonction de contrôle. A l'heure actuelle, « *le juge est appelé à se départir de son rôle passif d'arbitre pour adopter celui, actif, de l'entraîneur qui, tantôt par ses conseils, tantôt par ses décisions, s'efforce de concourir à la victoire collective* »⁹⁷¹.

Les enjeux d'un tel repositionnement en adéquation avec les origines de son office ne sont pas négligeables. Car si les instruments « *ne sont pas adéquats à la fin poursuivie, le justiciable risque fort d'ajouter à sa qualité de victime de l'administration celle de victime d'un système juridictionnel dont les carences tiennent aux conditions de forme et de fond assignées à son exercice* »⁹⁷². En d'autres termes et pour reprendre, une fois encore, ceux de D. Chabanol, le requérant « *va perdre son procès, la juridiction n'ayant pas le droit de soulever à sa place le moyen qui eût été fondé. C'est sans plaisir et parfois non sans difficulté que nous nous en tenons à cette position, qui n'est que la traduction de ce que, dans notre droit, le procès est la chose des parties avant d'être celle du juge* »⁹⁷³.

Ainsi, non seulement le justiciable perd un procès qu'il était en réalité fondé à gagner, mais encore l'acte administratif illégal subsiste et acquerra bien souvent un caractère définitif entérinant à jamais des effets normatifs indus. Le système de contrôle de la légalité reposant encore aujourd'hui principalement « *en la personne du juge administratif (...) sa valeur dépend ainsi de sa hardiesse* »⁹⁷⁴. L'Etat de droit « *implique une confiance absolue dans le droit* »⁹⁷⁵ et s'il « *veut être parfait, il doit être partout* »⁹⁷⁶.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ CHABANOL (D.), *op. cit.*, p. 89.

⁹⁷¹ OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, p. 1, spéc. p. 45.

⁹⁷² JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris, 1976, p. 116.

⁹⁷³ CHABANOL (D.), *op. cit.*, p. 90.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 107-108.

⁹⁷⁵ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 59.

⁹⁷⁶ *Ibid.*

Conclusion de la Section II et du Chapitre I. L'identité fonctionnelle du juge de la légalité est complexe en ce que, à la différence de ses homologues tant administratif que civil, il n'est ni exclusivement, ni prioritairement, chargé de trancher un litige puisque sa mission consiste tout autant à contrôler la légalité d'un acte administratif. Toutefois, ces deux fonctions – de contrôle et contentieuse – qui répondent à des impératifs propres, sont intimement liées et ne sauraient s'exercer l'une en dehors de l'autre. Cette dualité constitue un marqueur fort du caractère unique de l'office du juge de la légalité justifiant une évolution de ses limites actuelles.

L'encadrement procédural classique de l'office du juge de la légalité est un vecteur d'ignorance des spécificités et de la complexité de sa fonction juridictionnelle. A l'origine de la dissymétrie de cet office, dont les prérogatives sont insuffisantes à son accomplissement, se trouvent une instance et des pouvoirs déséquilibrés, au détriment d'un juge de l'annulation indûment bridé et corrélativement défectueux.

CHAPITRE II

UNE INSTANCE DÉSÉQUILBRÉE

Le juge de la légalité n'est pas un juge ordinaire. Pourtant, à l'instar de ses homologues, il ne dispose que d'une maîtrise marginale de la substance d'un procès qui peut parfois se jouer en dehors de lui. L'instance se révèle alors déséquilibrée en ce que les parties y jouent un rôle essentiel et en déterminent tant l'existence que l'essence, reléguant le juge à un rôle de second plan de ce point de vue (**Section I**).

A ce premier déséquilibre de l'instance, qui s'exerce au profit des parties, s'adjoint une seconde disproportion au sein des pouvoirs dont dispose le juge de la légalité. A l'évidence, et l'évolution de son office ces dernières années n'y est pas étrangère, son pouvoir de rejeter les requêtes bénéficie d'un régime à la fois privilégié et abouti, au détriment de son pouvoir d'annulation qui, bien que constituant l'essence de sa fonction, reste réduit à une certaine subsidiarité (**Section II**).

- ***Section I.** Une volonté des parties privilégiée*

- ***Section II.** Un pouvoir de rejet parachevé*

SECTION I

UNE VOLONTÉ DES PARTIES PRIVILÉGIÉE

Alors que le juge de la légalité, à l'instar du juge administratif de la responsabilité, dispose d'une certaine maîtrise du déroulement de l'instance du fait du caractère inquisitorial de la procédure (§1), les éléments objectifs constitutifs de l'instance, qui la délimitent et en déterminent l'objet, restent quant à eux largement déterminés par les parties (§2).

§1 : Une maîtrise relative du déroulement de l'instance

Afin de démontrer l'inanité du caractère inquisitorial de la procédure sur la maîtrise effective du cadre de l'instance, il convient de cerner les enjeux d'un tel caractère (A), avant d'en identifier les fondements (B).

A. Les enjeux du caractère inquisitorial de la procédure

Le caractère inquisitorial de la procédure contentieuse engendre la possibilité pour le juge administratif de s'émanciper, par certains aspects, de la volonté des parties (1) et reste un marqueur original de l'exercice de son office (2).

1) Un vecteur limité d'émancipation

Notions. Le caractère inquisitorial de la procédure s'articule autour des prérogatives reconnues au juge administratif dans la maîtrise de la phase d'instruction du dossier. Ce principe implique que ce soit le « *juge administratif qui dirige l'instruction* »⁹⁷⁷, ou bien encore qu'il « *dirige seul l'instruction des affaires* »⁹⁷⁸, grâce notamment au pouvoir qui lui est traditionnellement conféré lui permettant « *d'adresser des injonctions d'instruction, tant à l'administration qu'aux autres parties* »⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ CE, 1^{er} juillet 1959, *Caisse régionale de sécurité sociale de Normandie*, p. 418 ; CE, Sect., 25 juillet 1975, *Ville de Lourdes*, p. 445.

⁹⁷⁸ CE, 4 juillet 1962, *Paisnel*, T. p. 1077 ; CE, 16 février 1966, *Echernier*, p. 112 ; CE, 7 octobre, 1983, *Mlle Limoge*, p. 403.

⁹⁷⁹ LE GARS (J.M.), « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requêtes – aspects français », *RA*, 1999, numéro spécial 7, p. 109, spéc. p. 112.

Le pouvoir de diriger l’instruction revêt plusieurs aspects puisque non seulement le juge administratif peut exiger la production de pièces mais également déterminer les périodes pendant lesquelles de telles pièces seront recevables et soumises au contradictoire. Il est bien entendu ici fait référence au régime de la clôture de l’instruction, dont le juge administratif est seul maître et qui conditionne par bien des aspects la physionomie du litige qu’il va trancher⁹⁸⁰. Toutefois, ce sont bien les pouvoirs que détient le juge de l’administration pour établir les faits qui méritent davantage d’être soulignés plutôt que ceux qu’il détient au titre de la mise en état du dossier, sur lesquels il n’est pas nécessaire de s’attarder.

De ce point de vue, il appartient au juge administratif « *d’exiger de l’administration compétente la production de tous documents susceptibles d’établir sa conviction et de permettre la vérification des allégations du requérant* »⁹⁸¹. Il dispose dans cette phase du procès d’un véritable pouvoir « intrusif », en ce qu’il s’empare des éléments du dossier et de l’argumentation des parties afin de déterminer la nécessité de les préciser ou de les établir, sans s’en tenir à la dialectique classique de l’administration de la preuve⁹⁸².

Ainsi, tout l’intérêt du « *pouvoir inquisitoire est précisément de bouleverser les règles de la charge de la preuve* »⁹⁸³ et de régir entièrement la « *question de la place et du rôle du juge administratif dans la phase d’instruction* »⁹⁸⁴ du procès administratif. C’est tout particulièrement cet aspect du caractère inquisitorial de la procédure qui importe ici. En d’autres termes, le juge administratif, contrairement aux principes classiques de procédure, s’empare de certaines questions afin de déterminer sa conviction, et ce indépendamment de la volonté des parties. Dès lors, le juge « *ne s’efface pas complètement ; il ne se cantonne pas dans le rôle passif d’intermédiaire obligatoire dans le dialogue contentieux ; il dirige au contraire le débat soit en ordonnant la communication à de nouvelles personnes, soit en mettant en demeure les parties de respecter les délais qu’il leur a fixés* »⁹⁸⁵.

⁹⁸⁰ Cf. *infra* Partie II – Titre II – Chapitre II.

⁹⁸¹ CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Couespel du Mesnil*, p. 485.

⁹⁸² V. pour les limites d’un tel pouvoir, en termes de confidentialité notamment : CE, Sect., 1^{er} octobre 2014, *M. Erden*, n° 349560.

⁹⁸³ COLSON (J.P.), *L’office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 142.

⁹⁸⁴ DUFOURCQ (B.), *L’office du juge dans la phase d’instruction du procès administratif*, thèse, Poitiers, 2008, p. 19.

⁹⁸⁵ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d’instruction du juge administratif », *EDCE*, 1970, p. 69, spéc. p. 71.

Procédures accusatoire et inquisitoire. Généralement, le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse est opposé au caractère accusatoire de la procédure civile, et ces deux principes *a priori* contradictoires peuvent offrir un aperçu des exigences propres à l'office de chacun des juges, administratif et judiciaire.

Ainsi, le procès civil, « *en raison de la maîtrise laissée aux parties (principe dispositif), serait accusatoire tandis que le contentieux administratif, plus secret, moins égalitaire, devrait recevoir la qualité de procédure inquisitoire* »⁹⁸⁶. La procédure accusatoire aurait alors « *pour objectif principal la protection de l'individu* »⁹⁸⁷ et procéderait de l'idée selon laquelle « *le procès est la chose des parties* »⁹⁸⁸ et que la mission du juge consisterait simplement à « *arbitrer les débats entre deux parties qui sont censées être à égalité de droit* »⁹⁸⁹.

Dans la procédure civile qui fait par principe reposer l'administration de la preuve sur les parties, le juge passif « *ne bénéficie d'aucun droit d'initiative et ne peut, par conséquent, recherche des preuves de son chef* »⁹⁹⁰. Le caractère accusatoire de la procédure renvoie donc implicitement à l'image d'un juge-arbitre, se justifiant par le fait que cette procédure « *met essentiellement en cause des intérêts privés* »⁹⁹¹ et qu'ainsi toutes les initiatives restent dévolues aux parties.

Une corrélation existe donc entre les pouvoirs dont le juge dispose dans l'instruction du dossier et le rôle qui lui incombe dans la résolution finale du litige. Une fois encore, le lien se dessine entre les intérêts en présence et la répartition des rôles entre le juge et les parties. Un litige entre intérêts privés appelle un juge en retrait, laissant les parties maîtresses de leur procès et de son déroulement, alors qu'un procès administratif, du fait de la prégnance des intérêts publics en présence, justifie un interventionnisme accru du juge.

⁹⁸⁶ AMBROISE-CASTEROT (C.), « Procédure accusatoire / Procédure inquisitoire », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1058, spéc. p. 1059.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ NORMAND (J.), « Office du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 925, spéc. p. 930.

En droit judiciaire privé, le juge « *astreint au principe de neutralité, arbitre le débat et s'abstient d'intervenir dans la production et la répartition des preuves* »⁹⁹², alors même que son office évoluerait « *vers plus de liberté dans l'examen des problèmes de preuve et la direction de l'instruction* »⁹⁹³. Non pas que le juge administratif ne soit pas astreint au même impérieux principe de neutralité, mais les spécificités de son office font que les « *solutions appliquées par le juge de la légalité sont beaucoup plus originales et beaucoup plus éloignées de l'application des règles du droit civil* »⁹⁹⁴.

Un juge émancipé. Si le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse « *semble laisser peu de place aux parties, et par conséquent à leurs avocats, dans l'instruction du dossier* »⁹⁹⁵, il ne faut pour autant pas y voir l'expression d'un juge « *surpuissant agissant en secret* »⁹⁹⁶. Certes, le juge administratif exerce un certain contrôle sur le déroulement de la phase d'instruction du procès, s'émancipant ainsi, mais à cet égard seulement, de la volonté des parties qui voient d'une certaine manière le processus de résolution de leur litige leur échapper sur ce point.

Ce pouvoir, loin de constituer « *un véritable empiètement du juge sur le domaine de l'avocat* »⁹⁹⁷, se justifie à la fois parce que le rôle du juge administratif « *dépasse le rôle qu'on assigne traditionnellement au juge, tout en maintenant au profit de chacun les garanties irremplaçables d'une procédure contentieuse* »⁹⁹⁸. Si l'impression donnée peut être celle de parties perdant la maîtrise de leur procès, ce sentiment doit être rapidement nuancé par la réalité du caractère contradictoire de la procédure qui contrebalance immédiatement « *le rôle dominant du juge administratif* »⁹⁹⁹ en matière d'administration de la preuve.

En effet, par le biais des mises en demeure et communications des mémoires et pièces produites, le juge a « *le devoir d'assurer le caractère contradictoire de la procédure – devoir*

⁹⁹² COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 145.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 146 ; cf. *infra*.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 155.

⁹⁹⁵ GAULMIN (P.), *Le ministère d'avocat devant le juge administratif*, thèse, Aix-en-Provence, 1996, p. 185.

⁹⁹⁶ AMBROISE-CASTEROT (C.), « Procédure accusatoire / Procédure inquisitoire », préc., p. 1059.

⁹⁹⁷ DOUCELIN (M.), *Le ministère de l'avocat devant la juridiction administrative*, thèse, Paris I, 1980, p. 380.

⁹⁹⁸ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOUILLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », art. préc., p. 91.

⁹⁹⁹ DARCY (G) et PAILLET (M.), *Contentieux administratif*, Armand Colin, 2000, p. 234.

qui s'impose à lui d'autant plus strictement qu'il a la maîtrise de l'instruction »¹⁰⁰⁰. La production d'une pièce demandée à l'initiative du juge sera systématiquement communiquée et un temps suffisant de réponse laissé aux parties pour en discuter. Les garanties qu'offre la contradiction permettent ainsi de potentialiser les initiatives du juge tout en préservant son devoir intangible de neutralité¹⁰⁰¹.

Un pouvoir d'initiative limité. Bien que le caractère inquisitorial de la procédure contentieuse offre au juge une certaine maîtrise de la phase d'instruction du procès administratif, cet aspect ne suffit pas à lui conférer une maîtrise de l'instance lui permettant de mener à bien son office. Tant l'expression de la volonté des parties, qui ne saurait être dénaturée, que les contraintes d'ordre pratique limitent en réalité l'exercice des prérogatives liées à l'inquisitorialité de la procédure administrative contentieuse.

Le caractère inquisitorial ne fait pas obstacle à ce que les parties jouent, également à ce stade de la procédure, un rôle important. En recours pour excès de pouvoir notamment, c'est en règle générale au requérant « *qu'il revient d'abord de réunir les éléments matériels susceptibles d'attester l'illégalité de l'acte qu'il conteste, le juge ne devant lui venir en aide qu'à titre subsidiaire* »¹⁰⁰². Bien que « *[r]esponsable de l'instruction, le juge administratif n'a évidemment pas pour tâche de se substituer aux parties* »¹⁰⁰³. Le commencement de preuve est en principe un préalable indispensable à l'exercice de ses prérogatives d'instruction.

De la même manière, un élément de fait sur lequel les parties s'accorderaient, ou tout du moins ne s'opposeraient pas, ne justifiera pas la mise en œuvre de telles prérogatives. Le juge de la légalité joue « *un rôle actif dans la recherche de la vérité, dans la mesure du moins où celle-ci est contestée* »¹⁰⁰⁴. Comme souvent, le juge n'intervient que pour pallier les insuffisances des parties, et il ne fait généralement qu'un usage parcimonieux de ses pouvoirs,

¹⁰⁰⁰ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 316.

¹⁰⁰¹ Nous reviendrons sur cet aspect essentiel des choses : cf. Partie II – Titre I – Chapitre I.

¹⁰⁰² BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 220.

¹⁰⁰³ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, p. 717.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 75.

pourtant importants, « *en raison de la conception que l'on se fait en France du rôle du juge administratif, juge de l'excès de pouvoir* »¹⁰⁰⁵.

Si la demande de pièces pour compléter l'instruction est d'un usage régulier, en revanche, la visite des lieux¹⁰⁰⁶, pour ne prendre qu'un exemple, reste d'un recours exceptionnel. Non seulement les potentialités des pouvoirs inquisitoriaux du juge administratif de la légalité ne sont que rarement exploitées, mais encore il lui est loisible de s'en tenir à l'échange contradictoire et de considérer qu'un élément n'est « *pas sérieusement contesté* », qu'il « *est constant* » ou bien au contraire qu'il « *ne ressort pas des pièces du dossier* ». Il ne faudrait ainsi pas occulter le fait que bien qu'il s'agisse d'une procédure réputée inquisitoriale, le juge « *n'hésite pas à fonder ses certitudes sur les défaillances des parties* »¹⁰⁰⁷.

Dans cette perspective, la procédure contentieuse administrative « *de caractère inquisitoire cède largement la place dans les faits, à une procédure accusatoire où le juge abandonne la recherche de la vérité aux diligences des parties en présence* »¹⁰⁰⁸. Cette situation, qui peut sans doute être relativisée, s'explique certainement par la masse du contentieux et les contraintes d'ordre pratique qu'elle occasionne, qui ne permettent plus au juge de s'emparer pleinement de ses prérogatives et qui, même à ce stade de l'instance, font que le procès « *tend à devenir la chose des parties davantage que celle du juge* »¹⁰⁰⁹.

Bien que la réalité de l'inquisitorialité de la procédure et du rôle actif du juge dans l'administration de la preuve puisse être nuancée dans la simplicité de son expression, il convient néanmoins de souligner que « *le rôle moteur de l'administration de la preuve revient à la juridiction administrative, puisque c'est d'elle que dépendra pour une large part l'effort probatoire imposé aux parties* »¹⁰¹⁰. A cet égard, et sous les réserves qui viennent d'être

¹⁰⁰⁵ LE GARS (J.M.), « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requêtes – aspects français », *RA*, 1999, numéro spécial, p. 109, spéc. p. 112.

¹⁰⁰⁶ Art. R. 622-1 du code de justice administrative ; v. de manière générale le Titre II du Livre VI de la partie réglementaire de ce code consacré aux différents moyens d'investigation.

¹⁰⁰⁷ LE GARS (J.M.), art. préc., p. 115.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ LYON-CAEN (A.), « L'avocat devant le juge administratif et l'Etat de droit. Un mineur en voie d'émancipation », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 473, spéc. p. 484.

¹⁰¹⁰ DARCY (G) et PAILLET (M.), *Contentieux administratif*, Armand Colin, 2000, p. 234.

soulignées, le caractère inquisitorial de la procédure contentieuse reste malgré tout un marqueur fort de l'originalité persistante de l'office du juge administratif.

2) Une originalité persistante

La valeur relative de la distinction des procédures. Non seulement le caractère typiquement inquisitorial de la procédure administrative contentieuse doit être relativisé du fait des modalités de sa mise en œuvre concrète et des contraintes pratiques inhérentes à l'exercice de l'office du juge, mais sa distinction d'avec la procédure accusatoire peut également, d'une certaine manière, être tempérée.

En effet, l'office du juge judiciaire, et du juge civil plus exactement, évolue incontestablement vers un plus grand interventionnisme, une emprise plus importante sur le déroulement de l'instance, qui n'est plus seulement à la stricte disposition des parties. Ainsi, « *l'accusatoire évolue depuis les récentes modifications de la procédure civile, qui élargissent les pouvoirs du magistrat, notamment à l'égard des parties en présence, en faisant appel à leur concours loyal mais en leur laissant la conduite du procès* »¹⁰¹¹. En d'autres termes, en « *matière civile aussi bien, et peut-être plus encore à certains égards, qu'en matière administrative, le régime applicable se trouve largement au-delà du seuil à partir duquel une procédure cesse de pouvoir être qualifiée d'accusatoire* »¹⁰¹².

Le rapprochement des offices est incontestable, et il se fait dans le sens d'une implication plus forte du juge civil dans la détermination de la physionomie du procès qu'il ne l'a été. Il ne faut pourtant pas y voir le signe de la perte d'autonomie de la procédure administrative contentieuse mais de la meilleure appréhension de ce que toute justice, quelle qu'elle soit, suppose un juge à la fois actif et investi. C'est ainsi d'une certaine manière « *parce que la justice est un service public que la procédure civile a fini par prendre une coloration inquisitoriale* »¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ PLANTEY (A.) et BERNARD (F.C.), *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, p. 3.

¹⁰¹² CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 369.

¹⁰¹³ MELLERAY (F.), « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 277, spéc. p. 301.

Plus encore, et au-delà de l'évolution de l'office du juge civil, la distinction traditionnelle des procédures doit être relativisée du seul fait que cette « *construction classificatrice résulte d'une opération de réduction schématique de l'ensemble des procédures effectivement pratiquées* »¹⁰¹⁴. Cette distinction n'aurait donc qu'un écho concret atténué et aucun procès ne serait en réalité ni tout à fait accusatoire, ni tout à fait inquisitoire. De ce fait, les procédures contemporaines se rapprocheraient concernant la répartition des rôles entre juge et parties, tant dans la maîtrise du déroulement du procès que dans l'administration de la charge de la preuve.

Cependant, une telle évolution – dont il ne s'agit pas de contester la véracité – ne permet pas d'aller jusqu'à considérer que « *les pouvoirs de direction de l'instance des juges administratifs et civils sont désormais équivalents* »¹⁰¹⁵. Les deux types de procédure, s'ils ne sont pas strictement opposés, ne sont pas davantage parfaitement identiques. Simplement, leur expression première se complexifie naturellement sous l'effet de la rationalisation et de la sophistication perpétuelle de l'office des juges. Si en définitive le juge administratif « *n'a pas, dans la conduite de l'instance, un rôle très différent de celui qui est assumé par le juge judiciaire* »¹⁰¹⁶, c'est en raison de l'évolution de ce dernier vers plus d'inquisitorialité, et non l'inverse.

Une spécificité préservée. De manière schématique, mais non pour autant inexacte, la procédure administrative contentieuse reste marquée par un caractère « *inquisitoire préservé de l'accusatoire* »¹⁰¹⁷. En d'autres termes, si l'accusatoire de la procédure civile se teinte inexorablement d'inquisitoire, l'inverse ne saurait être aussi évident. Toute procédure contentieuse est nécessairement colorée d'une tendance inquisitoriale, en ce que le juge ne peut jamais être un arbitre absolument neutre et passif ne serait-ce que du fait du service public de la justice dont il a la charge. Les impératifs de la bonne administration de la justice, sans épithète, induisent inévitablement une certaine maîtrise du juge sur le déroulement du procès, et par suite, une certaine inquisitorialité.

¹⁰¹⁴ AMBROISE-CASTEROT (C.), « Procédure accusatoire / Procédure inquisitoire », préc., p. 1058.

¹⁰¹⁵ MELLERAY (F.), art. préc., p. 303.

¹⁰¹⁶ LAMARQUE (J.), « Le procès du procès », in *Mélanges J.M. Auby*, Dalloz-Sirey, 1997, p. 149, spéc. p. 164.

¹⁰¹⁷ MORAND-DEVILLER (J.), « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Economica, 1991, p. 183, spéc. p. 188.

L'on ne peut évidemment ignorer que toute procédure juridictionnelle est également teintée d'accusatoire, dès lors qu'il va être question de départager les prétentions contradictoires de parties dont l'autonomie de la volonté reste, quelque soit le procès, une limite à l'office du juge. Autrement dit, si l'impératif de justice appelle une procédure juridictionnelle non dénuée d'inquisitoire, la nature même du procès entre parties induit logiquement une part d'accusatoire. En d'autres termes encore, et plus sommairement, plus le litige est objectif, plus la procédure est inquisitoire, car libérée de la stricte volonté des parties, et inversement. De plus, comme aucun procès ne soumet au juge un litige ni exclusivement objectif, ni exclusivement subjectif, la procédure juridictionnelle n'est ni exclusivement accusatoire, ni exclusivement inquisitoire.

La nature des intérêts en présence détermine donc bien, à ce stade de la procédure également, l'office du juge chargé de les départager. C'est la raison pour laquelle, à n'en pas douter, la procédure administrative contentieuse reste distincte de la procédure civile en ce qu'elle « *a son génie propre et se développe d'une façon indépendante* »¹⁰¹⁸. Il ne faut donc pas voir dans le rapprochement des procédures une uniformisation des offices, et ce d'autant plus que le juge administratif reste doté de certaines prérogatives sans équivalent. Pour reprendre les termes de R. Chapus, « *les juges civils, régis par un droit codifié, n'ont le pouvoir d'ordonner des mesures d'instructions que pour autant que le Code le leur confère. Alors que c'est du caractère inquisitorial de la procédure que résulte pour les juges administratifs le pouvoir de prescrire toutes mesures d'instruction utiles* »¹⁰¹⁹.

A l'inverse de la procédure civile, c'est le « *développement séparé et d'ailleurs largement jurisprudentiel du droit processuel administratif qui lui a donné le goût en même temps que la possibilité de l'originalité* »¹⁰²⁰. Au-delà de la maîtrise du juge administratif sur la mise en l'état du dossier, sa liberté à l'égard de l'administration des preuves est « *de nature à expliquer l'originalité profonde du rôle du juge et le champ d'action dont il dispose pour la mise en œuvre de son pouvoir inquisitorial* »¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, p. 492.

¹⁰¹⁹ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 323.

¹⁰²⁰ PACTEAU (B.), « Dualité de juridictions et dualité de procédures », *RFDA*, 1990, p. 752, spéc. p. 752.

¹⁰²¹ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 205.

Pour se convaincre de l'originalité persistante du contentieux administratif, il suffit de souligner, par exemple, le fait que le juge administratif, au contraire du juge civil, « *et quelle que soit la nature du contentieux, peut communiquer la requête dont il est saisi à toutes personnes (...) qu'il estime intéressées à l'affaire ou dont il croit pouvoir obtenir des éclaircissements utiles* »¹⁰²². De la même manière, les obligations de demandes de régularisation « *ne sont pas seulement remarquables par le fait qu'elles illustrent particulièrement bien le caractère inquisitorial de la procédure juridictionnelle administrative ; elles le sont aussi parce qu'elles n'ont pas d'équivalent en procédure civile* »¹⁰²³.

En définitive, il y a bien eu « *historiquement et très naturellement des inspirations fondamentalement communes à la justice judiciaire et à la justice administrative. (...) Il reste bien, et en quelque sorte au niveau organisationnel, une persistante tendance à la conservation du clivage entre procédure civile et procédure administrative* »¹⁰²⁴. Reste alors à s'intéresser aux fondements du caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse, dont la pluralité témoigne encore de la complexité de l'office du juge administratif, ne lui offrant néanmoins qu'une maîtrise imparfaite du déroulement de l'instance.

B. Des fondements pluriels

Si l'inégalité des parties en présence dans le procès administratif est souvent présentée comme la justification du caractère inquisitorial de la procédure **(1)**, il semble que ce soit davantage les enjeux d'un tel procès qui expliquent que le juge administratif dispose de prérogatives singulières au stade de l'instruction **(2)**.

1) L'inégalité des parties en présence

Un procès déséquilibré. Le déséquilibre du procès administratif relativement aux parties en présence justifie pour certains auteurs l'intervention du juge afin de compenser cette inégalité. Selon J.P. Colson notamment, « *non seulement le particulier occupe, le plus*

¹⁰²² CHAPUS (R.), art. préc., p. 308.

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 329.

¹⁰²⁴ PACTEAU (B.), art. préc., p. 754.

souvent, la position défavorable de demandeur à l'instance, mais cette situation est également aggravée du fait que c'est l'administration qui détient la plupart des moyens matériels de preuve nécessaires à la démonstration d'une illégalité »¹⁰²⁵. Face à cette situation, la réponse serait alors celle de l'inquisitorialité, permettant au juge administratif « de rééquilibrer la situation contentieuse en faveur de la partie la plus faible dans l'instance »¹⁰²⁶.

En contrepartie de la situation d'inégalité dans laquelle se trouveraient les parties, il appartiendrait « au juge d'intervenir pour exiger de l'administration ce que l'administré ne peut utilement lui demander »¹⁰²⁷. Concernant la charge de la preuve, le juge administratif mettrait « ses pouvoirs inquisitoriaux au service de l'équité (...) toujours conscient de l'inégalité du particulier demandeur et de l'administration défenderesse dans le dialogue contentieux »¹⁰²⁸.

Toutefois, si l'inégalité des parties peut constituer le fondement du caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse et qu'en « règle générale, ces pouvoirs d'instruction sont utilisés avec le souci chez le juge de corriger l'inégalité des parties dans le dialogue contentieux »¹⁰²⁹, il est possible de ne pas voir dans cette « inégalité foncière des plaideurs »¹⁰³⁰ le fondement exclusif d'un tel caractère.

Un fondement dépassé. Deux raisons principales semblent rendre nécessaires le dépassement du fondement théorique tiré du déséquilibre du procès administratif lié à l'inégalité des parties en présence. D'une part, si l'on ne peut qu'adhérer à l'idée selon laquelle, à l'inverse du procès civil, le procès administratif confronte des parties qui ne sauraient être considérées comme semblables, cette disparité n'implique plus nécessairement un déséquilibre des forces en présence au profit de l'administration. A l'heure actuelle, le requérant, assisté de son conseil, apparaît parfois mieux doté que certaines collectivités pour faire face aux arcanes du droit administratif, généralement entendu. La complexification croissante des contraintes normatives pesant sur l'action administrative la rend

¹⁰²⁵ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 11.

¹⁰²⁶ GOHIN (O.), « Procédure administrative », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1062, spéc. p. 1064.

¹⁰²⁷ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *EDCE*, 1970, p. 69, spéc. p. 77.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰²⁹ LE GARS (J.M.), « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requêtes – aspects français », *RA*, 1999, numéro spécial 7, p. 109, spéc. p. 112.

¹⁰³⁰ GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 40.

nécessairement plus vulnérable aux assauts des défenseurs d'un principe de légalité d'une rigidité parfois sévère. Associée à l'approfondissement continu du contrôle exercé par le juge de la légalité, la densification du réseau normatif dans lequel s'inscrivent les actes administratifs les fragilisent incontestablement en termes contentieux.

Il ne s'agit pas ici de dénoncer ce phénomène de complexification, intimement lié à la sophistication de l'intervention normative des personnes publiques impliquant naturellement un encadrement approprié, mais de souligner que la partie en difficulté lors d'un procès administratif n'est pas nécessairement celle que l'on imagine au premier abord. Il n'y a en effet « *pas de raison spéciale pour que le particulier ait plus de difficultés à réunir des preuves que n'en a, de son côté, l'administration* »¹⁰³¹. Il convient donc de se méfier de la facilité des généralités : l'administration n'est pas toujours en position de force, pas davantage que le particulier se trouve systématiquement en position de faiblesse. La multitude de physionomies du procès administratif, liée à la grande hétérogénéité des contentieux, ne permet pas de tirer des conséquences du fait que l'administration dispose de prérogatives qui impliqueraient une « *inévitabile et dangereuse inégalité des adversaires en présence* »¹⁰³².

D'autre part, et il convient de le souligner tout particulièrement, l'exercice de ses pouvoirs d'instruction par le juge administratif joue autant en faveur de l'administration que de l'administré. Plus exactement, il ne joue en faveur ni de l'un ni de l'autre. Qu'il s'agisse de clôturer l'instruction, de demander la production d'une pièce, ou encore d'ordonner une expertise, le juge administratif n'use jamais des prérogatives qui lui sont dévolues dans l'unique dessein de servir les intérêts du requérant. Tout au plus peut-il être regardé comme exerçant, d'une certaine manière, « *une fonction de régulation* »¹⁰³³, mais certainement pas comme cherchant à faire droit aux prétentions du demandeur, réputé être la partie « faible ». En d'autres termes, selon les mesures ordonnées et les pièces demandées, le pouvoir inquisitorial du juge administratif sert aussi bien les intérêts de l'administration que ceux du particulier ; le rééquilibrage de l'instance du fait des l'inégalité des parties en présence ne saurait dès lors en constituer le fondement exclusif.

¹⁰³¹ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 105.

¹⁰³² GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 41.

¹⁰³³ DUFOURCQ (B.), *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, op. cit., p. 38.

2) Les enjeux du procès administratif

Le contrôle de l'administration. Le contentieux administratif, de la légalité ou de la responsabilité, implique nécessairement de connaître des différentes formes de l'action administrative, qui doivent en principe rester guidées par l'intérêt général¹⁰³⁴. Du fait de la mise en œuvre de pouvoirs exorbitants du droit commun, le contrôle de l'action administrative, qu'il s'agisse d'en contrôler la légalité ou d'en compenser les effets, présente une certaine exigence d'efficacité, servie par le caractère inquisitorial de la phase d'instruction.

En effet, ce « *type de procédure, dans lequel l'intérêt de la société prime, présente l'avantage majeur d'une grande efficacité* »¹⁰³⁵. Les intérêts en présence, et notamment le principe de légalité et le respect des droits et libertés des administrés, supposent un juge administratif actif dans la procédure d'établissement des faits et de la mise en état du litige.

Cette recherche d'efficacité par l'émancipation de l'organe de contrôle quant aux moyens dont il dispose pour mener à bien sa mission peut également être considérée comme un « *vestige sans doute de la justice "retenue"* »¹⁰³⁶. Il est en effet possible de chercher à expliquer le caractère inquisitorial de la procédure « *par l'origine même du juge administratif qui, né au sein de l'administration, s'en est séparé tout en conservant à l'égard des services publics certaines prérogatives dont dispose normalement le supérieur hiérarchique* »¹⁰³⁷.

Toutefois, l'origine, à la supposer hiérarchique, de l'existence de tels pouvoirs inquisitoriaux ne saurait en tout état de cause suffire à en légitimer l'exercice dans les procès administratifs contemporains. En d'autres termes, si l'on peut voir dans l'exercice du pouvoir inquisitorial un résidu du contrôle hiérarchique, celui-ci ne saurait se réduire à ces racines lointaines. Et ce d'autant plus que la tendance actuelle étant à la généralisation d'une sorte d'inquisitorialité partagée par l'ensemble des juges administratif et judiciaire, ce caractère est devenu un attribut à part entière de la fonction juridictionnelle.

¹⁰³⁴ Cf. Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, EDCE n° 50, La Doc. fr.

¹⁰³⁵ AMBROISE-CASTEROT (C.), « Procédure accusatoire / Procédure inquisitoire », préc., p. 1061.

¹⁰³⁶ PACTEAU (B.), « Dualité de juridictions et dualité de procédures », *RFDA*, 1990, p. 752, spéc. p. 755.

¹⁰³⁷ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », art. préc., p. 69.

Il reste malgré tout un marqueur fort de la procédure administrative contentieuse, puisqu'il s'y exprime de manière exacerbée du fait des enjeux uniques véhiculés par le procès administratif. Ainsi, la procédure civile – bien qu'elle connaisse une évolution qu'il ne s'agit pas de nier – est avant tout guidée par le principe de l'autonomie de la volonté des parties, justifié par la nature privée des intérêts en présence. En ce sens, « *la justice civile est question d'intérêts privés et c'est aux représentants de ces derniers de fixer à leur guise le cours des débats* »¹⁰³⁸.

Le juge administratif est quant à lui contraint de rechercher un « *équilibre entre des enjeux et des intérêts de nature différente* »¹⁰³⁹, justifiant de ce fait les larges pouvoirs qui lui sont accordés pour notamment « *servir l'intérêt général* »¹⁰⁴⁰. Il est alors, grâce au caractère inquisitorial de la procédure contentieuse, « *à même d'exercer sur l'administration un contrôle plus approprié que ne le permettrait un débat contentieux dirigé par les parties* »¹⁰⁴¹.

Une exigence de vérité exacerbée. Si à l'évidence « *l'exigence de vérité (...) est au sein de l'exigence de justice* »¹⁰⁴², la découverte de la vérité constitue « *l'objectif principal de toute la procédure d'instruction en matière administrative* »¹⁰⁴³. Elle en constitue non seulement l'objectif principal mais en justifie également le caractère inquisitorial, dans la mesure où c'est « *toujours par un accroissement sensible des pouvoirs du juge que se traduit, en matière procédurale, l'exigence de vérité* »¹⁰⁴⁴. En d'autres termes, plus l'exigence de vérité est prégnante, plus le juge dispose de prérogatives importantes afin d'y accéder.

Dans tous les cas néanmoins, aucun juge « *ne peut s'abstenir de prendre les mesures nécessaires à une bonne intelligence du litige* »¹⁰⁴⁵, dès lors qu'il ne paraît pas envisageable de « *se satisfaire d'un juge privé de toute autre perception que de celles qui lui*

¹⁰³⁸ MELLERAY (F.), « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 277, spéc. p. 302.

¹⁰³⁹ LE GARS (J.M.), « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requêtes – aspects français », art. préc., p. 109.

¹⁰⁴⁰ MORAND-DEVILLER (J.), « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Economica, CERAP, 1991, p. 188.

¹⁰⁴¹ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », art. préc., p. 91.

¹⁰⁴² BERTRAND (F.G.), *La règle "non ultra petita" dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1974, p. 363.

¹⁰⁴³ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, LGDJ, 1965, n° 329.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, n° 325.

¹⁰⁴⁵ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), art. préc., p. 80.

parviendraient par le canal des parties »¹⁰⁴⁶. Si le juge, quel qu'il soit, en ce qu'il incarne une exigence de justice, doit nécessairement disposer des pouvoirs nécessaires afin de départager matériellement le vrai du faux, ce constat est exacerbé en contentieux de la légalité dès lors qu'il engendre un contrôle dont la nature ne saurait se satisfaire de l'expression de la vérité nécessairement relative des parties. Le juge prend alors, en ce qu'il dirige l'instruction, « *une part active dans la recherche de la vérité* »¹⁰⁴⁷, sans pour autant méconnaître la neutralité qui lui incombe. Ainsi, dans le procès administratif « *comme dans le procès pénal, la procédure est inquisitoire et la recherche de la vérité n'est pas uniquement le fait des parties* »¹⁰⁴⁸.

Si, « *à la neutralité du juge, correspond logiquement une certaine résignation à se contenter d'une vérité relative, inversement le désir d'aboutir à la découverte du réel, doit-il amener au choix d'une procédure inquisitoire* »¹⁰⁴⁹. Le fait de devoir arbitrer des prétentions antagonistes implique une neutralité absolue qui cède en quelque sorte lorsque la nature du litige dépasse le strict cadre des parties en présence. Le caractère inquisitorial de la procédure répond donc à l'idée « *selon laquelle l'instruction du procès et le déroulement des débats doit conduire plutôt à l'établissement de vérités objectives qu'à l'expression de positions et valeurs antagonistes* »¹⁰⁵⁰.

Un domaine de prédilection du recours pour excès de pouvoir. Le contentieux de la légalité constitue le domaine de prédilection de l'exercice du pouvoir inquisitorial du juge administratif. Bien que le recours à l'expertise se justifie le plus souvent en plein contentieux (subjectif), « *le pouvoir du juge administratif de faire verser diverses pièces au dossier apparaît spécifiquement lié au contentieux de l'excès de pouvoir* »¹⁰⁵¹.

Il convient dès à présent de se défaire de l'idée selon laquelle en plein contentieux « *l'inégalité des parties [serait] moins accusée et, par là même, l'intervention du juge moins justifiée* »¹⁰⁵². En effet, les parties – administration et administré – étant identiques en

¹⁰⁴⁶ BERTRAND (F.G.), *op. cit.*, p. 363.

¹⁰⁴⁷ ODOT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, p. 716.

¹⁰⁴⁸ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁰⁴⁹ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, n° 307.

¹⁰⁵⁰ OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, p.1, spéc. p. 67.

¹⁰⁵¹ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *EDCE*, 1970, p. 69, spéc. p. 84.

¹⁰⁵² COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 11.

contentieux de la légalité et en plein contentieux subjectif, l'on voit mal en quoi l'inégalité des parties, à la supposer établie, ne s'exprimerait pas de la même manière dans ces différents litiges. Ce n'est donc pas cette inégalité qui justifie le pouvoir inquisitorial du juge, puisque bien que les parties soient les mêmes, l'exercice de ce pouvoir diffère selon la nature du contentieux. Si le plein contentieux offre des procès nécessitant moins l'interventionnisme du juge que le contentieux de l'excès de pouvoir, cela tient certainement au fait que la nature des questions diffère fondamentalement, et que le rôle du juge y varie alors nécessairement¹⁰⁵³.

A cet égard, F. Ost estime qu'au « *règlement des conflits d'intérêt engageant l'ordre public et au contentieux de légalité est réservée la procédure inquisitoire qui consacre la maîtrise du juge et sur la décision et sur l'instruction du procès. En revanche, lorsque le contentieux est celui des droits subjectifs – règlement d'intérêts privés donc – le principe dispositif et la procédure accusatoire garantissent la maîtrise par les parties du déroulement de l'instance. Dans ce cas, le juge se maintient dans un rôle relativement neutre et passif* »¹⁰⁵⁴.

Si le recours pour excès de pouvoir « *constitue l'hypothèse contentieuse privilégiée de l'intervention inquisitoriale du juge administratif* »¹⁰⁵⁵ c'est en raison de la nature du litige en question, dont l'issue ne peut dépendre exclusivement de la contingence de la volonté ou de la diligence des parties. Ce sont en réalité les impératifs liés au contrôle de légalité des actes de l'administration qui impriment au contentieux administratif son caractère inquisitoire. Le contentieux de la légalité engendre une recherche – parfois vaine – de vérité absolue de la part du juge qui n'est pas seulement chargé de trancher des prétentions antagonistes, et implique de ce fait une maîtrise exacerbée de la procédure d'instruction.

La procédure administrative contentieuse présente incontestablement un caractère inquisitoire, dans sa manifestation la plus intacte, afin de servir efficacement les exigences inhérentes aux contentieux imprégnés des contraintes de l'intérêt général. Le contentieux de la légalité quant à lui justifie un juge d'autant plus maître de l'instruction et de l'établissement des faits en raison de l'exigence de vérité inhérente à un tel contentieux et de son détachement

¹⁰⁵³ Cf. *supra*. Partie I – Titre II – Chapitre I.

¹⁰⁵⁴ OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », art. préc., p. 65.

¹⁰⁵⁵ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 101.

de la volonté des parties en présence, transcendée par la dimension nécessairement objective de toute opération de contrôle.

Toutefois, le caractère inquisitorial de la procédure n'offre au juge qu'une maîtrise relative du déroulement de l'instance, celui-ci ne se départissant jamais totalement de la volonté des parties ni des contraintes pratiques liées à la dialectique de la preuve. Cet interventionnisme limité, cantonné qui plus est à la phase d'instruction du litige, ne permet pas de pallier la maîtrise quasiment absolue dont les parties disposent dans la détermination des éléments constitutifs de l'instance, lesquels commandent le déroulement décisif de la phase de jugement.

§2 : Une sujétion aux éléments constitutifs de l'instance déterminés par les parties

Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse est sans incidence sur l'absence de maîtrise qu'exerce le juge administratif sur la détermination des éléments constitutifs de l'instance (A) et ne permet dès lors pas de faire obstacle à ce que le procès administratif puisse essentiellement être considéré comme « la chose des parties » (B).

A. L'inanité de l'inquisitorialité sur la délimitation de l'instance

La maîtrise que peut exercer le juge administratif au stade de la mise en état du dossier et de la phase d'instruction est indifférente à la délimitation du litige du fait de l'indépendance procédurale des phases d'instruction et de jugement (1), les parties restant de ce fait maîtresses de la physionomie de l'instance (2).

1) L'indépendance procédurale des phases d'instruction et de jugement

Il s'agit d'une précision essentielle, en général assez peu mise en exergue. Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse régit uniquement la phase d'instruction du procès, et non pas la phase de jugement, cette phase d'instruction ayant seulement pour finalité « *de préparer et de rendre possible le jugement du litige* »¹⁰⁵⁶. Autrement dit, les pouvoirs élargis conférés au juge administratif ne lui permettent que de

¹⁰⁵⁶ DUFOURCQ (B.), *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, thèse, Poitiers, 2008, p. 16.

mettre le dossier en état d'être jugé et d'éventuellement réunir les pièces nécessaires à l'issue du litige, ou plus précisément à la résolution des seules questions soumises à son examen.

A cet égard, il est alors possible « *d'intégrer une distinction établie par les auteurs de droit judiciaire privé et tendant à distinguer d'un côté, l'action du juge dans la conduite du procès, et de l'autre, son action dans la maîtrise de la matière litigieuse et dans la fixation des éléments du litige* »¹⁰⁵⁷. La distinction classique qui oppose procédure accusatoire et inquisitoire ne permet pas de caractériser tous les aspects de l'office du juge puisqu'elle ne permet pas d'appréhender ses pouvoirs relativement à la matière même du litige, c'est-à-dire relativement au principe dispositif.

Procédure accusatoire et principe dispositif¹⁰⁵⁸ caractérisent la procédure civile en ce que – sous toutes les réserves et les évolutions précédemment évoquées – « *non seulement les parties délimitent le contenu factuel et juridique des prétentions soumises au juge, mais encore elles dirigent le déroulement même de la procédure* »¹⁰⁵⁹. En procédure administrative contentieuse, malgré le caractère inquisitorial de la procédure, le juge ne peut pas davantage « *bouleverser (...) les données de l'instance que les parties ont fixées* »¹⁰⁶⁰.

Afin d'éviter les abus de langage et les raccourcis terminologiques sources de confusion, H. Motulsky propose à tout le moins de procéder à « *une discrimination entre un principe inquisitoire "formel" et un autre, "matériel"* »¹⁰⁶¹, afin de distinguer entre les différentes phases du procès. En réalité, il n'existe pas de pouvoir inquisitoire « matériel », c'est-à-dire s'exprimant durant la phase de jugement et relativement à la délimitation de la matière litigieuse. La phase d'instruction s'avère en effet la seule « *phase de l'instance où les fonctions processuelles sont partagées entre le juge et les parties* »¹⁰⁶².

Si la procédure administrative contentieuse permet au juge de jouer un rôle actif durant la phase d'instruction du procès, son office reste largement déterminé par les parties

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁰⁵⁸ *Cf. supra.*

¹⁰⁵⁹ HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Monchrestien, 2006, n° 245.

¹⁰⁶⁰ DEBBASCH (C.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Contribution à l'étude de l'instance*, LGDJ, 1961, p. 118.

¹⁰⁶¹ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, chron., XVII, p. 91, spéc. p. 94.

¹⁰⁶² DUFOURCQ (B.), *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, *op. cit.*, p. 18.

durant « *la phase cardinale du procès* »¹⁰⁶³, à savoir la phase de jugement. D'ailleurs, quand bien même peut-il user des pouvoirs d'instruction dont il dispose pour nourrir et façonner le dossier, le magistrat ne peut le faire que dans la limite des éléments qui lui sont soumis. Le juge est donc en principe « *lié par le cadre du litige et il ne peut s'en évader malgré le caractère inquisitorial de la procédure administrative* »¹⁰⁶⁴.

2) La délimitation de l'instance par les parties

Alors qu'à « *première vue, dans une procédure inquisitoire, le principe selon lequel le juge se voit lui-même imposer l'immutabilité du litige devrait être sinon aboli, du moins atténué* »¹⁰⁶⁵, il n'en est rien. En effet, le juge, « *quel qu'il soit, n'a pas à transgresser la volonté des parties. Il est à leur service pour amener l'instance à sa solution. A cette fin, il se voit imposer les limites de l'instance et la chose qu'il juge est limitée par ce même cadre* »¹⁰⁶⁶.

Peu importe alors que la procédure d'instruction présente un caractère inquisitorial, celui-ci n'étant pas de nature à remettre en cause le constat selon lequel c'est au requérant de fixer le cadre initial de sa demande et de choisir les moyens et autres fondements juridiques sur lesquels il entend fonder sa prétention. Quel que soit le rôle du juge lors de la phase d'instruction, « *le procès dans le droit administratif français est d'abord la chose des parties, bien avant d'être celle du juge* »¹⁰⁶⁷. La primauté de la volonté des parties dans la détermination des éléments constitutifs de l'instance retentit naturellement sur la phase d'instruction du procès, qui est nécessairement conduite en adéquation avec les questions soumises au juge. Ainsi, tenu par le principe dispositif à ce stade également, le juge administratif n'ordonne en principe pas de mesure d'instruction relativement à des faits que les parties n'auraient pas invoqués.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰⁶⁴ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, p. 494.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 491.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

¹⁰⁶⁷ LE GARS (J.M.), « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requêtes – aspects français », *RA*, 1999, numéro spécial 7, p. 109, spéc. p. 109.

L'action du juge administratif en matière d'instruction « *reste aussi limitée par la conception étroite de sa mission dans le contentieux de la légalité* »¹⁰⁶⁸. Il peut en effet s'avérer « *surprenant de constater que le juge administratif fait un usage parfois modéré de son pouvoir d'instruction, eu égard à ce que l'on croirait pouvoir attendre d'une procédure inquisitoriale. Ainsi se refuse-t-il à ordonner une mesure d'instruction afin de soulever un moyen d'ordre public* »¹⁰⁶⁹. Le respect de la volonté des parties imprime donc également sa marque dans la phase d'instruction du procès, ce qui limite d'autant plus la marge de manœuvre du juge, et ce malgré ce que pourrait laisser croire au premier abord le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse.

En définitive, le juge administratif « *est le maître de l'instruction, dès lors que les parties en ont circonscrit les limites* »¹⁰⁷⁰. Ces limites sont généralement déterminées par « *le demandeur, à l'initiative de la saisine du juge, qui, par ses écritures, fixe dès le départ les limites du litige* »¹⁰⁷¹. Le caractère inquisitorial de la procédure d'instruction du procès administratif n'est donc pas de nature, ni en théorie, ni en pratique, à remettre en cause le principe selon lequel le procès reste malgré tout la chose des parties.

B. Un procès chose des parties

Affirmer que le procès administratif est la chose des parties impose d'y associer le rôle éminent alors conféré à leur représentant **(1)** car bien que le ministère d'avocat ne soit pas obligatoire en recours pour excès de pouvoir¹⁰⁷², cette dispense apparaît dans les faits largement théorique, aboutissant parfois à une confusion discutable des offices du juge et de l'avocat **(2)**.

1) Le rôle cardinal du ministère d'avocat

Fonction de conseil. Plus accessoire relativement à la question de la détermination de la matière litigieuse, la fonction de conseil de l'avocat n'en est pas moins primordiale pour le

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 109.

¹⁰⁶⁹ DUFOURCQ (B.), *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, *op. cit.*, p. 318.

¹⁰⁷⁰ DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *EDCE*, 1970, p. 69, spéc. p. 70.

¹⁰⁷¹ LE GARS (J.M.), *loc. cit.*

¹⁰⁷² Articles R. 431-2 et R. 431-3 du code de justice administrative.

bon fonctionnement de la justice administrative et la confiance que doit pouvoir lui porter le justiciable. Ce n'est en effet pas « *l'intérêt du justiciable de s'engager dans des procédures vaines, mangeuses de temps et d'argent, source de déception inutiles et qui, finalement, rejaillissent sur le fonctionnement tout entier du système et partant, sur le traitement, en temps utile, des requêtes qui, elles, sont sérieuses* »¹⁰⁷³.

Le rôle de l'avocat à cet égard n'est donc pas d'encourager la saisine juge, mais au contraire de l'éviter, du fait de l'inopportunité d'un procès ou de l'absence de toute chance de succès. L'avocat n'est alors plus « *seulement l'homme du procès, il se présente également et avant tout comme le conseil des administrés : le filtrage des recours fait partie de ses attributions, même s'il présente bien des difficultés et des incertitudes* »¹⁰⁷⁴.

En accomplissant cette « *tâche essentielle, mais combien délicate (...) de filtrer les recours ne reposant sur aucun moyen réel et sérieux* »¹⁰⁷⁵, l'avocat, tout en défendant à l'évidence l'intérêt du justiciable, se fait incontestablement l'auxiliaire¹⁰⁷⁶ d'une bonne administration de la justice. Savoir convaincre les parties de renoncer à un règlement juridictionnel de leur litige fait aussi partie des fonctions de l'avocat, qu'il convenait de souligner en ce qu'elle constitue également une illustration de ce que le procès est à l'entière disposition des parties.

Un vecteur du droit. Le procès ne peut être véritablement considéré comme la chose des parties que dans la mesure où elles emploient un langage suffisamment adapté à la nature juridictionnelle de leur demande. Certes, le juge sera en théorie tout aussi contraint de respecter l'expression de la volonté de parties qui n'auront pas choisi de se faire assister d'un avocat. Mais à n'en pas douter, seule une expression suffisamment précise et appropriée, tant sur le fond que sur la forme, de cette volonté permettra aux parties de demeurer totalement

¹⁰⁷³ BARTHELEMY (J.), « Le rôle de l'avocat au Conseil d'Etat », *RA*, 1999, numéro spécial 8, p. 127, spéc. p. 128.

¹⁰⁷⁴ DOUCÉLIN (M.), *Le ministère de l'avocat devant la juridiction administrative*, thèse, Paris I, 1980, p. 441.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 447.

¹⁰⁷⁶ V. pour une telle qualification l'article 3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* du 5 janvier 1972, p. 131, aux termes duquel : « *Les avocats sont des auxiliaires de justice. / Ils prêtent serment en ces termes : "Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité". / Ils revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession* ».

maîtresses de leur procès. La marge de manœuvre laissée au magistrat est en quelque sorte inversement proportionnelle au niveau d'expertise juridique dont vont faire preuve les parties.

A cet égard, l'avocat revêt le costume du « traducteur », qui colore juridiquement des prétentions le plus souvent dénuées de telles considérations. Il peut alors être regardé comme exerçant une « *fonction de médiation* »¹⁰⁷⁷, au premier sens du terme, en ce que c'est « *par lui que se traduit dans le droit positif du contentieux administratif (...) les demandes des justiciables* »¹⁰⁷⁸ et dans la mesure notamment où « *il adopte le langage qui convient dans le dialogue avec son juge* »¹⁰⁷⁹.

Il est alors aisé de transposer à l'ensemble des avocats les mots que réservent aux avocats aux Conseils J. Barthélémy, selon lesquels ils assurent « *la traduction des besoins de justice des usagers dans les termes les mieux adaptés à leur traitement* »¹⁰⁸⁰ par la juridiction administrative. Connaissant « *les usages de la maison et sachant parler son langage* »¹⁰⁸¹, l'avocat constitue une figure essentielle du procès dès lors qu'il en détermine les tenants et les aboutissants. Le représentant des parties a le plus souvent bien conscience que « *s'il n'avait pas conseillé d'introduire la requête, le juge n'aurait peut-être jamais eu l'occasion de se prononcer et que s'il n'avait pas invoqué le moyen adéquat, le juge n'aurait, le plus souvent, pas pu le relever d'office* »¹⁰⁸². Son rôle « *tend à croître au fur et à mesure que s'atténue celui du juge* »¹⁰⁸³ et il existe une sorte d'effet miroir entre l'office du représentant des parties et celui du juge.

Dispense. Evoquer le rôle cardinal de l'avocat dans la délimitation de l'office du juge nécessite d'aborder, ne serait-ce que brièvement, les cas de dispense de ce ministère, en recours pour excès de pouvoir tout particulièrement. A l'évidence, il ne faudrait pas que « *le coût de l'avocat risque de dissuader l'administré de saisir le juge* »¹⁰⁸⁴; et il semble que ce soit des préoccupations tout aussi nobles d'accessibilité au prétoire du juge administratif qui

¹⁰⁷⁷ BARTHELEMY (J.), « Le rôle de l'avocat au Conseil d'Etat », art. préc., p. 130.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ LYON-CAEN (A.), « L'avocat devant le juge administratif et l'Etat de droit. Un mineur en voie d'émancipation », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 473, spéc. p. 474.

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 473.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 484.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 482.

justifient la persistance du principe de dispense du ministère d'avocat en contentieux de la légalité.

Pour autant, aussi louables que soient de telles justifications théoriquement parlant, « *force est de reconnaître aujourd'hui que l'intervention de l'avocat n'est plus seulement utile, mais est devenue le plus souvent nécessaire en fait devant le juge administratif* »¹⁰⁸⁵. A l'évidence, les « *requérants ne gagnent pas toujours à se passer des services d'un professionnel du droit* »¹⁰⁸⁶. Certes, il est de coutume que le requérant agissant sans le ministère d'avocat bénéficie d'une certaine bienveillance du juge, celui-ci s'autorisant alors à des interprétations plus audacieuses des écritures. Il ne saurait toutefois réécrire purement et simplement la requête, le plus souvent naturellement indigente juridiquement parlant. L'on pourrait alors légitimement se demander s'il n'y a « *pas quelque malice à dispenser dans certains cas l'administré du concours d'un avocat si l'échec de son action est uniquement dû à une argumentation défectueuse* »¹⁰⁸⁷.

Collaboration. L'avocat constitue bien davantage qu'une « *aide précieuse* »¹⁰⁸⁸ pour le juge administratif, dont la tâche se trouve en général grandement facilitée par son intervention. Au-delà de cet aspect des choses, l'avocat conditionne largement l'office du juge en ce qu'il « *participe à la confection du dossier dans lequel le magistrat puisera les éléments d'information* »¹⁰⁸⁹ et qu'il lui appartient de décider de soumettre à son office certaines questions, et pas d'autres, auxquelles il conviendra de répondre explicitement, sans pour autant pouvoir s'en émanciper.

Les avocats assurent donc « *un double rôle devant les Tribunaux Administratifs. Ils y représentent leurs clients dont ils assurent la défense des intérêts, mais aussi, ils assistent le juge dont ils constituent un interlocuteur privilégié* »¹⁰⁹⁰. Et si l'on peut d'une certaine manière considérer qu'ils « *se doivent de faciliter la tâche du magistrat en lui permettant de*

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 485.

¹⁰⁸⁶ WEIDENFELD (K.), « Exposé introductif : "A la recherche de l'effcience du contentieux administratif" », *JCP A*, 25 juillet 2005, 1292, n° 20.

¹⁰⁸⁷ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 496.

¹⁰⁸⁸ DOUCELIN (M.), *Le ministère de l'avocat devant la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 447.

¹⁰⁸⁹ BENICHOE (E.), *Les avocats devant les tribunaux administratifs*, thèse, Paris, 1958, p. 87.

¹⁰⁹⁰ DOUCELIN (M.), *op. cit.*, p. 370.

réunir tous les éléments de fait et de droit »¹⁰⁹¹, ils se doivent également de garder à l'esprit qu'ils maîtrisent pleinement les éléments de l'instance et demeurent de ce fait les jalons du procès administratif.

Assurément, le procès administratif – de la légalité tout particulièrement – n'est pas la chose du juge, mais bien la chose des parties, et donc de leur conseil, lequel concourt nécessairement de ce fait à l'effectivité du principe de légalité ; les chances de succès d'un procès administratif dépendent grandement de ses compétences. Dès lors, une *« collaboration saine et efficace des avocats et du juge administratif, qui devrait servir au mieux les intérêts du justiciable, passe donc par une meilleure formation des avocats à la cour au contentieux administratif »*¹⁰⁹².

2) Un enchevêtrement des offices

Un rouage de l'Etat de droit. Du fait du peu de prise laissée au juge de la légalité sur la délimitation de l'instance, le rôle de l'avocat devient alors primordial en termes d'efficacité du contrôle juridictionnel exercé sur l'action administrative. Le rôle des avocats relativement à l'Etat de droit est double puisqu'ils participent à la fois à la garantie de son existence mais également à la progression de sa substance. En effet, les avocats, et les avocats aux Conseils alors plus particulièrement en tant qu'ils s'adressent à la juridiction suprême, peuvent être amenés à suggérer, et donc à participer, à la genèse *« d'un de ces arrêts de principe qui marquent un jalon important dans la progression de l'Etat de droit »*¹⁰⁹³. Ils doivent alors faire preuve à la fois d'inventivité juridique et d'une certaine force de suggestion afin d'inciter *« le juge à ne pas se laisser séduire par la facilité, toute relative qu'elle soit, de la seule application des règles existantes »*¹⁰⁹⁴.

L'avocat porte à la fois un *« regard extérieur au juge et à l'administration, mais en même temps intimement familier, avec le droit qu'ils créent ou qui les régissent, exprimant les demandes de novation [des] justiciables contemporains, assoiffés d'équité et de justice, plus*

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 371.

¹⁰⁹² GAULMIN (P.), *Le ministère d'avocat devant le juge administratif*, thèse, Aix-en-Provence, 1996, p. 330.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 477.

déterminés que par le passé à ne pas s'en laisser compter par la puissance publique »¹⁰⁹⁵. A n'en pas douter donc, l'avocat constitue un acteur essentiel du procès administratif et participe de ce fait activement à la réalisation du principe de légalité, dont reste garant en dernier lieu le juge de l'excès de pouvoir.

Aborder la question de la physionomie de l'instance et donc du rôle respectif de chacun de ses acteurs ne pouvait se dispenser de développements relatifs au ministère d'avocat, dont la mission, parfois négligée d'un côté comme de l'autre de la barre, est d'assurer « un jugement conforme aux intérêts du justiciable lésé dans ses droits, [et] par là-même, assurer le respect de la légalité »¹⁰⁹⁶.

Alors que ce sont, en amont de tout litige et de manière à en prévenir la survenance, « vers les avocats que les collectivités locales se tournent pour chercher conseil »¹⁰⁹⁷, cette « participation de l'avocat à l'œuvre de justice se poursuit tout au long de l'instance »¹⁰⁹⁸. Il déclenche tout autant qu'il évite le procès, en détermine les contours et la substance, tout en assurant la bonne compréhension par les justiciables et l'administration. Il n'est probablement pas inutile de souligner alors la « discordance entre la mission de service public qui est ici celle de l'avocat et son statut de profession libérale »¹⁰⁹⁹. Mais il s'agit là d'une toute autre question.

Si l'avocat exerce sans conteste une « mission de collaborateur du service public de la justice administrative »¹¹⁰⁰, il convient néanmoins de « ne pas confondre (...) la profession du juge avec celle de l'avocat »¹¹⁰¹. Alors que s'ils peuvent converger, les intérêts propres de l'avocat – donc des parties – et du juge en tant que garant de la légalité, peuvent tout aussi bien foncièrement diverger. Plus clairement, l'administration peut avoir tout intérêt à défendre

¹⁰⁹⁵ BARTHELEMY (J.), « Le rôle de l'avocat au Conseil d'Etat », art. préc., p. 131.

¹⁰⁹⁶ GAULMIN (P.), *op. cit.*, p. 333.

¹⁰⁹⁷ LYON-CAEN (A.), « L'avocat devant le juge administratif et l'Etat de droit. Un mineur en voie d'émancipation », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 473, spéc. p. 480.

¹⁰⁹⁸ GAULMIN (P.), *op. cit.*, p. 332.

¹⁰⁹⁹ LYON-CAEN (A.), art. préc., p. 486.

¹¹⁰⁰ BARTHELEMY (J.), « Le rôle de l'avocat au Conseil d'Etat », art. préc., p. 128.

¹¹⁰¹ ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 20 juin 1995, numéro spécial, p. 117, spéc. p. 129.

une décision dont elle a parfaitement conscience de l'illégalité, mais un justiciable également¹¹⁰².

Il faut donc se garder de confier à l'avocat, dans une propension inadaptée à son office, les clés du procès administratif. Sa mission ne se confond pas avec celle du juge de la légalité, et ce bien qu'il y collabore de manière certaine. Conférer indirectement à l'avocat une mission de contrôle de l'administration n'est donc pas une situation tenable, tant elle contrevient à l'essence même de l'instance et de la place que doivent occuper ses différents acteurs, ayant chacun leurs tâches et leurs intérêts propres.

Limites. La pratique quotidienne de la première instance permet de partager aisément encore aujourd'hui le constat selon lequel malgré des efforts considérables de spécialisation des formations en droit administratif, les avocats « *sont encore trop peu nombreux à en avoir une connaissance et une pratique suffisantes pour que l'on puisse admettre aujourd'hui que l'avocat joue devant le juge le rôle qui devrait être le sien* »¹¹⁰³.

Il ne faudrait pas négliger les « *besoins en avocats publicistes que requiert l'Etat de droit pour la grande masse des administrés* »¹¹⁰⁴, ni occulter non plus la densification des spécialisations en droit public et du caractère généralement adapté de l'argumentaire développé devant le juge administratif. Sans se méprendre sur la portée du propos, il s'agit simplement de souligner les particularités du contentieux administratif et de l'office des juges administratifs, qui justifient incontestablement un effort et une volonté de spécialisation de l'avocat qui souhaiterait y exercer sa fonction de manière efficace. En effet, l'assistance de l'avocat, « *garantie constitutionnellement, devrait permettre la réalisation des droits de la défense. Toutefois, ceci nécessite de la part de cet auxiliaire de justice une connaissance suffisante de la procédure administrative contentieuse, ce qui n'est pas toujours le cas* »¹¹⁰⁵.

Au-delà donc des intérêts parfois divergents du juge de la légalité et de l'avocat, ce dernier joue incontestablement un rôle déterminant dans l'issue du procès administratif, et il y aurait eu quelque hypocrisie à ne pas évoquer à ce sujet le manque de spécialisation de

¹¹⁰² L'on songe par exemple au pétitionnaire d'un permis de construire contesté par un tiers.

¹¹⁰³ LYON-CAEN (A.), art. préc., p. 478.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ GAULMIN (P.), *Le ministère d'avocat devant le juge administratif*, op. cit. p. 326.

certaines conseils qui compromettent les chances de succès de la partie qu'ils représentent, laquelle ne bénéficie pas davantage de la bienveillance limitée dont le juge pourrait vouloir faire preuve à son égard. Du fait du rôle prédominant des parties dans la détermination des éléments constitutifs de l'instance, les avocats disposent nécessairement des prérogatives qui conditionnent l'issue du procès. Ils leur incombent dès lors, parfois malgré eux, un rôle de gardien de la légalité qui devrait pourtant appartenir en premier lieu au juge dont c'est la fonction essentielle.

Conclusion de la Section I. En ce que les parties et leur conseil restent largement maîtres des conclusions et des moyens dont ils saisissent le juge de la légalité, le procès demeure incontestablement à leur disposition, et ce malgré le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse durant la phase d'instruction, préalable à la phase de jugement. Le cadre de l'instance reste « la chose des parties » et le juge administratif de la légalité doit alors pouvoir être considéré comme le spectateur d'un procès dont l'essence lui échappe dans l'ensemble.

Cet état de fait contraste pourtant avec l'évolution générale de l'office du juge administratif, et plus particulièrement du juge de la légalité, qui se voit reconnaître toujours plus de pouvoirs, n'hésitant plus à substituer son appréciation à celle de l'administration. Il ne se départit toutefois jamais véritablement de l'expression contentieuse de la volonté des parties, laquelle peut pourtant compromettre tant les chances de succès du procès que l'efficacité du principe de légalité.

SECTION II

UN POUVOIR DE REJET PARACHEVÉ

Ces deux dernières décennies ont assurément été témoin d'un bouleversement de l'office du juge administratif, et de manière peut-être plus significative encore, de celui du juge de la légalité. A la lumière de cette évolution saisissante par certains aspects, l'enchaînement de l'office du juge à la volonté des parties lorsqu'il s'agit d'annuler un acte illégal peut apparaître comme paradoxal, voire même désuet.

Le pouvoir de rejet dont dispose le juge de la légalité a connu une sophistication certaine (§1), alors que son pouvoir d'annulation, bien qu'assorti dorénavant de prérogatives en assurant l'efficacité, nécessiterait le parachèvement de son évolution afin d'émanciper pleinement le juge des obstacles qui s'opposent à l'accomplissement de son office (§2).

§1 : Une sophistication aboutie du pouvoir de rejet

La perfection technique du pouvoir de rejeter les requêtes dont dispose le juge de la légalité doit être considérée comme aboutie en ce que l'annulation apparaît dorénavant comme une solution ultime (A), l'ensemble des prérogatives juridictionnelles restant orientées vers la solution n'impliquant pas la censure d'un acte administratif (B).

A. L'ultimité de l'annulation

Les hypothèses de sauvegarde de l'acte administratif initialement illégal se sont multipliées et leur utilisation s'est généralisée (1), au nom d'un pragmatisme juridictionnel légitimant un accroissement des pouvoirs du juge (2).

1) L'annulation quintessenciée

Neutralisations de motifs. Les décisions à pluralité de motifs offrent au juge de la légalité plusieurs instruments lui permettant de purger l'acte de ses illégalités intrinsèques afin de le faire survivre à son contrôle, « *dans des conditions telles que la décision, après avoir été*

jugée, ne sera plus tout à fait ce qu'elle était initialement »¹¹⁰⁶. Depuis la jurisprudence *Perrot*¹¹⁰⁷, le juge de la légalité n'a plus à chercher quels motifs de la décision sont « déterminants » et lesquels doivent être considérés comme « surabondants ». Il doit simplement s'assurer, avant de neutraliser le ou les motifs illégaux de la décision, que l'administration aurait pris la même décision en se fondant exclusivement sur le ou les motifs considérés comme légaux – voire simplement non contestés par le requérant.

Le juge de la légalité exerce ici d'office un pouvoir qui relève de la pleine juridiction ; il doit alors « *résulter de l'instruction* » que si l'administration n'avait initialement retenu que le motif supposé légal, elle aurait pris la même décision. L'exercice de cette prérogative n'a pas à être expressément sollicité par les parties, dès lors qu'il « relève » de l'office du juge, presque aussi naturellement que le bon sens. A noter également que cet exercice ne nécessite pas l'obligation d'en informer les parties, conformément à l'article R. 611-7 du code de justice administrative¹¹⁰⁸, le juge n'étant alors pas considéré comme relevant d'office un moyen susceptible de fonder sa décision¹¹⁰⁹. Dans ses conclusions sur cet arrêt *Nuridin*, I. de Silva estime que cette situation est très différente des hypothèses de substitution de motifs ou de base légale, nécessitant une information préalable des parties, puisque dans l'hypothèse d'une neutralisation de motif illégal, l'ensemble des motifs de la décision est connu des parties et soumis à la discussion dans le cadre de la procédure contradictoire, et ce dès l'origine.

Cette pratique de la neutralisation de motif est courante, voire abusive dans certaines circonstances, lorsqu'elle conduit finalement le juge à statuer *a minima*. C'est en effet le cas lorsqu'après avoir considéré qu'un des motifs de la décision est légal, le juge se contente de constater que l'administration aurait pris la même décision en se fondant sur ce seul motif, neutralisant alors de fait – et « *en tout état de cause* » selon la formule consacrée – les autres motifs de la décision. La délicatesse d'un moyen, ou de l'appréciation des pièces, justifie parfois une telle utilisation de la neutralisation de motif, qui consiste à ne pas se prononcer

¹¹⁰⁶ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 1123.

¹¹⁰⁷ CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances c. Dame Perrot*, n° 70951, p. 39 ; *AJDA*, 1968, p. 179, concl. J. Kahn.

¹¹⁰⁸ « *Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'Etat, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué (...)* »

¹¹⁰⁹ CE, 14 janvier 2005, *Nuridin*, n° 253519, T. p. 1063.

expressément sur la légalité d'un moyen avant de le paralyser. Le plus souvent toutefois, la bonne administration de la justice commande de vider le litige autant que faire se peut, et par suite de se prononcer expressément sur la légalité de l'ensemble des motifs soumis à examen.

Dans le même sens, il ne faut pas omettre de considérer les difficultés d'exécution que peuvent engendrer, tant pour l'administration que les particuliers, ces motivations à éclipses, dont l'efficacité juridictionnelle n'a d'égale que l'opacité juridique. Cette pratique de la neutralisation de motifs expéditive ne devrait donc constituer que l'exception à la règle selon laquelle seul un motif déclaré illégal peut être neutralisé. Il s'agit certainement là d'un vœu pieux, tant les réalités des contentieux – de masse notamment – l'emportent naturellement, au quotidien, sur les idéaux d'une justice irréprochable.

Substitution de motifs. Le deuxième instrument offert au juge administratif¹¹¹⁰ ayant à connaître de la légalité d'une décision administrative à pluralité de motifs potentiels consiste en la substitution de motifs¹¹¹¹. Il s'agit pour le juge de l'excès de pouvoir, en dehors de toute hypothèse de compétence liée¹¹¹², de substituer au motif erroné sur lequel repose la décision attaquée, un motif la justifiant légalement¹¹¹³. Pour reprendre la formulation de principe, l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision. Il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif. Dans l'affirmative, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le

¹¹¹⁰ A noter que cette prérogative a été reconnue au juge du plein contentieux, statuant sur la légalité d'une sanction, par la décision CE Sect., 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France* ; concl. I. de Silva, *CJEG*, n° 586, avril 2002, p. 230.

¹¹¹¹ Cf. de manière générale sur cette question : CLOUZOT (L.), *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, 2012.

¹¹¹² V. pour des illustrations de l'état antérieur de la jurisprudence sur cette question : CE, Sect., 26 mai 1950 *Société Laitière provençale*, p. 314 ; CE, Sect., 16 novembre 1962, *Société industrielle de tôlerie*, p. 608, *AJDA*, 1963, p. 170 ; CE, 22 juin 1955, *Société civile Dervallières*, p. 352 ; CE Ass., 8 janvier 1971, *Dame Desamis*, p. 19, *AJDA*, 1971, p. 297.

¹¹¹³ CE, Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, n° 240560, p. 48 ; *RFDA*, 2004, p. 740, concl. I. de Silva ; *AJDA*, 2004, p. 436, chron. F. Donnat et D. Casas ; *RDP*, 2005, p. 530, note C. Guettier ; *JCP A*, 2005, repères n° 5, note G. Pélissier ; *DA*, 2004, n° 51, note D. Chabanol ; *LPA*, 18 octobre 2004, n° 208, p. 9, note F. Melleray. *Abj.* CE, Sect., 23 juillet 1976, *URSSAF du Jura*, p. 362 ; *AJDA*, 1976, p. 416, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius ; *RA*, 1976, p. 607, concl. (contraires) P. Dondoux.

requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué, le juge peut procéder à la substitution demandée.

Le juge de l'excès de pouvoir doit être saisi d'un moyen en défense en ce sens, plus ou moins explicitement d'ailleurs, l'interprétation des écritures permettant parfois de s'affranchir de l'absence de toute demande expresse de substitution pour déceler dans les écritures de l'administration la volonté de faire valoir un nouveau motif propre à justifier sa décision. Il semble que la limite d'un tel procédé se situe, comme bien souvent, au niveau du respect du principe du contradictoire : il pourra être fait droit à une telle demande implicite de substitution seulement dans la mesure où le requérant aura été en mesure d'en discuter utilement.

De plus, le juge doit être saisi en ce sens d'une demande émanant de l'administration qui a édicté l'acte litigieux, elle seule étant en mesure d'apprécier l'opportunité d'une telle substitution¹¹¹⁴. Le magistrat n'étant toutefois jamais tenu de faire droit à une telle demande, quand bien même serait-elle fondée en droit. Il s'agit là de préserver malgré tout la possibilité de certaines annulations encore considérées, très probablement à juste titre, comme pédagogiques, et donnant l'image d'un équilibre de l'instance préservé.

La substitution de motif offre au juge de la légalité « *le pouvoir de refuser d'annuler une décision dont l'illégalité ne fait pourtant aucun doute* »¹¹¹⁵. Les effets de la neutralisation et de la substitution de motifs sont à cet égard identiques puisqu'ils aboutissent « *à la correction juridictionnelle de l'acte par son rattachement au motif adéquat* »¹¹¹⁶. A n'en pas douter, le processus de substitution « *repose donc en grande partie sur une fiction consistant à reconstituer virtuellement le processus d'édition de la décision* »¹¹¹⁷.

Substitution de base légale. La virtualité du pouvoir de rejet dont dispose le juge de l'excès de pouvoir s'exprime aussi clairement lorsqu'il décide d'écarter le fondement juridique erroné sur lequel repose la décision attaquée pour lui substituer le fondement

¹¹¹⁴ CE, 5 février 2014, *Société Pludis*, n° 367815.

¹¹¹⁵ CLAEYS (A.), « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », in *Mélanges J.F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 299, spéc. p. 300.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, p. 306.

¹¹¹⁷ *Ibid.*

juridique adéquat¹¹¹⁸. En effet, selon la formulation devenue usuelle à la suite de la clarification de la jurisprudence, lorsqu'il constate que la décision contestée devant lui aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur le fondement d'un autre texte que celui dont la méconnaissance est invoquée, le juge de l'excès de pouvoir peut substituer ce fondement à celui qui a servi de base légale à la décision attaquée, sous réserve que l'intéressé ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait du être prononcée.

La substitution de base légale « relève » de l'office du juge de la légalité, c'est-à-dire qu'il peut y procéder d'office, sous réserve d'avoir mis à même les parties de présenter leurs observations sur ce point¹¹¹⁹. Toujours donc à la condition de respecter le principe cardinal de la contradiction, le juge de la légalité dispose du pouvoir de soulever d'office des « moyens » afin d'assurer la sauvegarde d'un acte initialement illégal et ainsi rejeter le recours en annulation formé devant lui. L'on commence à cet égard à percevoir la grande sophistication de l'office du juge de la légalité, en ce qui concerne le pouvoir de rejet dont il dispose.

Sursis à statuer. Plus récemment l'office du juge de la légalité s'est encore sophistiqué quant aux hypothèses de survie de l'acte administratif initialement illégal. Il s'agit des instruments offerts par les articles L. 600-5-1¹¹²⁰ et L. 600-9¹¹²¹ du code de l'urbanisme, qui reprennent en quelque sorte le procédé de l'annulation conditionnelle, déjà proposé par le commissaire du gouvernement Lamy à l'occasion de ses conclusions sur l'arrêt *Vassilikiotis*¹¹²².

Ainsi, le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé

¹¹¹⁸ Pouvoir que le juge de l'excès de pouvoir s'est reconnu de longue date. V. pour des illustrations : CE Sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau*, p. 57, *AJDA*, 1961, p. 75 ; CE, 7 juillet 1976, *Epoux Arnaud*, t. p. 1069 ; CE, 7 octobre 1987, *Plas*, t. p. 892 ; CE Ass., 8 avril 1987, *Procopio*, p. 139, *AJDA*, 1987, p. 472 ; ou encore, CE, 23 décembre 1988, *commune de Romans-sur-Isère*, p. 471.

¹¹¹⁹ CE Sect., 3 décembre 2003, *El Bahi*, p. 479 ; concl. J.H. Stahl, *AJDA*, 2004, p. 202 ; chron. F. Donnat et D. Casas, *RDP*, 2004, p. 354 ; obs. C. Guettier, *RFDA*, 2004, p. 733 ; *EDCE*, 2004, n° 55, p. 43.

¹¹²⁰ Article introduit par l'article 2 de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme.

¹¹²¹ Article introduit par l'article 137 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi ALUR.

¹¹²² CE Ass., 26 juin 2001, *Vassilikiotis*, n° 213229, p. 303, préc.

par un permis modificatif peut, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation. Si un tel permis modificatif est notifié dans ce délai au juge, celui-ci statue après avoir invité les parties à présenter leurs observations. Cette possibilité est désormais également ouverte en cas de conclusions dirigées contre un schéma de cohérence territoriale, un plan local d'urbanisme ou une carte communale.

Incontestablement ces nouvelles prérogatives contentieuses s'inscrivent dans la même lignée que celles abordées précédemment, à savoir optimiser le potentiel de sauvegarde de l'acte administratif illégal. Dans ces dernières hypothèses, le juge agit en dehors de toute demande en ce sens, il soulève clairement d'office des conclusions tendant au sursis à statuer dans l'attente d'une régularisation de l'acte, et ce afin d'épargner à l'administration – mais également au justiciable d'une certaine manière – une annulation « évitable ». Il s'agit d'une prérogative remarquable, certes particulièrement circonscrite au contentieux de l'urbanisme dont on connaît les spécificités¹¹²³, mais qui méritait tout de même d'être soulignée eu égard au paroxysme du phénomène de sophistication du pouvoir de rejet du juge de la légalité qu'elle illustre particulièrement.

2) L'efficacité dogmatisée

Au nom d'un réalisme juridictionnel louable et d'une volonté d'efficacité légitimement érigée en dogme, le processus de « *substitution salvatrice* »¹¹²⁴ ou encore de neutralisation permet de « *faire l'économie d'annulations "doctrinales"* »¹¹²⁵, répondant ainsi à « *la préoccupation d'éviter de prononcer des annulations inutiles ou néfastes* »¹¹²⁶. En effet, la mise en œuvre de ce « *pouvoir le plus radical* »¹¹²⁷ que constitue l'annulation d'un acte administratif, « *si elle garantit l'apurement de l'ordonnancement juridique par la disparition de l'acte illégal, présente parfois les inconvénients des procédés radicaux* »¹¹²⁸. La « *synthèse des divers procédés utilisés à ce jour pour atténuer le lien entre illégalité et annulation* »¹¹²⁹

¹¹²³ Cf. NICOUD (F.), *Du contentieux administratif de l'urbanisme*, PUAM, 2006.

¹¹²⁴ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 1125-2.

¹¹²⁵ *Ibid.*, n° 1123.

¹¹²⁶ SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA*, 2004, p. 963.

¹¹²⁷ *Ibid.*

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ *Ibid.*

témoigne naturellement du « *souci de placer l'intervention du juge sous le signe de l'utilité* »¹¹³⁰ et d'une « *approche se voulant réaliste et pragmatique, consistant à renoncer à censurer l'administration, s'il s'avère que c'est inutile* »¹¹³¹.

C'est au nom de cette conception renouvelée de l'office du juge de la légalité, « *pour qui toute illégalité ne conduit pas automatiquement à l'annulation de la décision attaquée* »¹¹³², qu'ont été imaginés, de manière prétorienne pour la plupart, ces instruments contentieux faisant du juge dit de « l'annulation », l'un des meilleurs alliés de la légalité sauvegardée. Et il ne saurait être question, d'une manière ou d'une autre, de dénoncer ces divers procédés qui participent, d'une manière rénovée, à la prévalence tant du principe de légalité que de celui de sécurité juridique. En évitant au juge d'avoir à prononcer des annulations « *qui, justifiées en droit, s'avèrent être inopportunes car inutiles* »¹¹³³, les pouvoirs de substitution et de neutralisation dont il est question offrent « *une triple économie de temps et de charge contentieuse : pour l'administration, pour le requérant, pour le juge* »¹¹³⁴.

L'objet de ces développements est de mettre en perspective le panel d'instruments contentieux mis à la disposition du juge de la légalité afin de purger un acte de ses illégalités initiales ; et ce, sans que la volonté du requérant, ni l'interdiction de principe de saisine d'office, n'y fassent obstacle. Le juge de la légalité peut en effet se saisir d'office de conclusions et de moyens afin d'éviter d'annuler un acte dont l'illégalité peut être corrigée. N'y a-t-il pas alors quelque déséquilibre à ne pas faire preuve d'autant de créativité et d'audace lorsqu'il est question d'annuler un acte irrévocablement illégal ?

L'ensemble de ces éléments permettent de considérer que les prérogatives dont dispose le juge de la légalité sont en réalité, et à quelques nuances près, majoritairement orientées vers le rejet de la requête.

¹¹³⁰ ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11, spéc. p. 17.

¹¹³¹ *Ibid.*

¹¹³² DONNAT (F.) et CASAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *DA*, mai 2004, p. 9, spéc. p. 11.

¹¹³³ CLAEYS (A.), « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », art. préc., p. 301.

¹¹³⁴ DE SILVA (I.), « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *RFDA*, 2004, p. 740.

B. Des prérogatives juridictionnelles orientées vers le rejet

Un rejet priorisé. Le juge de la légalité apparaît, en quelque sorte, suffisamment « armé » pour prononcer le rejet des requêtes dont il est saisi. En effet, l'ensemble des instruments contentieux à sa disposition, qui viennent d'être brièvement abordés, permettent de préserver l'existence d'un acte initialement illégal, en rejetant les conclusions en annulation dirigées contre lui.

Ces techniques, si elles présentent les avantages et la légitimité des solutions pragmatiques, posent néanmoins la question de « *la nécessaire sauvegarde par le juge de l'équilibre des relations contentieuses. Comment, en effet, le juge pourrait-il atteindre cet objectif s'il renonce à censurer des illégalités commises par l'administration dans l'exercice de son pouvoir de décision ?* »¹¹³⁵. L'impression donnée par l'économie du procès administratif ne doit jamais être celle d'un juge plus enclin à favoriser la position de l'administration que celle du justiciable. Et pour éviter un tel écueil, il est nécessaire de rester vigilant à la préservation de l'équilibre général des pouvoirs dont dispose le juge de l'excès de pouvoir. Car si procéder à une substitution de motif ne dessert pas le requérant qui fera au final l'économie d'une nouvelle décision défavorable à son encontre, l'annulation d'un acte administratif irrémédiablement illégal ne le desservirait pas davantage, alors d'ailleurs « *que la décision peut continuer à s'élaborer devant le juge, ce qui est loin d'attester en amont du bon travail de l'administration et ne l'invite guère à la sévérité avec elle-même* »¹¹³⁶.

La finalité de ces nouvelles prérogatives dévolues au juge de la légalité, ce nouvel office, n'est assurément pas de favoriser les hypothèses de rejet, mais plus noblement d'optimiser l'intervention juridictionnelle en l'inscrivant dans le contexte, parfois complexe, de la procédure d'édition des normes. Pour autant, il s'avère que ce mouvement de raffinement de l'office du juge de la légalité pourrait apparaître dans l'ensemble comme étant orienté vers le rejet de la requête en annulation, puisque c'est « *seulement en vue de justifier*

¹¹³⁵ CLAEYS (A.), « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », art. préc., p. 300.

¹¹³⁶ DARCY (G.), « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Mélanges J. Morand-Deville*, Montchrestien, 2008, p. 287, spéc. p. 299.

une décision de rejet [que] le juge a la faculté de relever d'office des moyens qui ne sont pas d'ordre public »¹¹³⁷.

L'exercice de son pouvoir d'annulation par le juge de l'excès de pouvoir ne doit devenir ni exceptionnel, ni parcimonieux, mais répondre pleinement tant aux exigences du principe de légalité que celui de l'égalité des armes. En ce sens, innovation jurisprudentielle et créativité juridictionnelle devraient faire l'objet de la même force de proposition s'agissant de l'optimisation du pouvoir d'annulation du juge de la légalité. A cette fin, pour *« être plus crédible auprès des administrés et plus efficace, le juge de la légalité doit certainement exploiter toutes les armes que lui procure l'origine administrative de sa juridiction et sa propre formation »¹¹³⁸.*

Il paraît alors nécessaire de mettre en œuvre les procédés permettant d'éviter l'annulation d'actes administratifs illégaux *« avec la plus grande retenue. Il en va de la crédibilité de la justice administrative, qui serait affaiblie par des marques trop nombreuses de bienveillance envers la puissance publique. Plus largement, les patients progrès de la soumission de l'administration au droit, dont le juge administratif s'enorgueillit légitimement, seraient à terme anéantis si les autorités administratives bénéficiaient trop aisément de mécanismes effaçant ou neutralisant leurs illégalités »¹¹³⁹.* En effet, si *« le juge apparaît trop souvent comme bienveillant pour une administration donnant au requérant l'impression qu'elle "découvre" un motif à seule fin d'échapper à la sanction juridictionnelle, il y a un risque que vacille la confiance que ce dernier fait à son juge administratif »¹¹⁴⁰.*

Par ailleurs, l'ensemble des conditions de recevabilité constituent des questions d'ordre public dont le juge peut se saisir d'office. Il s'empare ici pleinement et activement de son pouvoir de rejeter une requête, avant même d'en avoir examiné le bien-fondé. Il doit certes en avertir les parties par le mécanisme des invitations à régularisation, qui ne sont rien d'autre que la soumission classique au principe du contradictoire d'un moyen relevé d'office. Il peut également préférer rejeter le recours au fond, pour faire « reste de droit » selon

¹¹³⁷ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 357.

¹¹³⁸ DUPONT-MARILLIA (F.), *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, thèse, Clermont-Ferrand, 1995, p. 477.

¹¹³⁹ SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA*, 2004, p. 963, spéc. p. 5.

¹¹⁴⁰ CHABANOL (D.), « Du nouveau dans la substitution de motifs », *DA*, 2004, n° 51, p. 26, spéc. p. 27.

l'expression consacrée. Toujours est-il qu'il s'agit là d'un signe supplémentaire du déséquilibre qui touche les pouvoirs d'intervention du juge de la légalité, privilégiant d'une certaine manière les hypothèses de rejet à celles d'annulation.

Nuances. Le propos ne saurait toutefois faire l'économie de la nuance et de la retenue. Il ne s'agit pas de dénoncer de manière grossière un juge de la légalité qui chercherait systématiquement et de manière prioritaire à rejeter les recours en annulation dont il est saisi. Que l'on songe tant à l'interprétation bienveillante des écritures, qui est toujours privilégiée, qu'aux invitations à régularisation, et bien entendu aux moyens d'ordre public, le juge de l'excès de pouvoir dispose aussi d'instruments lui permettant d'assurer la recevabilité de la requête, voire son bien-fondé. A cet égard, « *le juge administratif se refuse ainsi à un formalisme excessif* »¹¹⁴¹ et tend à mettre en œuvre de manière équilibrée les pouvoirs dont il est investi.

Simplement, il semble que l'on ne retrouve pas – ou pas avec la même acuité tout du moins – le mouvement de perfectionnement et de raffinement du pouvoir d'annulation tel qu'il se manifeste à l'égard du pouvoir de rejet. Il ne faudrait pas qu'en faisant ainsi « *prévaloir des considérations d'efficacité ou de continuité de l'action publique sur le respect du principe de légalité* »¹¹⁴², le juge soit conduit « *à renoncer à sa mission fondamentale* »¹¹⁴³, à savoir, s'agissant du juge de la légalité, annuler les actes administratifs illégaux.

§2 : La sophistication inachevée du pouvoir d'annulation

Si le principe de « l'effet utile » a justifié certaines évolutions de l'office du juge de la légalité afin d'assurer l'effectivité de son pouvoir d'annulation, sa mise en œuvre reste imparfaite **(A)** et appelle, de fait, un parachèvement de l'office du juge de l'annulation **(B)**.

¹¹⁴¹ WEIDENFELD (K.), « Exposé introductif : "A la recherche de l'efficience du contentieux administratif" », *JCP A*, 25 juillet 2005, 1292, n°9.

¹¹⁴² SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA*, 2004, p. 963, spéc. p. 5.

¹¹⁴³ *Ibid.*

A. La recherche imparfaite de « l'effet utile »

La recherche de l'efficacité des annulations, si elle est à l'évidence légitime et nécessaire (1), ne saurait toutefois suppléer l'inanité de certains recours en annulation, pourtant fondés (2).

1) L'efficacité recherchée des annulations

Réalisme et pragmatisme. Qu'il s'agisse du pouvoir d'injonction dont la loi du 8 février 1995¹¹⁴⁴ a investi le juge de l'excès de pouvoir, que de la refonte du régime des référés, par la mise en place notamment du référé-suspension par la loi du 30 juin 2000¹¹⁴⁵, le législateur a su doter le juge de la légalité d'instruments procéduraux propres à assurer la crédibilité de l'exercice de son pouvoir d'annulation en entérinant une « *nouvelle approche du procès objectif* »¹¹⁴⁶.

D'aucuns conviendront que doté du pouvoir d'assurer l'efficacité des annulations qu'il prononce, le juge administratif est devenu « *un véritable juge plus qu'un simple censeur des irrégularités* »¹¹⁴⁷. C'est certainement la raison pour laquelle le plein contentieux objectif connaît l'essor qui est le sien ces dernières années. S'il est possible de considérer que c'est « *par lui que passent le progrès du contrôle juridictionnel de l'administration et le parachèvement de l'Etat de droit* »¹¹⁴⁸, cela ne concerne que les pouvoirs dont dispose le juge une fois l'illégalité de la décision établie, et non pas les prérogatives qu'il détient pour censurer une telle illégalité.

L'on assiste manifestement à une « *profonde mutation* »¹¹⁴⁹ de l'office du juge de la légalité « *faisant la part moins belle à une conception transcendantale et absolue du principe de légalité pour mieux appréhender les différents paramètres utiles à une décision*

¹¹⁴⁴ 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.

¹¹⁴⁵ 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.

¹¹⁴⁶ BAILLEUL (D.), « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*

¹¹⁴⁸ WOEHRLING (J.M.), « La redécouverte du plein contentieux », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle* (colloque du quarantième anniversaire des tribunaux administratifs), PUF, 1995, p. 247, spéc. p. 258.

¹¹⁴⁹ BAILLEUL (D.), *loc. cit.*

juridictionnelle équilibrée et juste »¹¹⁵⁰. Ce sont ces préoccupations qui président également à l'avènement du pouvoir de modulation de la rétroactivité des annulations¹¹⁵¹, laquelle s'apparente d'ailleurs depuis toujours à « *une pure fiction, car il n'appartient à aucune puissance humaine d'empêcher que ce qui a existé ait existé* »¹¹⁵².

En permettant au juge de la légalité, sous certaines conditions, de s'émanciper de la « *logique abstraite et parfois dévastatrice d'une annulation rétroactive* »¹¹⁵³, le Conseil d'Etat fait assurément preuve de pragmatisme, du même qui a certainement conduit à la construction de solutions aussi inédites que singulières, lorsqu'il va s'agir de moduler les effets de la décision rendue. Il est ici fait référence aux célèbres arrêts *Vassilikiotis* et *Titran* de 2001¹¹⁵⁴ dans lesquels le Conseil d'Etat indique dans le dispositif de sa décision que l'annulation prononcée « *comporte (...) les obligations énoncées aux motifs de la présente décision* ». En d'autres termes, il indique, avec l'impératif de la force exécutoire, à l'autorité administrative ce qu'implique concrètement la mise en œuvre de la chose qui vient d'être jugée.

Cette innovation jurisprudentielle, témoignant si besoin en était de toute la créativité et de l'audace dont le Conseil d'Etat sait faire preuve, a pu être qualifiée, non déraisonnablement, de « *pratique d'injonction d'office* »¹¹⁵⁵. La juridiction suprême indique en effet de manière impérative à l'administration une marche à suivre pour assurer la bonne exécution de la chose jugée et ce, en dehors de toute conclusion en ce sens. Bien qu'il soit possible de discuter du fait qu'il s'agisse ou non véritablement de conclusions soulevées d'office – puisqu'il ne s'agit au final que d'explicitier les motifs qui constituent le soutien nécessaire du dispositif, lesquels sont en tout état de cause revêtus de la chose jugée – ces solutions illustrent malgré tout parfaitement l'idée selon laquelle le Conseil d'Etat peut savoir faire preuve de flexibilité lorsque certains principes théoriques heurtent les nécessités de la réalité juridictionnelle.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ CE, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886, p. 197, préc.

¹¹⁵² ODOT (R.), concl. sur CE, 27 mai 1949, *Véron-Réville*, GP, 1949, II, p. 34.

¹¹⁵³ BAILLEUL (D.), *loc. cit.*

¹¹⁵⁴ CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassiliokotis*, n° 213229, p. 303, concl. F. Lamy, préc. ; CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509, p. 411, préc.

¹¹⁵⁵ BROUELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA*, mars 2004, p. 8.

L'annulation suspendue. Dans le même arrêt *Titran*, la Haute juridiction module temporellement les effets de l'annulation qu'elle prononce afin que l'administration prenne les mesures nécessaires au rétablissement de la légalité. Là encore, alors que l'annulation n'est pas véritablement évitée et que ce n'est pas un rejet qui est prononcé, le juge laisse à l'autorité administrative la possibilité de régulariser les actes illégaux dont l'abrogation a été demandée et illégalement refusée.

Ainsi, alors même que l'illégalité est avérée et ne saurait être purgée dans la cadre de l'instance, l'annulation n'est pas systématique. Encore une fois, il n'est pas question de remettre en cause le bien-fondé de telles solutions, empreintes de réalisme. Simplement, elles permettent de mettre en exergue une fois encore le déséquilibre dont est marqué l'office du juge de la légalité, qui use de tous les ressorts pour éviter de prononcer une annulation, en circonscrire voire en neutraliser les effets, sans pour autant exploiter de manière aussi aboutie les potentialités des recours qui lui sont soumis.

Le pouvoir d'annulation du juge de la légalité, lorsqu'il le met en œuvre, est aujourd'hui bien loin de se réduire à la censure rétroactive de cet acte illégal qui sera censé n'avoir jamais existé. Modulée, conditionnée, reportée, l'annulation d'un acte est marquée par une légitime volonté d'ajustement et de précision, dont l'objectif est d'en assurer pleinement, mais seulement, « l'effet utile ». Toutefois, si les subtilités de la mise en œuvre du pouvoir d'annulation tendent à en assurer la performance, l'efficacité des recours en annulation ne fait quant à elle pas preuve des mêmes efforts de maximation, alors pourtant que leur inefficacité quant à la censure d'un acte assurément illégal apparaît irrévocable.

2) L'efficacité sacrifiée des recours en annulation

Lorsque la recherche de l'effet utile d'un recours en annulation est négligée par le juge c'est son efficacité qui est sacrifiée dans la mesure où la défaillance des parties prime de manière irrévocable la fonction de contrôle qui incombe au juge. Concrètement lorsqu'un requérant voit son recours rejeté parce qu'il ne demande pas « de la bonne manière » l'annulation d'un acte administratif illégal, il n'existe pas véritablement de solution de « rattrapage » qui permettrait de relativiser la gravité du rejet d'une requête pourtant fondée.

L'inexistence de ce qu'il convient donc d'appeler, par commodité de langage, des solutions de « rattrapage », vient essentiellement du fait que la survivance des actes administratifs illégaux au contrôle du juge administratif a pour origine, dans les hypothèses qui nous occupent, la défaillance de l'argumentation du requérant. Or, quelles que soient les alternatives envisagées, cette défaillance à conduire efficacement l'instance dont les parties restent maîtresses ne saurait être utilement compensée.

L'appel. Tout d'abord, la solution que pourrait constituer le double degré de juridiction ne sera efficace qu'à supposer que les parties rectifient elles-mêmes et dans la mesure de ce que leur permet la requête d'appel, la teneur de leur demande. En d'autres termes, si à « *chaque degré de juridiction son office propre* »¹¹⁵⁶, il n'en reste pas moins que le juge d'appel « *ne peut rien faire de plus que ce qu'aurait pu ou dû faire le juge de premier ressort* »¹¹⁵⁷.

L'origine de l'inopérance de l'intervention du juge de la légalité se situant dans la formulation inefficace de leurs prétentions par les requérants, l'appel ne saurait offrir une solution à la survivance des actes administratifs illégaux dès lors que le juge d'appel reste tout autant enserré dans les limites de l'instance que son prédécesseur. Qu'il s'agisse de la première instance ou de l'appel, si le requérant ne soulève pas le moyen qui est fondé, le juge ne pourra d'aucune manière le faire à sa place, à moins bien sûr qu'il ne s'agisse d'un moyen d'ordre public. La voie de l'appel n'offre donc pas davantage qu'un deuxième examen de la demande, telle qu'elle est formulée. Et si ce deuxième degré de juridiction peut parfois permettre de corriger l'omission du juge de première instance de n'avoir pas retenu un moyen d'ordre public fondé, cette hypothèse reste sans incidence sur les cas des annulations possiblement fondées sur un moyen ordinaire non soulevé par le requérant.

De plus, la faculté pour le requérant de rectifier des écritures stériles reste largement marginale puisque le « *litige est, d'une certaine manière, figé en première instance* »¹¹⁵⁸. Quand bien même peut-il soulever un moyen nouveau fondé sur une cause juridique invoquée

¹¹⁵⁶ GILTARD (D.), « L'office du d'appel et le double degré de juridiction », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 425, spéc. p. 439.

¹¹⁵⁷ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 362.

¹¹⁵⁸ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, p. 173.

dès la première instance, cela ne permettrait pas de pallier les conséquences liées au fait qu'il ne le fasse justement pas, ni en première instance, ni en appel.

Par ailleurs, et à titre d'illustration de l'irrecevabilité des conclusions nouvelles en appel¹¹⁵⁹, ne pourra pas être demandée l'annulation totale d'une décision dont seule l'annulation partielle avait été demandée en première instance¹¹⁶⁰. Il apparaît alors que « *des conclusions nouvelles présentées en appel sont irrecevables alors même qu'elles seraient fondées sur un moyen d'ordre public* »¹¹⁶¹. Les défaillances, du juge et des parties, restent donc les mêmes en première instance qu'en appel. Si cette voie de recours peut permettre de pallier certaines insuffisances, à l'initiative du juge ou du requérant, il n'en reste pas moins qu'elle ne saurait être considérée comme une réponse à la problématique dont il est question.

La demande d'annulation par ricochet. Ce que l'on pourrait qualifier de voies « détournées » pour neutraliser les effets d'un acte administratif illégal sont tout aussi inefficaces en ce qu'elles restent des instruments à l'entière discrétion des parties, tant dans leur mise en œuvre que dans leur teneur. Qu'il s'agisse de passer par une demande de retrait ou d'abrogation, par un recours en appréciation de légalité ou une déclaration d'inexistence afin de contourner les effets de la forclusion, le problème des limites du contrôle juridictionnel reste entier. Ces alternatives permettent seulement, le cas échéant, de contester la légalité d'un acte en dehors des délais de recours contentieux.

De même, il sera toujours possible d'exciper de l'illégalité d'un acte réglementaire dans l'hypothèse de la tardiveté d'un recours par voie d'action. Pour autant, bien que ces solutions permettent de concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique en offrant de nouvelles occasions de contrôle au juge, elles ne lui permettent toutefois pas de soulever d'office tout moyen ou conclusion de nature à purger l'illégalité d'un acte. Si la forclusion « *paralyse l'action en annulation, par l'obstacle d'une fin de non-recevoir qui est un refus d'examiner au fond, elle ne purge pas le règlement de ses vices par cet effet de*

¹¹⁵⁹ Pour une confirmation de cette irrecevabilité, y compris en cas d'évocation : CE, 21 mars 2011, *SCI Les Thermes marins*, n° 332281.

¹¹⁶⁰ CE, 20 novembre 1981, *Raginia*, *AJDA*, 1982, p. 93.

¹¹⁶¹ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 473, citant à cet effet : CE, 22 juin 1956, *Pujol*, T. p. 736 – CE, Sect., 5 juillet 1968, *Ministre des anciens combattants*, p. 421 : le ministre « *n'est pas recevable à présenter devant le juge de cassation des conclusions qui n'ont pas été soumises aux juges du fond, alors même qu'il invoque à l'appui de ces conclusions un moyen d'ordre public* ».

*guérison miraculeuse que produisent de plus en plus difficilement d'ailleurs les prescriptions, les amnisties et les validations »*¹¹⁶².

La demande d'indemnisation. Si un recours en indemnisation peut être l'occasion de se prévaloir de l'illégalité d'un acte, l'annulation, « *sanction de l'illégalité, est une sanction rigide et brutale, alors que la réparation, sanction de la responsabilité, est une sanction souple et nuancée. Illégalité et responsabilité sont deux notions indépendantes* »¹¹⁶³. En d'autres termes, quand bien même le requérant défailant en recours pour excès de pouvoir rectifierait utilement ses écritures lors d'une demande ultérieure d'indemnisation, celle-ci ne saurait satisfaire les exigences inhérentes au principe de légalité. A cette occasion, « *l'action en responsabilité se conjugue avec l'annulation pour servir de sanction à l'illégalité* »¹¹⁶⁴. Néanmoins, la réparation subjective des préjudices directement liés à un acte administratif illégal ne permet pas un plein accomplissement de l'office du juge de la légalité, lequel n'est pas chargé de réparer les préjudices subis, mais de faire disparaître un tel acte de l'ordonnement juridique.

D'une certaine manière, chaque « *progrès de la responsabilité administrative contribue à la construction de l'Etat de droit, dans la mesure où c'est une façon à la fois de soumettre l'administration et ses agents au droit et d'assurer la sécurité des particuliers dans leurs relations avec l'Etat* »¹¹⁶⁵. Mais l'engagement de la responsabilité pour faute de l'administration ne constitue pas un palliatif satisfaisant à l'impossibilité pour le juge de la légalité d'annuler un acte administratif illégal de son propre chef.

Une saisine avortée. En ne permettant pas au juge de conférer de son propre chef une portée utile aux recours en annulation, leur efficacité se trouve sacrifiée à l'aune de principes généraux inadaptés aux spécificités de l'office du juge de la légalité. Aucune des alternatives qui viennent d'être brièvement évoquées ne permet de pallier les travers induits par la maîtrise que détiennent les parties sur la matière litigieuse, puisqu'aucune ne permet au juge de s'en émanciper.

¹¹⁶² DAËL (S.), *Contentieux administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, p. 127.

¹¹⁶³ DELBEZ (L.), « De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité », *RDP*, 1932, p. 441, spéc. p. 490.

¹¹⁶⁴ CAVARE (L.), « Le recours pour excès de pouvoir en droit international public », in *Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 63, spéc. p. 72.

¹¹⁶⁵ LOCHAK (D.), *La justice administrative*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1998, p. 116.

Multiplier les possibilités de saisine permet de multiplier les hypothèses dans lesquelles, potentiellement, l'administré « *se fait l'auxiliaire de la hiérarchie administrative et de la légalité* »¹¹⁶⁶. Mais il faudrait également potentialiser les effets de cette saisine, déjà exceptionnelle en un certain sens puisque seule une très faible proportion des actes administratifs est effectivement soumise au contrôle du juge de la légalité. Soit « *dissuasion psychologique, soit difficultés financières, soit obstacles procéduraux, le juge bien souvent, ne sera pas saisi ou le sera trop tard, faute pour le requérant d'avoir connu à temps l'acte irrégulier ou les subtilités de la technique juridique, qui lui feront découvrir par ailleurs que l'administration trouve dans la loi l'autorisation d'enfreindre des normes dont il croyait pourtant qu'elles étaient inviolables* »¹¹⁶⁷.

La « défaillance » du requérant est donc toute relative : il a déjà franchi les obstacles, nombreux et variés, qui se dressent sur le chemin qui le mène au juge. Bien qu'imparfaitement ou inefficacement, le justiciable a eu le mérite d'oser saisir le juge, alors qu'il le craint parfois autant qu'il en espère. Pourtant, aussi dommageable qu'une telle solution soit pour lui et l'édifice normatif, le magistrat se refusera à tirer une quelconque conséquence de l'illégalité que lui révèle le dossier, sacrifiant ainsi l'efficacité d'une saisine devenue vaine.

B. Un parachèvement attendu de l'office du juge de l'annulation

Refuser au juge de la légalité de donner tout son effet utile au recours en annulation dont il est saisi, en s'émancipant le cas échéant des écritures des parties, éprouve sa crédibilité juridictionnelle **(1)** et génère par ailleurs un procès administratif à la physionomie déséquilibrée **(2)**.

1) Une crédibilité éprouvée

Un contrôle densifié. La retenue dont fait preuve le juge à l'égard des écritures dont il est saisi peut apparaître paradoxale au regard de la densification du contrôle, tant qualitative que quantitative, auquel il se livre néanmoins. L'on songe ici à « *la multiplication des actes*

¹¹⁶⁶ REDOR (M.J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica-PUAM, 1992, p. 270.

¹¹⁶⁷ JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris, 1976, p. II.

sur lesquels le juge exerce son contrôle »¹¹⁶⁸ ainsi qu'à l'accroissement du « nombre et de la qualité des règles auxquelles l'administration doit se référer »¹¹⁶⁹.

S'emparant des actes de gouvernement¹¹⁷⁰, réduisant à peau de chagrin la catégorie des mesures d'ordre intérieur¹¹⁷¹, multipliant les hypothèses de contrôle normal au détriment de l'erreur manifeste d'appréciation¹¹⁷², le juge de la légalité n'a pas hésité à densifier considérablement la portée de son contrôle, en améliorant ainsi indéniablement l'effectivité. L'office du juge apparaît marqué « tout à la fois par une grande prudence et par une certaine audace. (...) L'office de ce juge prudent est d'aller vite et d'être efficace. L'audace est celle qui conduit le même juge administratif, dans l'exercice des plus communes de ses compétences, à repousser les limites de son action, pour exercer un contrôle plus aigu et plus large de l'administration »¹¹⁷³.

« Pièce maîtresse du contrôle de légalité, (...) dont le haut degré de perfection du contrôle n'est plus à démontrer »¹¹⁷⁴, le juge administratif constitue l'élément « indispensable pour donner au contrôle de légalité son entière dimension »¹¹⁷⁵. Pour autant, ce juge qui a su s'émanciper du spectre du juge-administrateur et assume dorénavant pleinement de substituer ses propres décisions à celles de l'administration « respecte ailleurs les apparences d'une liberté qui joue au profit du maintien d'une situation illégale »¹¹⁷⁶.

¹¹⁶⁸ PEISER (G.), « Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 517, spéc. p. 519.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 523.

¹¹⁷⁰ CE, 23 octobre 1953, *Huckel*, p. 452 ; CE, 28 mai 1937, *Decerf*, p. 534 ; CE, 28 mars 1947, *Gombert*, p. 138 ; CE, 8 janvier 1988, *Communauté urbaine de Strasbourg*, p. 2 ; CE, 15 octobre 1993, *Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*, p. 267 ; CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*, p. 483.

¹¹⁷¹ CE, 3 novembre 1989, *Pitaluge*, T. p. 772 ; CE, 15 janvier 1992, *Cherbonnel*, p. 19 ; CE, 25 janvier 1991, *Vigier*, p. 29 ; CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, p. 389 ; CE, 10 février 1995, *Riehl* ; CE, Ass., 15 février 1995, *Marie et Hardouin* (deux espèces), p. 84 ; CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault et Boussouar* (deux espèces), pp. 474 et s. ; CE, 21 mai 2014, *Mme Guimon*, n° 359672, p. 139 ; *GP*, 2014, n° 176, p. 16, note M. Guyomar ; *JCP A*, 2015, n° 11, 2073, note H. Pauliat.

¹¹⁷² Pour le dernier exemple en date : CE, Ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704, p. 279 ; *JCP A*, 2014, n° 5, p. 149, note C. Vautrot-Schwartz ; *DA*, 2014, n° 2, comm. 11, A. Duranthon ; *LPA*, 2014, n° 25, p. 6, note A. Charron ; *AJFP*, 2014, n° 1, p. 5, concl. R. Keller ; *AJFP*, 2014, p. 11, note C. Fortier ; *RFDA*, 2013, p. 1175, concl. R. Keller ; *JCP A*, 2014, n° 35, 2241, note D. Bailleul.

¹¹⁷³ DONNAT (F.) et CASAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *DA*, mai 2004, p. 9, spéc. p. 12.

¹¹⁷⁴ DUPONT-MARILLIA (F.), *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, thèse, Clermont-Ferrand, 1995, p. 513.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 511.

¹¹⁷⁶ BERTRAND (F.G.), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1974, p. 383.

Une retenue paradoxale. Alors que le juge de l'excès de pouvoir est en principe mu par une logique censoriale, il « *voit sa mission se transformer et tendre vers un office de justice distributive* »¹¹⁷⁷. L'évolution de son office pérennise malgré tout une marge de manœuvre « *particulièrement réduite car les moyens d'annulation doivent être invoqués par le demandeur à l'instance* »¹¹⁷⁸.

Alors que « *sont réunies apparemment toutes les conditions nécessaires pour que le justiciable obtienne application intégrale à sa situation de la règle de droit, cela lui est refusé pour des raisons tendant à des circonstances accidentelles* »¹¹⁷⁹. La retenue dont fait preuve le juge à l'égard de l'expression de la volonté des parties tient à la conception de son office, axé sur la résolution d'un litige, au détriment de l'exercice d'une fonction de contrôle, reléguée au second plan. Cette pusillanimité hypothèque également la crédibilité de son intervention dès lors que « *des requérants faisant l'objet de décisions identiques [pourront] obtenir un résultat opposé puisque seul celui qui aura eu l'idée de soulever le bon moyen l'emportera* »¹¹⁸⁰. Dans ces conditions, l'absence de réelle maîtrise du juge sur le droit effectivement applicable – et ce malgré le « *principe de l'apanage du juge sur le droit* »¹¹⁸¹ – peut apparaître « *peu conforme au principe d'égalité des justiciables devant la justice. En effet, que devient la partie insuffisamment conseillée en droit ? Qu'advient-il alors de la vertu de justice qu'il s'agit aussi de réaliser ?* »¹¹⁸².

Bien que « *constituant un instrument essentiel de juridicité de l'action administrative, le contrôle de légalité, en particulier sous sa forme juridictionnelle, est insuffisant pour assurer le respect de la règle de droit* »¹¹⁸³. Si « *après tout, le meilleur juge du monde ne peut*

¹¹⁷⁷ MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001, p. 95.

¹¹⁷⁸ LE GARS (J.M.), « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requêtes – aspects français », *RA*, 1999, numéro spécial, p. 109, spéc. p. 114.

¹¹⁷⁹ FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 441 ; à propos de cas d'inefficacité du recours résultant notamment du dualisme juridictionnel, mais dont le parallèle peut aisément être établi avec les hypothèses dont s'agit.

¹¹⁸⁰ LE GARS (J.M.), *loc. cit.*

¹¹⁸¹ FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463, spéc. p. 471.

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ WHOERLING (J.M.), « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », *RFAP*, 1983, n° 25, p. 134, spéc. p. 151.

donner que ce qu'il a »¹¹⁸⁴, comment justifier qu'il ne confère pas le plein effet au constat d'illégalité que peut lui révéler l'examen d'un dossier ? Assurément, le juge de la légalité ne dispose que d'une efficacité perfectible qui a pour origine un procès administratif marqué par un déséquilibre pourtant corrigible.

2) Un procès administratif déséquilibré

Un juge censeur. Le fait pour le juge de la légalité de s'emparer pleinement de sa fonction de contrôle passe tout d'abord par un certain « retour aux sources » d'un juge censeur. Le juge de la légalité doit annuler, de manière rétroactive, les actes administratifs illégaux qu'un requérant soumet à son examen. Le fait qu'il puisse, par l'ensemble des instruments précédemment évoqués, éviter cette annulation ou en atténuer les effets ne doit pas faire perdre de vue qu'il ne doit s'agir que de dérogations circonscrites au principe de l'annulation. En d'autres termes, cette « *valorisation moderne de la dimension constructive du recours pour excès de pouvoir ne saurait pourtant occulter sa fonction traditionnelle* »¹¹⁸⁵.

Il s'agit là du « *trait spécifique dominant des attributs décisionnels du juge de l'excès de pouvoir : sanctionner l'illégalité, à travers l'annulation de tout acte administratif contraire à la règle juridique de degré supérieur* »¹¹⁸⁶. Il ne faudrait alors pas que le juge de la légalité apparaisse « *comme un personnage aberrant qui fait à peu près tout sauf ce qui devrait constituer la fonction dont il est investi* »¹¹⁸⁷. Il convient donc de revaloriser et de redynamiser le pouvoir d'annulation dont le juge administratif est investi et qui justifie à proprement parler son existence. Cela implique une redistribution des rôles au sein de l'instance, afin que chaque acteur du procès administratif de la légalité y occupe pleinement la place qui est la sienne, tout en sachant que la « *coopération du juge et des parties n'est pas seulement un vœu. Elle est une exigence du droit positif* »¹¹⁸⁸.

Un juge spectateur. Schématiquement, le procès administratif apparaît déséquilibré du fait de la valorisation du pouvoir de rejet au détriment de celui de l'annulation. Il l'est

¹¹⁸⁴ CAMBIER (C.), « Au-delà et en deçà de la juridiction », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, t. 2, p. 453, spéc. pp. 454-455.

¹¹⁸⁵ BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, p. 724.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 49.

¹¹⁸⁷ PANAZZA (J.P.), *Le juge administratif et l'ordonnancement juridique*, thèse, Montpellier, 1972, p. 349.

¹¹⁸⁸ BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 225, spéc. p. 238.

également du fait de la prédominance de la notion de litige sur celle de contrôle induisant une distribution des rôles pervertie. Il peut alors être légitime à ce stade de se demander, à l'instar de J. Robert, « *quel doit être exactement le rôle du juge ? Faut-il qu'il limite sa fonction à la seule écoute des argumentations des parties ou est-il nécessaire qu'il soit doté de larges pouvoirs d'intervention dans la procédure afin de que l'affaire soit mise en état et jugée par lui dans les meilleures conditions ?* »¹¹⁸⁹. A n'en pas douter – et cela ne saurait être le sens de notre propos – le juge de la légalité « *n'est ni un cow-boy, ni un caïd, ni un justicier* »¹¹⁹⁰, pas davantage un « *redresseur de torts [ou] un ange exterminateur* »¹¹⁹¹.

Toutefois, à supposer même que l'on « *ne gagne pas, même au nom de l'efficacité, à sortir de son rôle ou de son milieu* »¹¹⁹², il semble en revanche que l'on ait tout à gagner à s'emparer pleinement des exigences de sa fonction. Et il se trouve que le juge a pour « *fonction de dire le droit et non pas de se contenter d'arbitrer passivement un échange d'arguments. Aussi une modification des mentalités doit s'opérer parmi les juristes ; le litige ne doit plus être la chose des parties. (...) La fonction de juger est de dire le droit, tel qu'il est, et non pas tel que les parties ont pu le présenter dans leur argumentation plus ou moins maladroite* »¹¹⁹³.

Le rôle du requérant est quant à lui de se plaindre d'une situation, de faire valoir en quoi il se sent lésé, mais « *ce n'est pas à lui de diriger le juge dans le dédale de la législation, dans le maquis des opérations administratives complexes ou dans celui des annulations partielles et des décisions indivisibles* »¹¹⁹⁴. Le juge a « *pour fonction de dire le droit de façon objective. Sa tâche le place au-dessus de l'habileté ou des lacunes de l'argumentation des*

¹¹⁸⁹ ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 20 juin, 1995, numéro spécial, p. 117, spéc. p. 129.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

¹¹⁹¹ *Ibid.*

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 494.

¹¹⁹⁴ BERTRAND (F.G.), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 384.

parties »¹¹⁹⁵. En ce sens, ce « *n'est pas au requérant de qualifier les moyens qu'il présente, c'est là le travail du juge* »¹¹⁹⁶.

Dans un procès administratif, « *l'intérêt général est en cause, si bien que le juge doit détenir les moyens propres à assurer que les exigences de cet intérêt ne seront pas méconnues* »¹¹⁹⁷. Pourtant, le juge de la légalité n'annulera pas systématiquement un acte dont les pièces du dossier lui ont pourtant révélé l'illégalité ; et l'on ne peut que le déplorer au regard des intérêts qui sont en question dans un tel contentieux. C'est pourquoi il conviendrait que « *le juge accepte de soulever d'office, à quelque moment que ce soit, tous les moyens, même fondés sur une cause juridique distincte de ceux invoqués dans les demandes, qui sont utiles à la solution du litige* »¹¹⁹⁸.

Un rééquilibrage nécessaire. La procédure administrative contentieuse évolue « *à la recherche d'un équilibre entre les pouvoirs du juge et ceux des parties* »¹¹⁹⁹ dès lors que ce qui doit être considéré comme relevant de l'office du juge se situe précisément aux confins des deux. Assurément, « *seule la coopération des rouages peut assurer un fonctionnement harmonieux et rationnel du mécanisme et, dans la mesure de l'humainement possible, le triomphe de la justice* »¹²⁰⁰. Encore faut-il pour ce faire que chaque « rouage » puisse y contribuer en adéquation avec le rôle qui lui incombe au sein de l'instance.

Or, « *trop souvent, le procès n'est que l'affaire des parties* »¹²⁰¹, le requérant étant par exemple libre d'abandonner un moyen, quand bien même serait-il de nature à fonder l'annulation, le juge ne pouvant que prendre acte de manière impuissante au dévoiement de son office. Pourtant, à l'instar de H. Motulsky, l'on « *ne nous arrachera pas la conviction que*

¹¹⁹⁵ COLLY (F.), « Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *RFDA*, 1987, p. 786, spéc. p. 801.

¹¹⁹⁶ THERY (J.F.), concl. sur CE, Sect., 14 novembre 1975, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, p. 571, spéc. p. 577, cité par DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 494, note n° 16.

¹¹⁹⁷ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 294.

¹¹⁹⁸ COLLY (F.), *loc. cit.*

¹¹⁹⁹ MORAND-DEVILLER (J.), « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Economica, CERAP, 1991, p. 183, spéc. p. 184.

¹²⁰⁰ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*, 1966, I, 1996, n° 4.

¹²⁰¹ LE GARS (J.M.), « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requêtes – aspects français », art. préc., p. 115.

si la procédure est certes faite pour les justiciables, cela signifie qu'elle a pour vocation de conduire, dans les meilleures conditions possibles et dans le respect des principes fondamentaux, au triomphe de la justice dans les relations humaines »¹²⁰².

Ce « triomphe de la justice », qui passe incontestablement par la primauté du principe de légalité, pourrait précisément comporter pour le juge de la légalité, « *et parallèlement à son obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (...), sinon l'obligation aussi, du moins la faculté de relever de même tous autres moyens, ce qui éviterait des situations aussi regrettables, s'agissant du contrôle de légalité, que celle qui résulte de certains arrêts déclarant le requérant non fondé, "par les moyens qu'il invoque", à obtenir l'annulation demandée* »¹²⁰³.

Cette conception renouvelée de son office « *aboutirait alors à une nouvelle conception des rôles respectifs des parties et du juge, fondée sur l'adage "da mihi factum, tibi dabo jus" »¹²⁰⁴, empruntant alors davantage aux grands principes de la procédure civile. Contribuant ainsi respectivement et de manière adéquate à leur rôle dans l'instance, les acteurs du procès participeraient pleinement à « l'œuvre commune de justice »¹²⁰⁵. Rénover le procès en excès de pouvoir, « *juché à l'équation de la juridiction par le génie propre du juge administratif* »¹²⁰⁶, doit permettre au juge de la légalité de se doter d'une plénitude de juridiction, alors qu'il entre « *incontestablement dans l'office du juge de faire preuve d'imagination et de créativité* »¹²⁰⁷.*

¹²⁰² MOTULSKY (H.), art. préc., n° 79.

¹²⁰³ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », art. préc., p. 360.

¹²⁰⁴ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 494 ; « *donne-moi les faits, je te donnerai le droit* ».

¹²⁰⁵ BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 225, spéc. p. 238.

¹²⁰⁶ SANDEVOIR (P.), *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964, p. 288.

¹²⁰⁷ DONNAT (F.) et CASAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », art. préc., p. 11.

Conclusion de la Section II et du Chapitre II. L'office du juge de la légalité, et notamment le pouvoir d'annulation dont il dispose, a incontestablement connu de grands bouleversements et des évolutions remarquables afin de faire de son intervention juridictionnelle un outil précis et particulièrement bien adapté aux exigences de stabilité juridique inhérentes à tout Etat de droit. Toutefois, l'ensemble des prérogatives qui lui sont progressivement reconnues tend à densifier son pouvoir de rejet et à atténuer la radicalité de son pouvoir d'annulation, sans pour autant véritablement lui permettre d'exercer pleinement ce pouvoir de censure, pourtant essentiel.

Le juge administratif de la légalité ne maîtrise pas le cadre de l'instance dans lequel il exerce sa fonction juridictionnelle de contrôle ce qui a pour effet de faire dépendre de la volonté exclusive des parties l'issue d'un procès dont la dimension les transcende pourtant indéniablement. L'équilibre de l'instance apparaît alors, à l'aune de la complexité de la fonction juridictionnelle du juge administratif de légalité, comme altéré par sa distorsion structurelle.

Conclusion du Titre II. Malgré l'extrême sophistication de son office et la recherche permanente de l'effet utile de son intervention, il s'avère que l'instrument « *avec lequel le juge travaille n'est pas au niveau de la tâche qu'on souhaiterait lui confier* »¹²⁰⁸. Le juge administratif de la légalité n'est pas seulement chargé de trancher classiquement un litige entre parties. Il lui incombe également de soumettre l'administration au droit. Sa fonction juridictionnelle se compose donc, de manière tout à fait caractéristique, d'une fonction contentieuse commune, et d'une originale fonction objective de contrôle.

Non seulement la singularité de cette fonction est ignorée du fait d'une soumission à des principes généraux de procédure classiques, mais encore l'exercice de l'office du juge de la légalité apparaît doublement déséquilibré en ce que la délimitation de l'instance lui échappe au profit des parties et en ce que ses pouvoirs restent essentiellement orientés vers la sauvegarde des actes illégaux de l'annulation.

¹²⁰⁸ DABIN (J.), *L'Etat ou le Politique*, Dalloz, 1957, p. 282.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

La règle *non ultra petita* et le principe dispositif, en faisant obstacle à ce que le juge se saisisse d'office de moyens et de conclusions, peuvent aboutir au rejet de requêtes en annulation recevables et fondées. Une telle survivance d'actes manifestement illégaux au contrôle du juge de la légalité chargé de les censurer révèle un contrôle juridictionnel dont les défauts persistants restent largement ignorés ou minimisés.

Pourtant, bien loin de pouvoir être considérées comme marginales, ces insuffisances symboliques trouvent leur origine dans la méconnaissance des spécificités de la fonction juridictionnelle exercée par le juge de la légalité, chargé de garantir le respect des exigences de l'Etat de droit. Si le caractère juridictionnel de la soumission de l'activité normative de l'administration au principe de légalité suppose nécessairement l'existence d'un litige et, partant, l'exercice d'une fonction contentieuse, l'office du juge de la légalité ne s'y réduit pas. Afin de trancher le litige dont il est saisi, il lui incombe de contrôler la conformité d'un acte aux normes hiérarchiquement supérieures. Or, l'exercice de cette fonction objective sans équivalent est ignoré en ce que le régime procédural d'un tel procès pourtant atypique reste dirigé par des principes classiques quant à la détermination de la matière litigieuse.

Le juge administratif de la légalité a pour mission ou pour devoir de trancher les litiges qui lui sont soumis et d'annuler les actes administratifs illégaux portés régulièrement à sa connaissance. Lorsqu'il rejette une requête en annulation recevable et fondée, il méconnaît son office faute de disposer des prérogatives lui permettant de s'émanciper du cadre de l'instance tel que fixé par les parties. Une telle défektivité révèle l'inadéquation de ses pouvoirs à ses devoirs, la dissymétrie de son office. Les hypothèses de persistance d'actes manifestement illégaux au contrôle du juge ne sont ni anecdotiques, ni tolérables dans la mesure où, au-delà de leur réalisation, elles dévoilent un profond dysfonctionnement du contrôle juridictionnel opéré. La confidentialité de leur occurrence ne doit pas faire perdre de vue leur fondamentale.

Proposer de doter le juge administratif de légalité du pouvoir de relever d'office conclusions et moyens susceptibles de fonder l'annulation d'un acte manifestement illégal suppose dans un premier temps de démontrer la nécessité de résoudre les difficultés résultant de son incapacité actuelle à le faire. Ce n'est que convaincu de la réalité d'une dissymétrie problématique de l'office du juge de la légalité, de l'inadéquation de ses pouvoirs à ses devoirs, qu'il est alors possible de rechercher à identifier – et à dépasser – les obstacles au parachèvement de cet office, au perfectionnement du contrôle juridictionnel opéré.

SECONDE PARTIE

UNE PERFECTIBILITÉ AVÉRÉE

L'inachèvement de l'office du juge administratif de la légalité se manifeste par le rejet de requêtes en annulation recevables et fondées, faute de pouvoir se saisir d'office de certains moyens ou de certaines conclusions dont les parties ne se sont pas formellement emparées. La résolution de cette défektivité du contrôle juridictionnel passe par la mise en adéquation de ses pouvoirs à ses devoirs et la reconnaissance de la possibilité de soulever d'office tous moyens ou toutes conclusions susceptibles de fonder une annulation dont le bien-fondé est porté à sa connaissance par la combinaison des écritures des parties et des pièces produites.

Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier les obstacles potentiels à la reconnaissance de telles prérogatives en cherchant à déterminer les motifs de la rigueur actuelle qui préside à la stricte délimitation de l'instance par la volonté des parties. En d'autres termes, il convient de rechercher les fondements de la règle *non ultra petita* et du principe dispositif afin de s'assurer qu'ils ne constituent pas des obstacles dirimants à la mise en place des évolutions proposées.

Une telle démarche d'identification, préalable à toute entreprise de franchissement, a permis de mettre en lumière deux types d'obstacles potentiels : des obstacles d'ordre théorique, se rattachant aux fondements conceptuels de la prohibition de l'autosaisine, et des obstacles d'ordre pratique, s'opposant éventuellement à la réalisation concrètement admissible du pouvoir de soulever d'office conclusions et moyens d'annulation.

L'étude de ces obstacles potentiels permet de mettre en lumière le caractère infondé des premiers (**Titre I**) et le caractère hypothétique des seconds (**Titre II**), autorisant ainsi le parachèvement de l'office du juge administratif de la légalité par le renforcement de ses prérogatives censoriales.

- *Titre I. Des obstacles théoriques infondés*
- *Titre II. Des obstacles pratiques supposés*

TITRE I

DES OBSTACLES THÉORIQUES INFONDÉS

L'identification des fondements théoriques de la règle *non ultra petita* et du principe dispositif qui s'opposent à ce que le juge se saisisse d'office de moyens et de conclusions, permet de les rattacher à la prohibition plus générale de l'autosaisine du juge, à l'origine des déficiences observées dans la mise en œuvre de son contrôle juridictionnel. La faculté possiblement laissée au juge de la légalité de s'autosaisir de certaines questions heurterait alors deux types de considérations distinctes, les premières relevant des limites intrinsèques à l'exercice de toute fonction juridictionnelle, les secondes révélant le caractère éminemment subjectif de la conception de l'office du juge.

Se saisir d'office de moyens ou de conclusions constitue une forme *incidente* ou *dérivée* d'autosaisine. Or, la prohibition de l'autosaisine, que manifeste la règle *non ultra petita* mais également d'une certaine manière le principe dispositif, constitue l'essence même de l'exercice de toute fonction juridictionnelle ; elle est donc *a priori* inaltérable. Il ne faut cependant pas s'en tenir au stade du constat, mais s'interroger sur les fondements d'une telle prohibition et sur la généralité de son expression. Se dessinent alors les limites fonctionnelles de l'office du juge de la légalité, inhérentes à l'exercice même de toute fonction juridictionnelle, et qui constituent à ce titre des frontières infranchissables, sous peine de dénaturation de la fonction. Ces limites, précisément identifiées, ne constituent toutefois pas des obstacles au renforcement de « l'office d'office » du juge de la légalité en ce que les conclusions et moyens d'ordre public laisseraient intacts les principes cardinaux régissant toute activité juridictionnelle (**Chapitre I**).

Si les fondements théoriques se rattachant à la prohibition de l'autosaisine constituent des obstacles objectivement franchissables par la démonstration du respect de leurs exigences, tel n'est pas le cas de l'essence d'une telle prohibition, aux racines du principe dispositif et de la règle *non ultra petita*, à savoir les limites d'ordre conceptuel de l'office du juge de la légalité. Quelle philosophie sous-tend en réalité l'absence de maîtrise des limites de son office par le juge de la légalité ? Ce ne sont pas alors des limites objectivement identifiables qu'il s'agit de dépasser, mais bien des considérations subjectives, éminemment liées au reflet conceptuel que constitue le principe dispositif dans sa dimension idéologique. Le dépassement autorisé de telles limites, s'il est inhérent à leur nature contingente, suppose alors un bouleversement paradigmatique bien plus difficile à provoquer du fait de son insaisissabilité (**Chapitre II**).

- *Chapitre I. Des limites fonctionnelles respectées*
- *Chapitre II. Des limites conceptuelles dépassées*

CHAPITRE I

DES LIMITES FONCTIONNELLES RESPECTÉES

L'attribution au juge de la légalité du pouvoir de relever d'office des moyens et des conclusions afin de garantir l'annulation d'actes dont l'illégalité est portée à sa connaissance peut heurter des principes relevant de l'essence même de la fonction juridictionnelle et auxquels il ne saurait donc être dérogé.

La reconnaissance d'un certain pouvoir d'autosaisine suscite inmanquablement la crainte de l'omnipotence du juge, de la méconnaissance des exigences liées à l'équilibre institutionnel des pouvoirs (**Section I**). Par ailleurs, l'examen d'office de certaines questions, en tant qu'il peut être regardé comme supposant l'exercice cumulé du rôle de juge et de partie, renvoie nécessairement à la problématique de l'impartialité, dont les exigences ne sauraient être, de quelque manière que ce soit, ébranlées (**Section II**).

- *Section I. Une omnipotence évitée*

- *Section II. Une impartialité préservée*

SECTION I

UNE OMNIPOTENCE ÉVITÉE

La question de l'élargissement des pouvoirs dont dispose d'office le juge de la légalité renvoie inéluctablement, et quel que soit l'interlocuteur, à une méfiance relevant davantage du sentiment instinctif que d'une appréhension raisonnée. Conférer au juge davantage de pouvoirs, l'affranchir des limites qui lui sont traditionnellement imposées nécessite d'aborder directement la problématique d'un déséquilibre potentiel des pouvoirs institutionnels, ou d'une fragilisation de la séparation de ces mêmes pouvoirs par un juge disposant de prérogatives juridictionnelles le plaçant dans une position supposée hégémonique.

L'on craint le juge, et peut-être plus encore le juge administratif, dont la fonction le conduit aux confins de l'exercice du pouvoir normatif, de la même manière que le juge constitutionnel entretient avec le pouvoir législatif une relation depuis longtemps sujette à controverses. Proposer de renforcer les pouvoirs juridictionnels d'un juge en le libérant d'une limite conceptuelle à la résonance procédurale impose de s'assurer qu'une telle hypothèse ne contribuera pas à réaliser la virtualité d'un « *gouvernement des juges* »¹²⁰⁹ (§1).

Il convient également d'appréhender le particularisme de la place conférée au juge administratif au sein de l'équilibre institutionnel des pouvoirs, généralement présentée comme résultant d'une « conception française » de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire de l'articulation de cette dernière avec la consécration du dualisme juridictionnel. En d'autres termes, le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire¹²¹⁰ suppose une approche du principe de séparation des pouvoirs axée sur les limites des pouvoirs dont dispose le juge administratif, et notamment sur la prohibition de principe qui lui est traditionnellement faite de faire œuvre d'administrateur (§2).

¹²⁰⁹ L'origine de l'expression est attribuée à BODIN (L.B.), *Government by Judiciary*, Political Science Quartely, 1911, et a été introduite en France par Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

¹²¹⁰ Principe consacré par l'Edit de Saint-Germain-en-Laye de février 1641, confirmé par l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et réitéré par le décret du 16 fructidor an III (article unique).

§1 : La dissipation aisée du spectre du gouvernement des juges

L'admission théorique de la consécration des conclusions d'ordre public et de la généralisation des moyens d'ordre public suppose de démontrer qu'une telle proposition n'aurait pas pour conséquence de conférer au juge de la légalité des pouvoirs de nature à le faire sortir des limites de sa fonction. En effet, si la suspicion d'un gouvernement des juges peut persister **(A)**, l'évolution envisagée laisserait intacts les principes fondamentaux d'encadrement de l'intervention du juge de la légalité **(B)**.

A. Une suspicion persistante de toute-puissance

Tenter de démontrer que le renforcement de « l'office d'office » du juge de la légalité resterait sans incidence sur l'équilibre institutionnel des pouvoirs implique de s'accorder sur ce qu'il convient d'entendre par « gouvernement des juges » **(1)**, mais aussi, et surtout, d'en identifier les manifestations concrètes **(2)** afin de s'affranchir de sa dimension spectrale au profit d'implications concrètes.

1) L'idée de « gouvernement des juges »

Un dévoiement redouté. Expression employée à l'origine pour désigner les pouvoirs de la Cour suprême des Etats-Unis en tant qu'organe de contrôle de constitutionnalité des lois, le gouvernement des juges est initialement induit par le fait que le « *rôle du juge dans la société américaine a toujours été considérable* »¹²¹¹, et que l'« *essence du gouvernement des juges était de donner au pouvoir judiciaire, et non aux organes représentatifs, le dernier mot* »¹²¹². Cette méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire, justifiée par certains égards au regard des « politiques » jurisprudentielles parfois imposées par la Cour suprême, trouve en France un écho historique tout particulier, résultat de la défiance suscitée par les parlements d'Ancien-Régime et persistant depuis.

¹²¹¹ PINTO (R.), « Etats-Unis. La fin du gouvernement des juges », *RDJ*, 1950, p. 833, spéc. p. 835.

¹²¹² *Ibid.* p. 844.

Plus généralement, l'expression de « gouvernement des juges » exprime l'idée selon laquelle « *des personnes chargées de faire A et de ne pas faire B, font en vérité B* »¹²¹³ ; elle est donc employée « *pour indiquer que le gouvernement n'est pas ce qu'il prétend être [et] que les juges ont usurpé un pouvoir qui n'est pas naturellement le leur dans le système démocratique* »¹²¹⁴. Il est alors possible d'identifier deux traits caractéristiques d'un tel dévoiement : l'un tient à l'exercice d'un pouvoir par principe étranger à l'exercice de la fonction juridictionnelle et l'autre au caractère clandestin de cet exercice. Bien que l'existence d'un concept propre de « gouvernement des juges » puisse poser question¹²¹⁵, il est possible, dans le cadre de la présente étude, d'en retenir l'idée invariable d'un « *"outrepassement" de la fonction de juger* »¹²¹⁶, le juge ayant alors « *excédé les bornes de son habilitation* »¹²¹⁷.

La rançon d'un Etat de droit. Le contrôle juridictionnel des actes de l'administration, impliqué par le concept d'Etat de droit, confère naturellement au juge un rôle fondamental, expliquant la méfiance qu'il suscite. Raison pour laquelle il importe particulièrement de veiller « *à ne pas nourrir la vieille accusation de "gouvernement des juges" qui plane sur toute société en marche vers un plus grand Etat de droit !* »¹²¹⁸. La fonction de contrôle normatif « *confère à l'organe qui en est investi une influence essentielle sur l'action des pouvoirs publics, dans la mesure où il peut ainsi faire échec à des décisions de nature politique* »¹²¹⁹. C'est cette conjonction des pouvoirs politique et juridictionnel qui fait de l'Etat de droit, tel que nous le connaissons, un vivier évident d'omnipotence des juges. Dès lors qu'un Etat de droit suppose « *la contrôlabilité objective qui ne saurait être que l'œuvre des juges* »¹²²⁰, la potentialité des pouvoirs dont disposent les magistrats, et plus particulièrement les magistrats administratifs dans un contexte de dualisme juridictionnel, appelle une vigilance naturelle à leur égard.

¹²¹³ TROPER (M.) et PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21, spéc. p. 42.

¹²¹⁴ *Ibid.* p. 36.

¹²¹⁵ *Ibid.* p. 21.

¹²¹⁶ BECHILLON (D. de), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, 2002, p. 973.

¹²¹⁷ *Ibid.*

¹²¹⁸ ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 117, spéc. p. 130.

¹²¹⁹ LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, p. 323.

¹²²⁰ LEISNER (W.), « L'Etat de droit, une contradiction ? », in *Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 65, spéc. p. 67.

Avec l'Etat de droit, « *c'est désormais la fonction juridictionnelle qui est définie comme spécifique, alors que le législatif et l'exécutif se confondent dans un même rôle, plus politique, celui de l'édition des normes* »¹²²¹. L'optimisation proposée de l'exercice de la fonction juridictionnelle, si elle permet de réaliser plus pleinement encore le principe de légalité, renvoie donc assurément aux limites de son exercice qui doivent permettre d'en garantir l'intégrité, tout en en pérennisant la spécificité.

Il faut alors se demander, à l'aune de ces rapides précisions, si le fait que le juge de la légalité puisse soulever d'office moyens et conclusions serait de nature à pervertir l'exercice de sa fonction juridictionnelle au point de méconnaître le principe démocratique de séparation des pouvoirs. Autrement dit, il ne faudrait pas que le renforcement souhaité de l'efficacité du principe de légalité se révèle un remède pire que le mal, susceptible de bouleverser les fondements même de notre Constitution¹²²². En l'absence « *de critères permettant de dire quand les juges font quelque chose qu'ils ne devraient pas faire* »¹²²³, il paraît toutefois délicat « *d'identifier le moment précis où les juges gouvernent vraiment* »¹²²⁴, si ce n'est en tentant d'en déterminer les manifestations concrètes.

2) Les manifestations du « gouvernement des juges »

De quelle manière les juges sont-ils susceptibles de gouverner ? Telle est l'interrogation à laquelle il faut tenter de répondre. L'exercice d'un pouvoir normatif à l'occasion de la résolution d'un litige paraît l'hypothèse la plus classique à envisager. La seconde, moins évidente sans doute mais intéressant plus directement la question qui nous occupe, consiste en l'existence d'un pouvoir d'autosaisine du juge, lui permettant de s'affranchir de la nécessité d'être sollicité par un tiers pour pouvoir mettre en œuvre ses prérogatives.

¹²²¹ REDOR (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica-PUAM, 1992, p. 267.

¹²²² Conformément à la lettre de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

¹²²³ BECHILLON (D. de), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », art. préc., p. 973.

¹²²⁴ *Ibid.*

L'exercice controversé d'un pouvoir normatif. Un juge sera accusé de « gouverner » lorsqu'il s'autorisera, par le truchement de la résolution d'un litige, à collaborer à la production de normes, en principe réservée aux pouvoirs législatif et réglementaire. Deux aspects méritent à ce stade d'être signalés : l'aspect négatif de la question qui se manifeste au travers de l'interdiction générale des arrêts de règlement, ainsi que son expression particulière dans l'ordre juridictionnel administratif via la notion de principe général du droit.

Par principe, et aux termes de l'article 5 du code civil, il « *est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* »¹²²⁵. Il s'agit ni plus ni moins d'une réaction, parmi d'autres, aux abus des Parlements d'Ancien-Régime, s'immisçant indûment dans la réglementation en matière de police notamment¹²²⁶, ayant engendré une « *suspicion de principe à la création du droit par le juge* »¹²²⁷, et provoqué la consécration du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. Le juge ne doit pas créer la norme, sous peine d'empiéter sur les autres pouvoirs et par suite de transgresser la sphère d'exercice qui lui est en principe réservée, en méconnaissance des fondements de toute société démocratique.

La prohibition pour le juge d'exercer un pouvoir normatif, par l'adoption d'arrêts de règlement, lui interdit en d'autres termes de « *se saisir proprio motu d'une question de droit en l'absence de tout litige* »¹²²⁸. Pourtant, dans l'hypothèse d'un litige supposant l'intervention du juge, la « *noble préoccupation d'éviter les dénis de justice conduit inévitablement à admettre que le juge puisse et même doive se substituer à l'autorité normative lorsqu'elle s'avère défailante* »¹²²⁹. Le juge doit ainsi suppléer la carence normative lorsque celle-ci aurait pour conséquence l'impossibilité de résoudre le litige ; et cette obligation résulte expressément de l'article 4 du code civil, lequel dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

¹²²⁵ Principe déjà consacré par l'article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790 : « *Les tribunaux ne pourront point faire de règlement, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter la loi, soit d'en faire une nouvelle* ».

¹²²⁶ GAUDEMET (Y.), « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, p. 1617.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, n° 1054.

¹²²⁹ *Ibid.* n° 1055.

Entre l'obligation de dire le droit dans certaines circonstances et l'interdiction de le faire dans d'autres, le juge, et tout particulièrement le juge administratif, doit donc trouver sa place. La défense des arrêts de règlement mérite alors d'être largement nuancée dans son expression primitive, tant par les nécessités de l'exercice d'une fonction juridictionnelle, que par la réalité d'un droit administratif dont personne ne songe plus à nier le caractère essentiellement jurisprudentiel, se faisant l'œuvre du Conseil d'Etat, qui « *se croyant serviteur des principes, (...) en est en fait, le créateur* »¹²³⁰.

Le Conseil d'Etat exerce incontestablement un pouvoir normatif. Pour autant, faut-il en déduire que la séparation des pouvoirs ne serait plus qu'une virtualité ? A cet égard, il convient d'une part de rappeler que ce principe doit s'entendre non pas d'une séparation étanche des pouvoirs, mais bien d'un équilibre entre ces pouvoirs, selon la doctrine consacrée des « *checks and balances* » ayant notamment inspiré les rédacteurs de la Constitution américaine. Il importe d'autre part de nuancer l'équation selon laquelle toute production normative par le pouvoir judiciaire équivaudrait à une manifestation de gouvernement des juges. En effet, et par analogie, la Cour Suprême « *gouverne parce qu'elle peut imposer son éthique au législateur. (...) [L]e gouvernement des juges ne commence qu'avec la valeur super-législative de l'éthique des juges* »¹²³¹. Ce ne serait pas alors le fait d'imposer des principes en dehors de tout texte écrit qui consacrerait un véritable pouvoir aux juges, mais le fait de pouvoir l'imposer au pouvoir législatif.

Toutefois, à supposer même cette nuance¹²³² acceptable – alors que l'on comprend mal en quoi un empiètement sur le pouvoir réglementaire serait moins caractéristique – le Conseil d'Etat sait également « reformuler » la volonté du législateur en faisant une interprétation – constructive – d'un texte législatif¹²³³, voire de l'avis de certains, prendre directement la

¹²³⁰ RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chron., p. 23, spéc. p. 24.

¹²³¹ *Ibid.* p. 25.

¹²³² Signalons ici une autre nuance apportée à la définition de l'arrêt de règlement, qui n'en manque pas mais auxquelles le cadre de l'étude n'impose pas de s'attarder davantage, en vertu de laquelle la prohibition de l'arrêt de règlement s'adresserait seulement au dispositif de la décision du juge et non pas à ses motifs, lesquels seraient les seuls véritables supports de la jurisprudence. Voir sur cette question de la pérennité de la prohibition : GAUDEMET (Y.), « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *art. préc.* ; l'article est également publié dans les *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 387.

¹²³³ Pour un exemple typique et célèbre : CE, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*, *D.*, 1950, p. 282 : le fait qu'une mesure visée par une loi ne puisse faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ne doit pas s'entendre comme excluant l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

plume lorsque cela s'avère nécessaire¹²³⁴. D'une certaine manière alors, il faut bien admettre avec J. Rivero, que le Conseil d'Etat tend « à soumettre l'ensemble de la vie publique française à une éthique dont il définit les éléments en dehors de tout texte écrit »¹²³⁵. Reste à savoir dans quelle mesure les évolutions proposées relatives au pouvoir de détermination des termes du litige sont de nature à permettre au juge de gouverner plus qu'il ne le fait déjà, dépassant des limites qui ne paraissent pour le moment pas devoir être considérées comme dépassées.

Deux points doivent à cet égard être mentionnés. D'une part, si la « *notion de gouvernement des juges (et la péjoration qui lui est associée) laisse entendre qu'il existerait des hypothèses dans lesquelles les juges ne gouvernement pas* »¹²³⁶, il faut bien reconnaître que sous l'angle de la fabrication de normes entièrement nouvelles, « *les juges gouvernent tous les jours ou presque, sans émouvoir personne* »¹²³⁷. D'autre part, en résulte l'absence d'incidence des moyens et conclusions d'ordre public sur le pouvoir normatif éventuellement exercé par le juge de la légalité. Le fait de se saisir d'office d'un moyen ou d'une conclusion, n'est pas, en lui-même, de nature à induire une production normative. De ce point de vue, l'obstacle que peut constituer l'accusation de « gouvernement des juges » peut être aisément levé.

La prohibition de l'autosaisine. Cœur de la problématique, fil rouge des présents développements, la notion d'autosaisine s'impose naturellement en ce qu'elle constitue nécessairement un vecteur de « gouvernement des juges », lesquels pourraient en l'absence d'une telle prohibition avoir à connaître d'une affaire quelconque sans y avoir été invité par un tiers.

Soulever d'office une conclusion constitue le cas le plus « parfait » d'autosaisine en ce qu'il s'agit véritablement pour le juge de la légalité de faire porter son dispositif sur une question qui ne lui était initialement pas soumise, ou pas de manière directe ni explicite. Soulever d'office un moyen constitue également un cas d'autosaisine en ce que le juge se

¹²³⁴ Voir notamment : GAUDEMET Y., « Faut-il retirer l'arrêt Ternon ? », *AJDA*, 2002, p. 738, l'auteur considérant à propos de l'arrêt bien connu que « *l'exercice est législatif, même si le support est celui d'un arrêt* ».

¹²³⁵ RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », art. préc., p. 23.

¹²³⁶ BECHILLON (D. de), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », art. préc., p. 973.

¹²³⁷ *Ibid.*

saisit d'office d'une question qui sera le soutien de son dispositif, mais n'en modifiera toutefois pas la portée. A ce stade des développements¹²³⁸, il est possible de s'accorder sur le fait que s'emparer d'office de nouvelles questions réveille naturellement, mais parfois confusément, le spectre du juge omnipotent. Il semble que ce soit en réalité la capacité d'autosaisine qui suscite une telle méfiance, conférant alors au juge, dans l'imaginaire collectif, la possibilité de se saisir de toute question qu'il voudrait voir trancher, et qui plus est conformément à des principes qu'il édicterait lui-même, dans l'hypothèse d'une convergence des corruptions de son office.

En ce sens, et sous cette forme schématisée, l'accusation de « gouvernement des juges » pourrait être utilement opposée, non pas tant en termes classiques de confusion des pouvoirs ou d'empiètement du pouvoir judiciaire sur les autres pouvoirs, qu'en termes plus généraux de méconnaissance par le juge des limites inhérentes à l'exercice de sa fonction juridictionnelle, laquelle ne saurait par principe s'exprimer de manière spontanée¹²³⁹. Il s'agit alors de démontrer que le fait de soulever des conclusions et des moyens d'office, sous les conditions envisagées¹²⁴⁰, ne confère pas au juge de la légalité une omnipotence laissant redouter une certaine forme de « gouvernement des juges », incompatible avec le nécessaire équilibre institutionnel des pouvoirs constitutionnellement garantis.

B. Un pouvoir juridictionnel invariablement encadré

Des craintes légitimes de toute-puissance émergent face à la proposition d'un juge de la légalité qui ne serait plus tenu ni par la formulation des conclusions des parties, ni par celle des moyens. Or, dans de telles hypothèses, le juge de la légalité ne détiendrait pas davantage qu'à présent la maîtrise du lien initial d'instance, s'agissant tant de sa création que de son extinction **(1)**. De plus, le régime de recevabilité des recours resterait inchangé, préservant ainsi le principe de sécurité juridique, de même que les limites objectives de l'exercice du contrôle **(2)**.

¹²³⁸ Et dans la mesure où l'occasion se présentera d'y revenir plus précisément dans la prochaine section.

¹²³⁹ Nous aborderons dans les développements suivants les justifications théoriques de la prohibition de principe de la saisine d'office. Elle n'est, dans le cadre de la présente section, qu'abordée sous l'angle de la crainte de l'omnipotence du juge, assimilée au « gouvernement des juges ».

¹²⁴⁰ Cf. *infra*, Partie II – Titre II.

1) L'absence de maîtrise du lien initial d'instance

La création du lien initial d'instance. Pour être en mesure d'exercer ses prérogatives d'office, le juge de légalité doit nécessairement avoir été préalablement saisi d'une requête, et d'une requête recevable. Il s'agit d'une condition intangible, intrinsèque à la nature juridictionnelle de son office et aux limites essentielles de son intervention. Ainsi, et de manière générale, sauf « *cas rares, les juges des démocraties occidentales ne sont pas maîtres de l'opportunité de traiter un dossier* »¹²⁴¹. Le juge ne dispose en effet jamais d'une « *maîtrise de l'opportunité d'agir comparable à celle dont dispose a priori un gouvernement* »¹²⁴².

Le juge ne peut en principe¹²⁴³ agir que sous réserve de sa saisine, résultant d'une volonté extérieure. Plus encore, une fois saisi, il n'a pas le choix de connaître ou non d'un dossier ; il ne dispose de ce point de vue d'aucune maîtrise quant à la mise en mouvement de l'instance, ni quant à l'obligation qui lui incombe de trancher un litige. Le fait qu'il puisse, au sein de cette instance supposée régulièrement introduite, se saisir d'office de certaines questions ne modifie en rien le conditionnement de son intervention à la volonté d'un requérant. Le juge n'est alors pas « *en situation de pouvoir faire ce qu'il veut, et donc pas en l'état de "gouverner" l'affaire comme il l'entend* »¹²⁴⁴.

L'extinction prématurée du lien d'instance. De la même manière, il n'est pas question d'octroyer au juge le pouvoir d'outrepasser un désistement, c'est-à-dire de se considérer toujours saisi d'un litige en méconnaissance de la volonté expresse du requérant de rompre le lien d'instance initialement créé, et ce malgré la dimension essentiellement objective de la question de légalité soumise au juge. Le fait de pouvoir mettre fin à l'instance constitue le corollaire direct de la maîtrise de la création du lien d'instance, et il s'agit des deux aspects essentiels de l'exercice de la fonction juridictionnelle, laquelle est, et doit rester sous peine de se travestir irrémédiablement, conditionnée par la volonté des parties tant dans son déclenchement que dans son extinction. Le juge n'agit pas de son propre chef, et il ne peut que donner acte d'un désistement. Il ne commande ni la création, ni l'extinction du lien

¹²⁴¹ BECHILLON (D. de), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », art. préc., p. 973.

¹²⁴² *Ibid.*

¹²⁴³ Les éventuels cas d'autosaisine seront étudiés *infra*.

¹²⁴⁴ BECHILLON (D. de), *loc. cit.*

initial d'instance ; il ne peut donc s'autosaisir originellement ni, par suite, maîtriser le déclenchement de son intervention.

Cet état de fait reste pourtant sujet à controverses, d'aucuns souhaitant faire prévaloir l'éminence du principe de légalité sur la volonté contingente du requérant. De ce point de vue, et d'une certaine manière il faut bien l'admettre, le demandeur détient, du fait de la possibilité d'un désistement « *une maîtrise sur l'existence de décisions administratives illégales, maîtrise qui n'est pas conforme avec ce qu'exige l'intérêt général* »¹²⁴⁵. Le rôle du juge de l'excès de pouvoir étant « *d'apurer l'ordonnancement juridique* »¹²⁴⁶, il devrait alors pouvoir « *ordonner la poursuite de l'instance si l'intérêt de la légalité l'exige* »¹²⁴⁷. Et ce d'autant plus qu'il « *n'échappera à personne que les désistements peuvent aisément être monnayés lorsque les intérêts en jeu sont insuffisamment importants et il est fort désagréable d'imaginer que la légalité puisse faire l'objet de tels arrangements* »¹²⁴⁸.

Toutefois, le fait que le juge ne puisse se saisir spontanément d'un litige, constitue non seulement une garantie essentielle de circonscription de ses prérogatives, mais encore conditionne le caractère juridictionnel de sa fonction. Bien que, contrairement à ce qui a cours devant les juridictions civiles, seule une décision du juge administratif puisse mettre fin à l'instance, il lui incombe malgré tout de donner acte des désistements dits « purs et simples », un tel renoncement primant tant l'incompétence, que le non lieu ou encore l'irrecevabilité¹²⁴⁹. La forme juridictionnelle du contrôle de légalité suppose nécessairement sa soumission à une volonté initiale du requérant dont il doit garder la maîtrise, et leur caractère objectif ne confère jamais aux recours « *un degré d'abstraction suffisant pour échapper à l'emprise des parties une fois introduits* »¹²⁵⁰. Bien au contraire, et pour reprendre une terminologie constitutionnaliste, le contrôle qu'effectue le juge de la légalité est un contrôle concret, dans le cadre d'un litige en principe né et actuel. L'on imagine alors mal une audience se tenir alors que le requérant aurait exprimé sa volonté de mettre fin à l'instance ; autrement dit, une

¹²⁴⁵ NEGRIN (J.P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, PUAM, 1976, p. 133.

¹²⁴⁶ BLUMANN (C.), *La renonciation en droit administratif*, LGDJ, 1974, p. 167.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 42.

¹²⁴⁹ CE, 11 mai 1994, *Congrégation des Sœurs de Saint-Joseph de Lyon*, n° 125812 ; CE, Sect., 28 janvier 1994, *Ministre des départements et territoires d'outre-mer*, n° 142456.

¹²⁵⁰ BAILLEUL (D.), *op. cit.*, n° 52.

instance ne saurait se poursuivre en dehors du requérant. Il s'agit en quelque sorte du tribut versé en gage du caractère juridictionnel du contrôle de légalité, qui ne saurait exister en dehors d'une contestation.

C'est toute la subtilité du contentieux de la légalité, objectif s'il en est, et pourtant éminemment dépendant d'une volonté subjective. Cette ambivalence appelle nécessairement la recherche d'un équilibre raffiné, lequel ne saurait qu'être anéanti par la méconnaissance du principe fondamental selon lequel le juge ne se saisit pas lui-même. Cette constante de l'absence de maîtrise par le juge de la création et l'extinction du lien d'instance, qui enserme rigoureusement son office, n'est pas remise en cause par la reconnaissance du pouvoir de soulever d'office des conclusions, cette prérogative ne pouvant s'exercer qu'au sein d'une instance régulièrement introduite. Dès lors, le spectre de l'omnipotence d'un juge jouissant de prérogatives illimitées peut être rationnellement dissipé, d'autant que les limites traditionnelles d'exercice de son contrôle resteraient inchangées dans l'hypothèse de la consécration des évolutions proposées.

2) Un pouvoir d'annulation conditionné

Un régime de recevabilité inchangé. La consécration des conclusions d'ordre public et la généralisation des moyens d'ordre public laisseraient intact le régime de la recevabilité des recours tel qu'il existe et encadre nécessairement le pouvoir d'annulation dont dispose le juge de la légalité. Une telle garantie du principe de sécurité juridique demeurerait donc inaltérée, continuant d'encadrer strictement l'office du juge de la légalité.

Le juge de la légalité doit être saisi, et régulièrement saisi, pour pouvoir mettre en œuvre son pouvoir d'annulation, alors même qu'il en disposerait d'office. Il ne pourrait pas davantage qu'il ne le peut actuellement annuler un acte alors que le délai de recours contentieux serait expiré, ou contre lequel les requérants ne disposeraient pas d'un intérêt pour agir suffisant par exemple. Le renforcement de son « office d'office » resterait naturellement conditionné par la recevabilité du recours, laquelle encadre strictement l'exercice de son pouvoir d'annulation. A cet égard d'ailleurs, le principe de sécurité juridique ne saurait constituer un obstacle théorique à la proposition, dans la mesure où il continuera d'encadrer de manière inchangée l'exercice de son pouvoir d'annulation par le juge de l'excès

de pouvoir. Le juge de la légalité ne se trouvera jamais en situation de toute-puissance, lui permettant d'annuler n'importe quel acte, sans condition aucune.

Non seulement il ne devra jamais être question d'autosaisine primitive ou initiale, mais il n'est pas davantage envisageable de remettre en cause de quelque manière que soit le régime de recevabilité des recours. Le juge ne pourrait alors exercer ses prérogatives que dans le cadre d'une instance existant en dehors de sa volonté propre et régulièrement introduite ; raison pour laquelle l'accusation éventuelle de « gouvernement des juges » doit pouvoir être dépassée de ce point de vue.

Un contrôle de la stricte légalité. Une des limites essentielles de l'office du juge de la légalité, et qui demeurera également inaltérée tant elle est fondamentale quant à son positionnement au sein des institutions, consiste en l'absence de contrôle de l'opportunité d'une décision. Il s'agit en effet d'un critère indépendant de celui de la légalité et dont le pouvoir exécutif doit être le seul à disposer pleinement. Il y a en effet « *transformation de l'Etat de droit en Administration des juges, à partir du moment où le contrôle juridictionnel de l'Administration [aboutit] à la suppression de son pouvoir discrétionnaire* »¹²⁵¹. En d'autres termes, poussé à un certain degré d'intensité, « *le contrôle juridictionnel porte en lui-même son propre dépassement par la substitution du juge à l'administrateur* »¹²⁵².

Le contrôle de la légalité par le juge s'arrête en principe là où commence le choix discrétionnaire de l'administration, la pure opportunité¹²⁵³. C'est en ce sens que l'intervention du juge de l'excès de pouvoir, déjà conditionnée par l'existence d'une requête recevable, est également limitée dans les critères de contrôle de l'acte, qui ne sauraient être identiques à ceux que poursuit l'administration, et dont la légalité ne constitue qu'un versant. A cet égard, le juge ne gouverne pas, en ce qu'il ne peut jamais imposer à l'administration le choix qui lui paraîtrait le plus opportun entre deux décisions légales.

Quelques nuances s'imposent néanmoins quant à la stricte limitation du contrôle du juge aux conditions de légalité d'un acte. En effet, l'absence du contrôle de l'opportunité

¹²⁵¹ LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, p. 46.

¹²⁵² REDOR (M.J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, op. cit., p. 279 ; cf. *infra*.

¹²⁵³ V. par ex CE, Sect., 23 mars 1979, *Valentini*, n° 07654, p. 133 ; *AJDA*, n° 11, p. 53, note A. Souloumiac ; *Dr. et ville*, 1979, n° 8, p. 242, note F. Bouyssou : à propos de la création d'une zone d'aménagement concerté.

d'une décision, opposant schématiquement le travail du législateur ou du pouvoir réglementaire à celui du juge, pourrait toutefois être relativisé dans la mesure où, comme le souligne M. Troper¹²⁵⁴, l'opportunité d'une décision peut être une des conditions de sa légalité lorsque l'on envisage le contrôle de proportionnalité d'une mesure de police par exemple¹²⁵⁵ ; mais encore l'appréciation de la légalité peut supposer un choix discrétionnaire, tant à l'égard du texte applicable qu'à celui de son interprétation.

Dans le même sens, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation se distingue parfois difficilement du contrôle normal, si ce n'est sur le plan purement terminologique. Il y a assurément matière à discussion¹²⁵⁶ sur la réalité des limites de l'intensité du contrôle du juge de la légalité lorsqu'il est question de la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration¹²⁵⁷, ou d'un contrôle de proportionnalité¹²⁵⁸. La frontière entre légalité et opportunité n'est pas toujours évidente à déterminer, et il est à cet égard « *remarquable que dans presque tous les pays, la question centrale du contentieux administratif est, depuis le 19^{ème} siècle, la même : c'est celle du pouvoir discrétionnaire* »¹²⁵⁹.

Toutefois, la question ne se pose pas en ces termes dans le cadre de la présente démonstration. Il convenait simplement de souligner que de nombreux garde-fous existent afin d'éviter que le juge de la légalité dépasse les limites de son office juridictionnel, et que ces garde-fous ne seraient en aucun cas bouleversés ni même modifiés par le renforcement des attributs de son pouvoir d'annulation. La problématique du gouvernement des juges, et plus généralement de la séparation des pouvoirs à laquelle elle renvoie, revêt une coloration particulière lorsqu'il est question du juge administratif et notamment du juge de la légalité. Après avoir abordé la question sous un angle relativement généraliste, en s'assurant de la pérennité de l'encadrement de la fonction juridictionnelle du juge de la légalité du fait de

¹²⁵⁴ TROPER (M.) et PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21, spéc. p. 33.

¹²⁵⁵ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 14413, p. 541 ; S. 1934, III, 1, concl. Michel, note Mestre ; *GAJA*, 20^{ème} éd., n°43.

¹²⁵⁶ Cf. sur ces questions DELVOLLE (P.), « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ, 1988, p. 269 ; ou encore VAUTROT-SCHWARZ (C.), *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009.

¹²⁵⁷ Cf. sur cette notion VENEZIA (J.C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, 1959 ; ou plus récemment DEFOORT (B.), *La décision administrative*, LGDJ, 2015.

¹²⁵⁸ Cf. par exemple PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, PUAM, 1990.

¹²⁵⁹ WOEHLING (J.M.), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'ouest. Particularismes et convergences », *Revue européenne de droit public*, 1994, p. 353, spéc. p. 362.

l'absence d'incidence des propositions sur son pouvoir normatif ou d'autosaisine, la problématique du juge-administrateur, effleurée pour l'heure, reste entière.

A l'instar de tout juge, le juge de la légalité doit rester dans les limites de sa fonction juridictionnelle. Mais les spécificités de sa fonction l'amènent inévitablement aux confins de l'exercice du pouvoir réglementaire, aiguissant ainsi les suspicions de confusion des pouvoirs qu'il suscite. Si la « *conception française de la séparation des pouvoirs* »¹²⁶⁰ emporte dualisme juridictionnel et interdit au juge judiciaire de connaître des activités de l'administration, elle ne saurait toutefois permettre au juge de faire œuvre d'administrateur, sous peine tant de bouleverser l'équilibre institutionnel des forces que de méconnaître les limites inhérentes à l'exercice de sa fonction. Il convient donc s'assurer que la reconnaissance de prérogatives supplémentaires ne ferait pas du juge de la légalité, plus qu'il ne l'est déjà, un administrateur.

§2 : La prohibition dépassée du juge-administrateur

Conférer au juge de la légalité une certaine maîtrise des éléments constitutifs de l'instance ne ferait pas davantage de lui un administrateur qu'il ne l'est déjà. La prohibition faite au juge administratif de faire œuvre d'administrateur ne constitue pas un obstacle théorique à la reconnaissance éventuelle de ces nouvelles prérogatives dans la mesure notamment où cette prohibition apparaît aujourd'hui virtuelle à bien des égards **(A)**. Au contraire, ces nouvelles attributions semblent de nature à perfectionner un contre-pouvoir nécessaire à l'équilibre des forces institutionnelles **(B)**.

¹²⁶⁰ CC, 23 janvier 1987, n°86-224 DC, *Conseil de la Concurrence*, p. 8 ; *AJDA*, 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *JCP G*, 1987, II, 20854, note J.F. Sestier ; *RFDA*, 1987, p. 287, note B. Genevois ; *RFDA*, 1987, p. 301, note L. Favoreu ; *RDP*, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *D.*, 1988, p. 117, note F. Luchaire ; *LPA*, 12 févr. 1987, p. 21, note V. Selinky ; *Gaz. Pal.*, 18-19 mars, 1987, Doct. 1, p. 209, comm. C. Lepage-Jessua ; *RA*, 1988, p. 29, note J.M. Sorel ; *GAJA*, 20^{ème} éd., n° 85 : « *Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* ».

A. Un obstacle virtuel

A n'en pas douter, le juge de la légalité se fait parfois administrateur, reléguant au rang des principes à la portée toute relative celui de la prohibition de cette confusion. Ce principe ne saurait dès lors, en tout état de cause, constituer une difficulté fondamentale (1) et ce d'autant plus que les enjeux d'un renforcement de ses prérogatives d'annulation lui sont totalement étrangers (2).

1) La réalité d'un juge qui administre

Séparation des pouvoirs et contrôle juridictionnel des actes. L'interdiction faite au juge de faire acte d'administrateur se situe au cœur de la spécificité de la fonction juridictionnelle exercée par le juge administratif de la légalité. Il ne s'agit pourtant que d'un corollaire du principe de la séparation des pouvoirs dans la mesure où ce principe « *interdit au juge administratif, en tant que juge, le cumul de fonctions juridictionnelles et d'administration active, au moins sous la forme des arrêts de règlement des anciens parlements ; et cela parce qu'il est juge, juge de l'administration sans doute, proche d'elle et même organiquement liée à elle, mais que réglementer est interdit au juge, à tout juge, au nom de la séparation des pouvoirs* »¹²⁶¹. En d'autres termes, la prohibition faite au juge de faire acte d'administrateur constitue « *l'expression même de la distinction, normale, entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative* »¹²⁶².

Ce cloisonnement apparaît par ailleurs comme un « *aspect essentiel du principe de séparation de la juridiction et de l'action* »¹²⁶³, propre cette fois à l'exercice de toute fonction juridictionnelle. Le juge administratif ne peut être administrateur parce qu'il ne peut s'immiscer dans l'exercice du pouvoir exécutif, mais encore parce qu'il ne saurait endosser à la fois le rôle de juge et partie, pour des raisons évidentes d'impartialité¹²⁶⁴. Ces limites inhérentes à la fonction juridictionnelle revêtent toutefois un relief singulier lorsqu'il s'agit de

¹²⁶¹ GAUDEMET (Y.), « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, p. 1617.

¹²⁶² CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 1118.

¹²⁶³ CHEVALLIER (J.), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67, spéc. p. 67.

¹²⁶⁴ Cf. *infra*.

les concilier avec l'adage non moins célèbre, attribué à P. P. N. Henrion de Pansey, selon lequel « *juger l'administration c'est encore administrer* »¹²⁶⁵.

Pouvoirs d'injonction et de réformation. L'interdiction du juge-administrateur implique *a priori* la prohibition, selon J. Chevallier¹²⁶⁶ en 1972, des pouvoirs de substitution et d'injonction. L'auteur ne retiendra finalement, au terme de son raisonnement, que la prohibition du pouvoir de substitution, lequel est « *dans son essence un pouvoir du supérieur hiérarchique* »¹²⁶⁷. Le pouvoir d'injonction peut toutefois être regardé comme un succédané du pouvoir de substitution, dès lors que la « *décision du juge administratif enjoignant à l'administration d'émettre un acte déterminé (une autorisation par exemple) a en pratique les mêmes effets qu'une décision du juge administratif réformant en ce sens le refus de l'administration d'émettre cet acte* »¹²⁶⁸.

Mais il existe une différence fondamentale entre le pouvoir de décider et d'enjoindre à décider : la « *substitution fait passer le pouvoir de décision de l'administrateur au juge, tandis que l'injonction laisse intact le pouvoir de l'administrateur* »¹²⁶⁹. Et c'est cette différence qui peut justifier que le juge ne puisse être accusé d'administrer que lorsqu'il substitue directement sa décision à celle de l'administration. Le pouvoir d'injonction ne fait en définitive que formaliser ce qui est de toute évidence déjà contenu dans les motifs du jugement et ne constitue par suite qu'une explicitation de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, la « *prohibition du pouvoir d'injonction n'est donc liée que de manière abusive au principe de l'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur* »¹²⁷⁰.

Ces précisions faites, il n'en reste pas moins que le juge de la légalité enjoint à l'administration mais réforme aussi ses décisions, ainsi que l'illustre le plein contentieux objectif¹²⁷¹. Le juge électoral peut classiquement, par exemple, non seulement rectifier les

¹²⁶⁵ Expression désignant initialement la confusion au sein de l'administration d'un ordre juridictionnel ayant à connaître des litiges l'impliquant.

¹²⁶⁶ CHEVALLIER (J.), art. préc., p. 67.

¹²⁶⁷ *Ibid.* p. 75.

¹²⁶⁸ MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001, p. 91.

¹²⁶⁹ CHEVALLIER (J.), art. préc., p. 68.

¹²⁷⁰ *Ibid.* p. 87.

¹²⁷¹ *Cf. infra*, chapitre suivant.

résultats calculés mais également proclamer lui-même les candidats élus, en inversant le cas échéant les résultats du scrutin. Dans cette hypothèse très particulière toutefois, le juge ne fait pas à proprement parler œuvre d'administrateur mais tire toutes les conséquences de la mission particulière de garant direct de la démocratie qui lui est alors conférée.

En matière d'installations classées pour la protection de l'environnement par contre, le juge peut non seulement accorder l'autorisation d'exploiter initialement refusée, ce qui n'a rien de remarquable, mais il peut aussi modifier les prescriptions préfectorales dont elle était assortie. Le caractère relativement virtuel que peut recouvrir un tel pouvoir en pratique mérite toutefois d'être souligné, dans la mesure où les magistrats, naturellement soucieux ne pas s'aventurer au-delà des limites de leurs compétences, n'en font qu'un usage parcimonieux.

S'agissant du contentieux des immeubles menaçant ruine, le tribunal peut substituer aux travaux prescrits par l'arrêté de péril des travaux qu'il estimera plus appropriés, en ordonnant, par exemple, la démolition de l'immeuble. Ce pouvoir ne peut toutefois s'exprimer qu'à la suite d'une demande des parties en ce sens, contrairement à la prescription de travaux de réparation en lieu et place de la démolition prescrite, laquelle peut intervenir d'office¹²⁷². Dans cette hypothèse, le juge cumule « *le pouvoir de substitution avec celui d'appréciation de l'opportunité. (...) Il administre donc* »¹²⁷³.

Une prohibition virtuelle. Qu'il s'agisse du pouvoir d'injonction ou de réformation, le juge administratif, et plus particulièrement le juge de la légalité, fait assurément œuvre d'administrateur et il est, à n'en pas douter, « *de moins en moins possible de dire que le juge de l'excès de pouvoir hésite à substituer sa propre appréciation à celle de l'administration* »¹²⁷⁴. Le constat est d'autant plus éloquent lorsqu'il émane directement d'un rapporteur public au Conseil d'Etat, s'adressant à la formation de jugement : si principe de prohibition du juge-administrateur il y a, « *force est de constater que vous le méconnaissez depuis fort longtemps, et de plus en plus fréquemment dans l'exercice de votre contrôle*

¹²⁷² Cf. *infra*.

¹²⁷³ DUPONT-MARILLIA (F.), *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, thèse Clermont-Ferrand, 1995, p. 433.

¹²⁷⁴ DONNAT (F.) et CASAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *DA*, mai 2004, p. 9, spéc. p. 12.

juridictionnel »¹²⁷⁵, et que la « *théorie selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir de devrait pas "faire œuvre d'administrateur" a subi tellement d'atteintes de toute part qu'elle nous apparaît plus comme une survivance – si on la prend littéralement – que comme un principe intangible* »¹²⁷⁶.

A certains égards, le juge de la légalité assume un « *rôle administratif exercé en la forme juridictionnelle* »¹²⁷⁷ dès lors que lorsqu'une « *décision lui est déférée, il n'est pas dépourvu de tout pouvoir de la modifier ou de la remplacer, ce dont le principe d'interdiction en cause, et, par-là même, le principe de séparation des pouvoirs, s'accommodent* »¹²⁷⁸. Ainsi, cette « *séparation imparfaite entre l'administration active et le juge* »¹²⁷⁹ est déjà actée ; et la reconnaissance de prérogatives supplémentaires au juge de la légalité serait sans incidence sur cette réalité.

2) Une situation inaltérée

Un champ d'application indépendant. Soulever d'office des conclusions ou des moyens d'annulation est sans incidence sur l'exercice des pouvoirs qui font potentiellement du juge un administrateur, à savoir les pouvoirs d'injonction ou de réformation¹²⁸⁰. A supposer même que la formulation contemporaine du principe interdisant au juge de faire œuvre d'administrateur puisse signifier la recherche d'un recours le plus efficace possible, sans toutefois se « *substituer à l'administration active en ce qui concerne l'initiative de l'action administrative et le choix de ses moyens d'action* »¹²⁸¹, la conclusion serait la même. Il n'est en effet pas question pour le juge de prendre l'initiative de son action ou de méconnaître l'impondérable latitude de l'administration en termes d'opportunité.

¹²⁷⁵ SILVA (I. de), « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », concl. sur CE, 6 février 2004, *Mme Hallal, RFDA*, 2004, p. 740.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ CHEVALLIER (J.), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », art. préc., p. 80.

¹²⁷⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 1118.

¹²⁷⁹ LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 12.

¹²⁸⁰ Alors même qu'en substituant d'office un défaut de base légale par exemple, le juge modifie nécessairement l'acte dont il est saisi, mais pour rejeter les conclusions à fin d'annulation dont il est saisi.

¹²⁸¹ SILVA (I. de), « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », concl. préc., p. 740.

Par ailleurs, l'occasion se présente également de dissiper l'idée selon laquelle les pouvoirs étendus dont dispose le juge de la légalité feraient obstacle à un renforcement de son « office d'office ». L'idée selon laquelle « *l'application des règles de non infra et non ultra petita au plein contentieux objectif [permettrait] de vérifier la proposition selon laquelle le juge de ce contentieux est bien juge non administrateur* »¹²⁸² n'est acceptable que dans la mesure où il est question d'autosaisine initiale, hypothèse qui a été expressément écartée. Autrement dit, un pouvoir d'autosaisine initiale, par la création spontanée d'un lien d'instance, associé aux pouvoirs de réformation dont dispose le juge du plein contentieux en ferait immanquablement bien plus un administrateur qu'un juge. Mais le fait que ce même juge, avec ces mêmes pouvoirs, soulève, dans le cadre d'une instance régulièrement introduite, des conclusions ou des moyens d'ordre public afin d'annuler un acte administratif illégal ne saurait entraîner une telle conséquence, ces prérogatives renforçant non son pouvoir de réformation, mais uniquement son pouvoir d'annulation. L'existence d'un pouvoir de réformation corrobore d'ailleurs l'idée selon laquelle le principe de séparation des fonctions juridictionnelle et administrative, bien que constitutionnellement garanti au titre de la séparation des pouvoirs, n'est pour autant pas d'une rigidité absolue lorsque l'efficacité de l'intervention du juge administratif est en cause.

Un renforcement du seul pouvoir d'annulation. La crainte de l'effet synergique des pouvoirs du juge de la légalité ne doit pas emporter la conviction de l'inopportunité du renforcement des attributs de son pouvoir d'annulation. Certes, le juge du plein contentieux objectif dispose de pouvoirs étendus, mais les éléments constitutifs de l'instance sur lesquels il pourrait disposer de davantage de maîtrise sont indépendants de la mise en œuvre de son pouvoir de réformation, seul susceptible de lui conférer une tâche d'administrateur. Les conséquences que l'administration devra tirer de l'illégalité censurée seront les mêmes que si le moyen ou la conclusion relevés d'office avaient été soulevés par le requérant. A ce titre, annuler un acte pour incompétence ou pour une erreur de droit reste sans incidence sur les pouvoirs déjà considérables dont dispose le juge de la légalité.

Ce risque d'effet synergique, qui inspire la méfiance au premier abord, doit également être dissipé s'agissant de l'existence d'une procédure inquisitoire. Le fait que le juge dispose non seulement de prérogatives remarquables au stade du dispositif du jugement, mais

¹²⁸² LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011, p. 408.

également d'un pouvoir d'initiative considérable en matière de recherche de preuves et de déroulement de l'instance, ne doivent pas permettre de considérer comme établie la dérive vers un juge omnipotent. Il convient d'éviter de retenir une vision déformée de l'office du juge de la légalité dans sa globalité, car ce type de raisonnement ne permet pas d'identifier objectivement les véritables obstacles à un renforcement de ses seules prérogatives censoriales. Bien que la procédure soit inquisitoriale et que le juge dispose d'un pouvoir de réformation, le champ d'exercice de ces prérogatives est indépendant de celui lui permettant de se saisir d'office de certaines questions dans une optique d'efficience de son intervention. Si des obstacles d'ordre théorique doivent se dresser sur le chemin d'une telle reconnaissance, il ne s'agit pas de la crainte confuse et instinctive de la toute-puissance du juge administratif.

Le pouvoir de réformation, et d'une manière générale les pouvoirs dont dispose le juge de la légalité, ne sont pas des arguments pour restreindre ses capacités de saisine d'office ; il ne serait pas un juge-administrateur parce qu'il pourrait annuler un acte dès lors que le bien-fondé d'un moyen ressort des pièces du dossier, mais il est l'est d'ores et déjà parce qu'il peut réformer la décision de l'administration en y substituant la sienne. C'est ce pouvoir de réformation qui empiète sur les prérogatives de l'administration, et non l'aboutissement de son contrôle par une émancipation des termes de la requête. Or, loin de faire du juge un administrateur, les conclusions et moyens soulevés d'office permettent au contraire au juge de la légalité de constituer un contre-pouvoir efficace, pérennisant ainsi le principe de séparation des pouvoirs.

B. Un équilibre des pouvoirs renforcé

Un contre-pouvoir optimisé. Si le principe de séparation des pouvoirs a pu apparaître, au premier abord, comme un éventuel obstacle à la reconnaissance de nouvelles prérogatives au juge de la légalité, il ne faut pourtant pas omettre que cette séparation tend « à établir un équilibre tempéré entre les trois "puissances" selon un savant mécanisme de "checks and balances" »¹²⁸³, équilibre qui suppose des « contrepoids » efficaces. Renforcer « l'office d'office » du juge de la légalité afin d'en optimiser le contrôle constitue certainement une forme de consolidation de l'équilibre des pouvoirs institutionnels. Le principe de séparation de pouvoirs implique des mécanismes aboutis de contrôle d'un

¹²⁸³ RENOUX (T.), « Séparation des pouvoirs », in *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1212, spéc. p. 1217.

pouvoir sur l'autre, lesquels peuvent nécessiter de s'émanciper de certaines conceptions traditionnelles.

Il ne paraît dès lors « *pas exagéré d'affirmer que la règle selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir ne saurait empiéter sur les attributions de l'administration active doit aujourd'hui être conciliée avec l'impératif d'efficacité qui caractérise l'office du juge administratif* »¹²⁸⁴. En d'autres termes, la « *possibilité, pour le juge, de substituer, dans certains cas, son appréciation à celle de la personne publique est juridiquement correcte, dès lors qu'elle est une condition d'un contrôle effectif de son action* »¹²⁸⁵. Si l'effectivité de son contrôle peut permettre au juge de s'émanciper de l'interdiction de faire acte d'administrateur, il est difficile de ne pas conférer à cet impératif la même portée s'agissant du parachèvement de son pouvoir d'annulation.

Alors même qu'il n'est pas question de faire davantage du juge de la légalité un administrateur, reste que les principes et leur intangibilité s'apprécient tant au regard de leur efficience que de leur finalité. En ce sens, « *rien n'interdit, si le maintien de la liberté le justifie, (...) que le Juge devienne administrateur (...) voire même législateur occasionnel* »¹²⁸⁶. En définitive, savoir si le juge est une source abusive du droit ou bien s'il est un juge qui gouverne sont « *autant de faux problèmes car mal posés : le juge administratif est un juge qui juge. Il est naturel qu'il dispose de moyens suffisants et adéquats pour remplir sa tâche* »¹²⁸⁷.

Des limites mal posées. Gouvernement des juges et juge-administrateur apparaissent, à l'aune de ces développements, comme des limites mal posées à l'exercice spontané de son office par le juge de la légalité. Il n'est plus véritablement question de craindre une confusion des pouvoirs mais de rester vigilant au maintien de leur équilibre. Bien qu'il ne soit plus véritablement possible d'affirmer que la juridiction administrative « *ne gouverne pas et n'administre pas* »¹²⁸⁸, les garanties offertes au justiciable doivent néanmoins rester intactes.

¹²⁸⁴ GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), « Les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat 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 », *AJDA*, 2001, p. 1046.

¹²⁸⁵ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 137.

¹²⁸⁶ RENOUX (T.), « Séparation des pouvoirs », art. préc., p. 1214.

¹²⁸⁷ PANAZZA (J.P.), *Le juge administratif et l'ordonnancement juridique*, thèse, Montpellier, 1972, p. 351.

¹²⁸⁸ ODOT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, p. 50.

A supposer même qu'il existe une sorte de « République des juges »¹²⁸⁹, elle reposerait sur une « nouvelle loyauté du juge-régulateur »¹²⁹⁰ passant par « un attachement scrupuleux aux exigences du "procès équitable" »¹²⁹¹. Il ne doit jamais être question de livrer « les justiciables aux sentiments et aux pulsions du juge, ou même aux aléas de ses réactions personnelles »¹²⁹² ; tel serait un véritable « gouvernement des juges » contrevenant de manière inadmissible au principe fondamental de la neutralité du juge « en quelque sorte consubstantiel à son institution et qui constitue la garantie indispensable des parties »¹²⁹³.

Gouverner ou se laisser gouverner par des considérations étrangères au droit : tel serait pour le juge renier l'essence de sa fonction et partant dénaturer irrémédiablement la nature de son office. A cet égard, et pour reprendre l'image proposée par R. Badinter, « l'ubris juridictionnelle emporte le juge au-delà de ce qui est sa mission, et (...) lui laisse, à la faveur de son pouvoir, non pas une excessive liberté, mais l'occasion de donner libre cours à ce que sont, non plus seulement ses raisonnements ou ses principes, mais ses convictions ou ses passions ». A n'en pas douter, le juge méconnaîtrait alors les limites de son office et la nature de la fonction juridictionnelle qui lui incombe. « Fort heureusement, encore une fois, les juges ne sont que très exceptionnellement atteints par le virus de l'ubris. La sensibilité commune de la fonction serait plutôt orientée vers la timidité que vers l'audace, ce qui n'est d'ailleurs pas une meilleure solution, mais méfions-nous de nous-mêmes »¹²⁹⁴.

¹²⁸⁹ OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès », in *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 698.

¹²⁹⁰ *Ibid.* p. 701.

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² BERGEL (J.L.), « Introduction générale », in *L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 12, spéc. p. 19.

¹²⁹³ *Ibid.* p. 13.

¹²⁹⁴ BADINTER (R.), « Le gouvernement des juges vu par les juges », in *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 287, spéc. p. 292. Pour les termes « ubris » ou encore « hybris » comprendre orgueil, démesure, trait caractéristique condamné chez les humains dans la mythologie grecque.

Conclusion de la Section I. Oser conférer au juge administratif censeur des actes illégaux de nouvelles prérogatives n'aurait ni pour objet ni pour effet de le rapprocher davantage de l'administrateur ou de mettre à mal le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. L'« *obsession française* »¹²⁹⁵ que constitue le « *spectre du gouvernement des juges ne devrait pas empêcher de poser la vraie question qui est celle de la place du juge et singulièrement du juge administratif dans la société française* »¹²⁹⁶. Mais cette place ne pourra lui être reconnue, en tout état de cause, que dans le respect impérieux des exigences du procès équitable.

¹²⁹⁵ *Ibid.* p. 289.

¹²⁹⁶ RICHER (L.), « Des droits du juge à ceux du justiciable », *AJDA*, 1986, p. 278, spéc. p. 283.

SECTION II

UNE IMPARTIALITÉ PRÉSERVÉE

La règle *non ultra petita*, aux termes de laquelle le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi, ainsi que celle lui interdisant de soulever d'office un moyen non revêtu du caractère d'ordre public, doivent pouvoir se rattacher à l'interdiction originelle faite au juge de se saisir d'office. C'est en retenant cette vision plus générale de la problématique qu'apparaît alors la question de l'impartialité du juge. C'est en effet dans les exigences d'impartialité que se retrouve l'un des fondements de la prohibition générale de l'autosaisine (§1), et il conviendra alors de s'assurer que la consécration des conclusions d'ordre public et la généralisation des moyens d'ordre public ne contreviendraient pas à cette exigence immuable du procès équitable (§2).

§1 : Le principe d'impartialité comme fondement de la prohibition de l'autosaisine

Afin d'identifier le principe d'impartialité comme un obstacle potentiel à la proposition, il convient de remettre en perspective la règle *non ultra petita* largement entendue afin de l'appréhender comme l'interdiction générale faite au juge de s'autosaisir. Dans cette optique, cette prohibition se rattache alors à celle interdisant au juge d'être à la fois juge et partie, constituant l'essence même du principe d'impartialité (A). Toutefois, l'incompatibilité des hypothèses d'autosaisine et du principe d'impartialité se révèle somme toute relative, les garanties du procès équitable pouvant persister malgré l'intervention spontanée du juge (B).

A. Une méconnaissance potentielle du principe d'impartialité

Le rattachement à la prohibition générale de toute autosaisine de l'interdiction faite au juge de la légalité de se saisir d'office de certaines questions (1) permet d'identifier une atteinte potentielle au principe d'impartialité, laquelle peut alors être considérée à l'origine d'une telle limitation (2).

1) Une prohibition générale de l'autosaisine

Un principe source. Au premier abord, il n'est peut-être pas si évident d'établir un lien direct entre l'interdiction de l'autosaisine, celle de l'*ultra petita*, et celle de soulever d'office un moyen ordinaire. Il ne faut pas nier qu'une distinction nette existe entre ces principes, lesquels font d'ailleurs l'objet de formulations distinctes. Si l'article 1^{er} du code de procédure civile dispose que « *seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement* », l'article 5 précise que « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». La prohibition de la saisine d'office et celle de l'*ultra petita* ne se recouvrent donc pas totalement. De la même manière que l'interdiction de statuer d'office sur des moyens ordinaires ne recouvre pas celle de soulever d'office des conclusions¹²⁹⁷.

Comment le lien se fait-il alors entre ces trois principes *a priori* distincts et pourquoi aller chercher dans les fondements de la prohibition de l'autosaisine les obstacles éventuels au renforcement de « l'office d'office » du juge de la légalité ? Afin de clarifier les termes de l'interrogation, il convient de préciser les trois hypothèses dont il est question. La première, celle de l'autosaisine élémentaire, correspond à la saisine initiale du juge, qui ne peut en principe intervenir de son propre chef. Le juge ne peut introduire l'instance en créant de sa propre initiative le lien initial d'instance. Par principe, il ne dispose pas de « *la compétence de sa compétence* »¹²⁹⁸, pour reprendre une terminologie constitutionnaliste. Il ne peut pas non plus, – et c'est la deuxième hypothèse – statuer au-delà de ce qui lui est demandé, ni – troisième hypothèse – répondre à des questions qui ne lui sont pas posées.

Se dessine alors le lien qui existe entre l'autosaisine et le fait de statuer sur des conclusions non soulevées par les parties. Si le juge statue d'office sur des conclusions, il se saisit nécessairement de sa propre initiative des dites conclusions. Il y a donc simplement une différence de degré entre l'interdiction de saisir spontanément d'un litige, et celle de statuer au-delà des limites du litige telles que définies par les parties. Raison pour laquelle il est possible de retenir la terminologie d'autosaisine *initiale* et d'autosaisine *dérivée* ou *incidente* lorsque celle-ci intervient au cours d'une instance déjà introduite par la saisine d'office de moyens ou de conclusions.

¹²⁹⁷ Cf. *supra* Partie I – Titre I – Chapitre I.

¹²⁹⁸ Expression de Georg Jellinek, à propos du concept de souveraineté d'un Etat.

Quant à l'hypothèse d'une annulation d'un acte sur un moyen qui n'aurait pas été soulevé par le requérant, elle ne peut être assimilée à celle de la méconnaissance de l'objet du litige, à savoir l'annulation de l'acte ou d'une partie de celui-ci, mais se rattache plus généralement au fait pour le juge de se saisir d'office d'une question. Le lien est évidemment plus ténu entre la prohibition de l'autosaisine et l'interdiction de soulever d'office un moyen ordinaire qu'entre cette première et la règle *non ultra petita*, laquelle en découle naturellement. En toute orthodoxie, et conformément à la conception de la règle *non ultra petita* retenue dans le cadre de la présente étude¹²⁹⁹, se saisir d'office d'un moyen ne devrait pas être considéré comme un cas d'autosaisine à proprement parler. Toutefois, il s'agit ici d'aborder la question de l'autosaisine de manière générale, en autorisant une certaine abstraction, et partant une certaine virtualité conceptuelle permettant une appréhension globalisante, dans la mesure où la question de l'impartialité qu'elle sous-tend nécessite d'être posée – et résolue – tant en ce qui concerne les conclusions que les moyens soulevés d'office. Il est donc possible de repousser les limites concrètes de l'autosaisine pour l'entendre, dans les développements suivants, comme « *la capacité détenue par un organe d'agir de sa propre initiative* »¹³⁰⁰, ou plus précisément la capacité pour le juge de la légalité de se saisir spontanément de certaines questions.

Une prohibition latente, une formulation récente. Si le code de procédure civile explicite en son article premier l'adage issu du droit romain selon lequel « *ne procedat judex ex officio* »¹³⁰¹, lui conférant ainsi une place élémentaire, le code de justice administrative en revanche n'en retient pas une formulation aussi explicite. Seul l'article R. 411-1 du code de justice administrative permet de retrouver la trace d'un tel principe, lequel dispose que « *la juridiction est saisie par requête* ». En tout état de cause, la règle *non ultra petita* est une règle générale de procédure¹³⁰² et s'impose à ce titre aux juridictions. Néanmoins, il est à noter que devant les juridictions administratives, aucune formulation plus générale de l'interdiction fondamentale de l'autosaisine n'existe. A croire que l'évidence du principe n'en imposerait pas l'énonciation explicite.

¹²⁹⁹ Cf. *supra* Partie I – Titre I – Chapitre I.

¹³⁰⁰ KERLEO (J.F.), « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA*, 2014, p. 293.

¹³⁰¹ « Le juge ne procède pas d'office ». L'article premier du code de procédure civile dispose : « *Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi* ».

¹³⁰² Cf. *supra* partie I – Titre I – Chapitre I.

Il ne fait pourtant aucun doute que la règle telle qu'énoncée en droit positif par le code de procédure civile trouve à s'appliquer de manière identique en procédure administrative contentieuse. Simplement, elle n'est pas formalisée de cette manière, si ce n'est par l'interdiction faite au juge de statuer au-delà des termes de la demande, laquelle implique, implicitement mais nécessairement, celle de l'autosaisine. De manière générale, la « *saisine d'office du juge, quelle que soit la matière, perturbe les règles fondamentales du procès. L'autosaisine du juge est a priori un mode d'ouverture de l'instance exclu de toute conception libérale de la justice* »¹³⁰³.

Ce n'est finalement que très récemment que la prohibition générale de l'autosaisine juridictionnelle, dont l'affirmation bien que « *[r]abâchée par la doctrine (...) demeurait encore dans sa chrysalide* »¹³⁰⁴, a été formellement consacrée par le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la faculté d'autosaisine dont disposait le tribunal de commerce dans le cadre des procédures de redressement judiciaire. Faisant découler directement le principe de l'article 16 de la Déclaration de 1789, *que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ; qu'il en résulte qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée (...)* »¹³⁰⁵.

2) Une atteinte présumée au principe d'impartialité

Autosaisine et impartialité. En se saisissant spontanément d'un litige, ou plus généralement d'une question qui ne lui était pas directement soumise, le juge peut être regardé comme ne faisant pas preuve de l'impartialité dans la mesure où il ne saurait, sous « *peine d'arbitraire, (...) outrepasser la mission définie par les parties* »¹³⁰⁸. En se saisissant d'office, le juge témoignerait alors nécessairement d'un parti pris sur la question qui ne lui était justement pas soumise, en ce que « *l'autosaisine démontrerait qu'il se sent concerné par l'affaire* »¹³⁰⁹.

Toute forme de saisine d'office contrarie dans cette mesure « *la logique de la procédure et la nature de l'office du juge. La menace est celle de la partialité du juge, pire aspect de son arbitraire. Elle s'étend aux décisions rendues ultra petita, par lesquelles le juge étend sa propre saisine. Car comment expliquer que le juge accorde à un plaideur ce qu'il ne demande pas ?* »¹³¹⁰. Tel est en effet le sens premier de l'autosaisine, appréhendée relativement à l'objet de la demande dans sa conception la plus parfaite : le juge accorde au requérant ce qui ne lui était pas demandé. Au regard des moyens en revanche, le juge accorde

¹³⁰⁷ « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

¹³⁰⁸ BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 225, spéc. p. 227.

¹³⁰⁹ WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575, spéc. p. 583.

¹³¹⁰ BOLARD (G.), art. préc., p. 231.

bien ce qui était demandé – et la nuance est d’importance – mais en répondant à une question (de légalité) qui ne lui était pas posée.

Plus généralement, toute « *suggestion, tout conseil venant du juge risque d’entretenir dans l’esprit du plaideur le sentiment d’une fausse sécurité ; car s’il n’obtient pas gain de cause, ou s’il n’obtient pas ce qu’il attendait, il aura facilement l’impression d’avoir été trahi par son juge* »¹³¹¹. Ce sentiment de trahison s’exprimera de manière formelle dans l’apparence – pour s’en tenir à la théorie du même nom – de partialité du juge dès lors que l’autosaisine, « *peut être perçue comme un pré-jugement* »¹³¹². Partant, et au « *premier chef, c’est l’impartialité du juge qui est directement menacée par l’exercice cumulé du pouvoir de s’autosaisir et de celui de juger l’affaire* »¹³¹³. Plus précisément, c’est l’apparence de l’impartialité objective du juge qui se trouve alors mise en cause.

Une exigence d’impartialité objective. Le fait, pour un juge, de se saisir de sa propre initiative, remet en cause son impartialité au sens objectif du terme, c’est-à-dire appréciée indépendamment de son comportement individuel ou de sa situation personnelle. Alors qu’en matière « *d’impartialité objective, le parti pris est révélé par l’existence d’un préjugement, il se traduit plutôt, en matière d’impartialité subjective, par celle d’un préjugé, favorable ou défavorable, que nourrit le juge dans son for intérieur* »¹³¹⁴. Or, justement, le fait de se saisir d’office d’un litige ou d’une question peut laisser *a priori* penser que le juge connaît déjà le sort qu’il lui réserve, révélant ainsi une sorte de préjugement, auquel les exigences de l’impartialité objective s’opposent.

L’origine de la prohibition de l’autosaisine se trouve donc aux confins de l’Etat de droit, et non pas du fait de considérations purement pragmatiques tirées de ce « *que les juridictions de tous ordres et de tous pays ne sont pas, étant donné leur organisation matérielle, en mesure de rechercher elles-mêmes matière à leur activité* »¹³¹⁵. Il s’agit d’un principe inhérent à l’exercice de toute fonction juridictionnelle, de la même manière que l’exigence d’impartialité en constitue l’essence. Ce n’est donc pas, ou pas de manière si évidente, « *le caractère privé des intérêts litigieux [qui] s’oppose à une saisine spontanée du*

¹³¹¹ PERROT (R.), « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal.*, 1977, Doctrine, p. 91, spéc. p. 98.

¹³¹² KERLEO (J.F.), « L’auto-saisine en droit public français », art. préc., p. 293.

¹³¹³ GRANDE (C.), *L’autosaisine et la fonction juridictionnelle en droit français*, op. cit., p. 3.

¹³¹⁴ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, n° 731.

¹³¹⁵ NORMAND (J.), *L’office du juge et la contestation*, LGDJ, 1965, n° 49.

juge »¹³¹⁶, puisque cette prohibition s'applique indistinctement devant les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif.

Remettre en cause, ne serait-ce que virtuellement, l'impartialité du juge, revient à ébranler la nature même de sa fonction puisque ce « *qu'il y a d'essentiel dans la fonction de juger, c'est que le juge [soit] complètement extérieur au litige. Sa seule relation avec l'affaire en cause, c'est précisément qu'il en est le juge. Ainsi, l'indépendance et l'impartialité du juge ne sont pas de simples garanties de bonne justice, elles sont de l'essence même de la fonction de juger* »¹³¹⁷. Cette position fait directement écho à celle du « juge-arbitre », tiers impartial, selon laquelle le « *procès n'est que la transposition pacifique de l'ancien combat judiciaire. A l'échange des coups l'on a seulement substitué l'échange des conclusions. De ce combat le juge n'est encore que l'arbitre, et il est de règle que l'arbitre n'intervienne pas* »¹³¹⁸.

Telles sont les raisons pour lesquelles le renforcement des prérogatives dont le juge dispose d'office pourrait contrevenir au principe d'impartialité objective, consacré tant par le droit interne que le droit européen. L'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit évidemment le « *droit à un tribunal indépendant et impartial* », et ce bien qu'il n'existe semble-t-il « *aucune jurisprudence européenne qui, au vu du droit au procès équitable, condamne la saisine d'office* »¹³¹⁹. Le Conseil d'Etat consacre également un « *principe d'impartialité applicable à toutes les juridictions administratives* »¹³²⁰, de même que la jurisprudence constitutionnelle fait découler directement ce principe de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et le considère comme indissociable de l'exercice de toute fonction juridictionnelle¹³²¹.

Le cumul inique des qualités de juge et partie. Si l'autosaisine heurte, en règle générale, le principe d'impartialité, c'est qu'il « *n'est que l'application d'un principe général et très ancien selon lequel nul ne peut être juge et partie dans la même cause* »¹³²². Le

¹³¹⁶ *Ibid.* n° 46.

¹³¹⁷ WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », art. préc., p. 582.

¹³¹⁸ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, p. 23.

¹³¹⁹ DELICOSTOPOULOS (S.), *L'encadrement processuel des autorités de marché*, LGDJ, 2002, p. 222.

¹³²⁰ CE, 27 avril 1988, *Sophie*, p. 160 ; CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Metal*, p. 83 ; CE, Ass., 6 avril 2001, *SA Entreprise Razel frères*, p. 176.

¹³²¹ Par exemple : CC, 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, *Composition de la commission départementale d'aide sociale* ; *AJDA*, 2011, p. 1214 ; *JCP A*, 2011 n° 2150.

¹³²² BRAIBANT (G.), concl. sur CE, 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset*, *RDP*, 1973, p. 1072.

principe même de l'autosaisine contreviendrait alors au principe élémentaire de « *non-cumul pour un organe du pouvoir d'agir et du pouvoir de juger* »¹³²³. Ainsi, en s'immisçant dans le litige de manière spontanée, le juge se comporterait comme une partie et cumulerait de ce fait deux qualités incompatibles.

Dans un tel contexte, « *se trouvent bel et bien posées les questions du droit à un procès équitable et de l'impartialité objective qui interdit notamment de cumuler la qualité de juge et celle de partie* »¹³²⁴. En se saisissant de son propre chef d'une question, le juge sortirait alors de sa fonction juridictionnelle qui consiste uniquement à trancher les questions qui lui sont soumises, pour prendre part à la détermination de la physionomie du litige et de ce fait sortir de son rôle. En s'autosaisissant « *le tribunal a donc, parce qu'il a agi, un préjugé, comme toute partie. (...) Donc, objectivement, il n'est pas impartial* »¹³²⁵.

Le pouvoir d'autosaisine – initiale ou dérivée – met donc directement en cause l'exigence d'impartialité qui lui incombe, laquelle constitue ainsi un obstacle potentiel à la reconnaissance ou au renforcement d'un tel pouvoir. Il faut toutefois dépasser le stade des principes théoriques pour appréhender concrètement la confrontation de ces deux éléments, laquelle permet en réalité de dépasser le stade de l'incompatibilité au profit d'un aménagement des garanties d'impartialité.

B. Une incompatibilité à relativiser

Si les hypothèses d'autosaisine contreviennent par principe aux exigences d'impartialité objective en témoignant d'un préjugement de l'affaire par le juge, il s'avère que l'exercice spontané d'une prérogative peut s'accompagner de garanties de nature à répondre aux impératifs du droit à un procès équitable **(1)**. Néanmoins, les cas d'autosaisine demeurent strictement encadrés et répondent à des hypothèses particulières ne permettant pas de se dispenser de l'assurance du respect de telles exigences **(2)**.

¹³²³ FRISON-ROCHE (M.A.), « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28.

¹³²⁴ SUBRA de BIEUSSES (P.), note sous CE, 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, n° 180122, *AJDA*, 2000, p. 1071.

¹³²⁵ FRISON-ROCHE (M.A.), *loc. cit.*

1) Des garanties pérennes d'impartialité

Une prohibition relative. Il suffit de reprendre la partie finale du considérant de la décision susmentionnée du Conseil constitutionnel de 2012 pour trouver l'affirmation pure et simple du caractère relatif de la prohibition de l'autosaisine, dont il faut donc déduire qu'elle ne saurait, en elle-même, porter une atteinte dirimante au principe d'impartialité. Ladite décision précise en effet que « *si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité* »¹³²⁶.

En dehors donc de la matière pénale, les hypothèses de saisines juridictionnelles spontanées demeurent envisageables lorsqu'une finalité d'intérêt général l'exige et que ses modalités de mises en œuvre sont de nature à préserver l'impartialité, ou l'apparence d'impartialité, du juge. L'absence de caractère absolu de l'interdiction avait déjà été explicitée par la Cour de cassation qui, à propos de l'interdiction de se saisir d'office édictée par le règlement du Conseil de l'ordre des avocats de Lille, a pu considérer que « *la faculté, pour une juridiction, de se saisir d'office dans les conditions prévues par la loi ne porte atteinte à aucun principe du droit français, ni aux principes d'indépendance et d'impartialité garantis par l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme* »¹³²⁷.

¹³²⁶ CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286 QPC, *Société Pyrénées services et autres*, préc. ; le principe est par ailleurs rappelé s'agissant de l'exercice spontané du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes par la décision CC, 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC, *Société Numéricable SAS et autres*, JORF du 7 juillet 2013, p. 11356 : *AJDA*, 2013, p. 1953, chron. M. Lombard ; *RFDA*, 2013, p. 1255, chron. A. Roblot-Troizier, G. Tusseau ; *RJEP*, n° 719, mai 2014, comm. 23, comm. H. Pauliat ; *Constitutions*, 2013, p. 437, chron. O. Le Bot ; *JCP E*, n° 35, août 2013, 608, obs. P. Wilhelm ; *CCC*, n° 10, oct. 2013, comm. 215, note D. Bosco ; *Concurrences*, n° 4, oct. 2013, p. 156, note H. Delzangles ; *RFDC*, 2014/1, p. 169, note A. Oudoul.

« (...) *Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (...)* ».

¹³²⁷ Civ., 1^{ère}, 13 novembre 1996 ; *JCP*, 1997, II, 22816, note R. Martin.

La même solution de principe est retenue par le Conseil d'Etat dans sa décision *Habib Bank Limited* de 2000, une des premières décisions à statuer sur la compatibilité de l'autosaisine et des exigences du procès équitable, aux termes de laquelle « *la possibilité conférée à une juridiction ou à un organisme administratif qui, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, peut être qualifié de tribunal au sens de l'article 6, 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncée par ces stipulations* »¹³²⁸.

Dans l'hypothèse d'une autosaisine d'un organisme juridictionnel, en l'espèce la Commission bancaire¹³²⁹, il convient alors de s'assurer *in concreto* que les exigences d'équité, et notamment d'impartialité, sont respectées¹³³⁰. En l'occurrence, il s'agissait pour le Conseil d'Etat de s'assurer que les termes de l'acte de saisine ne donnaient pas « *à penser que les faits visés [étaient] d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer [étaient] d'ores et déjà reconnu* ». Il n'existe donc pas de principe strict d'incompatibilité entre autosaisine et impartialité ; simplement l'autosaisine, lorsqu'elle est permise, doit être justifiée dans sa finalité et encadrée dans sa mise en œuvre, afin de s'assurer du respect du droit à un procès équitable¹³³¹.

¹³²⁸ CE, 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, n° 180122, p. 433, concl. F. Lamy ; *AJDA*, 2000, p. 1071, note P. Subra de Biesses ; *AJDA*, 2000, p. 1001, chron. M. Guyomar, P. Collin ; *D.*, 2001, p. 2665, note A. Louvaris ; *D.*, 2001, p. 1072, obs. M. Soussé ; *D.*, 2002, p. 634, obs. H. Synvet ; *RSC*, 2001, p. 598, obs. J. Riffault ; *RTD com.*, 2001, p. 197, obs. M. Cabrillac ; *RDP*, 2001, p. 407, note C. Guettier ; *JCP E*, n° 6, 8 fév. 2001, p. 272, note R. Salomon ; *Procédures*, n° 2, fév. 2001, comm. 51, obs. S. Deygas ; *RDLA*, n° 35, fév. 2001, p. 5, comm. P. Zavoli.

¹³²⁹ La Commission bancaire était un organe collégial chargé de contrôler les établissements de crédit et de sanctionner leurs manquements, créé par la loi bancaire de 1984. En vertu de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, la Commission bancaire a notamment fusionné avec l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles pour former l'Autorité de contrôle prudentiel à compter de janvier 2010. Dans l'exercice de son pouvoir de sanction la Commission bancaire agissait en qualité de juridiction administrative, le Conseil d'Etat connaissant alors du litige en qualité de juge de cassation. La solution est toutefois étendue à toutes les autorités susceptibles d'être qualifiées de tribunal au sens de l'article 6§1.

¹³³⁰ Cette solution revient sur ce point sur la décision CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, p. 584 ; *RFDA*, 2000, p. 584, concl. A. Seban ; *D.*, 2000, p. 62, obs. M. Boizard ; *JCP G*, 2000, II, 10267, note F. Sudre ; *AJDA*, 2000, p. 172, chron. M. Guyomar ; *AJDA*, 2000, p. 120, chron. P. Collin ; *RTD com.*, 2000, p. 405, obs. N. Rontchevsky ; *RDP*, 2000, p. 349, note C. Guettier ; *RA*, 2000, p. 43, note C. Brière ; *LPA*, n° 9, 11 mai 2005, p. 3, entretien avec J.C. Bonichot ; *GAJA*, 20^{ème} éd., n° 98 : « (...) compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable (...) ».

¹³³¹ Solution précisée et confirmée par CE, 30 juillet 2003, *Société Dubus*, n° 240884, T. p. 671 : « (...) Considérant que l'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer des règles dans un

La séparation des fonctions de poursuite et de « jugement ». L'une des garanties essentielles du principe d'impartialité réside dans la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, conformément à ce que, après une certaine hésitation¹³³², reconnaissent tant les juridictions européenne¹³³³ qu'interne¹³³⁴. L'impartialité « suppose une séparation des fonctions de saisine du juge de celles du jugement de l'affaire »¹³³⁵. Dans ces conditions, si « la faculté d'autosaisine implique, ou, si l'on préfère, traduit la déplorable confusion des fonctions de poursuite et de jugement »¹³³⁶, pour que « la saisine d'office ne soit pas contestable, l'impartialité doit donc être assurée par la vigilance continuelle des acteurs d'une telle procédure »¹³³⁷, qui peut notamment passer par l'organisation d'une séparation étanche des fonctions.

Il convient toutefois de souligner l'exception que réserve à la matière pénale le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée de 2012. De plus amples recherches sur cette

domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercées et de sanction des manquements constatés, ne contrevient pas aux exigences rappelés par l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que ce pouvoir de sanction est aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision(...) ».

¹³³² CE, Sect., 25 juillet 2007, *Société Dubus SA*, n° 266735 : « (...) Considérant qu'aucun principe général du droit, non plus que les stipulations de l'article 6, § 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne fait obstacle à ce que la commission bancaire se saisisse elle-même de faits de nature à constituer des manquements ni n'impose la séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès (...) ».

¹³³³ CEDH, 11 septembre 2009, *Dubus SA c. France*, n° 5242/04 ; *AJDA*, 2009, p. 1936, chron. J.F. Flauss ; *D.*, 2012, p. 1908, obs. H. Synvet ; *D.*, 2009, p. 2247, note A. Couret ; *AJ pénal*, 2009, p. 354, comm. J. Lasserre Capdeville ; *Constitutions*, 2012, p. 337, obs. O. Le Bot ; *Bull. Joly Bourse*, 2009, p. 388, note L. Ruet ; *Banque et Droit*, juill.-août 2009, p. 16, obs. T. Bonneau ; *RLDA*, n° 40, juill. 2009, p. 40, note D. Carole-Brisson ; *DA*, n° 8, août 2009, comm. 111, G. Houillon ; *JCP E*, n° 47, 19 nov. 2009, 2081, note P. Pallier ; *RDBF*, n° 3, mai 2010, pp. 17 et s., études J.P. Kovar et J. Lasserre Capdeville : en l'absence de séparation organique des fonctions, la Cour estime que la requérante pouvait nourrir des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la Commission bancaire du fait de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction.

¹³³⁴ CE, 8 novembre 2010, *Dubus SA*, n° 329384 : « (...) qu'eu égard à l'insuffisance des garanties dont la procédure était entourée, la circonstance que les mêmes personnes se prononcent sur la décision de poursuivre, d'une part, et sur la sanction, d'autre part, était de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette juridiction (...) ».

La position du Conseil constitutionnel est quant à elle beaucoup plus tranchée sur la question : « (...) En organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, ces dispositions méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions (...) » (CC, 2 décembre 2011, n° 2011-200 QPC, *Banque populaire Côte-d'Azur*, cons. 7 et 8, *JORF* du 3 décembre 2011, p. 20496).

¹³³⁵ FRICERO (N.), « Impartialité », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 607.

¹³³⁶ DELICOSTOPOULOS (S.), *L'encadrement processuel des autorités de marché*, op. cit., p. 224.

¹³³⁷ ROLLAND (B.), « Réflexions sur la saisine d'office », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 685, spéc. p. 691.

question seraient nécessaires pour appréhender de manière satisfaisante la spécificité de la matière pénale au regard de l'autosaisine et des exigences d'impartialité. Il est toutefois possible d'en déduire la spécificité de la fonction répressive qui implique une séparation stricte des fonctions de poursuite et de jugement. Les conséquences pratiques d'une telle limitation ne sont pas essentielles, dès lors que l'institution du ministère public qui assume ce rôle de « partie », permet de garantir la régularité de la procédure à cet égard. Sur le plan des principes néanmoins, cette solution met en exergue les particularités de la procédure pénale et ses exigences intrinsèques. Elle permet également à ce stade de remarquer qu'à l'inverse de l'exercice d'un pouvoir de sanction sans doute, « *punir ce n'est pas administrer, c'est juger* »¹³³⁸. De la même manière que trancher un litige n'est pas administrer mais bien juger, au sens d'exercer une fonction juridictionnelle contentieuse supposant l'existence d'un litige, et par suite, d'une saisine.

Bien que les exigences d'impartialité ne s'opposent donc pas radicalement à l'existence d'hypothèses d'autosaisine, il ne reste pas moins que l'action spontanée du juge doit rester particulièrement encadrée et justifiée.

2) Un encadrement strict des hypothèses d'autosaisine

Des hypothèses particulières. La généralité des propos précédents ne doit pas faire perdre de vue les hypothèses, à la fois limitées et particulières, dans lesquelles un organe – d'autant plus lorsqu'il exerce une activité juridictionnelle¹³³⁹ – est parfois autorisé à se saisir de sa propre initiative. Dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir de sanction par une autorité administrative indépendante, l'autosaisine apparaît comme un attribut indispensable au pouvoir de contrôle exercé. L'autosaisine permet notamment aux autorités de marché « *d'instaurer une forme de menace permanente et conduit les opérateurs du marché à redouter leur intervention* »¹³⁴⁰. C'est alors la mission particulière qui incombe aux autorités administratives indépendantes qui justifierait, alors mêmes qu'elles peuvent exercer une fonction juridictionnelle lorsque le législateur la leur confère, qu'elles soient en mesure de

¹³³⁸ FRISON-ROCHE (M.A.), « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28.

¹³³⁹ Il ne paraît pas nécessaire, pour les besoins de la démonstration, d'aborder le débat relatif à l'exercice d'une fonction juridictionnelle par les autorités administratives indépendantes dès lors que le critère distinctif pertinent n'est pas tant celui du caractère juridictionnel de la fonction que son caractère contentieux (*cf. infra*).

¹³⁴⁰ GRANDE (C.), *L'autosaisine et la fonction juridictionnelle en droit français*, *op. cit.*, p. 50.

concrétiser leur « *mission de surveillance, de contrôle, de tutelle dans le sens de protection vigilante* »¹³⁴¹.

L'on pourrait alors objecter que la nature particulière de telles autorités ne permet pas de tirer du régime d'autosaisine dont elles connaissent un quelconque enseignement dans le cadre d'une problématique relative à l'office du juge de la légalité. Toutefois, d'autres hypothèses d'autosaisine concernent des organismes plus typiquement juridictionnels qui permettent d'éclairer et d'enrichir le raisonnement par analogie. Que l'on songe à la saisine spontanée de la Cour des comptes en matière de gestion de fait¹³⁴², à la protection des mineurs et des majeurs incapables par le juge des tutelles qui peut émettre spontanément des mesures d'assistance éducative¹³⁴³, ou encore au rôle des tribunaux de commerce en matière de procédures collectives¹³⁴⁴, les hypothèses d'autosaisine existent bel et bien au sein des juridictions.

L'ensemble de ces exemples, dans lesquels un juge agit de son propre chef, mettent en lumière deux séries d'enseignements. La première tient à l'absence constante, dans l'ensemble de ces hypothèses, de l'exercice d'une fonction contentieuse. Le juge, lorsqu'il exerce son pouvoir d'office, ne tranche jamais un litige entre deux parties, ne met jamais fin à une contestation. Ainsi que le relève F. Lamy, « *ces juges interviennent moins pour trancher des différends entre sujets de droit que pour porter remède à des situations particulières : difficultés financières d'entreprises, vulnérabilité de certaines personnes. Leur rôle est plus proche de celui de l'administrateur que de celui du juge. C'est pourquoi ils ont un des attributs du premier : décider de leur propre mouvement d'utiliser les prérogatives que leur donne la loi* »¹³⁴⁵.

¹³⁴¹ DELICOSTOPOULOS (S.), *L'encadrement processuel des autorités de marché*, op. cit., p. 223.

¹³⁴² Article 4 du décret n° 85-199 du 11 février 1985 relatif à la Cour des comptes. La Cour pouvait de saisir d'office dans les cas de constatations faites lors de la vérification des écritures.

¹³⁴³ Ancien article 375 du code civil : « *Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil départemental, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 du code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel.* »

¹³⁴⁴ Article L. 161-1 du code de commerce.

¹³⁴⁵ LAMY (F.), concl. préc.

L'autosaisine du juge interviendrait alors seulement « *dans le cadre de la juridiction gracieuse, c'est-à-dire dans le cadre d'une mission quasi-administrative du juge* »¹³⁴⁶ et pourrait ainsi être justifiée par « *la nécessité d'assurer la primauté d'intérêts supérieurs en l'absence d'impulsion des parties concernées* »¹³⁴⁷. L'article 25 du code de procédure civile¹³⁴⁸ dispose d'ailleurs à cet égard que le juge statue en matière gracieuse lorsqu'il intervient en l'absence de litige¹³⁴⁹. C'est ce premier constat qu'il est importe de souligner, à savoir que les hypothèses d'autosaisine initiale ne concernent jamais directement la fonction contentieuse du juge.

Le déclin de l'autosaisine. Le deuxième enseignement que l'on peut tirer de la série d'exemples d'autosaisine précédemment exposée réside dans leur vocation partagée à disparaître. Depuis 2007, le juge des tutelles ne dispose plus de la faculté de se saisir d'office¹³⁵⁰. Depuis 2008¹³⁵¹, la procédure de la gestion de fait ne peut plus être ouverte à l'initiative des juridictions financières à l'occasion d'un contrôle administratif et en 2010 le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la disposition permettant au Conseil supérieur de la magistrature de se prononcer sur les questions relatives à la déontologie des magistrats sans être saisi à cette fin par le Garde des sceaux¹³⁵².

S'il paraît délicat de tenter de justifier un tel mouvement, il convenait toutefois d'en souligner la concomitance. Conformément à ce qui vient d'être exposé sur le caractère non contentieux des matières concernées, il est malaisé de considérer que le « *recul de l'autosaisine juridictionnelle [serait] finalement liée à l'idée que le procès doit être exclusivement*

¹³⁴⁶ GRANDE (C.), *L'autosaisine et la fonction juridictionnelle en droit français, op. cit.*, p. 56.

¹³⁴⁷ ROLLAND (B.), « Réflexions sur la saisine d'office », art. préc., p. 689.

¹³⁴⁸ « *Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* ».

¹³⁴⁹ Le débat relatif aux liens qu'entretiennent la matière gracieuse et la fonction juridictionnelle ne sera pas davantage abordé dans la mesure où il n'est pas nécessaire, dans le cadre de la présente démonstration, de trancher le fait de savoir si la matière gracieuse ressortit à la matière juridictionnelle ou non. Seule la distinction entre fonction contentieuse et fonction gracieuse paraît ici prendre de l'importance, dans la mesure notamment où il ne fait pas de doute que la fonction contentieuse revêt quant à elle, dans cette hypothèse, une nature juridictionnelle.

¹³⁵⁰ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

¹³⁵¹ Loi n° 2008-1091 du 28 octobre 2008 relative à la Cour des comptes et aux chambres régionales des comptes, *JORF*, 29 octobre 2008, p. 16416.

¹³⁵² CC, 19 juillet 2010, n° 2010-611 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, *JORF*, 23 juillet 2010, p. 13583 ; à noter toutefois que la disposition contrevient à l'article 65 de la Constitution, et non pas à l'article 16 de la DDHC.

la chose des parties »¹³⁵³. Ce recul pourrait éventuellement être fondé « *sur la crainte d'un gouvernement des juges* »¹³⁵⁴ ; mais comment expliquer la survenance soudaine d'une telle crainte ? Peut-être sont-ce simplement les difficultés liées à la mise en œuvre concrète des exigences d'impartialité, tenant notamment à la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, qui justifient ce mouvement de recul. Il est seulement possible de le supposer et de s'en tenir au constat d'un tel recul, qui illustre néanmoins les nuances qu'il convient d'apporter à l'admission du mécanisme d'autosaisine.

Une impartialité ébranlée. Le mécanisme d'autosaisine heurte nécessairement le principe d'impartialité, qu'il s'agisse d'une autosaisine initiale ou dérivée dans le cadre d'une instance déjà introduite. Ainsi que le souligne P. Subra de Bieusses, ce n'est pas parce que « *la mise en œuvre de l'autosaisine s'entoure de garanties que le postulat de sa régularité de principe se trouve nécessairement fondé. (...) [S]i tous les juges pouvaient s'autosaisir, tous, sans exception, pourraient le faire en prenant la précaution de ne pas prendre parti sur les questions qu'ils auraient à traiter. (...) De fait, ce refus [général d'autosaisine] serait objectivement infondé, sauf à admettre qu'il puisse s'expliquer par la prise en compte d'un risque de partialité inhérent à l'autosaisine du juge* »¹³⁵⁵.

Le fait que certaines garanties d'impartialité, telles que le principe de séparation des fonctions de poursuite et de jugement, puissent accompagner la mise en œuvre d'un pouvoir d'autosaisine afin d'en assurer la régularité au regard des exigences tant européennes que constitutionnelles ne doit pas faire perdre de vue que l'adéquation « *entre autosaisine et impartialité est (...) rien moins qu'évidente* »¹³⁵⁶. Nécessairement lorsqu'il est question d'autosaisine, la question de l'impartialité de l'organe de jugement se pose et reste malgré tout entière, de la même manière que lorsque le juge ne s'autosaisit que de manière dérivée, en soulevant d'office des conclusions mais également, par analogie de raisonnement, lorsqu'il soulève d'office un moyen en retenant une illégalité qui n'était pas invoquée par les parties.

¹³⁵³ KERLEO (J.F.), « L'auto-saisine en droit public français », art. préc., p. 293.

¹³⁵⁴ *Ibid.*

¹³⁵⁵ SUBRA de BIEUSSES (P.), note sous CE, 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, n° 180122, *AJDA*, 2000, p. 1071.

¹³⁵⁶ *Ibid.*

Or, l'impartialité du juge « *est la condition sine qua non du système juridique entier. Il ne faut pas composer avec cet impératif* »¹³⁵⁷. Si les propositions envisagées portaient atteinte à ce principe impérieux, elles ne pourraient en aucun cas prospérer face à cet obstacle dirimant. Il est donc nécessaire de s'assurer que la mise en œuvre de ses pouvoirs d'office par le juge de la légalité respecterait les exigences du procès équitable malgré la caractérisation d'une autosaisine.

§2 : Des garanties d'impartialité sauvegardées

Les prérogatives dont il s'agit de doter d'office le juge de la légalité ne sont pas susceptibles de témoigner d'un parti pris de sa part, dans la mesure où les hypothèses d'exercice de ces pouvoirs remarquables resteraient strictement encadrées **(A)** et où les principes vecteurs de son impartialité demeureraient respectés **(B)**.

A. Des hypothèses d'autosaisine exemptes de préjugement

Qu'il s'agisse de soulever d'office tant des conclusions **(1)** que des moyens **(2)**, ces initiatives du juge de la légalité ne seraient jamais l'indice d'un parti pris sur la résolution du litige, ni ne présageraient d'ailleurs de la solution finalement retenue.

1) Conclusions d'ordre public et impartialité du juge de la légalité

Une saisine initiale extérieure. « *Aucune autorité n'a pour fonction de saisir le juge afin qu'il censure les illégalités commises par l'administration. Cette fonction de "ministère public de l'Etat de droit" ne peut être dévolue qu'au requérant* »¹³⁵⁸. En prenant le risque de l'insistance, il convient de souligner à nouveau le fait que les évolutions proposées ne supposent jamais pour le juge de la légalité de se saisir spontanément d'un litige. Il n'est donc en réalité – sans pour autant faire perdre au rapprochement toute pertinence – jamais question d'autosaisine à proprement parler dès lors qu'il n'y a « *véritablement saisine d'office (...) que lorsque le juge appréhende spontanément un litige qui ne lui était en rien soumis* »¹³⁵⁹.

¹³⁵⁷ FRISON-ROCHE (M.A.), « L'impartialité du juge », art. préc., p. 53.

¹³⁵⁸ LYON-CAEN (A.), « L'avocat devant le juge administratif et l'Etat de droit. Un mineur en voie d'émancipation », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 473, spéc. p. 481.

¹³⁵⁹ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, op. cit., n° 84.

Quand bien même le juge peut être autorisé à soulever d'office des conclusions, modelant ainsi l'objet de la demande tel qu'il lui était initialement soumis, les parties restent « *maîtresses du litige en ce sens qu'elles seules peuvent déclencher et arrêter l'instance* »¹³⁶⁰. A n'en pas douter, l'administré « *se trouve ainsi doté d'une fonction sociale essentielle, que ne possède pas le justiciable devant les tribunaux judiciaires et qui transcende très largement le but qu'il poursuit* »¹³⁶¹. Pour autant, il n'appartient pas au juge de suppléer le requérant dans cette fonction d'impulsion essentielle, marqueur du caractère juridictionnel du contrôle de légalité des actes administratifs.

Une saisine incidente induite. Lorsque le juge soulèvera d'office des conclusions, il se saisira spontanément d'une demande qui ne lui était pas formellement soumise. Ainsi, sous « *son aspect formel, c'est la demande qui saisit le juge, et, sans demande, il n'est pas d'activité juridictionnelle concevable. La règle est bien connue que le juge ne se saisit pas d'office. Sous un aspect substantiel, c'est la demande qui délimite l'étendue du litige* »¹³⁶². Puisque le juge ne peut pas se saisir d'office, il est logique qu'il ne puisse pas non plus, conformément à ce principe, statuer d'office sur une demande qui ne lui était pas adressée. En effet, les conclusions soulevées d'office sont « *une forme, certes partielle et indirecte, mais véritable, d'autosaisine* »¹³⁶³.

Pourtant, la différence de degré entre ces deux hypothèses permet d'encadrer de manière stricte l'initiative éventuelle du juge quant à la détermination de l'objet de la demande. Et c'est cet encadrement, par l'existence d'une saisine initiale, qui permet notamment de dépasser l'obstacle de l'apparence d'une partialité objective sur le litige, ou d'un préjugement de l'affaire. L'exercice de tels pouvoirs d'office ne se situe pas en amont du litige, mais s'exprime dans le cadre même de la résolution de ce litige. Ces pouvoirs ne préexistent pas à l'intervention du juge, ils n'existent que dans le cadre d'une instance déjà introduite, afin de conférer une portée utile aux écritures du requérant et à l'intervention du juge de la légalité.

¹³⁶⁰ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*, 1966, I, 1996, n° 2.

¹³⁶¹ LYON-CAEN (A.), « L'avocat devant le juge administratif et l'Etat de droit. Un mineur en voie d'émancipation », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 473, spéc. p. 481.

¹³⁶² NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, LGDJ, 1965, n° 42.

¹³⁶³ ROUSSILLON (H.), *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1996, p. 27.

Un tel mode de saisine ne peut alors « *se concevoir qu'à titre incident, les juges ne se saisissant des situations juridiques sujettes à litige qu'à l'occasion de procès déjà ouverts devant eux, et qui leur en révéleraient l'existence* »¹³⁶⁴. Soulever des conclusions d'office ne consiste aucunement à se saisir d'un objet n'ayant aucun lien avec la question de légalité de l'acte administratif soumis au juge. Il s'agira, au stade de la mise en œuvre du pouvoir d'annulation, de tirer toutes les conséquences induites par le constat d'une illégalité¹³⁶⁵. Un exemple clair peut être apporté dès à présent afin d'illustrer le fait que l'impartialité du juge ne saurait être remise en cause. Lorsque l'annulation partielle d'un acte est demandée, et que l'illégalité de cet acte est avérée du fait d'une incompétence de l'auteur de l'acte par exemple, qui pourrait voir dans l'annulation totale finalement prononcée un signe de partialité de la part du juge ? De la même manière, en quoi soulever d'office des conclusions en annulation dirigées contre la décision initiale, lorsque seule la décision de rejet du recours administratif préalable est formellement attaquée, serait-il constitutif d'un quelconque préjugement ?

Il s'agit alors simplement pour le juge de conférer au litige sa véritable physionomie, ou bien de tirer toutes les conséquences qu'impose la reconnaissance d'une illégalité. Ainsi, si l'on ne peut exclure d'emblée l'incompatibilité éventuelle entre autosaisine dérivée, ou incidente, et impartialité, les modalités envisagées de mise en œuvre d'un tel pouvoir ne paraissent pas susceptibles de se heurter à un tel obstacle, tant l'intervention du juge restera conditionnée et induite par l'expression d'une certaine volonté des parties et n'aura pour autre objectif que la cohérence et l'efficacité de l'entremise juridictionnelle.

2) Moyens d'ordre public et impartialité du juge de la légalité

Autosaisine et moyen d'ordre public. Il n'y a pas d'autosaisine à proprement parler lorsque le juge soulève d'office un moyen d'ordre public. Il n'est en effet pas question pour lui dans cette configuration de se saisir spontanément de conclusions : il ne module donc pas l'objet de la demande qui lui est soumise. Simplement, pour faire droit à cette demande, il devra s'emparer de son propre mouvement d'une question de légalité ignorée par les parties. C'est en ce sens, et en ce sens seulement, qu'il est possible, dans le cadre de l'examen du respect du principe d'impartialité, de considérer qu'il existe une sorte d'autosaisine.

¹³⁶⁴ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, op. cit., n° 50.

¹³⁶⁵ Cf. *infra* Partie II – Titre II pour le détail des hypothèses concrètement envisagées.

Il ne faudrait donc pas que ce pouvoir d'initiative dans la détermination des éléments constitutifs de l'instance que forment les moyens suggère que le juge, en prenant une part active à la détermination de la physionomie du litige, méconnaisse l'impartialité qui lui incombe¹³⁶⁶. Il est possible de considérer que, du fait de l'existence de tels moyens dont le juge s'empare d'office, cette prérogative est exempte de tout soupçon au regard des exigences du procès équitable, sa pérennité étant actée tant par la jurisprudence que par la doctrine. La question se pose alors en ces termes : la possibilité pour le juge de la légalité de soulever d'office tout moyen est-elle, en tant qu'elle constitue une déclinaison d'une forme d'autosaisine, susceptible de contrevenir aux exigences d'impartialité ? Et il ne serait satisfaisant ni pour l'esprit, ni pour la démonstration, de se contenter de répondre par la négative du simple fait de l'attribution du caractère d'ordre public à certains moyens.

Impartialité, neutralité et passivité. Lorsque le juge soulève d'office un moyen, et *a fortiori* lorsque cela peut concerner tout moyen de légalité, il prend nécessairement une part active à la résolution du litige qui lui est soumis. Si sa position n'est donc plus celle d'un arbitre passif, il ne faudrait pas qu'un tel positionnement témoigne d'un défaut d'impartialité. Le juge de la légalité, qui n'est dès lors plus passif, ou devient tout du moins plus clairement actif dans la résolution du contentieux, n'est d'une certaine manière plus tout à fait neutre. Pourtant, le juge doit « *rester neutre et sa neutralité est une autre garantie essentielle des droits de la défense. Il ne lui appartient donc pas de suppléer à la carence de l'argumentation de l'une des parties, serait-elle patente, ni de suggérer à chacune d'elles ce que pourrait être le meilleur système d'attaque ou de défense* »¹³⁶⁷. Autrement dit, et conformément à cette position, un juge « *"neutre" est celui qui "dit le droit", qui ne cherche pas à sortir de sa compétence, qui rend à chacun son dû* »¹³⁶⁸.

Or, retenir une telle conception suppose semble-t-il de faire coïncider l'exigence d'impartialité avec celle de neutralité et, dans cette hypothèse, introduire « *dans la notion de*

¹³⁶⁶ Voir pour la thèse de la méconnaissance des principes du procès équitable, et notamment du principe d'impartialité, lorsque le juge soulève d'office un moyen : MARTIN (R.), « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile », *D.*, 1996, p. 20.

¹³⁶⁷ LAMARQUE (J.), « Le procès du procès », in *Mélanges J.M. Auby*, 1992, p. 149, spéc. p. 161.

¹³⁶⁸ ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 117, spéc. p. 128.

neutralité la possibilité d'une certaine initiative du juge, c'est vouloir concilier des éléments contradictoires et lui refuser toute signification stable et précise »¹³⁶⁹.

Si un juge qui s'émancipe de sa passivité originelle peut ne pas être considéré comme totalement neutre, dans le sens où il dépasse son rôle d'arbitre, il ne saurait pour autant être accusé de partialité. Il ne faut en effet « *pas confondre neutralité et passivité* »¹³⁷⁰ : être neutre ne signifie pas nécessairement être passif. A cet égard, les dispositions du (nouveau) code de procédure civile visant à renforcer le rôle du juge dans la marche du procès et la production des pièces¹³⁷¹ font par exemple « *sortir le juge non de l'impartialité qui appartient à sa fonction, mais de la passivité qui n'entre pas la définition de celle-ci* »¹³⁷². Sans vouloir jouer sur les mots, si soulever d'office un moyen – ou une conclusion d'ailleurs – fait incontestablement sortir le juge de sa passivité, cela n'affecte en rien sa neutralité au sens d'impartialité. Et ce d'autant que ce que l'impartialité interdit en réalité, « *ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat. (...) A l'inverse, il y a partialité lorsque, quels que soient les faits, les arguments et les interprétations qu'une partie fait valoir, leur articulation n'aura aucune influence car l'appréciation du juge du fond de l'affaire est déjà définitivement acquise* »¹³⁷³.

Lorsque le juge de la légalité soulève d'office un moyen, il ne fait rien d'autre que formuler une hypothèse, le tribunal étant, selon la formule consacrée, « susceptible »¹³⁷⁴ de se fonder sur un tel moyen. Le magistrat n'est pas lié par la communication du moyen d'ordre public aux parties, laquelle ne saurait présager de la solution finalement adoptée. Il conserve entière sa liberté de statuer. Sans doute suivra-t-il le plus souvent l'idée qu'il se faisait alors du litige. Mais le phénomène inverse laisserait supposer qu'il prendrait « *plaisir à inviter les parties à s'exprimer sur des moyens saugrenus* »¹³⁷⁵. Il n'est d'ailleurs pas si rare, et cela témoigne bien de l'absence d'un quelconque préjugement, que le tribunal ne retienne

¹³⁶⁹ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation, op. cit.*, n° 312.

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ Cf. *supra* Partie I – Titre II – Chapitre I.

¹³⁷² CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83, spéc. p. 91.

¹³⁷³ FRISON-ROCHE (M.A.), « L'impartialité du juge », art. préc., p. 54.

¹³⁷⁴ Article R. 611-7 du code de justice administrative.

¹³⁷⁵ NORMAND, (J.), « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDC*, 1996, p. 689, spéc. p. 700.

finalement pas le moyen soulevé d'office, soit parce que de plus amples recherches le révèlent en réalité infondé, soit parce que le débat contradictoire ayant fait son chemin, les nouveaux éléments portés à sa connaissance en dévoilent l'inanité.

Toujours est-il que le « *juge ne peut moudre que le grain qui lui est apporté* »¹³⁷⁶ ; les moyens dont il peut s'emparer d'office ne peuvent résulter que des informations portées à sa connaissance¹³⁷⁷, et à celle des parties. Il préserve alors la « *présomption simple d'impartialité* »¹³⁷⁸ dont il bénéficie dans la mesure où sa démarche ne saurait consister en la recherche active de l'ensemble des motifs d'illégalité susceptibles d'entacher l'acte dont il est saisi. Il devrait, dans l'hypothèse d'une généralisation des moyens d'ordre public, se limiter à prendre acte d'une illégalité qui est établie par les pièces du dossier, mais qui n'est pas strictement formalisée dans les écritures, par ignorance ou maladresse.

L'absence de passivité du juge de la légalité, qui est déjà bien ancrée en droit positif ne serait-ce que par le caractère inquisitoire de la procédure, ne contrevient pas à sa neutralité au regard de la solution finalement adoptée, ni partant à son impérieuse impartialité. La notion d'impartialité « *doit être déterminée par rapport à la mission du juge, qui est de trancher les contestations par application d'une règle de droit, à l'issue d'un débat respectueux de l'équité et des droits de la défense* »¹³⁷⁹. Non seulement les prérogatives dont pourrait bénéficier le juge de la légalité ne révèlent pas, en elles-mêmes, un positionnement incompatible avec le principe d'impartialité, mais encore le respect des principes généraux du droit à un procès équitable apparaissent comme des vecteurs, et donc des garants, d'une telle impartialité.

B. Le respect des principes vecteurs d'équité

Le principe de l'égalité des armes **(1)** comme celui du caractère contradictoire de la procédure **(2)**, bien loin de constituer des obstacles à la reconnaissance de prérogatives nouvelles au juge de la légalité permettraient au contraire de garantir le respect des exigences

¹³⁷⁶ LAMARQUE (J.), « Le procès du procès », art. préc., p. 154.

¹³⁷⁷ Cf. *infra* Partie II – Titre II.

¹³⁷⁸ FRICERO (N.), « Impartialité », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 607.

¹³⁷⁹ *Ibid.*

du procès équitable, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point¹³⁸⁰.

1) Le respect du principe d'égalité des armes

De manière générale, les règles relatives aux droits de la défense constituent « *l'instrument nécessaire d'une justice exclusive d'arbitraire* »¹³⁸¹. En ce sens, l'égalité des armes n'est « *jamais qu'une application particulière de l'exigence d'égalité devant la justice* »¹³⁸², laquelle suppose également nécessairement l'impartialité du juge. Le principe d'égalité des armes doit alors « *permettre à chaque partie d'avoir la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à l'autre* »¹³⁸³. De ce point de vue, l'égalité des armes pourrait être, au premier abord, potentiellement remise en question par l'existence de moyens et de conclusions dont le juge serait susceptible de s'emparer d'office, au détriment nécessaire d'une partie – et plus précisément du défendeur s'agissant d'assurer l'annulation de l'acte illégal. Pour certains auteurs en effet, laisser « *le juge argumenter en droit à la place des parties, a fortiori d'une seule des parties, c'est méconnaître l'égalité des armes* »¹³⁸⁴.

Le juge de la légalité, quels que soient au demeurant les impératifs de la légalité, ne doit jamais se faire l'adjoint d'une partie au détriment de l'autre, sous peine d'ignorer les exigences inhérentes à l'exercice de toute fonction juridictionnelle. Par analogie, s'agissant du magistrat judiciaire, « *sa tâche d'exploration doit se concilier avec un autre aspect de la neutralité, qui est l'interdiction pour le juge de se faire auxiliaire d'une partie. Mais il suffit, semble-t-il, de se rendre compte de l'écueil pour être à peu près assuré de pouvoir l'éviter* »¹³⁸⁵. J. Normand, en étudiant les fondements classiques de la règle selon laquelle le

¹³⁸⁰ Jurisprudence selon laquelle « *la notion de procès équitable englobe le principe de l'égalité des armes et le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure* » : CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 12952/87, rec. n° 262.

¹³⁸¹ BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962, p. 175.

¹³⁸² IDOUX (P.), *La contradiction en droit administratif français*, Université Montpellier I, 2005, p. 710.

¹³⁸³ DESDEVISES (Y.), « Procédure civile », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1068, spéc. p. 1071.

Définition directement issue de celle qu'en donne la Cour européenne des droits de l'Homme : voir par ex. CEDH, 18 février 1997, *Nideröst-Huber c. Suisse*, rec. n° 101.

¹³⁸⁴ BARTHELEMY (J.), « Le rôle de l'avocat devant la juridiction administrative », *RA*, numéro spécial, 1999, p. 117, spéc. p. 119.

¹³⁸⁵ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*, 1966, I, 1996, § 77.

fait relève du domaine exclusif des parties en droit judiciaire privé, indique que le juge, en retenant d'office des faits non expressément invoqués par les parties, « *viendrait au secours d'un plaideur et, puisque ce qui profite à celui-ci doit logiquement desservir son adversaire, il romprait l'égalité des parties, en même temps qu'il abandonnerait le rôle d'arbitre impartial qui lui est traditionnellement dévolu* »¹³⁸⁶. Inéluctablement, l'attitude du juge est « *toujours bivalente, la bienveillance à l'égard de l'un étant sévérité pour l'autre, et vice-versa* »¹³⁸⁷.

Pour autant, les prérogatives dont le juge bénéficie d'office ne favorisent pas une partie plus que l'autre dès lors qu'elles n'ont pour finalité que le respect des exigences de la légalité, lesquelles transcendent les intérêts en présence. Les requérants aussi bien que l'administration défenderesse deviennent alors « *victimes au même degré des limites fixées au litige lorsque le juge invoque d'office un moyen d'ordre public* »¹³⁸⁸. Il paraîtrait difficile de considérer que le régime de recevabilité des recours – d'ordre public – ayant notamment pour finalité le respect du principe de sécurité juridique, aurait pour effet de rompre l'égalité des armes au profit de l'administration. Ainsi en va-t-il également s'agissant du moyen en défense tiré de la substitution de base légale ou de l'exception d'incompétence ou de non lieu à statuer. L'on imagine alors assez mal comment l'annulation d'un acte illégal par le juge de la légalité, fût-elle fondée sur une question relevée d'office, pourrait être perçue comme la méconnaissance de l'égalité des parties en présence, laquelle apparaît d'ailleurs comme virtuelle à bien d'autres égards.

S'agissant des moyens relevés d'office, c'est essentiellement la question de la faculté ou de l'obligation¹³⁸⁹ qui incombe au juge qui pose en réalité la question de l'égalité des armes¹³⁹⁰, ou plus généralement de l'égalité devant la justice¹³⁹¹. En définitive, la « *règle de l'égalité des armes apparaît bien comme un simple reflet de la notion d'égalité devant la justice, dont le caractère contradictoire de la procédure est en partie tributaire* »¹³⁹². Les prérogatives dévolues au juge de la légalité afin d'annuler un acte illégal en dehors de

¹³⁸⁶ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, p. 177.

¹³⁸⁷ CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, p. 82.

¹³⁸⁸ NEGRIN (J.P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, PUAM, 1976, p. 464.

¹³⁸⁹ Cf. *infra* Partie II – Titre II.

¹³⁹⁰ NORMAND, (J.), « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit (...) », art. préc., p. 689.

¹³⁹¹ La faculté laissée au juge pouvant conduire à des solutions différentes dans des situations pourtant analogues.

¹³⁹² IDOUX (P.), *La contradiction en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 714.

l'argumentation des parties ne paraissent ainsi pas de nature à heurter ledit principe d'égalité, dès lors que l'impartialité du juge est garantie et le principe du contradictoire respecté.

2) Le caractère éminemment contradictoire de la procédure

Un principe essentiel. Le principe du caractère contradictoire de la procédure, dit aussi *principe du contradictoire*, ou encore *contradiction*¹³⁹³, constitue « *l'essence même de la juridiction. Définie comme le droit pour toute personne directement intéressée de se voir assurer une information utile dans l'instance par la communication des différents éléments du dossier produits, dans un délai suffisant, en vue de leur discussion devant le juge, la contradiction ne se confond pas avec les droits de la défense car elle est autant un droit du demandeur que du défendeur* »¹³⁹⁴. Ce principe général du droit¹³⁹⁵, qui n'est pas propre à l'univers juridictionnel¹³⁹⁶, est applicable « *aussi bien devant les tribunaux administratifs que judiciaires [et] ne dépend absolument pas des caractères de l'office du juge* »¹³⁹⁷. Les spécificités du contentieux administratif n'impliquent alors aucune conséquence particulière sur l'application de ce principe général qui est « *susceptible de se manifester dans deux types de rapports : rapports entre les parties et rapports entre le juge et les parties* »¹³⁹⁸. C'est ce dernier aspect des choses qui importe plus particulièrement lorsqu'il va s'agir d'informer les parties de l'initiative prise par le juge de la légalité.

Peu importe que l'une des *parties*¹³⁹⁹ à l'instance soit une autorité administrative dès lors que la « *puissance publique a, devant le juge, la mission de défendre la légalité de ses décisions lorsqu'elle est contestée. Elle doit se comporter en défenseur de la légalité. Cela implique que l'instance soit contradictoire* »¹⁴⁰⁰. Peu importe également que la procédure soit

¹³⁹³ Pour des précisions terminologiques, cf. IDOUX (P.), *op. cit.*, pp. 16 et s. ; ainsi que GOHIN (O.), *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, pp. 20 et s.

¹³⁹⁴ GOHIN (O.), « Procédure administrative », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1062, spéc. p. 1064. Pour une distinction du principe du contradictoire et des droits de la défense : cf. IDOUX (P.), *op. cit.*, pp. 721 et s., ainsi que GOHIN (O.), *op. cit.*, pp. 40 et s.

¹³⁹⁵ CE, 20 juin 1913, *Téry*, p. 739 ; CE, Sect., 12 mai 1961, *Société La Huta*, p. 312. Principe général du droit applicable à toutes les juridictions : CE, 16 janvier 1976, *Bate et autres*, p. 39.

¹³⁹⁶ Cf. notamment l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF, n° 88, 13 avril 2000, p. 5646.

¹³⁹⁷ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 135.

¹³⁹⁸ *Ibid.* p. 32.

¹³⁹⁹ Bien que cette qualité ait pu être controversée, elle ne fait selon nous plus aucun doute ; voir not. sur cette question KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959.

¹⁴⁰⁰ COLSON (J.P.), *op. cit.*, p. 31.

de type inquisitorial dès lors que le « *respect du caractère contradictoire de l'instance ne dépend aucunement du caractère accusatoire ou inquisitoire de la procédure* »¹⁴⁰¹. Ce principe cardinal se situe à l'évidence bien au-delà de telles distinctions, car aussi « *étendus que soient les pouvoirs du juge, ils se heurtent toujours au principe supérieur du respect des droits de la défense* »¹⁴⁰².

Un principe primordial. La portée générale du principe du contradictoire implique qu'aucun « *impératif, si élevé soit-il, ne doit permettre de le transgresser* »¹⁴⁰³. La soumission des conclusions et des moyens d'ordre public au contradictoire apparaît dès lors comme une évidence puisque « *tous les éléments de fait et de droit susceptibles d'être pris en compte par le juge dans sa décision doivent avoir été portés à la connaissance réciproque des parties, en temps utile, de sorte qu'elles soient effectivement en mesure de les étudier et, le cas échéant, de les contester* »¹⁴⁰⁴.

Faut-il alors considérer qu'il s'agit du « *plus important des droits de la défense ? Pour autant qu'un classement soit possible il faut sans doute préférer l'impartialité du juge. Mais l'impartialité sans la libre contradiction serait boiteuse et inversement* »¹⁴⁰⁵. Il existe assurément une réciprocité entre contradiction et impartialité, la première apparaissant comme une condition nécessaire de la seconde, l'efficacité de la première étant toutefois conditionnée par l'effectivité de la seconde. La contradiction garantit le caractère équitable de la procédure en ce qu'elle constitue « *certainement le plus sûr moyen de prévenir tout risque d'arbitraire de la part du juge* »¹⁴⁰⁶, ainsi qu'une « *exigence indissociable des règles de l'égalité et de l'impartialité* »¹⁴⁰⁷. Non seulement l'initiative « *secrète du juge ruinerait*

¹⁴⁰¹ *Ibid.* p. 136.

Voir pour une position inverse : DUFOURCQ (B.), *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, thèse, Poitiers, 2008, p. 582, l'auteur considérant que les exigences du contradictoire répondent au caractère inquisitorial de la procédure.

¹⁴⁰² NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁴⁰³ *Ibid.* p. 276.

Signalons néanmoins les exigences liées à l'urgence, lesquelles nécessitent l'adaptation de celles de la contradiction, conformément à l'article L. 5 du code de justice administrative. Pour primordial qu'il soit, le principe n'en est pour autant pas absolu, s'adaptant naturellement aux réalités contentieuses.

¹⁴⁰⁴ DESDEVISES (Y.), « Procédure civile », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1068, spéc. p. 1071.

¹⁴⁰⁵ BOLARD (G.), « Principe des droits de la défense », in *Droit et pratique de la procédure*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2011, n° 222, spéc. n° 222.20.

¹⁴⁰⁶ GOHIN (O.), *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁰⁷ IDOUX (P.), *La contradiction en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 707.

légitimement la confiance des parties »¹⁴⁰⁸ mais encore l'impartialité du « décideur » constitue la « *condition de la portée utile du caractère contradictoire de la procédure* »¹⁴⁰⁹. Si la décision est déjà prise, au terme d'un préjugé ou d'un préjugement, il n'est dès lors plus utile de nourrir le débat d'éléments nouveaux, c'est-à-dire de mettre en œuvre une discussion par avance stérile.

Les finalités de la contradiction et de l'impartialité se rejoignent alors autour de l'égalité des chances d'emporter la conviction du juge. La contradiction, « *qui garantit cette égalité des chances lorsque les parties sont mises à même de présenter leurs arguments devant le décideur, poursuit la même finalité. Les deux règles, elles-mêmes indissociables, permettent la poursuite de l'objectif du caractère impartial de la décision* »¹⁴¹⁰. Par ailleurs, avec la contradiction, l'exigence de motivation et le caractère écrit de la procédure constituent également des garanties contre l'arbitraire du juge en ce que la motivation peut constituer une manifestation, voire une garantie, d'impartialité¹⁴¹¹. Le caractère écrit consolide quant à lui nécessairement les différentes versions de l'argumentation, auxquelles le juge doit par principe répondre de manière exhaustive, devant alors justifier, au moins formellement, du sens de sa solution et de la rectitude de son raisonnement. A la fois condition de l'impartialité et conditionnée par elle, la contradiction apparaît également un vecteur de vérité, si tant est qu'il en existe une.

Un gage de justesse. Le respect du caractère contradictoire de la procédure « *n'est pas seulement destiné à protéger les intérêts des plaideurs, mais [il] est également une garantie de bonne justice, le moyen le plus efficace qu'on ait trouvé d'atteindre la vérité objective* »¹⁴¹². En réalité, c'est « *surtout pour la discussion des éléments de fait que le principe du contradictoire apparaît comme une garantie* »¹⁴¹³, en ce sens que la « *contradiction permet de prévenir toute erreur (...) grâce à la confrontation entre les parties des différents éléments de fait* »¹⁴¹⁴.

¹⁴⁰⁸ BOLARD (G.), « Principe des droits de la défense », art. préc., n° 222.34.

¹⁴⁰⁹ IDOUX (P.), *op. cit.*, p. 715.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 720.

¹⁴¹¹ FRISON-ROCHE (M.A.), « L'impartialité du juge », art. préc., p. 55.

¹⁴¹² NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, n° 184.

¹⁴¹³ LABETOULLE (D.), « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Montchrestien, p. 249, spéc. p. 252.

¹⁴¹⁴ GOHIN (O.), *loc. cit.*

En ce qu'il constitue « *un instrument de la vérité du procès* »¹⁴¹⁵, le principe du contradictoire apparaît là encore comme un vecteur d'impartialité, le juge ne pouvant se contenter de la vision des choses qu'il est le plus enclin à approuver. Mais de manière générale, « *le juge administratif ne recherche pas à établir seul sa vérité sur le litige ; il tient avant tout à construire cette vérité avec les parties et pas en dehors d'elles* »¹⁴¹⁶. Le juge a alors bien conscience que l'avis « *du requérant est d'autant plus précieux qu'il complètera ou rectifiera peut-être le résultat [de ses] investigations* »¹⁴¹⁷. Toutefois, les exigences de la contradiction ne supposent pas que « *tous les moyens aient été contradictoirement débattus, mais qu'ils aient pu l'être* »¹⁴¹⁸. Conformément à l'invitation du juge, il appartient alors aux parties de mettre en place une discussion utile relativement à la question qu'il se propose de relever d'office. L'effectivité de la contradiction dépend ainsi tant du juge qui, en soumettant une question à la discussion doit rester susceptible de faire évoluer sa position, que des parties, lesquelles doivent se saisir de cette opportunité pour apporter tout élément de droit ou de fait utile à la résolution de la question soulevée d'office et dont elles avaient omis de se saisir.

Un respect impérieux, un obstacle virtuel. Il est intéressant d'observer que pour une partie de la doctrine civiliste, le respect du principe du contradictoire apparaît comme le seul véritable obstacle à un interventionnisme accru du juge. Ainsi, pour H. Motulsky, l'exigence « *du respect des droits de la défense est beaucoup plus impérieuse (...) que celle de la neutralité, franchement hypertrophiée si on l'applique au droit* »¹⁴¹⁹. De la même manière, J. Normand considère que c'est uniquement le principe du contradictoire « *et non pas le principe dispositif, qui peut interdire au juge de modifier l'aspect proprement juridique du procès* »¹⁴²⁰, faisant écho à la distinction propre au droit judiciaire privé selon laquelle les faits appartiendraient aux parties alors que le droit serait l'apanage du juge.

¹⁴¹⁵ BOLARD (G.), « Principe des droits de la défense », préc., n° 222.34.

¹⁴¹⁶ DUFOURCQ (B.), *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, op. cit., p. 591.

¹⁴¹⁷ BOLARD (G.), préc., n° 222.50.

¹⁴¹⁸ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, op. cit., p. 187.

¹⁴¹⁹ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron., p. 235, spéc. § 22.

¹⁴²⁰ *Ibid.* § 12.

Le principe du contradictoire serait alors le seul principe susceptible de faire obstacle à ce que le juge se saisisse d'office de l'ensemble des éléments de droit du litige¹⁴²¹. Il paraîtrait alors aisé de contourner la difficulté, en mettant tout simplement en œuvre une telle procédure et en provoquant une discussion des parties sur le point de droit qu'elles n'avaient pas invoqué. Cette position est d'une certaine manière corroborée par le Conseil d'Etat, lorsqu'il censure une disposition réglementaire¹⁴²² permettant au juge civil de soulever d'office tout moyen de pur droit, au seul motif de la méconnaissance du principe contradictoire de la procédure. Ainsi aux termes de la décision du 12 octobre 1979 relative au décret instituant une nouvelle partie du code de procédure civile¹⁴²³, la Haute juridiction considère : « (...) que l'extension des pouvoirs du juge n'est pas illégale dès lors qu'elle s'exerce dans le respect des principes généraux du droit ; (...) que ces garanties résident notamment dans les principes de l'égalité des citoyens devant la justice et du caractère contradictoire de la procédure ; qu'il ne peut être dérogé à ce dernier principe que lorsqu'il est statué sur des moyens devant être soulevés d'office ; que, dès lors, en laissant au juge la faculté de relever d'office des moyens de pur droit et en le dispensant alors de respecter le caractère contradictoire de la procédure, le gouvernement a apporté à ce principe des limitations illégales (...) ».

L'on comprend qu'en l'espèce – et à l'époque – la méconnaissance du principe du contradictoire est fondée sur *la faculté* pour le juge de soulever d'office un moyen de pur droit, présumée favoriser le risque d'arbitraire, alors que *l'obligation* de le faire permet de s'exempter d'en informer les parties. Toutefois, l'intérêt de cet arrêt se situe davantage au niveau de la seule limitation exprimée au renforcement des pouvoirs du juge, à savoir le respect du principe du contradictoire. Aucun autre principe général, aucune autre norme n'apparaît alors opposable à l'extension des pouvoirs dont le juge dispose d'office, consistant notamment en l'espèce au pouvoir dévolu au juge civil de relever d'office tout moyen dit « *de pur droit* »¹⁴²⁴.

¹⁴²¹ Nous reviendrons sur l'analogie qu'il est possible d'établir entre les pouvoirs dont dispose d'office le juge civil et ceux dont dispose le juge de la légalité. Cf. *infra*, chapitre suivant.

Le seul obstacle au renforcement de « l'office d'office » du juge serait alors la contradiction, laquelle constituerait « *une limite absolue aux pouvoirs du juge* »¹⁴²⁵. Le respect du caractère contradictoire de la procédure constitue de ce point de vue un impératif unique, au demeurant relativement simple à mettre en œuvre par l'adaptation des techniques procédurales. Si de telles exigences constituent « *la contrepartie nécessaire à l'extension des pouvoirs du juge* »¹⁴²⁶, il conviendrait simplement de veiller à son respect lors de la détermination des modalités pratiques d'élaboration du régime des conclusions et moyens d'ordre public¹⁴²⁷.

« *Associer le droit d'initiative du juge (...) au droit du procès contradictoire constitue le centre de gravité du procès, l'ajustement de soi à autrui* »¹⁴²⁸. Ce centre de gravité nécessite la recherche d'un équilibre entre les pouvoirs dont dispose le juge et l'information que doivent nécessairement détenir les parties en présence afin d'assurer tant le respect des exigences du droit à un procès équitable que l'exactitude des éléments de fond retenus. Les exigences de la contradiction ne sauraient être opposées de façon dirimante à l'évolution de l'office du juge de la légalité dans la mesure où sa mise en œuvre demeure aisée et qu'elles constituent au contraire un gage d'impartialité. Ce principe impose simplement, comme une évidence, que la « *solution d'un procès ne doit jamais être le résultat d'une surprise* »¹⁴²⁹.

¹⁴²⁵ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 135.

¹⁴²⁶ NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès », art. préc., p. 1040.

¹⁴²⁷ Cf. *infra* Partie II – Titre II.

¹⁴²⁸ VARAUT (J.M.), *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991, p. 45.

¹⁴²⁹ MOTULSKY (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Etudes de droit contemporain*, Sirey, 1959, t. 2, p. 355, spéc. p. 367.

Conclusion de la Section II. En soulevant d'office des conclusions ou un moyen d'ordre public, le juge de la légalité met en œuvre une prérogative d'autosaisine, laquelle se heurte, qu'elle soit initiale ou dérivée, à l'exigence d'impartialité objective inhérente à l'exercice de toute fonction juridictionnelle. Or, bien qu'enrichi de nouveaux attributs, l'exercice de son pouvoir d'annulation par le juge de la légalité supposerait une instance régulièrement introduite indépendamment de sa volonté et respectant les exigences de la contradiction et de l'égalité des armes. Par ailleurs, la mise en œuvre de telles prérogatives n'impliquerait aucun préjugement susceptible d'entacher l'impartialité dont le juge de la légalité continuerait à faire preuve de manière irréprochable.

Conclusion du Chapitre I. L'omnipotence du juge de la légalité, qui ébranlerait l'équilibre institutionnel des pouvoirs, ainsi que la mise en doute de son impartialité objective, constitueraient incontestablement des obstacles infranchissables au renforcement des prérogatives dont il dispose d'office. Il était impératif de s'assurer que le renforcement de la maîtrise des éléments constitutifs de l'instance par le juge ne heurterait aucunement les grands principes immuables inhérents tant à l'institution du pouvoir juridictionnel qu'aux modalités de son exercice. Si ces principes révèlent certains fondements objectifs de la prohibition générale de l'autosaisine, le principe dispositif reflète quant à lui plus particulièrement les véritables motifs de l'autolimitation de son office par le juge administratif de la légalité, à savoir une conception libérale du juge, tiers impartial et extérieur, chargé de trancher un litige dont la physionomie doit lui rester étrangère.

CHAPITRE II

DES LIMITES CONCEPTUELLES DÉPASSÉES

Le fondement théorique de l'interdiction faite au juge de la légalité de se saisir d'office de conclusions ou de l'ensemble des moyens résulte moins des exigences inhérentes à sa fonction juridictionnelle que de la conception idéologique du procès administratif, dont l'organisation reflète le principe de prévalence de l'autonomie de la volonté individuelle. Les limites de l'office du juge sont fixées par les parties et il ne saurait s'en défaire sans méconnaître leur volonté. Telle est la portée générale du principe dispositif importé du droit judiciaire privé, et dont la dimension paradigmatique imprègne assurément la conception actuelle des limites de l'office du juge administratif de la légalité.

Cette conception traditionnelle d'un procès considéré comme devant rester à l'entière disposition des parties constitue le seul véritable fondement de la passivité imposée au juge de la légalité, lequel relève davantage d'une appréhension subjective du rôle qui lui incombe que des impératifs liés à l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Non seulement la rigidité avec laquelle est appliqué le principe dispositif est inadaptée au contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs (**Section I**), mais son étude révèle encore la contingence de sa nature (**Section II**), faisant de son dépassement un simple acte de volonté.

- *Section I. L'inadaptation du principe dispositif*

- *Section II. La contingence du principe dispositif*

SECTION I

L'INADAPTATION DU PRINCIPE DISPOSITIF

Le principe dispositif, s'il implique que le procès reste « la chose des parties », ne signifie pas pour autant que le juge ne possède aucune prise sur les éléments constitutifs de l'instance (§1). Son application étroite au contentieux de la légalité est inadaptée en ce qu'elle consacre la primauté de la fonction contentieuse au détriment de la fonction de contrôle, dont l'efficacité est dès lors indûment compromise par l'expression formelle de la volonté des parties (§2).

§1 : Une immutabilité relative du litige à l'égard du juge

Le principe dispositif, originellement issu du droit judiciaire privé, impose substantiellement au juge l'immutabilité du litige tel qu'il est fixé par les parties (A). Pourtant, même en procédure civile où il s'exprime avec le plus d'acuité, il n'est pas synonyme de passivité absolue (B).

A. Le procès administratif de la légalité, chose des parties

Le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge exprime une philosophie générale du procès, qui implique un enserrement de ses pouvoirs dans les limites de l'instance telles que fixées par les parties (1), lequel s'exprime manifestement dans le cadre du procès administratif de la légalité (2).

1) La portée générale d'un procès chose des parties

« **Principe dispositif** ». L'expression « principe dispositif » est une expression doctrinale civiliste qui correspond substantiellement à l'idée selon laquelle les parties peuvent disposer librement du procès, de ses limites, de sa substance. Ce principe signifie que le « *litige n'appartient pas au juge. Il ne peut modifier ni l'objet, ni la cause de la demande, ni statuer à l'encontre de personnes non appelées au procès* »¹⁴³⁰. En d'autres termes, les « *parties sont maîtresses de la matière litigieuse en ce sens que seuls les matériaux apportés*

¹⁴³⁰ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, LGDJ, 1965, n° 85.

*par elles peuvent être utilisés pour le jugement : c'est la signification du fameux principe dit dispositif, dont le corollaire est celui de la neutralité du juge »*¹⁴³¹.

Du point de vue des parties, le principe dispositif implique qu'elles fixent elles-mêmes leurs prétentions et qu'il leur incombe d'invoquer et de justifier les faits propres à les établir. Le principe dispositif est alors davantage relatif « à l'allégation et à la preuve des faits »¹⁴³² qu'aux éléments de droit¹⁴³³. Du point de vue du juge, et « c'est l'aspect négatif du principe dispositif »¹⁴³⁴, il suppose que celui-ci ne puisse modifier ni ce qui est demandé, c'est-à-dire l'objet du litige, ni la cause de la demande, c'est-à-dire en procédure civile, l'ensemble des faits invoqués¹⁴³⁵. Se dessine alors une distinction fondamentale en droit judiciaire privé, qui irrigue l'ensemble des principes processuels, à savoir celle établie entre le fait et le droit. En procédure civile en effet, les « parties ont la maîtrise du fait, c'est-à-dire de la matière du procès, tandis que le droit est l'apanage du juge. La maîtrise des parties sur la matière litigieuse, désignée sous le terme de principe dispositif, signifie que les parties déterminent l'objet et les faits de l'affaire sur lesquels le juge applique le droit »¹⁴³⁶. Sans détailler davantage les implications du principe dispositif, il apparaît que celui-ci exprime la déférence du juge à l'égard de la volonté des parties, laquelle ne saurait être transgressée sous peine de méconnaître le principe de son autonomie.

Principe dispositif et caractère accusatoire de la procédure. Il ne faut pas confondre ces deux principes, lesquels n'ont pas le même objet. Le principe dispositif concerne la maîtrise des parties à l'endroit de la matière litigieuse, c'est-à-dire des éléments constitutifs de l'instance, alors que le principe accusatoire, à l'instar du caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse, concerne le déroulement du procès. Ainsi, le fait que le juge puisse exercer une certaine maîtrise sur le déroulement de l'instance ne signifie pas qu'il puisse s'émanciper des limites du litige telles qu'exprimées par les parties.

¹⁴³¹ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*, 1966, I, 1996, n° 2.

¹⁴³² HERON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, p. 214.

¹⁴³³ *Cf. infra*.

¹⁴³⁴ NORMAND (J.), *op. cit.*, p. 29.

¹⁴³⁵ *Cf. infra* pour la conception de la cause de la demande en droit judiciaire privé.

¹⁴³⁶ MOTULSKY (H.), art. préc., n°198.

Il importe ainsi de « *de distinguer clairement le principe dispositif, qui confère la maîtrise sur la matière du litige, du principe d'initiative (principe dit "accusatoire"), qui vise le déroulement du procès* »¹⁴³⁷. Le principe dispositif exprime de ce point de vue la conséquence de ce qu'en qualité d'« *[i]nitiateurs du procès, [les plaideurs] doivent délimiter l'étendue de la saisine du juge* »¹⁴³⁸, et donc l'étendue de la matière litigieuse et plus généralement des questions qui lui sont soumises. Le rôle plus ou moins actif qu'est amené à jouer le juge dans l'évolution de l'instance est indépendant de ce principe.

Principe dispositif et immutabilité du litige. Le principe dispositif exprime donc le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge. Il peut alors être assimilé au principe général d'immutabilité du litige¹⁴³⁹ mais de ce point de vue seulement, et s'en distingue s'agissant de la limitation des initiatives des parties. En procédure administrative contentieuse, lorsque l'on évoque le principe d'immutabilité du litige, de la demande ou de l'instance¹⁴⁴⁰, l'on songe en règle générale plus volontiers à la nécessaire « *crystallisation du débat contentieux* »¹⁴⁴¹ par la cessation de l'échange d'arguments entre les parties. Ce principe s'entend donc généralement d'une limitation des *initiatives des parties*, lesquelles ne peuvent plus, une fois le délai de recours expiré, soulever de conclusions¹⁴⁴² ou de demandes nouvelles¹⁴⁴³.

Il convient toutefois de souligner toute la relativité de ce principe à l'égard des parties. S'agissant de l'irrecevabilité des moyens fondés sur une cause juridique nouvelle une fois le délai de recours expiré¹⁴⁴⁴ ; la parade¹⁴⁴⁵ est en effet des plus aisées, puisqu'il suffit de

¹⁴³⁷ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, chron., XVII, p. 91, spéc. p. 97, note n° 44.

¹⁴³⁸ EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Rouen, 1994, n° 210.

¹⁴³⁹ Voir notamment sur cette question : AZARD (P.), *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français*, Domat-Montchrestien, 1936 ; ou encore MIGUET (J.), *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, 1967.

¹⁴⁴⁰ Expressions considérées comme synonymes dans les présents développements.

¹⁴⁴¹ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, p. 672.

¹⁴⁴² Pour un exemple significatif : CE, 25 mai 1994, *SA Papeteries Philippe Berges*, n° 96662 ; *DA*, 1994, n° 484 et *JCP*, 1994, IV, p. 252 : après avoir conclu à l'annulation partielle d'un acte indivisible, le requérant souhaite rectifier son erreur en concluant à l'annulation totale de la décision dans un mémoire complémentaire enregistré postérieurement à l'expiration du délai de recours contentieux. Sa demande est déclarée irrecevable sous ses deux aspects.

¹⁴⁴³ Comprises, en contentieux de l'excès de pouvoir, comme un moyen nouveau se rattachant à une cause juridique distincte de celle initialement invoquée, conformément à la décision relative au recours en cassation CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, p. 88, transposée à ce contentieux par la décision CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges de Saint-François*, p. 482.

¹⁴⁴⁴ CE, Sect., 23 mars 1956, *Dame veuve Ginestet*, p. 141.

soulever dès l'introduction de la requête un moyen fondé sur la légalité externe et un autre fondé sur la légalité interne¹⁴⁴⁶. Par ailleurs, le procédé des moyens d'ordre public modère d'autant plus ce principe en ce qu'ils restent à la disposition des parties indépendamment de l'expiration du délai de recours. La règle de l'immutabilité de l'instance apparaît « *au demeurant mal dénommée* »¹⁴⁴⁷ puisqu'il est toujours loisible au requérant de renoncer à certains moyens ou conclusions. Le principe ne fait donc pas obstacle à un affaiblissement des prétentions, mais seulement à leur développement éventuel.

Toutefois, même dans sa conception relative aux parties, le principe d'immutabilité du litige emporte des conséquences directes sur la délimitation de l'office du juge, en ce qu'il ne pourra pas retenir un moyen irrecevable ou bien auquel le requérant aura renoncé. C'est en ce sens seulement que la notion de « demande nouvelle » limite l'office du juge de la légalité, en quelque sorte par ricochet de la limitation des initiatives des parties par lesquelles il est lié. La limitation de l'argumentation des parties circonscrit nécessairement l'office du juge qu'elle délimite.

Immutabilité du litige à l'égard du juge. Si le principe d'immutabilité s'explique avant tout par des raisons pratiques qui commandent que les parties ne puissent pas indéfiniment moduler l'objet de leur demande et le fondement de leurs prétentions, il traduit en revanche une conception fondamentale du procès à l'égard du juge, lequel ne peut en principe modifier les limites de l'instance telles qu'elles sont fixées¹⁴⁴⁸. Ainsi, et de manière générale, le « *principe d'immutabilité de la demande prescrit que le litige soit étudié tel qu'il a été fixé à l'origine par les parties* »¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁵ Certains avocats n'hésitant d'ailleurs pas à souligner l'artificialité d'une telle démarche.

¹⁴⁴⁶ Des hypothèses d'irrecevabilité persistent néanmoins : CE, 30 décembre 2002, *Société Cottage Wood*, p. 856, *BJDU*, 2003, p. 122, concl. D. Chauvaux ou encore CE, ord., 21 octobre 2005, *Association Aides*, p. 438, *AJDA*, 2006, p. 944, note H. Rihal : inopérance du moyen soulevé au soutien d'une demande de référé-suspension qui est irrecevable dans le cadre du recours au fond, dès lors qu'il a été invoqué postérieurement à l'expiration du délai de recours et qu'il repose sur une cause juridique distincte de celle invoquée dans ce délai.

¹⁴⁴⁷ BONICHOT (J.C.), CASSIA (P.), POUJADE (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2014, n° 50, p. 902.

¹⁴⁴⁸ Pour des précisions sur la distinction entre immutabilité de la cause de la demande et immutabilité de l'objet du litige : EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Rouen, 1994, n° 211 et COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 89.

Distinction qui doit elle-même être étudiée à la lumière de celle existant entre la notion de cause de la demande en procédure civile et en procédure administrative contentieuse.

¹⁴⁴⁹ NEGRIN (J.P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, PUAM, 1976, p. 462.

Le principe dispositif constitue l'expression de la soumission générale du juge au principe d'immutabilité de la demande¹⁴⁵⁰, lequel témoigne d'une certaine philosophie du droit processuel et constitue assurément l'un des fondements de la règle *non ultra petita*¹⁴⁵¹ et de l'interdiction pour le juge de la légalité de soulever d'office des moyens ordinaires. Ce principe justifie la prohibition de l'autosaisine, laquelle est fondée « *en procédure civile et, pour partie, en procédure administrative, par la libre disposition qu'ont les parties de leurs droits et de leurs intérêts litigieux* »¹⁴⁵². Il faut tout de même préciser que le principe dispositif exprime essentiellement les raisons qui sous-tendent la prohibition de l'autosaisine dérivée ou incidente particulièrement, dès lors qu'il peut cesser « *d'être exact que le litige est la chose exclusive des parties, la séparation des fonctions impose encore au juge d'attendre d'être saisi* »¹⁴⁵³. En d'autres termes, ce n'est pas le principe dispositif, et la philosophie du procès qu'il reflète, qui fonde la prohibition générale de l'autosaisine primaire, ou initiale. Il fonde en revanche la prohibition des conclusions et moyens dont le juge peut, de manière incidente, se saisir d'office.

La circonstance que la formulation du principe dispositif relève de la doctrine civiliste classique n'est pas anodine si l'on considère qu'il est lié à la prévalence de l'autonomie de la volonté, laquelle s'exprime nécessairement plus vivement dans un procès ayant pour objet la protection d'intérêts privés. Dans cette hypothèse, le droit « *qu'il s'agit en définitive de reconnaître et de faire respecter, n'est-il pas un droit subjectif, dont le titulaire a, en principe, la libre disposition ? Le litige relatif à ce droit n'est-il pas avant tout une affaire privée ? L'intervention du juge n'a-t-elle pas pour unique justification l'impossibilité dans laquelle se sont trouvées les parties de mettre amiablement un terme au litige qui doit, quoiqu'il arrive, demeurer leur chose propre ?* »¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵⁰ Le principe dispositif peut se distinguer du principe d'immutabilité de la demande, « *notion qui, comme on a pu le souligner fort justement, s'apparente au principe dispositif, mais ne se confond pas avec lui, ne serait-ce que parce que l'immutabilité concerne également les éléments « subjectifs » du litige et notamment les parties* » : MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc., p. 97.

¹⁴⁵¹ Cf. également pour une conception de la règle *non ultra petita* comme manifestation de la soumission au juge du principe de l'immutabilité du litige : DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, p. 491 ; ou encore CHAUDET (J.P.), *Les principes généraux de la procédure administrative*, LGDJ, 1967, p. 467.

¹⁴⁵² NORMAND (J.), « Office du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 925, spéc. p. 931.

¹⁴⁵³ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, op. cit., n° 52.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 15.

Bien que rarement exprimé sous cette forme, le principe dispositif irrigue l'ensemble de la procédure administrative contentieuse, et plus particulièrement le contentieux de la légalité, qui ne s'apparente pourtant pas véritablement à une « affaire privée ».

2) Principe dispositif et contentieux de la légalité

Le juge de la légalité ne peut soulever d'office ni des conclusions, ni des moyens ordinaires ; il est donc tenu par les termes de la requête, lesquels sont définis par le justiciable et demeurent à sa disposition. Ainsi, la « *matière litigieuse est déterminée par les parties elles-mêmes. Les parties disposent de l'instance. Le principe dispositif s'applique au contentieux administratif comme au contentieux judiciaire* »¹⁴⁵⁵. S'agissant des conclusions, elles sont « *toujours apparues comme étant éminemment la chose des parties et comme l'élément du débat contentieux le moins dépendant de la volonté du juge* »¹⁴⁵⁶. En ce sens la règle *non ultra petita* apparaît bien comme « *une autre conséquence du principe d'immutabilité du litige, qui cette fois s'impose à la fonction juridictionnelle* »¹⁴⁵⁷. Quant aux moyens d'ordre public, dans cette optique, ils constituent « *à l'évidence une atteinte au principe de l'immutabilité du litige, selon lequel même en procédure administrative contentieuse, "le procès est la chose des parties"* »¹⁴⁵⁸.

Le fondement théorique de la limitation de l'office du juge de la légalité par la volonté des parties trouve manifestement sa source dans le principe dispositif, lequel n'est autre que le principe d'immutabilité du litige s'exprimant à l'égard du juge. Ainsi, et alors que son office se distingue nettement, quant à sa finalité, de l'office du juge civil¹⁴⁵⁹, le « *juge administratif, et spécialement celui de la légalité (...) est astreint au respect des mêmes principes* »¹⁴⁶⁰. Le principe dispositif, qui n'est que l'expression d'une certaine conception du procès, fait écho à la conception classique de la fonction juridictionnelle selon laquelle la mission du juge consiste exclusivement à trancher un litige entre parties, à arbitrer un différend.

¹⁴⁵⁵ JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », *in Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229, spéc. p. 241.

¹⁴⁵⁶ CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle" : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, p. 3, spéc. p. 13.

¹⁴⁵⁷ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 170.

¹⁴⁵⁸ PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999, p. 781, spéc. p. 795.

¹⁴⁵⁹ Cf. *supra* Partie I – Titre II.

¹⁴⁶⁰ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 95.

Dans ces conditions, le juge est « *au service des parties pour conduire l'instance à sa solution sans transgresser leur volonté* »¹⁴⁶¹, indépendamment de la finalité de sa fonction. L'étude du principe dispositif permet d'aborder le cœur des limites de l'office du juge de la légalité, qui n'est pas constitué par les exigences inhérentes à l'exercice de sa fonction juridictionnelle mais par l'élément d'extranéité que constitue la volonté des parties. Toutefois, il s'avère que dans son expression originelle, au sein même du procès civil, le principe dispositif ne suppose jamais une totale passivité du juge.

B. La pondération du principe dispositif en procédure civile

Si, dans sa formulation originelle, le principe dispositif suppose la mainmise des parties sur l'instance, l'évolution du droit judiciaire privé témoigne d'une conception renouvelée de l'instance par la prise en compte des impératifs propres à toute fonction juridictionnelle **(1)**. Cette évolution a permis d'objectiver la répartition des rôles au sein de l'instance qui, bien que devant être nuancée dans son schématisme, devrait naturellement constituer une source d'inspiration pour la procédure administrative contentieuse **(2)**.

1) Une conception renouvelée de l'instance

Le « nouveau » code de procédure civile. Durant le 19^{ème} siècle a dominé « *la politique qu'on a parfois appelée celle du "juge aux mains liées"* »¹⁴⁶², car ce dernier était alors réduit à son rôle d'arbitre, tant au niveau du déroulement de l'instance qu'au niveau de la détermination de la matière litigieuse. Pourtant, sous l'impulsion de la doctrine de H. Motulsky, le nouveau code de procédure civile¹⁴⁶³ va s'inspirer de l'adage selon lequel « *da mihi factum, dabo tibi jus* »¹⁴⁶⁴ de manière à dépasser la conception du « *juge-spectateur*

¹⁴⁶¹ CHAUDET (J.P.), *Les principes généraux de la procédure administrative, op. cit.*, p. 467.

¹⁴⁶² DESIRY (R.), « Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile », *D.*, 1956, chron., XXVII, p. 145, spéc. p. 145.

¹⁴⁶³ L'entreprise de renouvellement du code de procédure civile débute en 1973 par l'adoption de plusieurs décrets successifs. Le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976, a été officiellement qualifié, jusqu'en 2007, de « nouveau » afin de le distinguer d'une partie de « l'ancien » code alors encore en vigueur et progressivement remplacé ou abrogé. L'article 26 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit a définitivement abrogé le code de 1806 et a mis fin à l'emploi du qualificatif « nouveau ».

¹⁴⁶⁴ « *Donne moi le fait, je te donnerai le droit* ».

impassible »¹⁴⁶⁵. D'une certaine manière, cet adage « *met en vedette l'office du juge. Son message essentiel est de poser une définition dynamique de la part juridique de la fonction juridictionnelle* »¹⁴⁶⁶. Les rédacteurs du code de procédure civile vont alors concrétiser l'idée selon laquelle c'est pour « *le juge une fonction (un pouvoir et un devoir) de trancher le litige en se conformant aux règles de droit qui lui sont applicables* »¹⁴⁶⁷, conformément à l'autre adage selon lequel « *jura novit curia* »¹⁴⁶⁸.

L'article 12 du (nouveau) code de procédure civile exprime cette conception renouvelée de l'office du juge civil, en disposant que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Ainsi, par cet alinéa qui constitue une « *expression du pouvoir de juridiction contentieuse* »¹⁴⁶⁹, les rédacteurs du nouveau code ont « *incontestablement repoussé la conception du "juge-arbitre"* »¹⁴⁷⁰, en lui permettant de prendre part activement à la résolution juridique du litige. A noter que cette plus grande implication du juge dans le procès ne s'exprime pas seulement au niveau de la matière litigieuse par la maîtrise du droit applicable, mais également au niveau du déroulement de l'instance par l'expression relativisée du caractère accusatoire de la procédure¹⁴⁷¹.

Un procès chose des parties, et du juge. De manière générale, et bien que la distinction fait/droit porte en elle les limites inhérentes au schématisme, il est possible d'affirmer que le procès civil est devenu « *la chose commune des parties et du juge* »¹⁴⁷², aucun texte n'ayant d'ailleurs « *jamais consacré le rôle passif du juge* »¹⁴⁷³. De fait, le « *Nouveau Code de procédure civile marque une rupture certaine avec la conception traditionnelle du procès civil. Il instaure un nouvel équilibre dans la répartition des pouvoirs*

¹⁴⁶⁵ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », art. préc., n° 67.

¹⁴⁶⁶ CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83, spéc. p. 88.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*

¹⁴⁶⁸ « *Le juge connaît le droit* ».

¹⁴⁶⁹ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile*, Dalloz, 30^{ème} éd., 2010, p. 405.

¹⁴⁷⁰ EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, op. cit., p. 14.

¹⁴⁷¹ Cette conception renouvelée se traduit notamment aux articles 3 et 10 du (nouveau) code de procédure civile selon lesquels le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires et d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.

Cf. supra Partie I – Titre II.

¹⁴⁷² CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, spéc. p. 295.

¹⁴⁷³ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », art. préc., n° 4.

entre le juge et les parties »¹⁴⁷⁴. Le rôle du juge désormais consacré n'est plus celui de l'arbitre « qui assiste à la joute, n'intervient que lorsqu'il est sollicité de le faire et décide au seul vu des éléments qui lui sont apportés »¹⁴⁷⁵. Il lui appartient de déterminer, même d'office, le droit applicable ; cette « pondération signifie que le procès n'est pas la chose exclusive des parties. Sans renverser la maxime, elle lui ôte son absolutisme : le changement est dans le tempérament »¹⁴⁷⁶. Est alors instauré entre les parties et le juge « une sorte de principe de coopération »¹⁴⁷⁷, lequel suppose l'implication des différents acteurs du procès, dans leurs domaines de compétence respectifs et conformément à la mission qui leur incombe, conduisant ainsi « à faire sortir le juge du mutisme »¹⁴⁷⁸.

Cette nouvelle répartition des rôles résulte de la prise en compte effective de ce que « même si la justice civile ne connaît jamais que de conflits d'intérêts privés, le service public doit être à la disposition de tous et sa disponibilité ne doit pas être entravée par la négligence ou la malignité de quelques-uns »¹⁴⁷⁹. Le procès civil, bien que mettant principalement en jeu des intérêts privés, est une manifestation de la justice institutionnalisée et constitue naturellement un service public¹⁴⁸⁰, bien qu'il poursuive « un but social et philosophique indissolublement lié aux intérêts personnels, à savoir l'obtention de la solution la plus juste possible du conflit »¹⁴⁸¹.

La finalité de service public poursuivie objective nécessairement l'intervention du juge qui ne peut dès lors plus se contenter de jouer un rôle purement passif mais doit disposer des moyens d'action indispensables à l'accomplissement de son office, lequel « ne peut être indifférent aux considérations d'intérêt général »¹⁴⁸². Ainsi que le souligne R. Chapus, se

¹⁴⁷⁴ NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1038, spéc. p. 1040.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

¹⁴⁷⁶ CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions) », art. préc., p. 91.

¹⁴⁷⁷ NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès », art. préc., p. 1041.

¹⁴⁷⁸ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », art. préc., n° 68.

¹⁴⁷⁹ NORMAND (J.), *loc cit.*

¹⁴⁸⁰ Il convient parfois de rappeler l'évidence ; voir par ex. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 6^{ème} éd., 2009, p. 358 ; ou encore VIENNE (R.), « Le rôle du juge dans la direction du procès civil », in *Etudes de droit contemporain*, 1962, p. 311, spéc. p. 311.

¹⁴⁸¹ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc., p. 95.

¹⁴⁸² NORMAND (J.), « Le juge et le fondement du litige », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595, spéc. p. 596.

manifeste alors « *la conviction que, même lorsque droits et intérêts privés s'affrontent seuls, la justice ne peut pas être vraiment rendue si le juge ne dispose pas de certaines possibilités d'affranchissement à l'égard de la façon dont les litiges lui sont présentés* »¹⁴⁸³. Le rôle du juge dans la procédure civile n'est donc pas, pour reprendre les termes de H. Motulsky, « *aussi congénitalement passif que l'on a coutume de le prétendre. Le droit est son domaine ; la Justice est sa vocation ; dans l'accomplissement de sa tâche magnifique et redoutable, il n'a pas à se figer dans un rôle de spectateur impassible ; il peut et il doit prendre des initiatives propres à donner au litige sa physionomie véritable et sa solution juste, aussi juste que cela est possible étant donné, d'une part, l'incapacité de l'esprit humain de connaître la Justice absolue et, d'autre part, la nécessité de respecter les grands principes régissant le procès civil et notamment la liberté des plaideurs dans l'apport des matériaux et celle de la discussion contradictoire* »¹⁴⁸⁴.

2) Une répartition des rôles objectivée

L'article 12 du (nouveau) code de procédure civile consacre la maîtrise du juge sur le droit applicable, indépendamment de l'argumentation des parties. Il entérine ainsi en quelque sorte la pensée de H. Motulsky qui pourrait être résumée ainsi : au juge le droit **(a)**, aux parties le fait **(b)**. Cette clé de lecture comporte en elle-même les limites d'une présentation simplifiée¹⁴⁸⁵, mais elle permet néanmoins d'illustrer la part active que doit prendre le juge dans la résolution de la question qui lui est posée, en s'emparant pleinement des données objectives du litige **(c)**.

a. Au juge le droit

Les moyens de pur droit. L'article 12 du code de procédure civile, qui dispose que « *le juge tranche les litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »,

¹⁴⁸³ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 295.

¹⁴⁸⁴ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron., p. 235, spéc. n° 37.

¹⁴⁸⁵ V. pour une position plus nuancée : HERON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n° 280, pour qui l'article 12 ne pose « *pas une règle d'exclusion des parties, mais seulement une règle de non-exclusion du juge* ».

exprime « l'irréductible de l'office du juge »¹⁴⁸⁶. Cela suppose, « dans une saine conception du procès »¹⁴⁸⁷, que le juge non seulement connaisse ce droit mais soit également tenu d'en faire application spontanément afin de parvenir à « la solution la plus juste possible »¹⁴⁸⁸. Et les principaux vecteurs de cette maîtrise rationnelle du droit applicable sont ce que la doctrine civiliste nomme les « moyens de pur droit »¹⁴⁸⁹, lesquels ont survécu¹⁴⁹⁰ à l'annulation par le Conseil d'Etat¹⁴⁹¹, pour méconnaissance du principe du contradictoire¹⁴⁹², du troisième alinéa de l'article 12¹⁴⁹³ qui les prévoyait expressément.

L'expression jurisprudentielle des moyens de pur droit consiste en l'obligation faite aux magistrats de « juger les contestations qui leur sont soumises conformément aux lois qui régissent la matière, alors même que l'application de ces lois n'auraient pas été expressément requise par les parties »¹⁴⁹⁴. Le moyen est dit de pur droit « lorsque son application à l'espèce ne postule pas d'autres faits que ceux qui sont litigieux »¹⁴⁹⁵. Soulever un tel moyen consiste alors pour le juge « à relever d'office la règle de droit applicable à l'ensemble des faits tels qu'ils ont été présentés par les parties, même si celles-ci ne l'ont pas invoquée »¹⁴⁹⁶. Le juge doit donc en principe appliquer d'office la règle de droit qu'imposent les faits portés à sa connaissance, quand bien même les parties ne l'auraient pas invoquée ou en aurait invoquée une erronée. Il peut s'agir, en matière de responsabilité par exemple, d'apprécier les

¹⁴⁸⁶ FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463, spéc. p. 463.

¹⁴⁸⁷ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc., p. 98.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ Pour les distinguer, devant les juges du fond, des moyens de fait d'une part, mais également des « moyens mélangés de fait et de droit » d'autre part qui supposent la prise en compte d'éléments factuels non expressément invoqués par les parties, dits « faits adventices ».

¹⁴⁹⁰ Voir notamment COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 16^{ème} éd., 2011, p. 274, pour qui « cette annulation n'a certainement pas remis en cause le pouvoir du juge de relever d'office les moyens de pur droit (et même ceux qui sont tout simplement "de droit") » ; également GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile*, Dalloz, 30^{ème} éd., 2010, p. 415, pour qui un « consensus se dégage toutefois pour admettre, au vu des circonstances précises de cette annulation, que l'article 12 al. 3 demeure valide et qu'il ne faut pas déduire hâtivement que le juge aurait perdu le pouvoir de relever d'office les moyens de pur droit (...) même si l'on peut regretter que le pouvoir réglementaire n'ait jamais pris la peine, en plus de trente ans, de rétablir ce texte malencontreusement annulé ».

¹⁴⁹¹ Cf. *supra* CE, Ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des avocats de France et autres*, D., 1979, p. 606, note A. Bénabent ; JCP, 1980, II, 19288 ; G.P., 1980, p. 6.

¹⁴⁹² V. not. BENABENT (A.), « Les moyens relevés en secret par le juge », JCP, 1977, I, 2849.

¹⁴⁹³ Selon lequel le juge pouvait « relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ».

¹⁴⁹⁴ Pour un exemple parmi d'autres : Civ., 1^{ère}, 16 novembre 1960, D., 1961, p. 7.

¹⁴⁹⁵ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile*, op. cit., p. 402.

¹⁴⁹⁶ FRANC (M.), concl. sur CE, Ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des avocats de France et autres*, JCP, 1980, II, 19288.

prétentions du demandeur sur le fondement d'un régime différent de celui invoqué, lequel vouait la demande au rejet¹⁴⁹⁷.

Les moyens d'ordre public. Se pose alors la question de l'articulation entre les moyens de pur droit et les moyens d'ordre public en procédure civile, à supposer qu'ils existent toujours¹⁴⁹⁸. Il semble bien que les moyens d'ordre public relèvent de la catégorie des moyens de pur droit mais que certaines caractéristiques supplémentaires leur sont attribuées. Ainsi, les parties ne peuvent en principe pas y renoncer, alors que le troisième alinéa de l'article 12 du code de procédure civile¹⁴⁹⁹ fait au contraire obstacle au changement par le juge du fondement juridique d'une prétention lorsque les parties décident de l'y lier expressément.

Dès lors, selon F. Eudier, la « *seule distinction qui demeure (...) concerne la possibilité d'une renonciation à l'application de la loi. Les parties peuvent toujours renoncer à bénéficier d'une règle d'intérêt privé, il n'en n'est pas de même si la règle en cause est d'ordre public* »¹⁵⁰⁰. En d'autres termes, si « *différence il y a, elle concerne les pouvoirs des parties qui peuvent transiger ou compromettre lorsque la règle n'est pas d'ordre public, qui ne le peuvent plus dès que l'intérêt général est en jeu. Elle ne concerne ni les pouvoirs ni les obligations du juge, dont l'office consiste à trancher les litiges conformément au Droit* »¹⁵⁰¹. Il faut tout de même insister sur le fait que le juge pourra être limité dans son pouvoir d'initiative si les parties décident de le lier expressément au fondement juridique qu'elles auront choisi, sous réserve toutefois qu'elles en détiennent la libre disposition, c'est-à-dire notamment qu'il ne s'agisse pas d'une règle d'ordre public.

La requalification des faits. Toujours au titre des pouvoirs dont dispose d'office le juge civil s'agissant de la règle de droit, le deuxième alinéa de l'article 12 lui « *impose de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la*

¹⁴⁹⁷ Cf. *infra*.

¹⁴⁹⁸ Voir pour une interrogation en ce sens EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, *op. cit.*, p. 23, titre préliminaire : « *Existe-t-il encore des moyens d'ordre public ?* ». Et l'auteur de considérer finalement que le moyen d'ordre public « *se fonde aujourd'hui dans le concept de moyen de droit* » (p. 74).

¹⁴⁹⁹ « *Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.* »

¹⁵⁰⁰ EUDIER (F.), *op. cit.*, p. 81.

¹⁵⁰¹ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, p. 276.

dénomination que les parties en auraient proposée »¹⁵⁰². L'opération intellectuelle de requalification est analogue à celle consistant à appliquer d'office une règle de droit dans la mesure où dans les deux cas le juge prendra l'initiative de l'application d'un texte, soit en rectifiant, soit en complétant les écritures des parties. Il n'y a en effet pas « *de différence de nature entre la requalification – pratiquement admise par tout le monde – et la substitution d'une règle de droit non invoquée : dans les deux cas, le juge, tenu de statuer – d'office – sur les aspects juridiques des éléments de fait à lui soumis, traite les indications fournies par les parties sur ce terrain comme ce qu'elles sont : de simples suggestions et non pas des limitations* »¹⁵⁰³.

Il faut tout de même noter autour de ces questions que la doctrine comme la jurisprudence peinent à établir une définition claire des devoirs du juge civil conformément aux exigences de l'article 12 du code de procédure civile. Les hésitations s'articulent autour de la faculté ou de l'obligation qui incomberait alors au juge, à la lumière des faits invoqués, ou spécialement invoqués par les parties. Les textes portent en eux toutes les potentialités de l'office du juge civil, mais le point de jonction des faits et du droit – à savoir l'opération de qualification ou de requalification des faits – suscite des incertitudes quant aux limites de son office, les parties étant réputées disposer pleinement des faits qu'elles peuvent décider d'invoquer ou non. La Cour de cassation laisse transparaître sur ces questions quelque réticence¹⁵⁰⁴, ou une certaine appréhension, et semble orienter ses solutions dans le sens d'une « *régression dans la conception de l'office du juge* »¹⁵⁰⁵, peut-être davantage d'ailleurs pour des considérations pratiques que théoriques.

¹⁵⁰² Notons toutefois à cet égard qu'aucune disposition n'impose aux parties d'indiquer le fondement juridique de leur demande, sauf en matière d'assignation.

¹⁵⁰³ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc., p. 100.

¹⁵⁰⁴ La démonstration n'impose pas de s'attarder davantage sur ces questions. Soulignons simplement l'existence de controverses autour des devoirs du juge en matière de droit applicable et de l'articulation de cette question avec celle de la distinction entre les faits spécialement invoqués par les parties pour fonder leurs prétentions et les faits « adventices ». Pour une illustration du point de rencontre de ces notions et de la controverse suscitée : Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *G.P.*, 19 janvier 2008, concl. R. de Gouttes ; *JCP*, 2008, II, 10004, note Weiller ; *Dr. et Proc.*, 2008-2, p. 96, rapport Loriferne et obs. Lefort ; *BICC*, 15 avril 2008, rapport Loriferne et avis R. de Gouttes ; *D.*, 2008, 1102, chron. Deshayes ; *JCP*, 2008, I, 138, n° 9, obs. Amrani-Mekki ; *Procédures*, mars 2008, n° 71, obs. Perrot ; *RDI*, 2008, p. 102, obs. Malinvaud ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, obs. Gautier ; *CCC*, 2008, n° 92, note Leveneur ; *Ann. Loyers*, 2008, 10, p. 1982, obs. Martin : le relevé d'office d'un moyen de droit devient une simple faculté lorsque les faits qui permettent d'en établir le bien-fondé sont simplement allégués et non spécialement invoqués.

¹⁵⁰⁵ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile*, op. cit., p. 429 ; voir également HERON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 278 et s.

Les limites de l'office du juge civil à l'égard du droit applicable et du fondement juridique des prétentions des parties, bien qu'elles soient *a priori* clairement définies pas le code, font toujours débat et paraissent ne pas être clairement fixées. Si le code consacre un juge disposant du droit applicable, il rappelle également les limites que les parties fixent à cette liberté. Raison pour laquelle sans doute la recherche de l'équilibre parfait de l'instance n'est pas encore atteint, bien que la distribution des rôles ait considérablement évolué.

b. Aux parties les faits

L'objet et la cause de la demande. Bien qu'il lui incombe de trancher le litige qui lui est soumis conformément au droit applicable, le juge civil ne peut ni modifier l'objet du litige, ni se fonder sur des faits qui n'auraient pas été allégués par les parties, et ce « *même s'il est "moralelement" certain que d'autres faits, non allégués, rendent en réalité la prétention bien fondée* »¹⁵⁰⁶. C'est l'article 7 du code de procédure civile qui pose cette limite aux termes de laquelle « *le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* »¹⁵⁰⁷. Malgré des controverses persistantes¹⁵⁰⁸, la cause juridique de la demande en droit judiciaire privé, et relativement au principe dispositif, s'entend de « *l'ensemble des actes ou des faits sur lesquels le plaideur s'appuie pour fonder sa prétention* »¹⁵⁰⁹. Aussi, dans un souci de clarification semble-t-il, « *le principe d'intangibilité des faits a été substitué à celui d'immutabilité de la cause* »¹⁵¹⁰ dans le nouveau code de procédure civile.

En procédure civile, le principe dispositif laisse donc aux parties la libre disposition des faits qu'elles souhaitent porter à la connaissance du juge. Ainsi, « *l'initiative du juge ne porte aucune atteinte à la règle de l'immutabilité de la cause* »¹⁵¹¹ dès lors que cette « *faculté laissée au juge ne se conçoit (...) que dans la limite de l'objet et de la cause du litige, autrement dit du but poursuivi par les parties et des raisons justifiant la fin recherchée* »¹⁵¹².

¹⁵⁰⁶ HERON (J.) et LE BARS (T.), *op. cit.*, p. 224.

¹⁵⁰⁷ Le deuxième alinéa précise que « *le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions* », à savoir les faits dits adventices.

¹⁵⁰⁸ Voir par ex. : MARTIN (R.), « A la recherche de la cause en procédure civile », *D.*, 1988, chron., p. 312 ou encore LAGARDE (X.), « L'adieu à la cause – Relire Motulsky », in *Le Code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 307.

¹⁵⁰⁹ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, n° 174.

¹⁵¹⁰ EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, *op. cit.*, p. 335.

¹⁵¹¹ NORMAND (J.), *op. cit.*, p. 187.

¹⁵¹² DOUCHY-OUDOT (M.), « L'office du juge », in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 99, spéc. p. 101.

L'on entrevoit alors toutes les subtilités qui commandent en réalité la répartition des rôles au sein de l'instance civile. Le juge doit appliquer d'office la règle de droit pertinente compte tenu des faits qui sont spécialement invoqués par les parties, voire simplement portés à sa connaissance ; ce pouvoir de qualification ou de requalification peut cependant être limité par la volonté expresse des parties, et ce à moins qu'il ne s'agisse d'une règle d'ordre public.

L'article 12 du code de procédure civile permet par exemple au juge de requalifier un acte de vente en prêt ou en bail ; il lui permet également de requalifier un fait de violence en erreur ou bien une faute délictuelle en faute contractuelle. En d'autres termes, sous réserve du respect du principe du contradictoire et de la règle *non ultra petita*, le principe dispositif ne fait en lui-même pas obstacle à ce que le juge prenne une part active à la détermination des termes juridiques du débat afin de faire droit à une prétention, plutôt que de se contenter d'écarter une qualification erronée et de s'en tenir là.

Dès lors, et fort naturellement, les faits qui conditionnent l'application de la norme doivent « *se trouver réunis dans la matière litigieuse de manière telle que les parties aient été mises à même de les discuter. (...) Mais, en toute hypothèse, les droits de la défense doivent être respectés. Ils le sont, par définition, lorsque le juge relève un moyen de droit, puisque celui-ci suppose les faits puisés dans la cause et constants* »¹⁵¹³. Son pouvoir d'initiative est alors dans cette mesure limité par les termes du débat, tels qu'ils sont portés à sa connaissance. Mais le principe dispositif ne lui impose pas une passivité telle que, tout en étant conscient du fondement juridique pertinent de la demande, il ne pourrait spontanément s'en saisir.

c. Des apports nuancés

La finalité des développements relatifs à la mise en œuvre concrète du principe dispositif devant le juge civil consiste en l'illustration de ce que même lorsqu'il est uniquement question d'intérêts privés, la dimension objective inhérente à toute justice institutionnelle suppose le dépassement de la passivité originelle du juge considéré comme un arbitre extérieur au litige. Les moyens de pur droit apparaissent à cet égard comme une

¹⁵¹³ NORMAND (J.), *op. cit.*, p. 275.

manifestation remarquable de ce pouvoir d'initiative judiciaire qui suppose la maîtrise du droit applicable.

Il ne faudrait toutefois pas omettre de signaler quelques nuances à cette présentation volontairement simplifiée des choses. Tout d'abord, la répartition des rôles au sein de l'instance civile est loin d'être évidente et la jurisprudence, pour le moins subtile, de la Cour de cassation témoigne des difficultés inhérentes au positionnement du juge face aux prétentions des parties. Faculté ou obligation, qualification ou requalification, faits spécialement invoqués ou faits adventices, telles sont les distinctions nécessitant une articulation complexe dont la seule finalité est de déterminer ce qui relève de la mission du juge et justifiant qu'il s'en saisisse d'office.

Ensuite, l'article 12 du code de procédure civile, s'il proclame « *d'une manière qui paraît irrécusable* »¹⁵¹⁴ que le droit est l'apanage du juge, n'est probablement pas aussi novateur qu'il n'y paraît, sous certains de ses aspects au moins. En effet, le juge doit trancher le litige conformément au droit applicable. Autrement dit, il ne peut pas faire application d'une règle juridique inapplicable. Mais n'est-ce pas là, loin d'une vision potentialisée de l'office du juge, au contraire le moins qui puisse lui être demandé ? L'inverse ne serait aucunement envisageable. Raison pour laquelle devant le juge administratif de la légalité, la méconnaissance du champ d'application de la loi est également un moyen dont il doit se saisir d'office. Raison pour laquelle également ce même juge applique d'office¹⁵¹⁵ la version du texte en vigueur à la date de la décision attaquée¹⁵¹⁶. Le juge ne peut pas résoudre la question qui lui est posée sur le fondement d'un texte, ou plus généralement d'une norme ou d'un régime, dont les conditions d'application ne sont pas réunies. En d'autres termes, il ne peut donc pas commettre d'erreur de droit ; telle est l'interprétation minimaliste que l'on pourrait faire de l'article 12 du code de procédure civile. Dans cette hypothèse, le droit judiciaire privé ne constituerait pas, contrairement aux intuitions initiales, une véritable source d'inspiration.

Il n'est toutefois pas certain que cet article, qui a fait couler tant d'encre, ne suppose pas une conception moins formelle de l'exigence qu'il formule. C'est à l'aune du pouvoir de

¹⁵¹⁴ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc., p. 101.

¹⁵¹⁵ Sans toutefois soumettre cette question à la contradiction : *cf. infra*.

¹⁵¹⁶ Ou bien oppose l'inopérance du moyen s'il décide de ne pas faire preuve de la bienveillance que nécessite une telle opération.

requalification qui incombe au juge civil que cette position semble pouvoir être soutenue. Il ne doit ainsi pas seulement appliquer correctement le droit – en rejetant une prétention mal qualifiée – mais il doit également appliquer celui qu'appellent les faits en présence. De ce point de vue, le juge civil dispose d'un véritable pouvoir d'initiative. Il ne peut ainsi, par exemple, rejeter une demande de résolution du contrat pour dol au motif que seule une nullité est susceptible de sanctionner un tel vice du consentement, sans procéder à une requalification de la demande¹⁵¹⁷. De la même manière, le juge peut faire droit à une demande sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 1384¹⁵¹⁸ alors que seul l'article 1382¹⁵¹⁹ est invoqué¹⁵²⁰ ; restituer une somme demandée à titre d'indemnité d'occupation sur le fondement adéquat du « pas-de-porte »¹⁵²¹ ; requalifier un prétendu vice caché en un manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme¹⁵²² ; ou encore requalifier en action en garantie des vices cachés une action en nullité fondée sur l'erreur sur la substance¹⁵²³.

L'article 12 du code de procédure civile comporte dès lors bien plus que la prohibition tautologique de l'erreur de droit ; il implique la recherche du fondement juridique susceptible de justifier la demande, sans s'en tenir à la formulation des prétentions. A cet égard, le juge civil paraît bien mieux armé que le juge administratif de la légalité pour faire prévaloir le fond de la demande sur sa forme. L'on pourrait objecter que le juge administratif requalifie également les prétentions lorsqu'il interprète la demande, mais cette pratique contingente et marginale, qui suppose une formulation maladroite du grief, ne saurait sérieusement concurrencer les prérogatives assumées que constituent les moyens de pur droit. Devant le juge civil, et sous réserve de ce qu'une pratique concrète de ce contentieux pourrait apporter de nuances aux propos, la finalité de la demande prévaut sur les fondements juridiques invoqués pour l'obtenir. La réparation effective du dommage est prioritaire sur le fondement de responsabilité invoqué et éventuellement erroné. Si les faits permettent d'engager la

¹⁵¹⁷ Civ. 1^{ère}, 22 avril 1997, *Bull. civ.*, I, n° 129; *JCP*, II, 22944.

¹⁵¹⁸ « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ».

¹⁵¹⁹ « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

¹⁵²⁰ Civ. 2^{ème}, 17 mai 1995, *JCP*, IV, 1671.

¹⁵²¹ Civ. 3^{ème}, 30 avril 1969, *Bull. civ.*, III, n° 344.

¹⁵²² Civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, *Bull. civ.*, I, n° 224, *D.*, 1994, p. 210 et 547.

¹⁵²³ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, *Bull. civ.*, I, n° 225, *JCP*, 2002, II, 10143.

Pour une compilation plus complète d'exemples, cf. NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès », *Jcl. Procédure civile*, fasc. 152, juin 2010, n° 56 et s.

responsabilité de l'auteur du dommage et qu'ils sont portés à la connaissance du juge, celui-ci devra faire droit à la demande.

La comparaison avec l'office du juge de la légalité appelle de ce point de vue deux remarques. D'une part, et cela est incontestable malgré l'existence de la pratique de l'interprétation « bienveillante » des conclusions, le juge de la légalité ne fait pas prévaloir l'objet de la demande sur les moyens invoqués. Le caractère fondé de la requête en annulation ne justifie pas qu'il soit fait droit à la demande, alors même que les faits portés à la connaissance du juge permettent de s'assurer de l'illégalité de l'acte. Si la norme méconnue n'est pas formellement invoquée, le moyen ne sera pas considéré comme soulevé et la requête rejetée. Tel serait par exemple le cas dans l'hypothèse d'un acte administratif individuel rétroactif : le juge connaît le principe de non-rétroactivité¹⁵²⁴, les faits portés à sa connaissance démontrent nécessairement une prise d'effet antérieure à la date d'édiction, mais il ne fera pas droit à la demande si le requérant n'invoque, ni même n'évoque, la méconnaissance d'un tel principe¹⁵²⁵.

La seconde remarque intervient pour nuancer la première dans la radicalité de la comparaison, qui ne saurait en réalité dépasser le degré de l'analogie. En effet, en contentieux de la légalité la finalité est unique – l'annulation de l'acte illégal – et d'une certaine manière le fondement juridique de la demande l'est également, à savoir l'illégalité de cet acte. De plus, le contentieux est naturellement plus « juridique » que « factuel », contrairement à ce qui a cours devant le juge civil qui pourrait n'être saisi que d'une situation factuelle, indépendamment de tout régime juridique. Il n'en est rien en contentieux de la légalité où la situation factuelle ne vient qu'étayer une situation d'illégalité, laquelle suppose la confrontation de deux normes identifiées. Les deux logiques intellectuelles qui président à ces contentieux supposent de nuancer les conclusions que l'on pourrait avoir intérêt à tirer de cette démarche.

Sans vouloir dès lors reproduire à l'identique les solutions retenues devant le juge civil, il convient néanmoins de ne pas minimiser les apports que l'étude de la procédure civile est susceptible d'apporter à la démonstration. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que le

¹⁵²⁴ CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, p. 289.

¹⁵²⁵ Le moyen tiré de la rétroactivité illégale d'un acte individuel n'étant pas d'ordre public : CE, 21 juillet 1995, *SA Galina*, n° 137283.

juge civil, en n'étant pas formellement lié par l'argumentation des parties quant au droit applicable, « paraît ainsi être "en avance" sur le juge administratif »¹⁵²⁶ et que celui-ci devrait en conséquence « se tourner vers le juge civil et prendre modèle sur lui »¹⁵²⁷. Dans cette mesure, la procédure civile peut constituer une source d'inspiration pour le juge de la légalité qui pourrait y trouver « des raisons de libérer le déroulement de l'instance de certaines contraintes procédurales qui peuvent faire obstacle à ce que les affaires soient pleinement jugées conformément au droit applicable »¹⁵²⁸.

Il ne s'agit donc pas, du fait des spécificités propres au contentieux de la légalité, de transposer sèchement la doctrine selon laquelle « aux parties d'apporter les faits ; au juge de dire le droit »¹⁵²⁹. Il est davantage question de cerner les implications du principe dispositif quant à la délimitation de l'office du juge et de s'interroger sur les raisons qui président à une interprétation si étroite du principe en contentieux de la légalité alors que la procédure civile, dont il est pourtant issu, offre au juge une réelle liberté et un authentique pouvoir d'initiative lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit. Alors même que le juge civil ne saurait être réduit à un rôle d'arbitre entre les parties, son office « n'en reste pas moins, pour l'essentiel, de trancher le litige dont il est saisi »¹⁵³⁰, la dimension objective du contentieux apparaissant alors résiduelle.

Garant de l'autonomie de la volonté, le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge est inhérent à toute fonction juridictionnelle sous sa forme contentieuse, dont l'exercice est conditionné par l'expression d'une volonté individuelle. Toutefois, le contentieux de la légalité emporte également l'exercice d'une fonction de contrôle par le juge administratif qui, bien que tout autant juridictionnelle, devrait entraîner l'assouplissement du principe dispositif.

¹⁵²⁶ COLLY (F.), « Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *RFDA*, 1987, p. 786, spéc. p. 801.

¹⁵²⁷ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 495.

¹⁵²⁸ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 370.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, p. 350.

¹⁵³⁰ BERGEL (J.L.), « Introduction générale », in *L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 12, spéc. p. 20.

§2 : La consommation du principe dispositif par la fonction juridictionnelle de contrôle

Le principe dispositif qui manifeste la maîtrise que les parties détiennent sur la détermination de la matière litigieuse apparaît éminemment lié à l'exercice d'une fonction contentieuse. Dès lors, l'exercice simultané d'une fonction de contrôle devrait tendre à atténuer, voire à annihiler le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge, à l'instar du régime procédural encadrant le contrôle de constitutionnalité des lois **(A)**. De ce fait, la prééminence du principe dispositif en contentieux de la légalité se révèle inadaptée en ce qu'elle témoigne de la prévalence induite de la fonction contentieuse sur la fonction de contrôle exercée par le juge administratif de la légalité **(B)**.

A. La primauté assumée de la fonction de contrôle en contentieux de la constitutionnalité des lois

L'étude du principe dispositif comme fondement de la limitation des prérogatives dont le juge dispose d'office éclaire d'une lumière nouvelle¹⁵³¹ la plénitude juridictionnelle dont dispose le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois **(1)** et illustre le lien qui existe entre ce principe et l'exercice d'une fonction contentieuse, indépendamment de toute qualification d'organe juridictionnel **(2)**.

1) La plénitude juridictionnelle du Conseil constitutionnel

La « plénitude juridictionnelle » peut être définie par analogie à la plénitude de compétence, qui s'analyse comme la « *tendance naturelle à tout organisme de donner un champ aussi étendu que possible à sa mission et aux moyens utiles à la remplir* »¹⁵³². Elle signifie, lorsqu'il est question du contrôle de constitutionnalité des lois, que le Conseil constitutionnel s'empare de pouvoirs d'initiative importants afin de mettre en œuvre le plus intégralement possible sa mission de contrôle. Ce constat se vérifie naturellement en contrôle *a priori*, mais également, dans une moindre mesure toutefois, en contrôle *a posteriori*.

¹⁵³¹ Cf. *supra* Partie I – Titre II – Chapitre I.

¹⁵³² VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », CCC, 1996, n° 1, p. 57 ; 1997, n° 2, p. 77, spéc. §20 ; à noter que l'expression « plénitude de compétence » est également utilisée par G. Drago in *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, p. 396.

Contrôle a priori. En contrôle *a priori* des lois, le Conseil constitutionnel peut se saisir d'office de l'intégralité de la loi qui ne lui est éventuellement que partiellement soumise, mais également de l'ensemble des griefs d'inconstitutionnalité susceptibles de l'entacher. Il n'y a pas, à proprement parler, de méconnaissance de la règle *non ultra petita* en ce que ce principe ne trouve en réalité pas à s'appliquer dans le cadre d'une telle instance. En effet, dès lors le Conseil s'estime saisi de la loi dans son intégralité, « *il ne considère jamais qu'il est tenu de statuer sur les seules conclusions dont il est saisi, ou qu'il est lié par les termes de la requête* »¹⁵³³. Cette position est illustrée par la formulation de principe du « *considérant balai* », selon laquelle « *en l'espèce, il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen* »¹⁵³⁴.

Aussi, l'affirmation du « *contrôle indivisible de la loi conduit à considérer que le juge ne statue pas ultra petita, c'est-à-dire au-delà des prétentions des parties* »¹⁵³⁵. Conformément à ce postulat, la saisine n'a d'ailleurs pas à être motivée. La pratique des « *saisines blanches* », « *si elle est exceptionnelle en fait, n'est pas en droit une dérogation au régime normal de la saisine* »¹⁵³⁶ et a pour conséquence première « *de ne laisser aucune place à la notion d'ultra petita* »¹⁵³⁷. La saisine du Conseil constitutionnel n'a donc pas pour objet la formulation de prétentions, mais le déclenchement d'un contrôle dont il fixera lui-même les limites, conformément à la mission de garant de la constitutionnalité des lois qui lui incombe¹⁵³⁸. En ce sens, l'intégralité du contrôle « *n'est donc pas une possibilité que se réserve le juge mais un devoir que lui impose la Constitution* »¹⁵³⁹. Concrètement, le fait que le Conseil ne soit tenu ni par les dispositions critiquées, ni par les griefs soulevés, peut aboutir

¹⁵³³ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, n° 196.

¹⁵³⁴ Voir également, pour une formulation explicitée, CC, 30 décembre 1996, n° 96-386 DC, *Loi de finances rectificative pour 1996*, p. 154 : le Conseil y rappelle que son contrôle « *porte sur toutes les dispositions de la loi déférée y compris celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine* » ; pour la formulation originelle du principe cf. CC, 11 août 1960, n° 60-8 DC, *Loi de finances rectificative pour 1960*, p. 25.

¹⁵³⁵ JAN (P.), *Le procès constitutionnel*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, p. 171.

¹⁵³⁶ VEDEL (G.), « *Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif* », art. préc., §11.

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ L'étendue des pouvoirs du Conseil peut également être justifiée par la « *nécessité de se dégager des termes d'une alternative politique au détour de laquelle il pourrait facilement perdre sa légitimité* » : BEZZINA (A.C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 133.

¹⁵³⁹ JAN (P.), *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 173.

à ce qu'il soulève d'office des moyens contre des dispositions dont il n'était pas formellement saisi¹⁵⁴⁰.

Par ailleurs, de manière significative à cet égard, la saisine déclenche « *un irréversible contrôle* »¹⁵⁴¹, c'est-à-dire que l'expression d'une éventuelle volonté de désistement par les saisissants reste sans effet sur la procédure de contrôle irrémédiablement enclenchée. Le Conseil constitutionnel considère à cet égard que « *l'effet de cette saisine est de mettre en œuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine ; qu'aucune disposition de la Constitution non plus que de la loi organique relative au Conseil constitutionnel ne permet aux autorités ou parlementaires habilités à déférer une loi au Conseil constitutionnel de le dessaisir en faisant obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé ; que dès lors, hormis les cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice du consentement, le Conseil constitutionnel ne saurait prendre en compte des déclarations exprimées en ce sens* »¹⁵⁴². Le principe dispositif ne trouve alors aucun écho dans le cadre du contrôle *a priori* des lois puisque « *la saisine ne limite pas le contrôle du juge qui, affranchi du cadre d'une demande en justice, peut faire primer sa mission de contrôle de constitutionnalité sur la volonté contingente des requérants* »¹⁵⁴³.

Contrôle *a posteriori*. Le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité, en tant qu'il emporte le contrôle de la constitutionnalité d'une loi dans le cadre d'une instance en cours, renouvelle l'appréhension du modèle du contrôle au regard du principe d'intangibilité de la demande à l'égard du juge. Dans une telle hypothèse en effet, le cadre de la question tel que fixé par le requérant est « *plus strict puisque les requêtes ont pour objet de limiter les pouvoirs du juge* »¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴⁰ Voir par ex. CC, 18 novembre 1982, 82-146 DC, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, p. 66 ; ou encore CC, 22 janvier 1990, 89-269 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, p. 33.

¹⁵⁴¹ CAMBY (J.P.), « La saisine du conseil constitutionnel ou l'impossible retrait », *RDP*, 1997, p. 11.

¹⁵⁴² CC, 30 décembre 1996, n° 96-386 DC, *Loi de finance rectificative pour 1996*, p. 154.

¹⁵⁴³ BEZZINA (A.C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 60.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.* p. 66.

Contrairement à ce qui se retrouve en contentieux de la constitutionnalité des lois *a priori*, le Conseil ne se prononce que sur la seule disposition législative qui lui est soumise par la requête¹⁵⁴⁵ ; il s'interdit donc de statuer *ultra petita* en se saisissant d'office d'autres dispositions non visées par la requête¹⁵⁴⁶. Toutefois, il ne semble pas qu'il s'agisse d'une autolimitation des prérogatives que se reconnaît en principe le Conseil mais de l'application stricte de l'article 61-1 de la Constitution qui dispose que « *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, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». L'emploi du singulier paraît limiter *ex abrupto* le champ de la question de constitutionnalité, laquelle ne peut par principe concerner qu'une seule disposition¹⁵⁴⁷. La circonstance que les juridictions du fond aient également déclaré recevable une telle question¹⁵⁴⁸, et notamment retenu le caractère applicable de la disposition au litige, limite également naturellement le pouvoir d'autosaisine du Conseil, sous peine de méconnaître les conditions de recevabilité de la question ou bien la compétence des juridictions de filtrage quant à l'appréciation de cette recevabilité. Ce sont donc davantage les spécificités du régime de la question prioritaire de constitutionnalité qui justifient l'absence de conclusions d'ordre public, que véritablement la nature de cette question ou le caractère *a posteriori* du contrôle effectué.

Cette analyse est corroborée par le fait que le Conseil constitutionnel reste saisi malgré un désistement éventuel du requérant. L'article 23-9 de la loi organique du 10 décembre 2009¹⁵⁴⁹ dispose en effet que lorsque « *le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la*

¹⁵⁴⁵ CC, 22 mai 2013, n° 2013-312 QPC, *M. Jory Orlando T.*, p. 743 ; ou encore CC, 20 septembre 2013, n° 2013-342 QPC, *SCI de la Perrière Neuve*, *JORF* du 22 septembre 2013, p. 15824. Notons à cet égard qu'il s'agit d'une exception française : cf. BEZZINA (A.C.), *op. cit.*, p. 126.

¹⁵⁴⁶ MAGNON (X.) (sous dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lexisnexis, 2^{ème} éd., 2013, n° 203.

¹⁵⁴⁷ Réserve faite des hypothèses d'inséparabilité de certaines dispositions : cf. BEZZINA (A.C.), *op. cit.*, pp. 119 et s.

¹⁵⁴⁸ Voir notamment CC, 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Consorts L.*, p. 91 : « *Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites* ».

¹⁵⁴⁹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* n° 287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

question ». De ce point de vue, « le contentieux de la QPC garde l'apparence d'un procès objectif fait à la loi et non "chose des parties" »¹⁵⁵⁰. Les parties ne maîtrisent pas réellement le lien d'instance qui, une fois créé, devient irrévocable. A l'instar de celle du contrôle *a priori*, la logique du contrôle *a posteriori* reste celle du déclenchement d'un contrôle objectif de la loi, lequel ne dépend plus, une fois mis en mouvement, de la volonté des parties.

En témoigne également le fait que dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité le Conseil se reconnaît toujours le pouvoir de relever d'office tout grief d'inconstitutionnalité. Cette prérogative est d'ailleurs tout naturellement encadrée par l'article 7 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité¹⁵⁵¹, qui dispose que « les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti ». Les décisions du Conseil statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité s'achèvent donc également par un « considérant balai », au terme duquel « les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit »¹⁵⁵², témoignant de ce que « le juge peut y soulever tout moyen de constitutionnalité même s'il reste, dans ce contentieux, lié par l'objet du litige et donc, par les dispositions qui lui sont soumises »¹⁵⁵³.

A supposer même que l'absence de conclusions d'ordre public en contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité puisse être considérée comme une certaine soumission du Conseil constitutionnel à une déclinaison du principe dispositif, la pérennité de son entière maîtrise des normes de référence témoigne de ce que sa fonction de contrôle prime en tout état de cause celle de trancher un litige¹⁵⁵⁴. Il paraît dès lors difficile de considérer qu'il serait « lié, comme tous les juges dans le cadre de la QPC, par l'existence du principe

¹⁵⁵⁰ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., n° 283.

¹⁵⁵¹ Décision du Président du Conseil constitutionnel du 4 février 2010, *JORF* n° 41 du 18 février 2010, p. 2986.

¹⁵⁵² Pour un exemple parmi d'autres : CC, 17 juin 2011, n° 2011-136 QPC, *Fédération nationale des associations tutélaires et autres*, p. 284. V. également, pour le premier examen d'un grief non invoqué : CC, 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC, *Association sportive Football Club de Metz*, p. 233.

¹⁵⁵³ BEZZINA (A.C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 117.

¹⁵⁵⁴ Notons toutefois qu'il est également possible de considérer qu'il s'agit d'une conséquence de la théorie de l'aiguilleur, ainsi dénommée par L. Favoreu et constituant un prolongement de la thèse de H. Kelsen systématisé par G. Vedel. Dans cette hypothèse en effet, chaque grief d'inconstitutionnalité relève d'une question de compétence, laquelle relève de l'ordre public par excellence.

dispositif »¹⁵⁵⁵, bien qu'il soit néanmoins possible de reconnaître que la « *nature objective de la question de constitutionnalité est (...) moins marquée dans le contentieux issu de la QPC où le juge tranche un litige comme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir* »¹⁵⁵⁶.

Sous réserve de ne statuer que sur la seule disposition législative qui lui est soumise, conformément aux exigences du régime de la question prioritaire de constitutionnalité, les juges de la rue de Montpensier jouissent d'une « *plénitude juridictionnelle (...) à nulle autre comparable* »¹⁵⁵⁷, laquelle doit pouvoir être justifiée par la prévalence, voire le caractère exclusif, de la fonction de contrôle exercée.

2) La primauté de la fonction objective de contrôle

La plénitude juridictionnelle – ou de compétence, pour employer un terme sans doute moins controversé en doctrine¹⁵⁵⁸ – du Conseil constitutionnel ne s'explique ni par la nature d'ordre public du contentieux, ni par le caractère abstrait du contrôle exercé qui n'est qu'un attribut de l'absence de fonction contentieuse. Il ne se justifie pas davantage par la nature juridictionnelle ou non du contrôle exercé, cette qualification relevant principalement d'une préoccupation terminologique, d'intérêt limité pour la présente démonstration.

Un contentieux d'ordre public parmi d'autres. Les prérogatives importantes dont le Conseil constitutionnel dispose d'office quant à la détermination des questions qui lui sont soumises ne se justifient pas – ou pas uniquement – par la nature d'ordre public du contentieux dont il est amené à connaître. Les moyens et conclusions d'ordre public ne se traduisent pas comme « *la conséquence contentieuse logique d'une compétence d'ordre public découlant des caractères spécifiques du contentieux a priori des lois* »¹⁵⁵⁹, dans la mesure où le contentieux de la légalité ne mérite pas moins ce qualificatif d'ordre public et ne connaît pourtant pas d'un régime aussi favorable à l'interventionnisme du juge.

¹⁵⁵⁵ BEZZINA (A.C.), *loc. cit.*

¹⁵⁵⁶ BEZZINA (A.C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁵⁷ DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011, n° 419.

¹⁵⁵⁸ L'emploi du qualificatif « juridictionnel » et de ses déclinaisons n'exprime pas une quelconque prise de position quant à la controverse doctrinale relative à ce sujet.

¹⁵⁵⁹ DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, p. 394.

Si le « contentieux des normes, particulièrement de la loi, est un contentieux d'ordre public qui autorise [le juge] à statuer sur toutes questions, y compris celles non évoquées par l'auteur de la saisine »¹⁵⁶⁰, l'on comprend alors difficilement les raisons qui président à une telle distinction des offices des juges ayant à connaître d'un conflit de normes. Il n'est pourtant pas non plus question de nier la « pureté » du contentieux constitutionnel, à la fois d'une objectivité inégalée et d'une primauté incontestée en droit interne. Toutefois, bien qu'il puisse être considéré comme le degré suprême de l'ordre public, cet attribut ne suffit pas, à lui seul, à expliquer le peu de limites imposé à l'office du juge constitutionnel.

Une nature juridictionnelle indifférente. Les débats ont été et demeurent nourris quant à la question générale de la définition d'une juridiction¹⁵⁶¹, mais également quant à celle, subséquente, de savoir si le Conseil constitutionnel peut se voir reconnaître une telle qualité¹⁵⁶². Si la densité théorique de telles questions, fondamentales à bien des égards, a pu constituer une source de réflexion incontestable, n'apporte pour autant pas les réponses espérées. La démarche intellectuelle consistant à retenir la qualification de juridiction ou à la réfuter apparaît aujourd'hui comme ayant peu d'impact sur la réalité du phénomène observé. Il s'agit d'une démarche qui se situe en aval de notre problématique, laquelle s'enracine donc logiquement en amont d'une telle entreprise de qualification. En d'autres termes, le régime du contentieux constitutionnel étant déjà arrêté, le discours sur la réalité juridictionnelle de sa nature apparaît davantage comme une conséquence de celui-ci que comme le fondement de sa spécificité.

Il n'est question ici ni de trancher entre les différentes conceptions de l'organe juridictionnel qui existent¹⁵⁶³, ni par conséquent de se positionner quant à la nature

¹⁵⁶⁰ JAN (P.), *Le procès constitutionnel, op. cit.*, p. 170.

¹⁵⁶¹ Cf. notamment DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 1911, pp. 260 et s., ainsi que « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413 ; WALINE (M.), « Les critères des actes juridictionnels », *RDP*, 1933, p. 565 ; LAMPUE (P.), « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1933, p. 565 ; SOTO (J. de), « La notion de juridiction », *D.*, 1956, chron, p. 46 ; EISENMANN (C.) « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in *Mélanges G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477 ; GOHIN (O.), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, 1989, n° 9, p. 93 ; et pour une étude récente MILANO (L.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119.

¹⁵⁶² LUCHAIRE (F.), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, p. 27.

¹⁵⁶³ Cf. CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, t. 1, p. 764, pour la prévalence des critères formels relatifs à l'organe et à la procédure. Cf. JEZE (G.), « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, p. 437, pour une valorisation du critère matériel de la force juridique de l'acte, lequel est également retenu par J. Chevallier qui établit l'autorité de chose jugée

juridictionnelle du Conseil constitutionnel¹⁵⁶⁴. Les questions d'ordre public dont il se saisit d'office se révèlent en effet indifférentes à une telle qualification, si ce n'est en tant qu'elles amènent à s'interroger sur la nature contentieuse du contrôle de constitutionnalité des lois. A cet égard, il existe toutefois une interférence avec la qualification de juridiction, en ce que le critère de la nature contentieuse de la question peut s'avérer décisif¹⁵⁶⁵. Si la nature contentieuse de la fonction constitue vraisemblablement une clé de compréhension concluante, le fait que cette nature puisse induire l'exercice d'une fonction juridictionnelle¹⁵⁶⁶ ne présente, dans le cadre de la présente démonstration, pas d'intérêt explicatif majeur¹⁵⁶⁷.

Une fonction contentieuse absente. Qu'il s'agisse du contrôle *a priori* ou *a posteriori* des lois, le Conseil constitutionnel exerce quasiment exclusivement une mission de contrôle. Son intervention, bien qu'elle puisse être provoquée par une instance existante dans l'hypothèse d'une question prioritaire de constitutionnalité, ne suppose pas tant une véritable contestation qu'une demande de consultation¹⁵⁶⁸. D'ailleurs, la réponse apportée quant à la constitutionnalité de la disposition soumise à son contrôle ne tranchera pas le litige opposant les parties devant les juridictions judiciaire ou administrative.

Ainsi, et bien que le régime incident de la question prioritaire de constitutionnalité impose de nuancer l'affirmation, la « *notion de litige n'est pas à la base de la saisine du*

comme le critère distinctif de l'acte juridictionnel : CHEVALLIER (J.), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 275, spéc. p. 286.

¹⁵⁶⁴ Laquelle peut apparaître à bien des égards comme une « *controverse stérile* » : ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., n° 74. L'expression est employée à la forme interrogative, l'auteur estimant que la qualité juridictionnelle du Conseil est néanmoins « *affirmée* » (p. 80). Cf. toutefois sur cette question débattue FAVOREU (L.), « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 5, spéc. p. 118.

¹⁵⁶⁵ Pour une qualité de juridiction conditionnée par l'existence d'un litige : cf. HAURIOU (M.), « Les éléments du contentieux », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 1 ; cf. également OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, p. 1, spéc. p. 45. Pour des positions inverses, cf. BONNARD (R.), *Précis de droit public*, Paris, 1940, p. 70 ; CHAPUS (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265 ; ou encore JAN (P.), *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 81.

¹⁵⁶⁶ Cf. notamment à propos de la notion de « *juridiction gracieuse* » NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, op. cit., pp. 5 et s : « *l'idée de solution du litige, il y aurait donc une notion unique de juridiction, qui consisterait en la tutelle d'intérêts légitimes, exercée par un agent impartial, étranger à cet intérêt* ».

¹⁵⁶⁷ Cf. néanmoins sur cette question : CHEVALLIER (J.), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », art. préc., p. 275. L'auteur y distingue la fonction contentieuse, qui serait une fonction sociale, et la fonction juridictionnelle qui serait une fonction juridique et souligne (spéc. p. 284) la double tendance à l'institutionnalisation et à la juridictionnalisation de la fonction contentieuse.

¹⁵⁶⁸ Cf. LABETOULLE (D.), « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Montchrestien, p. 249.

Conseil »¹⁵⁶⁹. Incontestablement, lorsqu'il statue en contrôle *a priori*, le Conseil « *n'est pas juge d'un recours [mais] (...) il est juge de l'excès de pouvoir législatif* »¹⁵⁷⁰. A cet égard, il « *n'est pas saisi d'une contestation contentieuse car son intervention éventuelle est une phase du processus du processus législatif* »¹⁵⁷¹. En toute hypothèse, sa mission consiste « *moins à trancher un conflit entre des argumentaires ou des prétentions juridiques qu'à assurer le respect d'un ordre juridique hiérarchisé* »¹⁵⁷².

Si le Conseil constitutionnel ne peut toutefois se saisir d'office à titre initial, l'acte de saisine ne semble pas devoir être considéré comme une contestation à proprement parler, c'est-à-dire une contestation conférant une dimension contentieuse à son intervention¹⁵⁷³. L'acte de saisine, dans le cadre du contrôle *a priori*, s'apparente davantage à une demande de consultation qu'à une véritable contestation, ainsi que l'illustre parfaitement l'hypothèse dans laquelle le Président de la République lui-même choisit de saisir le Conseil afin de s'assurer de la constitutionnalité d'une loi et par suite de son irréprochabilité constitutionnelle¹⁵⁷⁴. La saisine du Conseil constitutionnel par un tiers ne l'investit pas de la mission de trancher un litige, mais seulement de répondre à une question de constitutionnalité, ainsi qu'en témoigne également son intervention dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*. Sa seule fonction consiste à contrôler la constitutionnalité d'une loi, sans pouvoir en tirer aucune conséquence concrète quant à la résolution du litige potentiellement à la source d'une telle question.

Un contrôle abstrait. Le caractère abstrait du contrôle effectué *a priori* ou *a posteriori* n'est que la conséquence de l'absence de dimension contentieuse. Cela renforce nécessairement la dimension objective de la fonction du Conseil constitutionnel dès lors que le « *recours non contentieux pose une question d'ordre général au juge et déclenche une procédure de contrôle qui échappe totalement au requérant* »¹⁵⁷⁵. Le contrôle de

¹⁵⁶⁹ FAVOREU (L.), « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 5, spéc. p. 48.

¹⁵⁷⁰ VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », art. préc., §8.

¹⁵⁷¹ *Ibid.* §47.

¹⁵⁷² CAMBY (J.P.), « La saisine du conseil constitutionnel ou l'impossible retrait », *RDP*, 1997, p. 11.

¹⁵⁷³ Cf. toutefois pour des positions divergentes : T. Renoux pour qui le contrôle de constitutionnalité des lois est une procédure contentieuse, « *un procès fait à un acte, la loi* » (RENOUX (T.), « Techniques juridictionnelles et procédurales », *AJJC*, 1985, p. 135, spéc. p. 138) ; également G. Lebreton qui considère que le contrôle de lois ordinaires s'effectue dans « *un cadre contentieux, puisque sa mise en œuvre suppose une contestation* » (LEBRETON (G.), « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, p. 419, spéc. p. 424).

¹⁵⁷⁴ Cf. pour le seul exemple d'une telle saisine : CC, 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*, *JORF* du 26 juillet 2015, p. 12751.

¹⁵⁷⁵ JAN (P.), *La saisine du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 172.

constitutionnalité des lois ne s'exerce jamais de manière concrète, mais seulement en droit, de manière abstraite. Raison pour laquelle le caractère contradictoire de la procédure est longtemps apparu comme incertain puisque « *si l'établissement de données de fait peut exiger une contradiction articulée et prolongée dans plusieurs échanges, une discussion juridique se décante plus rapidement* »¹⁵⁷⁶. Une telle contradiction prendra « *réellement forme à compter de la seconde moitié des années 1980 qui voit l'arrivée comme Président de Robert Badinter, fervent défenseur et promoteur de la juridiction constitutionnelle française* »¹⁵⁷⁷.

Dorénavant, dans le cadre de l'article 61-1, « *le Conseil constitutionnel doit respecter les règles du débat contradictoire* »¹⁵⁷⁸, conformément au statut de « juridiction » que cette procédure lui confère, ne serait-ce qu'au regard de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Toutefois, la soumission de la procédure à la contradiction résulte davantage de la préoccupation d'une plus grande transparence des débats que du caractère concret du contrôle effectué ou de la dimension éventuellement contentieuse du contrôle opéré.

En définitive, il semble bien que ce soit cette absence de dimension contentieuse, ou son caractère extrêmement résiduel, qui explique la neutralisation du principe dispositif devant le Conseil constitutionnel. La comparaison du contentieux constitutionnel des lois et du contrôle de légalité des actes administratifs trouve ici sa limite. Il n'est jamais question d'un litige entre parties dans le premier, alors que le second en connaît nécessairement du fait du conditionnement de son exercice à l'existence d'un tel contentieux. Aussi, « *la recherche de l'illégalité, si elle domine le contentieux de l'excès de pouvoir, ne peut pas être considérée comme primant sur l'existence du litige ni comme étant la seule mission du juge* »¹⁵⁷⁹. Et l'inverse ne saurait davantage être admis.

¹⁵⁷⁶ VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », art. préc., §14.

¹⁵⁷⁷ JAN (P.), *La saisine du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 515.

¹⁵⁷⁸ ROUSSEAU (D.) et BONNET (J.), *L'essentiel de la QPC*, Lextenso, 2012, p. 87.

¹⁵⁷⁹ BEZZINA (A.C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 367.

B. La prévalence induite de la fonction contentieuse devant le juge de la légalité

Le principe dispositif manifeste la primauté accordée à l'autonomie de la volonté des parties lorsque le juge est essentiellement chargé – par elles – de trancher un litige, c'est-à-dire lorsqu'il exerce principalement une fonction contentieuse. En revanche, lorsque l'exercice de la fonction juridictionnelle suppose également l'exercice d'une fonction de contrôle, la volonté des parties, bien qu'à l'origine de l'instance, ne devrait plus imposer au juge de renoncer à exercer une certaine maîtrise sur la détermination de la matière litigieuse.

Si le contentieux de la légalité suppose, comme son nom l'indique, l'exercice d'une fonction contentieuse par le juge justifiant l'application, dans une certaine mesure, du principe dispositif, la contestation dont il est amené à connaître reste largement objectivée par la nature de ce contentieux et la fonction de contrôle qu'elle implique **(1)**. La bivalence du contentieux de la légalité impose donc un rééquilibrage des principes directeurs de l'instance, et notamment du principe dispositif, proportionnellement à la dimension respective des deux fonctions mises en œuvre **(2)**.

1) Une contestation objectivée

L'application stricte – sous les réserves évoquées – du principe dispositif en procédure civile est liée à la primauté accordée dans ce contentieux à la résolution du litige, laquelle constitue la finalité essentielle, pour ne pas dire unique, de l'intervention du juge. L'une « *des idées profondes du principe dispositif est qu'en matière privée, l'apaisement du litige passe avant l'application de la loi. L'intérêt général se satisfait de cet apaisement, même s'il arrive qu'il soit acquis sans que le droit objectif ait été effectivement appliqué* »¹⁵⁸⁰. La substance du procès, le fond du droit, rejoint alors la procédure suivie, en ce que le principe de légalité constitue « *la structure même du droit public, comme le principe de l'autonomie de la volonté est celle du droit privé* »¹⁵⁸¹.

Le contrôle opéré par le juge de la légalité est un contrôle à caractère objectif, lequel « *se définit habituellement comme un contrôle exercé essentiellement sinon exclusivement*

¹⁵⁸⁰ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, op. cit., n° 177.

¹⁵⁸¹ MOOR (P.), « Introduction à la théorie de la légalité », in *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 11, spéc. p. 12.

dans l'intérêt général »¹⁵⁸². Il semble inutile d'insister davantage sur ce point¹⁵⁸³, mais plus simplement de rappeler le lien qui existe entre la finalité de l'office du juge et la maîtrise des parties quant à la détermination des questions qui lui sont soumises. L. Duguit considère ainsi, à propos d'une action en responsabilité, que bien que fondée sur une violation du droit – susceptible de lui conférer une certaine objectivité – elle « *n'en a pas moins pour but principal de sauvegarder un intérêt privé. Il n'y a donc rien d'étonnant que le pouvoir du juge soit limité quant au maximum par la demande de l'intéressé* »¹⁵⁸⁴.

Il n'y a par ailleurs pas d'antinomie entre contentieux objectif et contestation, au sens de « litige entre parties ». Le contentieux de la légalité suppose, pour être mis en œuvre, une contestation et la persistance de positions contradictoires. En ce sens, l'élément « *de contestation se manifeste, pour l'administration, par un acte administratif ou, à défaut, par une prise de position contraire aux prétentions du requérant devant le tribunal* »¹⁵⁸⁵. En d'autres termes, la fonction contentieuse induite par l'existence d'une contestation ne fait pas obstacle à l'exercice d'une fonction elle-même objective : telle est la singularité du contentieux de l'excès de pouvoir. Le fait que tout contentieux suppose une contestation insufflé nécessairement à l'intervention du juge la mission de mettre fin à un litige, quelle que soit par ailleurs la nature du contentieux en question¹⁵⁸⁶. Toutefois, l'existence de cette fonction ne signifie pas nécessairement qu'elle soit exclusive ou par principe prioritaire¹⁵⁸⁷.

2) Une modération induite du principe dispositif

Un contentieux bivalent. Appliquer strictement le principe dispositif en excès de pouvoir revient à méconnaître la nature intrinsèque et duale de ce contentieux. Il suppose la volonté subjective de soumettre un litige au juge, tout en attendant de sa part la confrontation de deux normes objectives. Indéniablement, ainsi que le souligne D. Bailleul, « *le requérant confère lui-même à l'action un caractère subjectif par le but qu'il recherche, dont on peut*

¹⁵⁸² FAVOREU (L.), « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », art. préc., p. 52 ; et l'auteur de songer « *aussitôt au recours pour excès de pouvoir* ».

¹⁵⁸³ Déjà largement abordé : cf. Partie I – Titre II.

¹⁵⁸⁴ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., de Boccard, 1928, t. 2, p. 366.

¹⁵⁸⁵ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, n°287 ; les auteurs estiment dans cette optique que contestation et contentieux objectif ne sont pas « *antagonistes* ».

¹⁵⁸⁶ Voir sur ce point DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 286 et s.

¹⁵⁸⁷ Voir pour l'opinion inverse CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, p. 91 : « *C'est que, force m'est de le redire, notre seule mission est de mettre un terme au litige* ».

*difficilement faire abstraction car c'est uniquement de l'intention de parvenir à ce but que naît le recours, et cela bien que le contentieux engendré soit indéniablement objectif, la contestation portant toujours sur un acte dont il s'agit de savoir s'il est en conformité avec les normes juridiques supérieures. La position à adopter quant à la nature du recours pour excès de pouvoir ne peut dès lors qu'être médiane »*¹⁵⁸⁸.

Manifestement, le recours pour excès de pouvoir est un recours « *au service des intérêts privés autant qu'au service de la légalité objective* »¹⁵⁸⁹. Ainsi, « *comme il arrive souvent, la réalité a glissé entre les cornes du dilemme et le contentieux de l'excès de pouvoir n'apparaît pas comme entièrement objectif aujourd'hui ni entièrement subjectif non plus* »¹⁵⁹⁰. Cette bivalence met au demeurant à mal le principe même de la distinction des contentieux fondée sur la nature de la question en ce que « *les contentieux hybrides montrent combien il devient difficile – et parfois discutable – de vouloir distinguer et séparer systématiquement l'objectif et le subjectif* »¹⁵⁹¹. Toutefois, il faut souligner que la bivalence du contentieux de la légalité n'est pas véritablement commandée par la nature de la question posée au juge mais par les fonctions qu'elle lui impose de remplir : trancher une contestation et garantir le principe de légalité. A cette fin, il convient de ne jamais occulter que c'est à l'aune des exigences de l'Etat de droit « *qu'il faut considérer la fonction de contrôle du juge administratif, puisque c'est lui qui garantit l'effectivité de la soumission de l'administration au droit et la protection des individus contre l'arbitraire* »¹⁵⁹².

Un équilibre subtil. L'existence de deux finalités distinctes du contentieux de la légalité, dont aucune ne doit être considérée comme prioritaire par rapport à l'autre, appelle la

¹⁵⁸⁸ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., p. 90.

¹⁵⁸⁹ BRISSON (J.F.), *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, 2004, p. 11.

¹⁵⁹⁰ LADREIT de LACHARRIERE (R.), *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, Paris, recueil Sirey, 1937, p. 99.

¹⁵⁹¹ GREWE (C.), « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, 1989, n° 9, p. 131, spéc. p. 142.

Pour les limites inhérentes à une telle distinction : MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001, pp. 182 et s. pour qui « *toutes les situations juridiques sont subjectives si l'on se place du point de vue de leur contenu matériel et à tout le moins largement objectives si l'on se réfère à leur contenu juridique* » ; v. également KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, qui considère (p. 215) que le « *principe du partage des litiges en objectifs et subjectifs est discutable, (...) sa frontière est pratiquement impossible à tracer à l'avance et à justifier rationnellement* ».

¹⁵⁹² LOCHAK (D.), *La justice administrative*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1998, pp. 110-111.

recherche d'un équilibre subtil entre leurs impératifs respectifs et une économie de l'instance à l'image de cette complexité. Il convient alors de tirer les conséquences d'une certaine « *autonomisation du principe de légalité mis en œuvre pour lui-même, plutôt que pour des intérêts individuels* »¹⁵⁹³, sans pour autant aller jusqu'à considérer que l'intervention du juge de l'excès de pouvoir aurait « *pour but premier d'assurer le respect ou le rétablissement de la légalité* »¹⁵⁹⁴ ou que son rôle ne serait « *pas de trancher des litiges mais de juger l'Administration* »¹⁵⁹⁵.

Assurément le juge de la légalité est unique en son genre. La transposition stricte de principes généraux de procédure ne saurait dès lors répondre aux impératifs inhérents à la complexité de son office. « *L'idée d'une spécificité de la fonction juridictionnelle pour fonder logiquement le concept d'Etat de droit* »¹⁵⁹⁶ suppose, paradoxalement peut-être, que le juge « *ne gomme pas la dimension du "litige"* »¹⁵⁹⁷. Il convient pour ce faire de prendre toute la mesure de cette « *excellente* »¹⁵⁹⁸ expression selon laquelle le recours pour excès de pouvoir est un « *procès fait à un acte* »¹⁵⁹⁹, symbole parfait des deux versants d'un même recours et de la dualité de l'office du juge de la légalité.

Conclusion Section I. En définitive, la soumission du procès de la légalité à la rigueur du principe dispositif témoigne de la prévalence de la fonction contentieuse du juge sur sa fonction de contrôle. La dimension subjective inhérente à tout contentieux suppose certes que soit réservée une place privilégiée à l'autonomie de la volonté des parties, mais ne justifie pas que les exigences du principe de légalité cèdent systématiquement devant une telle expression. En ce sens, si le principe dispositif reflète une certaine économie de l'instance, il ne saurait être appliqué au contentieux de la légalité que de manière adaptée et équilibrée, et ce d'autant plus que l'obstacle potentiel qu'il constitue à un renforcement de l'office du juge apparaît comme le reflet de postures plus idéologiques que proprement juridiques.

¹⁵⁹³ REDOR (M.J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica-PUAM, 1992, p. 266.

¹⁵⁹⁴ COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 21.

¹⁵⁹⁵ LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, p. 11.

¹⁵⁹⁶ REDOR (M.J.), *loc. cit.*

¹⁵⁹⁷ RIALS (S.), « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, p. 3, spéc. p. 18.

¹⁵⁹⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 244.

¹⁵⁹⁹ LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Berger-Levrault, 1896, t. 2, p. 561.

SECTION II

LA CONTINGENCE DU PRINCIPE DISPOSITIF

Le principe dispositif garantit le primat de la volonté des parties et implique donc symétriquement une certaine passivité du juge face aux choix qu'elles opèrent dans la détermination de la matière litigieuse notamment. Toutefois, alors que son application n'est jamais rigoriste et que sa prévalence se révèle inadaptée à l'économie du contentieux de la légalité, la place centrale qui lui est accordée dans l'organisation du procès relève davantage d'un parti pris paradigmatique que d'un obstacle proprement juridique¹⁶⁰⁰ conditionnant l'intégrité de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Le principe d'intangibilité du litige à l'égard du juge ne fait en effet pas obstacle à ce que le juge s'empare d'office, d'ores et déjà, de certains moyens ou de certaines conclusions (§1). Il s'avère ainsi constituer un obstacle d'ordre idéologique qui ne saurait être considéré comme dirimant, sous réserve du respect de certaines limites inhérentes à toute société démocratique (§2).

§1 : Le dépassement avéré du principe dispositif

La reconnaissance, parmi les moyens d'annulation, d'illégalités dont le juge peut s'emparer d'office (B), peut-être davantage encore que les aménagements parfois admis de la règle *non ultra petita* (A), témoignent de ce que la prévalence de l'autonomie de la volonté, manifestée par le principe dispositif, doit pouvoir céder face aux impératifs de la légalité, sans toutefois que ces aménagements puissent être rationnellement systématisés.

A. Une méconnaissance dissimulée de la règle *non ultra petita*

S'il faut bien admettre que les dérogations franches à la règle *non ultra petita* restent rares (1), témoignant de la rigueur formelle de la prohibition, il n'en reste pas moins que la technique officieuse de l'interprétation des écritures en démontre la portée pour le moins relative (2).

¹⁶⁰⁰ Sous la nuance selon laquelle le « *droit est le principal agent de réalisation* » de la politique (DABIN (J.), *L'Etat ou le politique*, Dalloz, 1957, p. 283). Si tout principe juridique reflète nécessairement un choix d'ordre politique, il n'en reste pas moins que certains principes marquent plus volontiers une orientation idéologique.

1) Des dérogations affichées peu significatives

Contentieux électoral. Lorsque l'on évoque les dérogations existantes à l'intangibilité de l'objet de la demande à l'égard du juge, l'on songe en règle générale assez spontanément aux annulations dites « *par voie de conséquence* » typiques du contentieux électoral. Dans ce contentieux objectif de pleine juridiction, le juge peut en effet proclamer d'office un candidat élu¹⁶⁰¹, annuler d'office les opérations du second tour des élections par voie de conséquence de l'annulation de celles du premier¹⁶⁰², ou encore inversement annuler les opérations du premier tour du fait de l'annulation des élections du second¹⁶⁰³. Le juge se saisit donc d'office de conclusions en ce qu'il élargit la portée de son dispositif au-delà de ce qui lui est formellement demandé.

Toutefois, et bien que la méconnaissance de la règle *non ultra petita* paraisse indéniable, les particularités du contentieux des opérations électorales supposent de nuancer quelque peu le propos. D'une part, en effet, le juge « *ne se saisit du contrôle de l'ensemble des opérations que lorsque le grief met en cause la régularité arithmétique des opérations* »¹⁶⁰⁴. Ainsi que le souligne J.M. Auby, « *tout moyen soumis au juge et concernant la régularité, dans ses conséquences arithmétiques, du recensement des suffrages effectué par le Bureau, permet au juge une révision générale de l'élection et l'autorise à procéder à des annulations ou des modifications des résultats, même si aucune demande ne lui a été présentée en ce sens* »¹⁶⁰⁵. Il s'agit donc de tirer toutes les conséquences logiques qu'impose le constat de l'irrégularité de l'opération électorale, l'expression « *par voie de conséquence* » signifiant alors que la portée de l'annulation prononcée s'impose en quelque sorte mécaniquement.

¹⁶⁰¹ CE, 26 juillet 1905, *Elections municipales d'Oran*, p. 678.

¹⁶⁰² CE, 27 octobre 1971, *Elections municipales d'Hiers-Brouage*, n° 82974, p. 638 : « *Considérant que, saisi d'un déféré du préfet de la Charente-Maritime, le tribunal administratif de Poitiers a, par le jugement attaqué, déclaré élu à l'issue du premier tour, en sus des dix candidats proclamés élus par le bureau de vote, le Sieur Garreaud ; qu'à la suite de la proclamation de l'intéressé, le nombre des élus tant au premier tour qu'au second tour s'est trouvé porté à 14 et était ainsi supérieur à l'effectif légal du conseil municipal ; que, dans ces conditions, le tribunal administratif devait, bien qu'il n'ait pas été saisi de conclusions en ce sens, annuler d'office, comme il l'a fait, l'ensemble des opérations du second tour* » ; ou encore CE, 30 décembre 1996, *Elections municipales de Bages*, p. 523.

¹⁶⁰³ CE, 29 décembre 1993, *Elections cantonales de Bourgébus*, p. 383.

¹⁶⁰⁴ CREMERY (R.), *Des pouvoirs du juge dans le contentieux administratif des élections*, Domat-Montchrestien, 1936, p. 186.

¹⁶⁰⁵ AUBY (J.M.), « L'"*ultra petita*" dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p. 267, spéc. 281.

Il n'en reste pas moins que le juge statue au-delà des conclusions dont il était saisi. Et la même logique pourrait d'ailleurs présider à ce que, en contentieux général, la reconnaissance d'un moyen fondé au soutien de conclusions en annulation partielle d'un acte emporte pareillement, « *par voie de conséquence* », l'annulation des dispositions non visées par les écritures.

D'autre part, la spécificité du contentieux électoral, au-delà de son objet même et des pouvoirs importants dont dispose le juge, s'apprécie au regard de la nature du contrôle opéré sur les opérations électorales. Il s'avère que le « *contentieux électoral n'est pas un contrôle de la légalité de l'élection mais de sa sincérité* »¹⁶⁰⁶. Il ne saurait dès lors être assimilé, sans réserve, à un contentieux classique de la légalité tel qu'appréhendé dans le cadre de la présente étude¹⁶⁰⁷. Sans chercher à généraliser purement et simplement de telles solutions particulières, celles-ci témoignent néanmoins du pragmatisme dont sait faire preuve le juge administratif lorsque certains impératifs l'exigent.

Contentieux des établissements dangereux, incommodes ou insalubres. Le contentieux des établissements dangereux, incommodes ou insalubres est aujourd'hui assimilé à celui des installations classées pour la protection de l'environnement, régi par le code de l'environnement reprenant la loi du 19 juillet 1976¹⁶⁰⁸, après l'avoir été par le décret du 15 octobre 1810¹⁶⁰⁹ puis par la loi du 19 décembre 1917¹⁶¹⁰. Sous le régime de cette dernière loi, le Conseil d'Etat avait admis que « *dans le cas où il confirme l'injonction et la mise en demeure contenues dans l'arrêté préfectoral, le Conseil de préfecture ordonne également toutes les mesures de nature à faire cesser un danger grave d'insalubrité ou d'incommodité ; que le Conseil de préfecture de Caen ayant en l'espèce confirmé les mesures arrêtées par le préfet, les premiers juges, en prescrivant l'interdiction susmentionnée, bien que ni le préfet ni aucun tiers intéressé au litige n'aient sollicité une telle mesure, n'ont fait qu'user des*

¹⁶⁰⁶ ARDANT (P.), « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Montchrestien, p. 60, spéc. p. 78.

¹⁶⁰⁷ Cf. *infra* Partie II – Titre II.

¹⁶⁰⁸ Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, *JORF*, 20 juillet 1976, p. 4320, abrogée par l'article 5 de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, *JORF* du 21 septembre 2000.

¹⁶⁰⁹ Décret impérial du 15 octobre 1810 relatif aux Manufactures et Ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode.

¹⁶¹⁰ Loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes abrogée au 1^{er} janvier 1977.

pouvoirs que leur conféraient à cet égard les dispositions législatives susrelatées »¹⁶¹¹. Cette solution, si elle consacre vraisemblablement le pouvoir pour le juge de prononcer d'office des mesures que n'avaient pas sollicitées les parties, reste néanmoins isolée et sa pérennité se révèle incertaine¹⁶¹².

Contentieux des bâtiments menaçant ruine. Contrairement à ce qui est parfois envisagé, le juge – unique¹⁶¹³ – des établissements menaçant ruine ne peut pas statuer *ultra petita* ; il ne peut donc prononcer que les mesures qui lui ont été demandées. Ainsi, « *ce n'est que s'il est saisi de conclusions adéquates par le propriétaire qu'il pourra ordonner la démolition de l'immeuble à la place des travaux de réparation prescrits* »¹⁶¹⁴. Un jugement ordonnant une démolition alors que celle-ci n'était pas demandée sera donc censuré¹⁶¹⁵, de même que la prescription de travaux de réparations sur des parties de l'immeuble non visées par l'arrêté contesté¹⁶¹⁶. Et si le tribunal peut substituer des travaux de remise en état à la démolition prescrite¹⁶¹⁷, cela illustre simplement le fait que le tribunal est « *en ce domaine, investi à titre exceptionnel, du pouvoir de modifier la décision contestée, en substituant aux travaux prescrits par l'autorité municipale ceux qu'il estime correspondre plus exactement à l'état de l'immeuble et aux dangers qui en résultent* ». Le juge des établissements menaçant ruine ne peut donc statuer au-delà des conclusions dont il est saisi. Cette mention permet de souligner la divergence vraisemblable qui existe sur ce point avec le contentieux « *pourtant très voisin* »¹⁶¹⁸ des installations classées pour la protection de l'environnement.

Pouvoirs propres du juge. Doivent également être mentionnés au titre des pouvoirs que le juge exerce d'office ceux qui sont considérés comme relevant justement d'un tel office. Le juge est ainsi tenu de statuer sur les dépens indépendamment de toute conclusion en ce

¹⁶¹¹ CE, 19 juin 1959, *Lemore*, p. 387.

¹⁶¹² Si la doctrine s'accorde pour considérer que le juge peut statuer *ultra petita* dans le contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement, aucune jurisprudence topique ne peut cependant être citée en ce sens.

¹⁶¹³ Article R. 222-13 du code de justice administrative.

¹⁶¹⁴ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 340. V. en ce sens CE, Ass., 22 juin 1951, *Chevallier-Tedeschi*, p. 363 ; CE, 20 juin 1969, *Société anonyme J. Forestier et Cie*, p. 325.

¹⁶¹⁵ CE, Sect., 22 février 1957, *Roulois*, p. 118 ; CE, 8 mars 1957, *Dame Chazal*, p. 151.

¹⁶¹⁶ CE, Sect., 11 mai 1962, *Labandibar*, p. 314.

¹⁶¹⁷ CE, 8 mars 1961, *Dlle Villatte*, p. 159.

¹⁶¹⁸ AUBY (J.M.), « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », art. préc., p. 280.

sens¹⁶¹⁹, à l'exception des dépens constitués par la contribution pour l'aide juridique¹⁶²⁰. Etrangement, il ne statue pourtant pas d'office sur les frais exposés et non compris dans les dépens prévus à l'article L. 761-1 du code de justice administrative¹⁶²¹. Bien qu'il ne s'agisse que de réponses à des conclusions dites accessoires, ce ne sont pas tant les pouvoirs d'office qui peuvent être dévolus au juge à cette fin qui suscitent une interrogation, mais davantage la différenciation qui existe entre ces conclusions, dont l'objet paraît similaire. Celle-ci s'explique probablement moins sur le plan des principes, que sur celui de la pratique, les dépens étant le plus souvent constitués des frais d'expertise ordonnés par le juge et dont il aura lui-même fixé le montant des honoraires dans une ordonnance de taxation, alors qu'il déterminerait de manière potentiellement plus virtuelle le coût de l'assistance par un avocat, prenant ainsi le risque d'une surestimation. Il faut enfin signaler les prérogatives inhérentes à l'office du juge, au titre d'une sorte de pouvoir de régulation de l'instance, que constituent l'infliction d'une amende pour recours abusif¹⁶²² ainsi que la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires des écritures des parties¹⁶²³.

Une portée limitée. L'ensemble des hypothèses exposées¹⁶²⁴ révèlent, il faut bien le reconnaître, des « *assouplissements de principe beaucoup plus que de véritables exceptions* »¹⁶²⁵. La règle *non ultra petita* apparaît dès lors au premier abord comme un principe général de procédure d'application pratiquement absolu. Ce type d'autosaisine incidente, dans des configurations tout à fait particulières, est en effet à la fois « *trop exceptionnel, et trop peu significatif* »¹⁶²⁶. Toutefois, cet attachement apparent à la rigueur de la prohibition cède lorsqu'il s'agit de mettre en lumière les cas dans lesquels le juge de la légalité se saisit d'office de conclusions, sous couvert d'interprétation.

¹⁶¹⁹ CE, 23 juin 1928, *Dame veuve Cacard*, p. 797.

¹⁶²⁰ Article R. 411-2 du code de justice administrative ; et sans que, à l'instar de D. Chabanol, « *l'on saisisse parfaitement la logique d'une telle dérogation* » (CHABANOL (D.), *Code de justice administrative*, Le Moniteur, comm. sous l'article R. 761-1).

¹⁶²¹ CE, 19 juillet 1991, *Commune de Famars et Bouton*, n° 121741.

¹⁶²² Article R. 741-12 du code de justice administrative.

¹⁶²³ Article L. 741-2 du code de la justice administrative.

¹⁶²⁴ En définitive, la seule véritable exception à la règle *non ultra petita* relève d'un contentieux qui a été exclu du champ de la présente recherche du fait de ses particularités. L'on ne saurait dès lors se saisir des pouvoirs exceptionnels dont dispose le juge du référé précontractuel pour des raisons d'opportunité intellectuelle, sous peine de fragiliser les fondements mêmes de la démonstration.

¹⁶²⁵ AUBY (J.M.), « L'"*ultra petita*" dans la procédure contentieuse administrative », art. préc., p. 281.

¹⁶²⁶ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », art. préc., p. 16.

2) Un contournement confidentiel caractéristique

Par principe, le juge ne s'autorise pas ouvertement à soulever d'office des conclusions. Toutefois, par la technique de l'interprétation de la demande¹⁶²⁷, il est parfois clairement amené à se prononcer sur le bien-fondé de demandes qui n'avaient pas été expressément formulées par les parties. Dans ces hypothèses, le juge s'émancipe manifestement du principe d'intangibilité de l'objet que le requérant a conféré à ses prétentions.

Il suffit pour s'en convaincre de prendre quelques exemples de ces « assouplissements »¹⁶²⁸ de l'interdiction faite au juge de statuer *ultra petita*. Le juge peut choisir de regarder le recours dirigé contre une décision atténuant une sanction comme dirigé également contre la décision édictant cette sanction¹⁶²⁹ ; celui dirigé contre une décision d'éloignement contre la décision fixant le pays de destination¹⁶³⁰ ; celui dirigé contre le rejet du recours gracieux contre la décision initiale ; ou encore celui dirigé contre une décision contre celle qui l'a finalement remplacée¹⁶³¹. Ainsi, « dans bien des cas, le juge se trouve, de ce fait, conduit à statuer "ultra petita" »¹⁶³². Cette pratique n'est pas anecdotique, et le juge procède régulièrement, peut-être plus volontiers en première instance et en l'absence de ministère d'avocat, à la requalification de la demande afin de lui conférer son « véritable » objet.

Cette interprétation des écritures ou redirection des conclusions s'effectue toujours sous couvert du respect de la volonté « réelle » du requérant, que sa maladresse ne lui permet sans doute pas d'exprimer clairement et dont il appartiendrait au juge de s'emparer. Il n'est pas question de condamner une telle pratique, mais au contraire d'en encourager la systématisation afin d'attirer ces prérogatives au domaine du prévisible et de les soumettre comme il se doit au principe du contradictoire. Soulever d'office des conclusions dans les hypothèses actuelles de requalification, en les soumettant utilement à la discussion des parties, pourrait justement permettre de s'assurer qu'il s'agit bien de respecter la volonté du requérant.

¹⁶²⁷ Cf. *supra*. Partie I – Titre I – Chapitre I.

¹⁶²⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 1059.

¹⁶²⁹ CE, 8 décembre 1950, *Delcambre*, p. 608.

¹⁶³⁰ CE, Sect., 17 décembre 1990, *Ouedjedi*, p. 362.

¹⁶³¹ CE, 19 avril 1950, *Delangle*, p. 217.

¹⁶³² AUBY (J.M.), « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », art. préc., p. 278.

Pour l'heure, il s'agit de mettre en évidence que si le respect de la règle *non ultra petita* est en apparence scrupuleux, le juge de la légalité s'empare néanmoins volontiers des écritures des parties sous couvert de leur conférer leur portée réelle. Or, tout recours pour excès de pouvoir tend nécessairement à l'annulation d'une décision supposée illégale. Une telle logique devrait donc en cohérence permettre au juge de s'emparer d'office, et explicitement, de tout élément permettant de faire prévaloir cette finalité sur un excès de formalisme. Ces hypothèses d'interprétation de la demande, faisant des manquements à l'intangibilité de l'objet la demande un « *vice clandestin* »¹⁶³³, justifient à tout le moins une consécration formelle, à défaut d'une généralisation à des cas moins évidents. Le caractère confidentiel de cette pratique témoigne de ce que le juge n'est pas par principe réfractaire à un tel positionnement, mais soit qu'il doute – à tort – de sa légitimité pour ce faire, soit qu'il choisisse de ménager la liberté que préservent nécessairement les démarches présentées comme des faveurs.

B. La différenciation injustifiée des moyens d'ordre public

Si le régime des moyens d'ordre public relativise nécessairement la portée du principe dispositif puisqu'il permet au juge de se saisir d'office d'éléments du litige ignorés des parties, son étude met également en lumière son caractère indéchiffrable et par suite contestable. Les moyens d'ordre public, dont la nature reste insaisissable (1), sont fondés sur une distinction entre les règles de droit qui ne saurait être objectivement justifiée et confine dès lors à l'arbitraire (2).

1) Une nature insaisissable

Le critère inopérant de l'ordre public. Il n'est pas tout à fait exact d'affirmer qu'il n'existe pas de définition du moyen d'ordre public puisqu'il peut en effet être identifié d'après le régime qui lui est applicable. Cette notion apparaît « *d'avantage comme une notion fonctionnelle que conceptuelle. En effet, il se révèle plus facile de déterminer son régime juridique que d'en donner une nette définition* »¹⁶³⁴. Dans cette optique, le moyen d'ordre

¹⁶³³ BERTRAND (F.G.), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, Paris, 1974, p. 392.

¹⁶³⁴ BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962, p. 205.

public se définit au travers de sa caractéristique principale, à savoir la possibilité pour le juge de s'en saisir d'office et pour les parties de le soulever à tout moment¹⁶³⁵.

Du fait de l'inopérance d'une telle qualification, il n'est pas envisageable de considérer que le moyen est d'ordre public parce qu'il a pour objet le respect d'une règle relevant elle-même de l'ordre public. Considérer que le moyen est d'ordre public parce qu'il aurait pour objet de « *faire respecter certaines règles de technique juridique que la tradition conduit à considérer comme particulièrement importantes* »¹⁶³⁶ aurait pour conséquence « *d'étendre le nombre des moyens d'ordre public à pratiquement toutes les irrégularités, puisque l'ordre public est toujours présent* »¹⁶³⁷. L'ordre public, « *protéiforme, contingent, évolutif, indéterminé, voire indéterminable* »¹⁶³⁸, ne saurait constituer un élément distinctif entre les normes dès lors que l'invocation « *de la sauvegarde d'intérêts supérieurs constitutifs de l'ordre public ou de l'importance d'une question qualifiée d'ordre public aboutit en fait à une impasse conceptuelle* »¹⁶³⁹.

La justification du caractère d'ordre public d'un moyen ne saurait être de « *préserver cette norme supérieure qu'est l'ordre public* »¹⁶⁴⁰ puisqu'à supposer même que « *tout moyen d'ordre public intéresse une matière d'ordre public, par contre tout moyen tiré d'une matière d'ordre public n'est pas nécessairement un moyen d'ordre public* »¹⁶⁴¹. D'ailleurs, « *le moyen d'ordre public tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi peut concerner n'importe quelle règle, d'ordre public ou non* »¹⁶⁴². La définition de l'ordre public est tout aussi inaccessible que celle du moyen d'ordre public et repose sur le même postulat, erroné en contentieux de la légalité, selon lequel la méconnaissance de certaines normes serait moins acceptable que d'autres.

¹⁶³⁵ Cf. *supra* Partie I – Titre I – Chapitre I.

¹⁶³⁶ KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, p. 358.

¹⁶³⁷ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 3.

¹⁶³⁸ PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999, p. 781, spéc. p. 789.

¹⁶³⁹ *Ibid.* p. 797.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.* p. 805.

¹⁶⁴¹ BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁶⁴² VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF 2001, p. 146.

Un régime d'ordre public. De tels constats appellent à se défaire du lien qui est indûment établi entre le moyen qualifié d'ordre public et l'ordre public *substantiel*¹⁶⁴³, afin de ne pas y rechercher artificiellement la légitimation d'une telle discrimination. Le moyen est dit d'ordre public non parce que la méconnaissance qu'il sanctionne touche à une question d'ordre public. Il est d'ordre public en ce qu'il bénéficie d'un régime dérogatoire au droit commun. L'ordre public auquel il est fait référence doit ainsi être distingué de l'ordre public substantiel et rapproché de l'ordre public *procédural* qui constitue « *un principe d'action pour le juge* »¹⁶⁴⁴ et « *fonde une dérogation aux règles générales de la procédure* »¹⁶⁴⁵. En ce sens, l'ordre public attaché au moyen doit davantage être appréhendé comme une « *norme de nécessité* »¹⁶⁴⁶ ou « *un mécanisme d'éviction* »¹⁶⁴⁷, permettant de faire prévaloir un principe sur un autre, à savoir le principe de légalité sur le principe dispositif en l'occurrence.

Le moyen d'ordre public constitue un « *facteur de limitation de l'autonomie de la volonté (...) une source d'exception au droit commun* »¹⁶⁴⁸ et intervient « *comme contrepoids au principe individualiste, selon lequel le procès appartiendrait aux parties* »¹⁶⁴⁹. En d'autres termes, la notion d'ordre public est une « *notion limitative de la liberté individuelle qu'elle restreint au nom d'impératifs sociaux* »¹⁶⁵⁰ et la « *situation d'ordre public et la règle d'ordre public l'emportent sur toute volonté contraire* »¹⁶⁵¹. Le fait que l'appréhension du concept de moyen d'ordre public ne soit réalisable que du point de vue de son régime en révèle finalement la substance : le moyen est qualifié d'ordre public non parce qu'il a pour objet le respect d'une norme supérieure mais parce qu'il a pour fonction le dépassement de la volonté exprimée des parties.

Un critère indémontrable. Si le moyen est d'ordre public par le régime dérogatoire qui le caractérise, il n'en reste pas moins que l'attribution d'une telle qualité reste « *toujours*

¹⁶⁴³ Cf. EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, Rouen, 1994.

¹⁶⁴⁴ BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, *op. cit.*, p. 201.

¹⁶⁴⁵ VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁶⁴⁶ PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », art. préc., p. 786.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*

¹⁶⁴⁸ BERNARD (P.), *op. cit.*, p. 224.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.* p. 194.

¹⁶⁵⁰ JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229, spéc. p. 230.

¹⁶⁵¹ BERNARD (P.), *loc. cit.*

révélateur de la valeur attribuée à telle ou telle norme »¹⁶⁵². Si toute illégalité est d'ordre public, ou si aucune ne l'est véritablement, comment justifier une telle échelle des illégalités ? Plus exactement, les moyens d'ordre public ne créent pas une gradation entre les normes, dont certaines seraient d'ordre public ou non ; ils supposent une gradation des illégalités c'est-à-dire des différentes manières dont peut être méconnue la légalité, à savoir des divers cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Le moyen d'ordre public, à la différence du moyen ordinaire, aurait alors pour objet « *la sanction des péchés mortels* »¹⁶⁵³, c'est-à-dire des violations les plus graves.

Pourtant, « *la gravité de cette illégalité ne repose sur aucun critère précis* »¹⁶⁵⁴ ; comment expliquer qu'une erreur de droit ou qu'un détournement de pouvoir soient moins « importants » qu'une incompétence, laquelle peut simplement résulter du défaut de publication d'un arrêté au recueil des actes administratifs ? Comment justifier qu'un vice de procédure, qui a privé l'intéressé d'une garantie ou influé sur le sens de la décision¹⁶⁵⁵, soit moins inadmissible que la méconnaissance du champ d'application de la loi ?

A n'en pas douter, dans « *un Etat de droit, l'ordre public protège donc le principe de légalité lato sensu qui (...) impose à l'administration d'édicter des actes unilatéraux respectant les règles supérieures qu'ils doivent mettre en œuvre* »¹⁶⁵⁶. Le principe de légalité est donc en lui-même et par lui-même d'ordre public : dans « *un Etat de droit politiquement libéral [c'est] la garantie juridictionnelle des droits et libertés [qui] est d'ordre public* »¹⁶⁵⁷. Le juge a dès lors « *l'obligation d'appliquer la loi, quel que soit son caractère. A partir du moment où l'on considère que la loi doit recevoir application, la notion d'ordre public n'apporte rien de plus* »¹⁶⁵⁸, et toute distinction entre illégalités devient illisible.

¹⁶⁵² PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », art. préc., p. 808.

¹⁶⁵³ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 4.

¹⁶⁵⁴ AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 241.

¹⁶⁵⁵ CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, p. 649 ; *RFDA*, 2012, p. 284, concl. G. Dumortier ; *AJDA*, 2012, p. 195, chron. X. Domino A. Bretonneau ; *DA*, n° 3, mars 2012, comm. 22, note F. Melleray ; *JCP G*, n° 18, avr. 2012, 558, note D. Connil ; *JCP G*, n° 24, juin 2012, doct. 723, chron. G. Eveillard ; *JCP A*, n° 13, avr. 2012, 2089, comm. C. Broyelle ; *RFDA*, 2012, p. 434, comm. R. Hostiou ; *RFDA*, 2012, p. 296, note P. Cassia ; *AJDA*, 2012, p. 1609, comm. B. Seiller ; *AJDA*, 2012, p. 1484, comm. C. Mialot ; *D.*, 2013, p. 324, O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot ; *GAJA*, 20^{ème} éd., n° 114.

¹⁶⁵⁶ VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, op. cit., p. 446.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.* p. 273.

¹⁶⁵⁸ DORSNER-DOLIVET (A.) et BONNEAU (T.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, chron. p. 59, spéc. p. 65.

2) Une distinction discrétionnaire

Des choix obscurs. Il ne paraît pas possible d'exposer rationnellement la logique qui préside à la reconnaissance d'un moyen d'ordre public ou au refus de cette consécration. D'une certaine manière, et avec « *l'irrespect que provoque l'incompréhension [l'on] se demandera si l'ordre public ne varie pas avec la longueur des pieds des magistrats* »¹⁶⁵⁹. Pour le moins est-il permis de souligner tout « *la discrétionnalité des moyens d'ordre public* »¹⁶⁶⁰ dont l'absence de définition apparaît comme un « *gage de liberté du juge administratif* »¹⁶⁶¹, qui en retient, paradoxalement, « *une conception très restrictive* »¹⁶⁶². Il ne s'empare donc pas pleinement de cette prérogative mais reste au contraire réservé quant à son emploi, sans que l'on n'arrive à percevoir les raisons d'un tel positionnement.

Le propos mérite sans doute quelques illustrations. Conformément à l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958¹⁶⁶³, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative ne peut être soulevé d'office. Si l'on peut raisonnablement s'étonner de cette solution, elle ne saurait toutefois être attribuée à la volonté du Conseil d'Etat qui ne fait alors qu'appliquer une disposition encadrant strictement le régime du contrôle de constitutionnalité des lois. Tel n'est cependant pas le cas s'agissant du moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi, dont le juge ne peut davantage s'emparer d'office selon une jurisprudence discutable – et discutée¹⁶⁶⁴.

La question posée n'était pas alors celle de la consécration d'un nouveau moyen d'ordre public à proprement parler, mais de l'assimilation de ce moyen d'inconventionnalité à

¹⁶⁵⁹ MALAURIE (P.), note sous Soc., 18 mars 1955, *Delort c. Rongier, D.*, 1956, p. 517, spéc. p. 522.

¹⁶⁶⁰ PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », art. préc., p. 804.

¹⁶⁶¹ AKOUN (E.), *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, Grenoble, 2013, p. 33.

¹⁶⁶² BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif, op. cit.*, p. 206.

¹⁶⁶³ Article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF*, 9 novembre 1958, p. 10129, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 : « *Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office (...)* » (nous soulignons).

¹⁶⁶⁴ CE, Sect., 11 janv. 1991, *SA Morgane*, n° 90995, p. 9 ; *RFDA*, 1991, p. 652, concl. M.D. Hagelsteen ; *AJDA*, 1991, p. 111, chron. E. Honorat, R. Schwartz.

V. également LABETOULLE (D.), « Le moyen d'ordre public relatif au champ d'application de la loi : justice pour la jurisprudence Morgane », in *Mélanges Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 917.

une méconnaissance du champ d'application de la loi¹⁶⁶⁵. La Haute juridiction a implicitement opté, contrairement aux propositions de son commissaire du gouvernement¹⁶⁶⁶ mais conformément à sa position traditionnelle, pour la conception restrictive d'un tel moyen selon laquelle l'inapplicabilité d'un texte n'est pas constituée par son illégalité. En d'autres termes, appliquer une disposition législative in conventionnelle ne revient pas à méconnaître le champ d'application de la loi. Les raisons qui président à une telle position restent obscures¹⁶⁶⁷, et « *en dehors de considérations d'opportunité, nous ne voyons pas ce qui, en bonne logique, fait obstacle à un contrôle d'office de la légalité du texte dès lors que le juge admet d'en vérifier certains aspects, notamment de légalité externe* »¹⁶⁶⁸.

Par ailleurs, la Haute juridiction reconnaît la qualité de moyen d'ordre public à celui tiré de l'inapplicabilité d'une disposition jugée inconstitutionnelle dans le cadre d'une précédente question prioritaire de constitutionnalité¹⁶⁶⁹. Il ne s'agit pas véritablement, en réalité, d'un moyen d'ordre public susceptible d'être soulevé d'office afin de fonder l'annulation d'un acte mais davantage de l'obligation bien naturelle qui incombe au juge d'appliquer le droit, tel qu'il résulte du principe de la hiérarchie des normes¹⁶⁷⁰. Bien qu'il soit soumis au régime des moyens d'ordre public, et donc à la contradiction notamment, ce moyen relève davantage de « *l'office du juge* ».

Autrement dit, le juge ne relèvera ce moyen que si le requérant invoque la méconnaissance de la disposition constitutionnelle antérieurement en vigueur ; mais il ne soulèvera vraisemblablement pas d'office la méconnaissance de la disposition nouvelle. En ce

¹⁶⁶⁵ Cf. HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), « Le moyen tiré de l'incompatibilité d'un décret avec les objectifs d'une directive communautaire n'est pas un moyen d'ordre public », *AJDA*, 1991, p. 111, les auteurs se demandant si « *l'illégalité d'un texte [est] un moyen d'ordre public qui se rattache au champ d'application de la loi ?* ».

¹⁶⁶⁶ Laquelle proposait de considérer que l'on « *se trouve en présence d'un moyen tiré du champ d'application de la loi dès lors qu'est en cause l'application d'un texte légalement inapplicable, quelque soit le motif de cette inapplicabilité* » (HAGELSTEEN (M.D.), concl. sur CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, p. 9, *RFDA*, 1991, p. 652).

¹⁶⁶⁷ Raisons d'ordre pratique selon J.L. Pissaloux, pour qui il ne « *paraît ni justifiable ni acceptable, que pour des difficultés pratiques certes indubitables d'exercice de sa mission, le juge ait ainsi renoncé et continue de renoncer a priori à censurer d'office une violation du droit communautaire* » (art. préc., p. 819).

¹⁶⁶⁸ HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), *loc. cit.*

¹⁶⁶⁹ CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, n° 316734, *AJDA*, 2011, p. 988 ; *AJDA*, 2011, p. 1136, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

¹⁶⁷⁰ E. Geffray justifie quant à lui ce caractère d'ordre public par le caractère absolu qui s'attache à toute déclaration d'inconstitutionnalité du fait du caractère abstrait du contrôle opéré (GEFFRAY (E.), « Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2001, p. 792). Ce moyen se rapprocherait alors de celui tiré de l'autorité absolue de chose jugée, lequel peut également être soulevé d'office.

sens, un tel moyen d'ordre public relève plutôt, sous réserve d'une configuration atypique du litige, des moyens de défense que des moyens du requérant. L'on peut également considérer qu'un tel « moyen », de nature à déterminer le droit applicable et non pas à en invoquer la méconnaissance, consiste simplement en l'exercice de son office par le juge, de la même manière que lorsqu'il applique d'office la version en vigueur d'un texte à la date de la décision attaquée¹⁶⁷¹, sans se placer pour ce faire ni du côté du requérant ni de celui de l'administration.

Constitue en revanche un véritable moyen d'ordre public le vice de procédure tiré de la méconnaissance de la consultation obligatoire du Conseil d'Etat¹⁶⁷², la Haute juridiction ne rattachant plus dorénavant une telle solution à un quelconque vice d'incompétence¹⁶⁷³. Convient-il là encore de s'interroger sur la justification d'une telle position. L'on peut évoquer l'idée selon laquelle le Conseil d'Etat a nécessairement connaissance de cette illégalité, sans qu'il soit besoin de la lui soumettre. L'interrogation porte alors sur les raisons qui justifient qu'il n'en soit pas de même à chaque fois qu'une illégalité est portée à la connaissance du juge sans pour autant être formellement invoquée.

De plus, si les moyens d'ordre public susceptibles de conduire à l'annulation de la décision contestée restent rares, le juge de la légalité peut en revanche se saisir d'office de l'ensemble des moyens dits « de défense » conduisant au rejet de la requête. Il ne s'agit pour autant pas de moyens d'ordre public à proprement parler, et ils ne relèvent donc pas de l'application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative. Ils relèvent de « l'office du juge », ou encore des « questions relevées d'office ». Il appartient ainsi au juge administratif « *de se prononcer sur le bien-fondé des moyens dont il est saisi et, le cas échéant, d'écarter de lui-même, quelle que soit l'argumentation du défendeur, un moyen qui lui paraît infondé, au vu de l'argumentation qu'il incombe au requérant de présenter au soutien de ses prétentions ; (...) qu'en statuant ainsi, le juge ne relève pas d'office un moyen*

¹⁶⁷¹ Ainsi en est-il également des réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel et appliquées d'office par le juge du fait de l'autorité absolue de chose jugée qui s'y attache : CE, Ass., 11 mars 1994, *SA « La Cinq »*, n° 115052, p. 117 ; *RFDA*, 1994, p. 429, concl. P. Frydman ; *AJDA*, 1994, p. 370, chron. C. Maugüe, L. Touvet ; CE, 26 mars 2012, *Dana*, n° 340466 (en matière de question prioritaire de constitutionnalité).

¹⁶⁷² Laquelle entache systématiquement d'illégalité la décision contrôlée, et ce bien qu'il s'agisse formellement d'un vice de procédure : CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, n° 358109.

¹⁶⁷³ *Contra* CE, Sect., 25 janvier 1957, *Sieur Keinde Serigne*, p. 63.

qu'il serait tenu de communiquer aux parties en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative (...) »¹⁶⁷⁴.

Cette solution n'a rien d'étonnant. Il est difficilement envisageable que le juge annule une décision sur un moyen en réalité infondé sous prétexte que la défense n'aurait pas fait valoir de manière pertinente les éléments permettant de l'écartier. La solution inverse amènerait à faire droit à toutes les requêtes contre lesquelles aucun mémoire en défense n'aura été enregistré. A l'évidence, ne pas faire droit à un moyen infondé relève de l'office du juge, indépendamment de la position de la partie défenderesse. Cette démarche se distingue alors de celle consistant à véritablement relever d'office un moyen, qui suppose quant à elle la soumission de cette initiative à la contradiction. La limite entre les deux est toutefois pour le moins ténue, les solutions jurisprudentielles illustrant la difficulté à distinguer ce qui relève de l'office du juge, de ce qui n'en relève, en adoptant des positions parfois médianes¹⁶⁷⁵, ayant tant les vertus du pragmatisme que ses travers en termes de lisibilité, si ce n'est à l'aune d'un « *parfum inavoué de principe général de procédure d'organisation par le juge de la loyauté des débats* »¹⁶⁷⁶.

L'inopérance d'un moyen permettant de rejeter une prétention n'est à ce titre pas un moyen d'ordre public alors qu'une telle inopérance dans le contexte du contrôle de la régularité d'une décision juridictionnelle doit être relevée d'office¹⁶⁷⁷. Ainsi, s'il « *relève de l'office du juge d'opposer le caractère inopérant d'un moyen pour rejeter des conclusions, il ne peut en aller de même lorsqu'il s'agit de censurer une décision. Dans ce cas de figure, on*

¹⁶⁷⁴ CE, 2 juin 2010, *Fondation de France*, n° 318014, p. 179. Pour des solutions identiques en matière de responsabilité : CE, 26 mars 2003, *Santinacci*, n° 244533, p. 151 (absence de lien de causalité directe) et CE, 30 novembre 2005, *Guitard*, n° 269546, T. p. 1059 (défaut de préjudice).

¹⁶⁷⁵ CE, Sect., 19 avril 2013, *CCI Angoulême*, n° 340093, p. 105 : « *Considérant (...) que si, en faisant application des règles issues d'une décision du Conseil d'Etat, statuant au contentieux postérieure à cette dernière date [de clôture d'instruction], la cour s'est bornée à exercer son office en situant le litige sur le terrain juridiquement approprié et n'a pas soulevé un moyen d'ordre public qu'elle aurait dû communiquer aux parties en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, elle ne pouvait, eu égard aux exigences de la procédure contradictoire, régler l'affaire sur un terrain dont les parties n'avaient pas débattu sans avoir mis celles-ci à même de présenter leurs observations sur ce point* ». Le Conseil refuse d'assimiler l'application d'une règle jurisprudentielle nouvelle à un moyen d'ordre public mais impose néanmoins de mettre à même les parties de s'exprimer.

¹⁶⁷⁶ DOMINO (X.), BRETONNEAU (A.), « De la loyauté dans le procès administratif », *AJDA*, 2013, p. 1276.

¹⁶⁷⁷ CE, 3 août 2011, *Mme Craye*, n° 326754 : « *Considérant que, lorsque le tribunal administratif a fait droit à une demande en se fondant sur un moyen inopérant, notamment en faisant application d'une règle de droit inapplicable, et que, pour contester le jugement de ce tribunal, l'appelant n'a pas invoqué le caractère inopérant du moyen retenu par les premiers juges, il appartient au juge d'appel de relever d'office cette inopérance pour censurer le motif retenu par le tribunal ; qu'il ne peut toutefois le faire qu'après en avoir préalablement informé les parties en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative* ».

peut admettre qu'il lui appartient de soulever d'office, après en avoir informé les parties, le caractère inopérant du moyen qui fonde la solution du tribunal au motif qu'en appliquant un moyen inapplicable, le juge a méconnu le champ d'application de la loi »¹⁶⁷⁸. Cette solution reste cohérente au regard du principe sous-jacent selon lequel les moyens de défense, ou de rejet, relèvent de l'office du juge, alors qu'un moyen impliquant l'exercice de son pouvoir d'annulation doit relever des moyens d'ordre public. Une seule exception semble pouvoir être opposée à cette logique : la substitution de base légale, soumise à la contradiction lorsqu'elle est relevée d'office¹⁶⁷⁹. Mais la légitimité de cette solution ne fait pas de doute, le requérant devant nécessairement être en mesure de discuter le nouveau motif qui lui est opposé. Quoiqu'il en soit, le pouvoir d'annulation demeure d'un usage toujours plus prudent, toujours plus encadré que celui du rejet, le juge de la légalité paraissant naturellement plus réticent à s'emparer pleinement du second que du premier.

Une généralisation évoquée. L'absence de fondement objectif à la limitation des moyens d'ordre public appelle de manière assez répandue en définitive l'idée selon laquelle la généralisation de tels moyens, ou l'abolition de cette distinction, devrait être envisagée. Un certain nombre d'auteurs partagent cette position, ou tout du moins cette interrogation. Pour L. Richer, « on peut se demander si la logique juridictionnelle, exprimée par l'adage *da mihi factum, dabo tibi jus*, ne supposerait pas que tout moyen de droit soit qualifié de moyen d'ordre public »¹⁶⁸⁰. C. Debouy s'interroge quant à lui de la manière suivante : « le Conseil d'Etat pourrait, s'il le voulait, soulever d'office tout moyen de droit pertinent. Qu'attend-il ? »¹⁶⁸¹. De même, F. Colly, sous réserve du respect de l'objet de la demande, « ne voit dès lors guère ce qui s'opposerait à ce que le juge administratif puisse de lui-même, d'office, soulever tout moyen utile, même fondé sur une cause nouvelle »¹⁶⁸². Selon M. Joliot également, « le juge devrait pouvoir accueillir à tout moment tout moyen susceptible de provoquer la sanction de l'acte irrégulier et dans le cas où le requérant n'en aurait pas

¹⁶⁷⁸ ESCAUT (N.), concl. sur CE, 3 août 2011, *Mme Craye*, n° 326754.

¹⁶⁷⁹ CE, Sect., 3 décembre 2003, *M. El Bahi*, n° 240267, p. 479, avec les concl. de J.H. Stahl ; *AJDA*, 2004, p. 202, chron. F. Donnat, D. Casas ; *D.*, 2005, p. 26 obs. P.L. Frier ; *RDP*, 2004, p. 354, note C. Guettier ; *RRJ*, 2005, p. 115, note C. Charles ; *Procédures*, n° 4, avr. 2004, comm. 85, obs. S. Deygas ; *DA*, n° 5, mai 2004, étude F. Donnat, D. Casas.

¹⁶⁸⁰ RICHER (L.), « Des droits du juge à ceux du justiciable », *AJDA*, 1986, p. 278, spéc. p. 283.

¹⁶⁸¹ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 496.

¹⁶⁸² COLLY (F.), « Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *RFDA*, 1987, p. 786, spéc. p. 801.

aperçu tous les vices, soulever d'office les moyens utiles à son annulation »¹⁶⁸³, ou encore F. Eudier qui s'interroge sur « *la valeur d'un règle impérative qui n'est appliquée que du fait de la volonté des individus dont elle est censée régir la conduite ?* » avant d'en conclure qu'il est « *donc fondamental que la violation des règles qui sont encore aujourd'hui impératives soient sanctionnées efficacement, au besoin d'office* »¹⁶⁸⁴. Et il convient de conclure ce rapide tour d'horizon par la réflexion de R. Chapus selon laquelle « *il faut bien prendre conscience qu'il n'est guère normal que ce juge ne puisse relever d'office à toutes fins les moyens qui ne sont pas d'ordre public* »¹⁶⁸⁵.

Il faut ainsi bien admettre qu'un « *courant existe en faveur de la multiplication des moyens d'ordre public* »¹⁶⁸⁶, la doctrine spécialisée sur la question appelant plus volontiers à un accroissement des pouvoirs du juge¹⁶⁸⁷ qu'à l'inverse, tant il paraît délicat de justifier, par de solides fondements théoriques ou juridiques, la réserve à laquelle s'astreint encore aujourd'hui le juge de la légalité. La généralisation des moyens d'ordre public n'est pas « *purement utopique* »¹⁶⁸⁸ ; simplement le moyen d'ordre public « *bouleverse la conception de l'instance* chose des parties. *Il semble attirer le juge hors de son rôle d'arbitre ; il devient le moyen du juge, sans cesser d'être celui des parties – mais en modifiant la fonction de l'un et des autres, et jusqu'à la conception même de moyen* »¹⁶⁸⁹.

Substantiellement, l'ordre public est en quelque sorte « *le reflet de la société et de ses exigences que le juge fera prévaloir sur la liberté des parties* »¹⁶⁹⁰. Symétriquement, les moyens d'ordre public, qui constituent assurément « *l'instrument essentiel du juge dans*

¹⁶⁸³ JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris, 1976, p. 168.

¹⁶⁸⁴ EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁸⁵ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 358.

¹⁶⁸⁶ LANDON (P.), note sous CE, 11 juin 1971, *Assistance publique à Paris*, *AJDA*, 1972, p. 482 ; à propos du caractère d'ordre public du moyen tiré de la rétroactivité d'un acte réglementaire.

¹⁶⁸⁷ V. également VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, *op. cit.*, pp. 170 et 183 ; DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 350 ; ou encore JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, *op. cit.*, p. 171, qui considère que la règle *non ultra petita* tourne au « déni de justice » lorsque le juge se trouve dans l'impossibilité de prononcer une annulation partielle du fait de l'indivisibilité d'un acte.

¹⁶⁸⁸ JOLIOT (M.), *op. cit.*, p. 168.

¹⁶⁸⁹ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, pp. 9-10.

¹⁶⁹⁰ JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », art. préc., p. 230.

l'accomplissement de sa tâche de sauvegarde de l'ordonnement juridique »¹⁶⁹¹, apparaissent « *en fin de compte tout à fait révélateurs des tensions opposées qui s'exercent sur le juge et caractérisent sa fonction dans un Etat de droit* »¹⁶⁹². Autrement dit, le juge ne soulève pas d'office tous les moyens parce cela ne correspond pas à la conception politique, philosophique ou encore idéologique qu'il se fait de son office. Il ne s'empare pas d'office de certaines conclusions parce qu'il s'impose une passivité qu'il estime intrinsèque à l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Le principe dispositif n'est qu'un vocable qui reflète une certaine conception de l'office du juge, faisant abstraitement prévaloir l'autonomie de la volonté des parties sur la finalité de sa mission. Les obstacles au renforcement de « l'office d'office » du juge de la légalité sont donc moins constitués par les limites objectives intrinsèques à toute fonction de juger que par la conception subjective – au sens de « propre au sujet » – de son rôle au sein de la société.

§2 : Une conception évolutive du rôle du juge de la légalité

Les rapports relativement stricts qu'entretient le juge de la légalité avec le principe dispositif sont susceptibles d'évolution en ce qu'ils ne sont que le reflet d'une autolimitation d'ordre paradigmatique qui ne saurait dès lors être considérée comme un obstacle infranchissable au renforcement de son office **(A)**. Cette évolution ne saurait néanmoins se réaliser au détriment absolu de la volonté des parties, dont le respect reste inhérent à l'exercice de toute fonction juridictionnelle dans sa dimension contentieuse **(B)**.

A. Une autolimitation paradigmatique

La seule véritable justification à la déférence que le juge de la légalité exprime à l'égard de l'expression de la volonté des parties résulte de la conception idéologique de son rôle au sein de la société **(1)**. L'autolimitation de ses pouvoirs qui en résulte est donc nécessairement évolutive en ce qu'elle n'exprime qu'un positionnement contingent, fruit d'une conception des rapports sociaux qui ne saurait par définition rester figée **(2)**.

¹⁶⁹¹ BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., p. 209.

¹⁶⁹² PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », art. préc., p. 828.

1) Une conception politique de l'office du juge de la légalité

La conception du rôle qui incombe au juge de la légalité au sein de la société est éminemment subjective en ce qu'elle repose sur des postulats idéologiques reflétant l'organisation des rapports sociaux. Il ne s'agit en aucun cas d'exprimer un quelconque jugement de valeur relatif aux différentes conceptions de l'office du juge en présence, mais de souligner que sa réserve actuelle à l'égard de l'expression de la volonté des parties n'est que le reflet d'un modèle de justice libéral, dont les gradations potentielles offrent de réelles perspectives d'évolution.

Tenter de convaincre que la fonction de contrôle exercée par le juge de la légalité justifie une plus grande maîtrise de sa part des éléments objectifs de la demande, dans une perspective téléologique de son office, revient en définitive à proposer de bouleverser les fondements conceptuels de son office. Or, s'il est envisageable de démontrer que les obstacles objectifs à une telle proposition peuvent être dépassés¹⁶⁹³, il faut admettre que les obstacles subjectifs liés à la conception politique d'une situation ne peuvent tout au plus qu'être révélés.

Les régimes autoritaires. Aussi, « *est-ce toujours la conception que l'on adopte des rapports de l'individu et de l'Etat qui commande la manière dont seront organisés (...) les rapports du juge et des parties* »¹⁶⁹⁴. Les règles qui gouvernent l'office du juge « *se rattachent à toute une conception politique des rapports du juge et des parties, qui n'est qu'un aspect d'une conception beaucoup plus générale des rapports des particuliers et de la puissance publique* »¹⁶⁹⁵. L'interventionnisme du juge, et sa maîtrise des éléments constitutifs de l'instance, sont intimement liés à la conception plus ou moins libérale de son office. Autrement dit, le principe dispositif, tant dans son existence que sa gradation, reflète la place conférée à l'autonomie de la volonté des individus, et symétriquement, à celle attribuée à l'initiative du juge.

Pour preuve sans doute, l'annihilation du principe dispositif ne se retrouve vraisemblablement, sous une forme aussi nette, qu'en procédure civile soviétique. Cette conception autoritaire des rapports sociaux est illustrée par l'alinéa 6 de l'article 32 du code

¹⁶⁹³ Cf. Partie II – Titre I.

¹⁶⁹⁴ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, LGDJ, 1965, p. 23.

¹⁶⁹⁵ *Ibid.* p. 465.

fédéral des principes de procédure civile qui dispose que : « *En rendant sa sentence le tribunal, eu égard aux circonstances élucidées, peut sortir des limites que le demandeur avaient mises à ses prétentions, si la sauvegarde des droits de l'Etat ou des organisations sociales, et celle des droits ou des intérêts légalement garantis l'exige* ». Pareillement, l'alinéa 2 de l'article 14 dudit code exprime toute la part active qui incombe au juge dans la résolution du litige, puisqu'il revient au tribunal « *d'expliquer aux parties et aux personnes qui prennent part à la cause leurs droits et leurs obligations et leur prêter assistance dans la défense de leurs droits et de leurs intérêts garantis par la loi* ». Ainsi, dès lors que le demandeur soumet un litige à la justice, il perd la maîtrise de son procès, la chaîne judiciaire ayant en charge davantage que l'arbitrage des intérêts en présence.

Dans le même sens, les « *codes hongrois (1911), soviétique (1922), yougoslave (1930), polonais (1932), allemand (1933) et vatican (1946) ont autorisé les tribunaux à prescrire la preuve de faits non expressément allégués par les parties et dont les juges avaient eu connaissance par le dossier ou par les plaidoiries orales ou écrites de leurs conseils* »¹⁶⁹⁶. Les « juges » s'immiscent alors librement, et activement, dans la détermination du litige qui leur est soumis, réduisant à peau de chagrin la place laissée à l'expression de la volonté des parties, qui ne constitue aucunement une limite à leur office ni à leurs investigations, conformément à l'autoritarisme du régime. L'on « *tendait sous le régime nazi, et l'on y est arrivé sous le régime soviétique, à une organisation du procès dans laquelle le rôle des parties disparaît presque complètement. (...) [L]e juge n'exerce plus une fonction juridictionnelle, mais une fonction administrative qui ne distingue guère de la fonction de police* »¹⁶⁹⁷. La radicalité de ces positions n'a d'autre intérêt que d'illustrer la corrélation qui existe entre le régime politique en place et le positionnement du juge à l'égard de la volonté des parties et de la détermination de la matière litigieuse.

Les régimes libéraux. Par opposition, une conception libérale de l'Etat, réduit au rôle d'Etat gendarme, implique que le juge, « *organe d'une fonction étatique, reste neutre et passif dans l'instance, laissant les individus la diriger avec la même liberté qui préside à toutes leurs activités ; (...) il ne peut ainsi exercer qu'une mission négative en permettant de repousser une demande qui lui serait contraire* »¹⁶⁹⁸. En effet, un « *souci très vif du respect*

¹⁶⁹⁶ *Ibid.* n° 323.

¹⁶⁹⁷ BRULLIARD (G.), « Le code de procédure civile de la Cité du Vatican », *BSLC*, 1948, p. 237, spéc. p. 246.

¹⁶⁹⁸ MALAURIE (P.), note sous *Soc*, 18 mars 1955, *Delort c. Rongier, D.*, 1956, p. 517, spéc. p. 520.

*des libertés individuelles et de l'autonomie juridique des parties conduit (...) à laisser à celles-ci la maîtrise quasi absolue du procès, aussi bien sous son aspect matériel (détermination du contenu et des limites du litige) que sous son aspect purement procédural (direction de l'instance) »*¹⁶⁹⁹.

Dans une telle conception libérale des rapports sociaux – et donc du procès en ce qu'il confronte la liberté individuelle à l'interventionnisme régalien – l'autonomie de la volonté doit primer puisque ce « *qui sauve la liberté est que chaque personne poursuit comme elle l'entend son intérêt : le moteur de la société est la recherche de l'intérêt privé* »¹⁷⁰⁰. Résulte de cette conception le primat de la « *préoccupation libérale d'assurer le seul apaisement du litige* »¹⁷⁰¹, et le principe dispositif ne constitue plus dès lors que la « *traduction juridique des conceptions politiques libérales* »¹⁷⁰². La place accordée à la volonté individuelle dans le procès, manifestée par le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge, fait écho à la place accordée à cette même volonté dans les rapports qu'entretient l'Etat avec les particuliers. A. de Tocqueville exprime alors cette idéologie libérale à l'égard de la fonction juridictionnelle dans les termes suivants : le « *premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples est de servir d'arbitre (...). Le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de se prononcer sur des cas particuliers et non sur des principes généraux (...). Le troisième caractère est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie* »¹⁷⁰³. De toutes les conceptions envisageables du rôle du juge, le libéralisme politique fait prévaloir celle du juge-arbitre, tiers extérieur et impartial ne devant exercer aucune maîtrise sur la question qui lui est soumise.

Les offices du juge. A l'évidence, l'équation ne se réduit pas à l'opposition de la passivité du juge des sociétés libérales à son omnipotence dans le cadre de régimes totalitaires. Cette présentation schématique permet simplement de mettre en lumière le lien évident qui existe entre le rôle du juge dans l'instance et l'idéologie politique qui préside à l'exercice de sa fonction. Et cette relation ne peut qu'être d'autant plus étroite s'agissant du

¹⁶⁹⁹ NORMAND (J.), *op. cit.*, p. 28.

¹⁷⁰⁰ MALAURIE (P.), art. préc., p. 518.

¹⁷⁰¹ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation, op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁰² *Ibid.*

¹⁷⁰³ TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 2004, t. 1, p. 168 ; cité par DARCY (G.), « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Mélanges Jacqueline Morand-Deviller, Montchestien*, 2008, p. 287, spéc. p. 290.

juge de la légalité qui, bien qu'organe étatique, ne constitue pas moins une des garanties du principe de légalité et par suite une certaine forme d'autolimitation de l'Etat¹⁷⁰⁴.

Les trois modèles de justice élaborés par F. Ost¹⁷⁰⁵ illustrent les rapports étroits qui existent entre le modèle sociétal et le rôle du juge en son sein. Le juge-pacificateur s'inscrit dans une société traditionnelle, correspondant à un jeu ritualisé exempt de toute idée de performance ou de progrès. Le juge-arbitre, chargé uniquement d'assurer le respect des règles du jeu, s'inscrit quant à lui dans une société libérale, dans laquelle le progrès n'existe que sur le plan individuel. Enfin, le juge-entraîneur répond aux exigences d'une société post-industrielle dans laquelle les performances recherchées sont nécessairement collectives. Dans ce dernier modèle, le juge ne peut plus se contenter d'arbitrer passivement le jeu, mais doit prendre une part active à la « victoire collective ».

Dans le même ordre d'idée, J. Normand propose trois conceptions possibles de l'office du juge à l'égard de l'objet de la demande. La conception française tout d'abord, « *la plus libérale* », *la plus individualiste aussi, héritée du Droit romain, poussée à son paroxysme sous l'influence des philosophies du XVIIIème siècle* »¹⁷⁰⁶ qui constitue la racine du principe dispositif, selon laquelle les particuliers sont maîtres de leurs droits et demeurent libres d'en disposer à leur guise. L'auteur considère que cette conception est globalement partagée, à quelques exceptions près, par la totalité des civilisations juridiques occidentales. Une deuxième conception est proposée selon laquelle les droits reconnus aux particuliers ne leur appartiennent pas et ne le sont qu'afin de leur permettre de remplir la mission sociale qui leur est confiée. Dans ce cas, le juge « *n'est plus ici un moyen nécessaire mis à la disposition des particuliers qui n'ont pu trancher autrement le conflit qui les oppose sur leurs intérêts privés, il est l'un des rouages d'un Etat tout puissant, et s'il diffère de l'administrateur, dont la fonction consiste également à appliquer la loi, c'est parce qu'un certain formalisme garantit encore que les parties seront entendues en leurs prétentions avant que la décision ne leur soit imposée* »¹⁷⁰⁷. L'auteur expose enfin une troisième conception de l'office du juge, intermédiaire, qui est celle de l'Etat de droit dans laquelle « *les plaideurs viennent au juge*

¹⁷⁰⁴ Cf. JELLINEK (G.), *L'Etat moderne et son droit*, Editions Panthéon-Assa, tomes 1 et 2, 2005.

¹⁷⁰⁵ OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, p. 1.

¹⁷⁰⁶ NORMAND (J.), *op. cit.*, n° 104.

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*

avec la certitude que leur confère l'ignorance du droit »¹⁷⁰⁸, et qui implique alors un « juge-providence » chargé « *de descendre dans l'arène et de conseiller les parties sur leurs droits* »¹⁷⁰⁹.

Le rôle du juge dans la délimitation de l'instance apparaît donc comme la manifestation de la conception plus générale de son rôle au sein d'une société libérale impliquant le primat de l'autonomie de la volonté. En ce sens, la « *justice administrative n'est pas un problème de technique juridique, c'est un des éléments essentiels de notre conception de l'Etat* »¹⁷¹⁰. Le principe dispositif, bien loin de constituer un obstacle proprement juridique inhérent à l'exercice de la fonction juridictionnelle, apparaît alors comme le reflet de l'autolimitation du juge conformément à la conception subjective qu'il se fait de son propre rôle au sein de la société, laquelle ne saurait dès lors être considérée comme immuable.

2) Une évolution autorisée

Une autolimitation subjective. Dans la mesure où il manifeste, en droit processuel, la primauté accordée dans une société libérale à la volonté des parties, le principe dispositif apparaît comme un obstacle surmontable, sous réserve de l'existence d'une volonté d'attribuer à la fonction de contrôle exercée par le juge de la légalité les attributs nécessaires à son efficacité. La conception que le juge se fait de son propre office apparaît comme la justification profonde à l'impossibilité à laquelle il se soumet de se saisir d'office de certaines questions. Et, incontestablement, cette conception est variable selon les sensibilités de chacun, ce qui explique que les positions doctrinales sur la question soient tout aussi fluctuantes, en l'absence de fondement tangible objectivement identifiable. Alors que pour certains, il est légitime de se demander si « *ce n'est pas d'un formalisme excessif que procède la conception que le juge administratif se fait de son office* »¹⁷¹¹, pour d'autres au contraire « *la préoccupation fondamentale de chaque juge doit rester avant tout de ne pas sortir impunément du cadre qui lui a été fixé, en voulant en faire "plus" ... ou "trop"* »¹⁷¹².

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ BENOIT (F.P.), « Les fondements de la justice administrative », in *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 283, spéc. p. 295.

¹⁷¹¹ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », art. préc., p. 341.

¹⁷¹² ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 117, spéc. p. 129.

A n'en pas douter, tout « *dépendra donc (...) de l'esprit d'initiative du juge, de la manière dont il conçoit son rôle* »¹⁷¹³. Il constitue, en fin de compte, sa propre limite, le jalon de sa propre mission. Tout n'est qu'une question de positionnement, de son propre positionnement quant aux limites de son office, car il paraît difficile de concevoir que de telles limites lui soient imposées de l'extérieur. Si « *l'on part de l'idée que le juge est plus l'exécutant d'un ordre public de protection, que l'arbitre d'une compétition particulière, il n'y a plus de raison de s'opposer à ce que ce magistrat, saisi des éléments de fait d'un litige, collabore avec la partie la plus faible dans l'élaboration de l'objet de sa demande* »¹⁷¹⁴.

Le renforcement de sa maîtrise des éléments constitutifs de la demande passe donc « seulement » par l'évolution de la conception que le juge administratif de la légalité se fait de son office. Aucun autre principe ne paraît devoir expliquer les solutions actuelles. Pourtant, il eût été plus facile de prôner le dépassement de difficultés objectives, que de prôner l'évolution d'une conception politique de l'office du juge de la légalité. Car comment convaincre de l'indémontrable ? Sans jugement de valeur aucun, aucune conception n'est plus acceptable que l'autre, aucun parti pris n'est moins justifiable que l'autre. Les facteurs de rattachement à telle ou telle sensibilité, au sein d'une conception plus ou moins libérale de l'Etat, se situent davantage au niveau des convictions idéologiques, lesquelles restent hors de portée de la démonstration scientifique. Dès lors, « *toute règle qui trouve son fondement dans le principe dispositif ne souffrira d'atténuations que dans la mesure où seront transformées les considérations d'ordre général qui animent les rapports entre l'Etat et les particuliers, plus spécialement entre le juge et les personnes privées qui soumettent le litige à son appréciation* »¹⁷¹⁵.

Toutefois, la mise en lumière de cet élément subjectif dans la définition de l'office du juge de la légalité en permet une appréhension plus éclairée sans doute, permettant de s'émanciper d'éléments secondaires souvent perçus comme décisifs. Une option reste « *donc ouverte, avec des nuances et une osmose toujours possibles, entre le système qui donne le primat à l'apaisement du litige et à la maîtrise des parties sur la conduite de leur procès, et*

¹⁷¹³ NORMAND (J.), *op. cit.*, p. 189.

¹⁷¹⁴ OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », art. préc., p. 68.

¹⁷¹⁵ NORMAND (J.), *op. cit.*, p. 465.

celui qui considère l'application du Droit comme un devoir prioritaire et fondamental de l'Etat »¹⁷¹⁶.

L'alternative évoquée n'est à l'évidence pas celle qui s'établit entre une société schématiquement libérale ou autoritaire, mais celle que suppose l'existence d'une gradation dans les rapports juge-parties, du fait d'une application plus ou moins stricte du principe dispositif, conformément à la définition plus ou moins dynamique du rôle du juge en adéquation avec celui de l'Etat dans les sociétés contemporaines. Apparaît alors « *la nécessité d'une définition du rôle du juge et du jugement juridique qui prennent mieux en compte les acquis récents de la raison moderne. Une fonction nouvelle se dégage qui revalorise le juge comme gardien, à l'encontre du pouvoir, des valeurs de liberté et d'égalité* »¹⁷¹⁷.

Une évolution amorcée. Il semble que le constat d'ordre général avancé par J. Lenoble en 1990 puisse être transposé, sans pour autant être dénaturé, à la problématique de la présente recherche. Il considère en effet que le « *changement actuel du rôle du juge tire son explication, mais aussi sa justification et sa nécessité, d'une mutation plus radicale qui porte sur notre compréhension de ce qu'exige la modernité. Cela indique aussi que notre modification de la conception du juge est liée à une transformation importante de la démocratie* »¹⁷¹⁸. En témoignent les nombreuses transformations de l'office du juge administratif, s'emparant dorénavant pleinement des multiples facettes de ses prérogatives, tant en termes d'efficience de ses décisions, que d'efficacité de ses annulations.

Ainsi, à l'instar de son homologue judiciaire, ce « *juge impassible, distant, intemporel, qui se tenait à l'écart des débats, qui se réfugiait dans une prudente réserve, moins par dignité hautaine, que par souci de ne pas fausser la règle du jeu et de tenir la balance d'une main mieux assurée, parce que moins engagée ; ce juge est un personnage en voie de disparition* »¹⁷¹⁹. Dans ce contexte, admettons-le avec R. Perrot, « *après tout, il n'y a rien d'irrationnel à cela. Si la prétention du demandeur lui semble apparemment fondée, mais sur d'autres moyens que ceux qui ont été invoqués par ce dernier ou par son conseil, vous conviendrez aisément qu'il est difficile de contraindre le juge à demeurer passif et à rejeter la*

¹⁷¹⁶ *Ibid.* p. 28.

¹⁷¹⁷ LENOBLE (J.), « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in *La crise du juge*, LGDJ, 1990, p. 139, spéc. p. 142.

¹⁷¹⁸ *Ibid.* p. 146.

¹⁷¹⁹ PERROT (R.), « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal.*, 1977, p. 91, spéc. p. 96.

demande simplement parce qu'elle a été maladroitement formulée ou explicitée »¹⁷²⁰. Sans bouleverser complètement la conception de l'office du juge de la légalité, une progression de son rôle en adéquation avec la complexité de sa fonction reste pourtant envisageable. Assurément, le « *juge sait s'affranchir des principes et usages les plus solidement consacrés, quand leur respect se traduirait par une mauvaise administration de la justice* »¹⁷²¹. A cet égard, le « nouvel » office du juge, devenu juge de l'urgence, de l'exécution ou encore du rétablissement de la légalité, témoigne de ce que le Conseil d'Etat sait faire preuve à la fois « *d'audace et de pragmatisme* »¹⁷²² dans la manière dont il endosse les habits dont le législateur l'a doté, ou dont il s'est paré lui-même. La juridiction administrative se révèle ainsi « *apte à la réforme, à la révision, voire à la révolution, jusque dans ses dogmes et principes apparemment les mieux ancrés* »¹⁷²³.

Malgré de tels fondements idéologiques, il reste concevable que le juge de la légalité se voie reconnaître le pouvoir de soulever d'office moyens et conclusions afin d'annuler un acte administratif manifestement illégal, conformément à l'évolution déjà amorcée d'optimisation de son office. Il n'en reste pas moins que, dans le cadre d'une société démocratique, le juge de la légalité doit fixer les limites de son intervention d'office, conformément à la substance du principe dispositif, indissociable d'un régime libéral qui ne saurait nier l'existence de volontés particulières. Il ne doit donc pas s'agir d'occulter l'expression de telles volontés, mais de les respecter de manière équilibrée de façon à ce qu'elles ne constituent plus un obstacle virtuel à l'accomplissement de l'Etat de droit. Il convient alors de s'assurer que le « juge-entraîneur » ne devienne pas, « *en définitive, bien plus joueur que juge* »¹⁷²⁴.

¹⁷²⁰ *Ibid.* p. 97.

¹⁷²¹ CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, p. 3, spéc. p. 14 ; à propos de l'arrêt CE, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin et autres*, n° 224055, classé en A sur ce point, dans lequel la Haute juridiction choisit de ne pas annuler une disposition codifiée entachée d'une erreur matérielle mais de corriger cette erreur (renvoi à un numéro d'article erroné) et d'enjoindre à l'administration de prendre des mesures de publicité rendant opposable le texte ainsi rétabli.

Le Conseil d'Etat a une nouvelle fois fait usage de cette prérogative, jouissant donc d'une certaine pérennité, dans l'arrêt CE, 4 décembre 2013, *Association France Nature Environnement et autres*, n° 357839 et s., lors du contrôle du moyen tiré de l'incertitude d'un décret modifiant certaines dispositions du code de l'environnement.

¹⁷²² ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11, spéc. p. 19.

¹⁷²³ PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 28.

¹⁷²⁴ OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », art. préc., p. 57.

B. Un respect inaltéré de la volonté des parties

Des limites essentielles. Le principe dispositif reflète le fonctionnement de l'instance et le règlement juridictionnel des contentieux au sein d'une société démocratique. Il n'est donc pas envisageable de le neutraliser dans tous ses éléments ; il convient simplement d'adapter sa teneur aux exigences de la fonction de contrôle, également inhérentes à un Etat de droit. L'outrepassement de la volonté des parties doit rester de réalisation exceptionnelle, et strictement encadré par des conditions clairement identifiées. Mais le « *Conseil d'Etat a toujours eu conscience de la grandeur mais aussi des limites de sa mission. Juge souverain, il a la responsabilité de fixer lui-même, par autodiscipline, le seuil qu'il ne doit pas outrepasser* »¹⁷²⁵.

Concrètement, dans la grande majorité des hypothèses envisagées, il ne sera jamais question de méconnaître la volonté des parties, bien au contraire. Permettre au juge de soulever d'office des conclusions, là où il pouvait procéder à une interprétation des « *virtualités de la demande* »¹⁷²⁶, revient dans cette logique à restituer aux écritures leur véritable portée, tout en associant ouvertement les parties à cette démarche. De la même manière, lorsqu'il soulève d'office un moyen d'ordre public relatif au fond du litige, il s'agit pour le juge de la légalité de faire droit aux conclusions en annulation dont il est saisi. Comment considérer alors qu'il trahirait la volonté du requérant en faisant droit à sa demande ? On le voit, ce n'est pas tant le respect de la volonté des parties qui motive la passivité du juge de la légalité, que le formalisme attaché à un tel respect.

L'exercice spontané de certaines prérogatives, par leur soumission à la contradiction, pourrait permettre au juge d'associer pleinement les parties à une décision qui ne saurait leur échapper totalement. La volonté des parties ne serait alors pas méconnue, elle pourrait au contraire s'exprimer conformément à l'objet véritable du litige et aux impératifs de l'Etat de droit. S'emparer d'office de certains moyens ou conclusions ne sera donc jamais véritablement pour le juge « *une occasion de trahir la volonté des plaideurs* »¹⁷²⁷,

¹⁷²⁵ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, p. 51.

¹⁷²⁶ Expression de J. NORMAND (*op. cit.*, pp. 110 et s.).

¹⁷²⁷ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, n° 117.

conformément à ce que suppose « *l'existence de la contestation [qui] donne un but à l'instance et lui confère son caractère contentieux* »¹⁷²⁸.

Un dialogue instauré. Le renforcement de l'office du juge de la légalité en peut se réaliser « *que sous le couvert de la volonté des parties et pour servir leur intérêt et non pas sous le prétexte du service d'une quelconque légalité* »¹⁷²⁹. Le requérant, « *presque contre son gré* »¹⁷³⁰ est associé au contrôle de légalité dès lors que celui-ci ne saurait être déclenché en dehors de l'expression de sa volonté. Or, l'efficacité du contrôle juridictionnel, si elle peut nécessiter certaines initiatives de la part du juge, ne suppose pas nécessairement le sacrifice des aspirations des justiciables. Dans une certaine mesure, le « *droit d'initiative a pour conséquence la possibilité pour le demandeur de tracer des limites à l'instance* »¹⁷³¹. Il ne faudrait pas qu'une fois le contrôle déclenché, le requérant perde complètement la maîtrise des conséquences potentielles de son action. C'est pourquoi l'ensemble des questions soulevées d'office par le juge devront être soumises à la contradiction, laissant ainsi la possibilité au requérant d'exprimer une volonté contraire¹⁷³². En gardant la maîtrise du lien initial d'instance et de la teneur de son argumentation, le requérant ne saurait se voir déposséder de son recours par le juge, toujours tributaire des limites inhérentes à la résolution juridictionnelle d'un litige. Bien que les parties aient nécessairement limité leurs prétentions et leur argumentation, il suffira de s'assurer que de telles limites n'aient pas été « *jugées par elles infranchissables* »¹⁷³³.

Une recherche saine d'efficacité. Ainsi que le considère R. Odent, le juge « *doit ainsi savoir se limiter lui-même. Il doit, quoiqu'il puisse lui en coûter dans certains cas, ne pas céder à la tentation d'étendre son action au-delà de ce que sa mission comporte* »¹⁷³⁴. Tout dépend donc de ce qu'il faut entendre par ce qu'implique sa fonction. Annuler un acte administratif illégal, conformément à l'objet de la requête dont il est saisi : tel est le devoir du juge administratif de la légalité dont il est proposé de garantir l'intégrité indépendamment de

¹⁷²⁸ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 286.

¹⁷²⁹ DEBBASCH (C.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Contribution à l'étude de l'instance*, LGDJ, 1961, p. 119.

¹⁷³⁰ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 42.

¹⁷³¹ DEBBASCH (C.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile (...)*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷³² Cf. *infra* Partie II – Titre II.

¹⁷³³ EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge, op. cit.*, p. 394.

¹⁷³⁴ ODOT (R.), *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 49.

contingences procédurales, tout en prenant soin de ne pour autant jamais trahir la volonté des parties, qui doivent rester maîtresses des conséquences du contrôle qu'elles sollicitent. Si le juge protège les administrés, « *il ne peut pas tout faire à leur place* »¹⁷³⁵.

Pour autant, « *[c]roit-on que l'individu ait lieu de se féliciter des résultats étranges auxquels conduit parfois la conception actuelle de l'office du juge ?* »¹⁷³⁶. Il n'est pas exact d'affirmer qu'aujourd'hui « *le juge de l'excès de pouvoir exerce pleinement son office de tutelle contentieuse pour que la règle de la soumission de l'administration active au principe de légalité soit parfaitement efficace* »¹⁷³⁷. Des décisions dont le juge a manifestement conscience de l'illégalité survivent à son contrôle sous prétexte de s'astreindre à la passivité qui incomberait à tout arbitre témoin d'un jeu auquel il ne participe pas. Cette réserve traditionnelle, historique, est profondément ancrée dans la conception de l'office du juge de la légalité. Pourtant, les initiatives dont il pourrait assortir son pouvoir d'annulation n'auraient pas pour conséquence de méconnaître la volonté des parties dès lors qu'elles seraient toujours associées à de telles démarches qui ne sauraient prospérer secrètement.

Conclusion de la Section II. Non seulement le principe dispositif n'implique pas le formalisme d'un respect révérencieux de la volonté des parties telle qu'exprimée dans leurs écritures, mais encore ce positionnement du rôle du juge dans l'instance résulte d'une conception politique de son office. Faire évoluer le « juge-arbitre » vers un « juge-providence » ne se heurte à aucun obstacle qu'une volonté progressiste ne pourrait dépasser, et ce d'autant plus que la mise en perspective des propositions permet de démontrer que la transgression de la volonté des parties ne serait aucunement rendu nécessaire.

¹⁷³⁵ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, décembre 2009, n° 240, p. 3, spéc. p. 9.

¹⁷³⁶ NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁷³⁷ BOUSSARD (S.), « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », *in Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 305, spéc. p. 331.

Conclusion du Chapitre II et du Titre I. Dans la conception actuelle du procès administratif de la légalité, le principe dispositif suppose que le juge dispose d'un pouvoir d'initiative limité dans la détermination de la matière litigieuse. Pourtant, ce principe, directement issu de la procédure civile, n'est pas adapté aux impératifs propres au contentieux de la légalité. Il répond uniquement aux exigences de l'exercice d'une fonction contentieuse, accordant inévitablement une place privilégiée à la volonté des parties, mais ignore les exigences de la fonction de contrôle, nécessitant quant à elle la prévalence du principe de légalité à certains égards. Par ailleurs, l'économie du procès de la légalité et la distribution des rôles qui s'y joue révèlent un prisme paradigmatique, nécessairement contingent. Un tel obstacle ne saurait être considéré comme infranchissable, tant la subjectivité de telles considérations témoigne de leur caractère intrinsèquement évolutif.

Les obstacles théoriques à la consécration des conclusions d'ordre public et à la généralisation des moyens d'ordre public se situent au fondement de la prohibition de l'autosaisine, bien qu'il n'en soit question que de manière indirecte ou incidente. L'exercice d'une fonction proprement juridictionnelle suppose un déclenchement extérieur afin d'éviter toute dérive expansionniste et nécessite par ailleurs le respect des exigences d'impartialité propres à tout juge quel qu'il soit. La reconnaissance d'un certain pouvoir d'autosaisine, encadré et conditionné, ne contreviendrait pas à ces impératifs insusceptibles d'aménagements.

En revanche, le principe dispositif, qui suppose une certaine passivité du juge plus qu'une interdiction d'autosaisine à proprement parler, fait également écho à l'interdiction générale de se saisir d'office de moyens ou de conclusions. La conception des rapports juge-parties qu'il véhicule irrigue le procès administratif de la légalité de toute sa philosophie libérale particulièrement adaptée aux litiges ne mettant en jeu que des intérêts d'ordre privé. Inadapté à l'exercice plénier d'une fonction objective de contrôle, ce principe faisant *a priori* obstacle à un renforcement de « l'office d'office » du juge de la légalité ne constitue en réalité qu'une limite conceptuelle, dont le dépassement n'est conditionné que par une évolution idéologique du rôle du juge et d'une revalorisation de sa fonction censoriale.

Les obstacles d'ordre théorique à une plus grande maîtrise par le juge administratif de la légalité des éléments constitutifs de l'instance se révèlent donc franchissables, autorisant une émancipation conceptuelle sans pour autant dénaturer l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Il convient alors de s'interroger sur les difficultés d'ordre pratique qui pourraient paralyser l'évolution proposée du fait du caractère utopique de leur mise en œuvre.

TITRE II

DES OBSTACLES PRATIQUES SUPPOSÉS

Disposer du pouvoir de soulever d'office tout moyen ou conclusion de nature à fonder une annulation pourrait susciter une certaine réticence de la part du juge lui-même, qui appréhendera sans doute la complexification de sa tâche associée au délai raisonnable qui lui incombe ce faire. Proposer de renforcer les attributs du pouvoir d'annulation dont le juge de la légalité pourrait s'emparer d'office suppose d'inscrire cette démarche dans une perspective résolument réaliste.

Il serait inutile de construire un régime purement théorique qui serait impossible à concrétiser du fait de ses implications pratiques. Par ailleurs, il arrive que les seuls motifs invoqués au soutien d'un juge de la légalité enserré dans les termes de la demande dont il est saisi se rattachent à des considérations d'ordre purement matériel¹⁷³⁸. Pourtant, il suffit de procéder à la stricte délimitation des hypothèses dont il question afin de se convaincre du peu d'impact qu'une telle évolution aurait sur l'exercice quotidien de l'office du juge de la légalité (**Chapitre I**) mais également de s'assurer que seuls quelques ajustements procéduraux, d'ordre accessoire, s'avèreraient nécessaires (**Chapitre II**).

- *Chapitre I. Des hypothèses délimitées*

- *Chapitre II. Des ajustements modérés*

¹⁷³⁸ V. par ex. G. Braibant qui considère, à propos de l'impossibilité de retenir un moyen qui n'est pas soulevé : « C'est là le prix qu'il faut payer pour l'efficacité juridictionnelle : car si l'on permettait aux tribunaux d'examiner d'office tous les actes administratifs et de statuer au-delà de ce qui leur est demandé, ils seraient rapidement embouteillés et ils ne pourraient plus se prononcer dans un délai raisonnable » (BRAIBANT (G.), « Le contrôle des actes de l'administration », in *Le contrôle juridictionnel des actes administratifs*, séminaire multilatéral, Madrid, 13-15 novembre 1996, Thémis n° 3, Editions du Conseil de l'Europe, p. 5, spéc. p. 11).

V. également J.H. Stahl qui estime « illusoire l'idée que le Conseil d'Etat pourrait examiner d'office tous les aspects de la légalité de ces actes » (STAHL (J.H.), « Le contrôle juridictionnel des "lois de pays" de Polynésie par le Conseil d'Etat », concl. sur CE, Sect., 1^{er} février 2006, *Sandras et commune de Papara*, n° 286584, *RFDA*, 2006, p. 271).

CHAPITRE I

DES HYPOTHÈSES DÉLIMITÉES

Contrairement à l'impression dégagée au premier abord, les hypothèses concrètes de mise en œuvre des conclusions ou moyens d'ordre public seraient relativement circonscrites et resteraient quantitativement peu importantes, en autorisant une mise en œuvre aisée (**Section I**). Ce constat se confirme alors même que ces hypothèses supposent d'être précisées quant à leurs implications en termes d'obligation juridictionnelle et à leur circonscription au seul contentieux de la légalité (**Section II**).

- *Section I. Des hypothèses circonscrites*

- *Section II. Des hypothèses précisées*

SECTION I

DES HYPOTHÈSES CIRCONSCRITES

Le dépassement des éventuels obstacles d'ordre pratique opposables à la faisabilité de la proposition nécessite d'identifier concrètement les hypothèses dans lesquelles le juge de la légalité serait amené à se saisir d'office de certaines conclusions (§1) ou de certains moyens (§2).

§1 : Les hypothèses de conclusions d'ordre public

De manière générale, le juge de la légalité n'aurait à se saisir d'office de certaines conclusions que dans les cas où il procède actuellement à une interprétation de la demande (A), et ceux dans lesquels la logique du principe de la légalité commanderait une extension des écritures du requérant à des dispositions illégales mais non contestées (B).

A. L'entérinement des cas d'interprétation de la demande

S'il ne paraît pas inutile de recenser de manière casuistique un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le juge de la légalité devrait soulever d'office des conclusions plutôt que de procéder de manière informelle à leur interprétation (1), leur systématisation tend néanmoins à se dessiner à l'aune du principe de la recherche de « l'effet utile » (2).

1) Panorama général

Les présents développements n'ont pas pour objet de recenser de manière exhaustive ou limitative l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le juge pourrait être amené, en lieu et place d'une redirection prétorienne de la demande, à soulever d'office des conclusions. Il s'agit d'en identifier précisément certaines afin de permettre une appréhension pragmatique de la proposition, s'assurant par là-même de sa faisabilité.

Dédoublage de la décision attaquée. Les hypothèses dans lesquelles le juge de la légalité considère que les conclusions dirigées initialement contre une seule décision le sont

en réalité également contre une autre se rencontrent notamment lors de l'exercice par le requérant d'un recours administratif préalable. Par principe, lorsque le requérant se borne à demander l'annulation de la décision rejetant son recours administratif préalable non obligatoire, le juge procède généralement à l'interprétation bienveillante de ses conclusions afin de les regarder comme dirigées également contre la décision initiale, sous peine de faire perdre toute portée utile au recours. Selon une jurisprudence constante, dès lors que le recours administratif préalable n'est pas obligatoire, la décision de rejet de ce recours ne se substitue pas à la décision initiale. Les conclusions dirigées contre la seconde décision doivent donc également être considérées comme dirigées contre la première¹⁷³⁹. Cette solution, applicable en cas de recours hiérarchique¹⁷⁴⁰, trouve logiquement à s'appliquer également lorsqu'il est question d'un recours gracieux. Il s'agirait alors dans ce cas, au lieu de « regarder » les conclusions dirigées également contre la décision initiale, de communiquer à l'administration et au requérant l'information selon laquelle le tribunal sera susceptible de statuer également sur la légalité cette décision.

Ces cas d'extension de l'objet de la demande à une autre décision que celle formellement contestée peuvent également se rencontrer en dehors des hypothèses de recours gracieux ou hiérarchique. Ainsi, et ce dès 1950, le Conseil d'Etat a considéré que des conclusions dirigées contre une décision atténuant une sanction disciplinaire devaient être regardées comme également dirigées contre la décision initiale prononçant une mise à la retraite d'office¹⁷⁴¹. Plus récemment, et de manière sans doute plus audacieuse, le juge des référés a eu l'occasion de considérer, à propos de la décision fixant le pays à destination duquel le requérant était susceptible d'être éloigné, « *qu'eu égard à l'argumentation de sa demande, l'intéressé [devait] être regardé comme ayant également présenté des conclusions tendant à l'annulation de cette décision distincte de l'arrêté de reconduite à la frontière* »¹⁷⁴².

¹⁷³⁹ CE, 3 octobre 1979, *Lasry*, n° 12063, p. 358.

¹⁷⁴⁰ CE, 5 septembre 2008, *Société Sapa Profiles Puget*, n° 303707 : « (...) Considérant, en deuxième lieu, que les décisions prises sur recours hiérarchique par le ministre ne se substituent pas aux décisions de l'inspecteur du travail, dès lors que ce recours ne présente pas un caractère obligatoire ; qu'ainsi, c'est sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les conclusions présentées par M. X devant le tribunal administratif de Nice que la cour administrative d'appel de Marseille a jugé, de façon suffisamment motivée, que la demande de M. X tendant à l'annulation de la décision du 12 avril 2002 du ministre de l'emploi et de la solidarité rejetant son recours hiérarchique contre la décision du 9 novembre 2001 de l'inspecteur du travail autorisant son licenciement devait être regardée comme tendant également à l'annulation de cette dernière décision (...) ».

¹⁷⁴¹ CE, 8 décembre 1950, *Delcambre*, p. 608.

¹⁷⁴² CE, ord., 17 décembre 1990, *Ouedjedi*, n° 119354, p. 383.

Soulever d'office de telles conclusions, jusqu'à présent considérées comme virtuellement incluses dans la demande initiale, permettraient à l'administration de pouvoir utilement se défendre. En effet, en toute orthodoxie – laquelle serait consacrée par la formalisation du procédé – l'ensemble des moyens soulevés par le requérant contre la décision initialement contestée doit, dans ce cas de figure également, être considéré comme soulevé à l'encontre de la décision incluse d'office par le juge dans le périmètre de l'annulation sollicitée. Si le requérant soulève le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte par exemple, l'administration doit pouvoir être en mesure d'en justifier à l'égard des deux décisions alors soumises au contrôle du juge¹⁷⁴³.

Par ailleurs, faire connaître un tel positionnement de la part du juge permettrait non seulement à l'administration de se défendre plus efficacement, mais encore au requérant de préciser ses écritures en temps utiles. Soumettre à la procédure contradictoire des initiatives jusqu'à présent dissimulées jusqu'à la lecture du jugement ne pourrait qu'assurer l'adoption d'une décision plus éclairée et moins artificiellement bienveillante.

Substitution de la décision attaquée. Le juge de la légalité peut également substituer la décision attaquée à une autre. C'est notamment le cas lorsque la décision initialement contestée n'existe plus, du fait de son remplacement par une décision postérieure. On songe évidemment ici aux cas, distincts de ceux précédemment évoqués, dans lesquels le recours administratif préalable est obligatoire¹⁷⁴⁴. Mais cette solution se rencontre également lorsque se succèdent décision implicite, puis explicite, de rejet. Par principe, le recours est regardé comme dirigé contre la décision ayant remplacé la décision initialement attaquée¹⁷⁴⁵. C'est le cas par exemple lorsqu'une décision explicite de rejet intervient postérieurement à la décision implicite de rejet d'un recours gracieux ou hiérarchique. Dans ce cas où la deuxième décision se substitue à la première, les conclusions à fin d'annulation dirigées contre la première doivent être regardées comme dirigées contre la seconde, sous peine pour le tribunal de commettre une erreur de droit¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴³ Notons tout de même que l'absence de réponse à un tel moyen de la part de l'administration défenderesse relativement à la décision non contestée initialement ne saurait que difficilement emporter l'annulation.

¹⁷⁴⁴ CE, 18 novembre 2005, *Houlbreque*, n° 270075, p. 513 ; *AJDA*, 2005, p. 2453, note C. Landais, F. Lenica ; *LPA*, 2006, n° 81, p. 13, note A. Claeys.

¹⁷⁴⁵ CE, 19 avril 1950, *Delangle*, p. 217.

¹⁷⁴⁶ CE, 14 novembre 2012, *Chambre du commerce et de l'industrie de Paris*, n° 351438 : « (...) Considérant que si le silence gardé par l'administration sur un recours gracieux ou hiérarchique fait naître une décision implicite de rejet qui peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir, une décision explicite de rejet intervenue

De la même manière, le Conseil d'Etat procède à la substitution de la décision litigieuse par une autre lorsque l'auteur de l'acte se révèle ne pas être celui initialement considéré. Ainsi, lorsqu'une décision – implicite à l'évidence – n'émane pas de l'autorité administrative indiquée dans la requête mais d'une autre à laquelle avait été transmise la demande du requérant, ses conclusions à fin d'annulation dirigées formellement contre une décision inexistante, et donc irrecevables à ce titre, doivent être regardées comme dirigées contre celle conférant à son recours sa portée véritable¹⁷⁴⁷. La même démarche sera adoptée par la Haute juridiction lorsqu'il s'agira de déterminer le tribunal territorialement compétent, et ce indépendamment de la formulation erronée de ses conclusions par le requérant¹⁷⁴⁸. Pareillement lorsque la maladresse du requérant le conduit à demander l'annulation de l'acte de notification de la décision plutôt que de la décision elle-même, la « bonne administration de la justice » conduit inévitablement à ne pas rejeter son recours comme dirigé contre un acte ne faisant pas grief, mais à rediriger ses conclusions¹⁷⁴⁹.

Ces hypothèses illustrent particulièrement bien l'intérêt de se saisir ouvertement de conclusions plutôt que de procéder de manière officieuse, dès lors qu'il est question de soumettre au contrôle de légalité un acte différent de celui formellement attaqué. Tant le requérant que l'administration doivent avoir connaissance de cette initiative, au demeurant

postérieurement, qu'elle fasse suite ou non à une demande de communication des motifs de la décision implicite présentée en application des dispositions de l'article 5 de la loi du 11 juillet 1979, se substitue à la première décision ; qu'il en résulte que des conclusions à fin d'annulation de cette première décision doivent être regardées comme dirigées contre la seconde ; qu'ainsi, en faisant droit à la demande d'annulation de la décision implicite de rejet prise par la chambre de commerce et d'industrie de Paris à l'égard de la demande de révision de sa pension par M. X sans la regarder comme dirigée contre la décision explicite du 15 mai 2008 par laquelle le directeur général de la chambre a partiellement fait droit à la demande, le tribunal administratif a commis une erreur de droit (...)».

Voir également en ce sens : CE, 7 novembre 2012, *M. et Mme Vermande*, n° 338104 : « (...) Considérant que la décision de la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France s'est substituée au refus initial opposé par les autorités consulaires le 2 septembre 2009 ainsi qu'à celui implicite de ces mêmes autorités opposé au recours gracieux de Mme Vermande ; que, par suite, les conclusions de M. et Mme Vermande tendant à l'annulation de ces décisions doivent être regardées comme dirigées contre la seule décision de la commission de recours (...) ».

¹⁷⁴⁷ CE, 28 avril 1950, *Maignan*, p. 237 : en l'espèce, la décision implicite de rejet attaquée n'émanait pas du ministre de l'Intérieur comme indiqué dans la requête mais du ministre des Finances et des Affaires économiques.

¹⁷⁴⁸ CE, 16 juin 1993, *Floridia*, n° 82384 : par deux lettres successives, le directeur d'un centre culturel français à l'étranger a informé la requérante que le "département" avait décidé de mettre fin à son détachement en qualité d'enseignante au centre et qu'elle était remise à la disposition de son administration d'origine. Ces décisions découlant de mesures prises par l'administration centrale du ministère des affaires étrangères, elles doivent être regardées comme ayant été prises, non par le directeur du centre, mais par le ministre, emportant la compétence du tribunal administratif de Paris.

¹⁷⁴⁹ CE, 18 décembre 1987, *Cohen*, n° 49096, inédit.

essentielle, afin de pouvoir éventuellement s'exprimer sur ce point et clarifier leurs écritures respectives.

Restriction de la chose demandée. Le juge de la légalité peut également interpréter les conclusions en annulation dans un sens restrictif. De telles hypothèses ne s'identifient pas aux conclusions d'ordre public puisqu'il n'est pas question pour le juge de statuer sur des conclusions dont il n'était pas saisi initialement, mais au contraire de ne pas s'estimer saisi d'une partie de la demande en annulation formulée par le requérant. A cet égard, le plus souvent, l'interprétation de la demande permet seulement d'éviter une situation d'irrecevabilité partielle, laquelle devrait néanmoins être, comme il se doit, soulevée d'office et donc faire l'objet d'une communication. Ainsi, lorsqu'une demande d'annulation totale est interprétée comme ne tendant au final qu'à l'annulation de certaines dispositions de l'acte¹⁷⁵⁰, cette initiative juridictionnelle devrait être soumise à la contradiction. De même lorsque sont regardées comme dirigées uniquement contre la seconde décision les conclusions d'un requérant contestant à la fois une décision implicite de rejet et une décision expresse de rejet intervenue postérieurement, laquelle s'y substitue nécessairement¹⁷⁵¹. La démarche est des plus rationnelles ; elle consiste en réalité à préciser l'étendue du litige. Toutefois, et bien que ces hypothèses se situent en dehors du champ du raisonnement principal, elles supposeraient également, en toute rigueur, que soit soulevée d'office cette solution implicite d'irrecevabilité¹⁷⁵².

Ce rapide tour d'horizon des hypothèses dans lesquelles le juge pourrait être amené à soulever d'office des conclusions en remplacement des solutions actuelles d'interprétation de la demande¹⁷⁵³ permet, au-delà du recensement casuistique qui ne saurait tendre à l'exhaustivité, de mettre en évidence le principe qui devrait présider à une telle démarche du juge de la légalité, tenant à la recherche de « l'effet utile » des écritures.

¹⁷⁵⁰ Voir par ex. CE, Ass., 3 février 1967, *Confédération générale des vignerons du Midi*, p. 55 ; ou encore pour une demande tendant en réalité à l'annulation des seules dispositions du décret faisant grief : CE, 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, p. 407.

¹⁷⁵¹ CE, 28 mai 2010, *Société IDL*, n° 320950.

¹⁷⁵² Et ce bien qu'elle ne soit en réalité pas décisive car il s'agit dans l'espèce donnée en exemple d'une solution de rejet, laquelle n'est pas incompatible avec une situation d'irrecevabilité. Il semble néanmoins que toute initiative du juge à l'égard de l'objet de la demande doive nécessairement être soumise à la discussion des parties.

¹⁷⁵³ Dont nous avons par ailleurs déjà souligné les insuffisances : cf. *supra* Partie I – Titre I – Chapitre I.

2) Une recherche constante de l'effet utile

Une démarche systématisée. Rechercher « l'effet utile » ou conférer aux conclusions une teneur « *leur donnant ainsi une portée utile* »¹⁷⁵⁴, selon les termes employés par le Conseil d'Etat, signifie plus généralement ne pas s'en tenir à un formalisme excessif dans l'analyse des écritures du requérant. Il devrait toujours s'agir pour le juge, dans les hypothèses évoquées, d'assurer un contrôle plus efficient de la légalité d'un acte, en dépassant les éventuelles maladresses, omissions et autres méprises affectant la formulation des prétentions. La systématisation de cette démarche assainirait vraisemblablement les rapports qu'entretiennent le juge et les parties, mais également les parties entre elles. Certes, elle supposerait le sacrifice d'une part de liberté, celle du juge de faire preuve de plus ou moins de bienveillance envers telle ou telle partie, assistée d'un avocat ou non.

Contrairement à ce qui peut actuellement avoir cours devant les juridictions administratives, la mutation d'office des conclusions devrait pouvoir bénéficier aussi bien au requérant seul qu'à celui ayant eu recours au ministère d'avocat, par choix ou obligation. Ni le justiciable, ni le principe de légalité ne devraient pâtir de l'inexpérience d'un juge ou d'un avocat. Les exigences du contentieux de la légalité appellent un dépassement de la contingence de telles considérations. Toujours associer les parties aux initiatives du juge, tout en ayant pour finalité unique la soumission de l'administration à la hiérarchie des normes conformément à la volonté constante du requérant, tels doivent être les principes directeurs régissant la mise en œuvre des conclusions – et moyens – d'ordre public. A cet égard, la circonstance que le requérant soit ou non assisté d'un avocat doit rester sans incidence tant sur la transcendance des principes mis en œuvre que sur les vertus de la transparence.

Par ailleurs, la formalisation des opérations de modulation des écritures permettrait de mettre un terme aux interprétations considérées comme erronées, et censurées comme telles par le Conseil d'Etat qui s'assure que les juges du fond n'aient pas dénaturé la demande¹⁷⁵⁵. Effectivement, et alors que la limite de l'interprétation « autorisée » reste nécessairement

¹⁷⁵⁴ CE, 1^{er} juin 1994, *Letierce*, n° 129727, p. 278.

¹⁷⁵⁵ V. par ex. CE, Sect., 26 octobre 1973, *Héritiers Manivel*, n° 81414, p. 595 : en considérant que le tribunal administratif a inexactement interprété les conclusions de la demande en première instance, la requête sera finalement rejetée comme irrecevable, faute pour les requérants d'avoir exposés des moyens et des faits dans le délai de recours contentieux (mémoire ampliatif tardif).

incertaine, faire connaître aux parties la possibilité pour le tribunal de statuer d'office sur certaines conclusions permettrait de s'assurer de la conformité d'une telle démarche à leur volonté. Une fois labellisées de la sorte, il paraîtrait alors délicat de considérer que le tribunal aurait inexactement qualifié la demande, dès lors que les écritures permettaient de retenir une telle adaptation, laquelle n'aurait pas été contredite par le requérant.

Une démarche légitimée. Ne plus recourir à l'interprétation isolée des conclusions mais associer pleinement les parties à une démarche assumée pourrait également permettre au juge de considérer son initiative comme plus légitime, et par suite se montrer moins réticent à y recourir. Il serait alors sans doute moins enclin à méconnaître « *l'obligation de requalification qui lui incombe* », dans le cas par exemple de requérants demandant formellement, en matière d'urbanisme, l'annulation d'un certificat de non-opposition mais devant être regardés comme souhaitant, au regard des moyens soulevés, voir annuler l'autorisation tacite dont l'existence leur avait été révélée par l'affichage dudit certificat¹⁷⁵⁶.

La révélation aux parties de la mutation des conclusions par le juge de la légalité pourrait également permettre de pallier, dans une certaine mesure, l'artificialité de la démarche qui consiste à remplacer d'office la décision attaquée par une autre, sans pour autant permettre au requérant d'y adapter son argumentation. En effet, lorsque des conclusions en annulation sont d'office – mais secrètement – redirigées contre la décision explicite venue substituer une première décision implicite de rejet, il se peut que les moyens alors soulevés deviennent en partie inopérants. Tel est par exemple le cas de l'insuffisance de motivation fondée sur l'absence de communication des motifs¹⁷⁵⁷. De deux choses l'une alors : soit le juge décide de s'en tenir aux écritures, après avoir suffisamment fait preuve de bienveillance, opposant alors l'inopérance d'un tel moyen à l'encontre d'une décision explicite ; soit il continue sur la voie de la mansuétude et considère que le moyen de l'insuffisance de motivation est en tout état de cause soulevé, statuant ainsi sur un moyen dirigé à l'encontre d'une décision dont l'administration défenderesse ignore la contestation.

¹⁷⁵⁶ CE, 12 décembre 2012, *SCEA Pochon*, n° 339220 ; *BJDU*, 2013, n° 13, p. 217, concl. M. Vialettes.

L'artificialité de la démarche interprétative est alors révélée car une annulation fondée sur un tel moyen serait en réalité inenvisageable, quand bien même le moyen apparaîtrait fondé. Le juge de la légalité ne saurait fonder une annulation sur un moyen dont l'administration n'aurait pas eu l'occasion de discuter. L'on perçoit alors les limites d'une initiative réputée bienveillante mais qui ne saurait néanmoins, du fait de sa clandestinité et sauf exception, conduire, à faire droit à la demande d'annulation.

A l'évidence, une réponse au fond, fût-elle de rejet, est toujours préférable à une solution d'irrecevabilité. De la même manière que statuer sur un litige dont l'étendue est précisée, conformément à la finalité implicite des prétentions du justiciable, en permet une appréhension à la fois plus confortable et plus adéquate. Toutefois, interpréter des conclusions sans pour autant jamais en retenir le bien-fondé du fait du déséquilibre et de l'opacité alors conférés à l'instance révèle toute la relativité d'une démarche qualifiée d'indulgente. Assumer un tel pouvoir d'initiative en soulevant d'office des conclusions permettrait au juge d'assurer tant l'équité de l'exercice de telles prérogatives que la lisibilité de son action, et partant son bien-fondé. Permettre au requérant de s'exprimer relativement à la mutation d'office de l'objet de sa demande et avertir l'administration que le prisme de la décision attaquée est susceptible d'être modifié, telles sont les conditions nécessaires pour garantir tant la légitimité que l'aboutissement de telles initiatives de la part du juge de la légalité.

Des limites incertaines. Soulever d'office des conclusions antérieurement interprétées dans un sens favorable au justiciable – ou tout du moins à la recevabilité de sa requête – ne doit pour autant pas signifier s'emparer *ab initio* de conclusions nouvelles, sous peine de franchir les limites d'une autosaisine prohibée car s'exprimant à titre principal¹⁷⁵⁸. Il doit donc nécessairement exister une limite, celle constituant la frontière entre une autosaisine primitive et une autosaisine dérivée. Or, une telle limite ne peut qu'inefficacement se construire de manière abstraite.

Il convient alors de s'appuyer sur un exemple concret, revêtant les vertus du cas pratique et illustrant par la même occasion les limites de la proposition, qu'il ne saurait s'agir d'é luder. Un préfet demande l'annulation d'un arrêté du président du conseil régional, lequel a été remplacé par un deuxième arrêté ayant le même objet et fondé sur les mêmes motifs

¹⁷⁵⁸ Cf. *supra* Partie II – Titre I.

mais régularisant l'illégalité externe du premier. Le Conseil d'Etat considère que dans la mesure où le déféré du préfet ne comportait ni conclusions ni moyens dirigés contre le second arrêté de cette autorité et que le préfet ne contestait pas avoir été destinataire des deux décisions, les conclusions dirigées contre le premier ne sauraient être regardées comme ayant été en réalité dirigées contre le second. Il en conclut que le tribunal administratif ne pouvait prononcer l'annulation du second arrêté¹⁷⁵⁹. Le cas est intéressant car il illustre parfaitement la difficulté qui peut présider à l'établissement de limites aux hypothèses envisagées.

Virtuellement, le juge aurait-il pu soulever d'office des conclusions en annulation dirigées contre le second arrêté, dans cette hypothèse particulière ? La réponse est naturellement délicate, mais il semble que la position de la Haute juridiction pourrait être maintenue, et ce pour plusieurs raisons. En termes de sécurité juridique tout d'abord : l'acte en question – réglementaire – a été régulièrement transmis en préfecture. Le conseil régional est donc fort logiquement conduit à considérer qu'il est devenu définitif passé un délai de deux mois pendant lequel aucun recours ne lui a été notifié à l'encontre de ce second arrêté. En termes de légalité ensuite : s'agissant d'un acte réglementaire, il appartiendrait au préfet, le cas échéant, de solliciter auprès de la collectivité l'annulation de cette décision dont il connaît l'illégalité, et de saisir ensuite le tribunal d'un éventuel refus d'abrogation. Il n'est donc pas question d'entériner définitivement une situation manifestement illégale ; et quand bien même serait-ce le cas, nul n'ignore que la légalité doit parfois être sacrifiée sur l'autel de la sécurité juridique. Enfin, et contrairement aux hypothèses précédemment envisagées, le déféré initial ne portait pas en lui les germes de la contestation du second acte, nécessaires à toute opération d'interprétation. Interpréter l'objet d'une demande afin de lui conférer sa portée véritable ne doit pas consister à créer de toutes pièces une contestation qui n'existait même pas alors dans l'esprit de son auteur. Enfin, dans cette hypothèse, la légalité de chacune des décisions est indépendante ; il n'existe pas de lien de causalité entre leur légalité respective. Cette absence de relation de réciprocité distingue d'autant plus nettement l'objet de telles demandes, potentiellement distinctes.

On objectera que donner tout son « effet utile » au déféré en question consisterait à soulever d'office des conclusions contre la seconde décision ; que la qualité de préfet, à l'instar de l'assistance par un ministère d'avocat, ne devrait pas influencer l'initiative du juge

¹⁷⁵⁹ CE, 11 juin 1999, *Région Languedoc-Roussillon*, n° 169740.

qui n'existe que dans l'intérêt de légalité ; ou encore que la soumission à la contradiction permettrait d'instaurer la loyauté suffisante à la consécration d'une telle solution. Pourtant, et bien qu'il faille admettre que ce cas particulier souligne certaines limites de la démonstration, ce n'est pas la solution qu'il est proposé de retenir. Les prérogatives dont le juge pourrait disposer d'office doivent toujours s'exercer à dessein de soumettre plus efficacement les actes de l'administration au principe de légalité. Pour autant, ces initiatives ne devront jamais s'exercer au détriment ni du principe tout aussi essentiel de sécurité juridique, ni du principe émergent de loyauté de la procédure. Alors, nécessairement, l'arbitrage entre impératifs d'égale importance est parfois délicat. Il suppose également d'admettre que si les lignes paraissent clairement tracées, les cas d'espèce peuvent révéler l'insuffisance des volontés simplificatrices.

Toute proportion gardée néanmoins, et malgré d'immanquables ajustements révélés au gré des espèces, la proposition reste envisageable : le juge de la légalité pourrait soulever d'office des conclusions en lieu et place des cas actuels d'interprétation de la demande afin de systématiser une pratique dont la confidentialité en dessert tant la légitimité que l'efficacité. Il serait également en mesure par ailleurs, et de manière plus novatrice, de tirer toutes les conséquences d'une illégalité avérée.

B. L'extension novatrice de la portée des conclusions

Alors que dans les hypothèses précédemment évoquées la consécration des conclusions d'ordre public ne faisait qu'entériner une pratique existante, celles qu'il s'agit d'aborder à présent s'opposent frontalement aux solutions actuellement en vigueur¹⁷⁶⁰. Elles consistent en une demande d'annulation partielle confrontée à l'indivisibilité d'un acte ou à un moyen propre à fonder l'annulation de la décision dans son ensemble. Il faut alors distinguer deux hypothèses qui appellent des solutions différentes, à savoir une demande d'annulation partielle dirigée soit à l'encontre d'un acte indivisible **(1)**, soit à l'encontre d'un acte divisible **(2)**.

¹⁷⁶⁰ A cet égard le seul cas connu de demande d'annulation partielle regardée comme une demande d'annulation totale apparaît à la fois trop ancien et trop isolé pour revêtir une quelconque portée significative : CE, 29 décembre 1933, *Abbé Roussel, D.*, 1934, p. 7. Cf. *supra* Partie I – Titre I – Chapitre I.

1) Annulation partielle et décision indivisible

Une solution actuelle d'irrecevabilité. Lorsqu'un requérant sollicite l'annulation partielle d'une décision estimée indivisible, sa requête est rejetée comme irrecevable. Cette irrecevabilité, de par l'objet du recours, est implicitement considérée comme irrégularisable et elle ne donne pas lieu dans cette mesure à une invitation à régularisation. Selon la formule jurisprudentielle consacrée, « *le juge administratif, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation partielle d'un acte dont les dispositions forment un tout indivisible, est tenu de rejeter ces conclusions comme irrecevables, quels que soient les moyens invoqués* ». Ainsi en est-il par exemple des réserves d'ordre architectural dont est assorti un permis de construire et formant un tout indivisible avec l'autorisation accordée¹⁷⁶¹ ; de la décision de la commission départementale d'aménagement foncier en tant qu'elle concerne l'ensemble des biens d'un même propriétaire¹⁷⁶² ; ou encore de la délibération d'un jury de concours établissant la liste des candidats proposés pour l'admission à l'issue des épreuves du concours et fondée sur les aptitudes des candidats¹⁷⁶³.

Par ailleurs, la solution d'irrecevabilité peut elle-même n'être que partielle, le Conseil d'Etat suivant alors scrupuleusement le raisonnement qui préside à une telle solution, témoignant de la cohérence de sa démarche. Tel est le cas par exemple lorsqu'une association sollicite l'annulation de deux articles d'un arrêté ministériel dont l'un seulement est divisible du reste de l'acte. La juridiction considère d'abord que la demande d'annulation de l'article 2, indivisible de l'article 1^{er} dont l'annulation n'est pas sollicitée, est dans cette mesure irrecevable. Il examine ensuite l'article 5 dont la légalité est également contestée mais qui est divisible du reste de la décision, pour finalement en prononcer l'annulation¹⁷⁶⁴. Cette espèce témoigne de la rigueur de l'impasse contentieuse à laquelle mène potentiellement une demande d'annulation partielle.

¹⁷⁶¹ CE, 12 octobre 1979, *Ministre de l'environnement c/ Poidevin*, n° 12957.

¹⁷⁶² CE, Sect., 10 décembre 1971, *Quétin*, n° 82205.

¹⁷⁶³ CE, 6 novembre 2000, *Grégory*, n° 289398 ; voir également CE, 20 juin 1990, *de Carvalho*, n° 100888 ; ou encore CE, 4 juillet 1986, *Pasquet*, n° 73412, pour l'irrecevabilité d'une demande tendant à l'annulation de l'épreuve anticipée de français du baccalauréat.

¹⁷⁶⁴ CE, 24 mai 2006, *Sojaxa*, n° 275363 ; *JCP G*, 2006, n° 25, IV, 2336 ; *DA*, 2006, n° 11, comm. 174, E. Glaser ; *JCP A*, 2006, n° 23, act. 486, veille M.C. Rouault.

Cette solution, juridiquement rationnelle, pourrait néanmoins être aisément contournée par la formulation de conclusions subsidiaires à fin d'annulation totale. Le piège contentieux apparaît alors largement virtuel dès lors qu'un intérêt à agir suffisant¹⁷⁶⁵ permet de s'en émanciper sans difficulté aucune. En ce sens, le « *requérant a souvent intérêt à déposer des conclusions à fin d'annulation totale même s'il ne désire qu'une annulation partielle* »¹⁷⁶⁶. De manière constante dans les hypothèses étudiées, l'annulation est toujours à portée de main du requérant et sa demande est toujours fondée. Simplement, la formulation de ses conclusions ou l'insuffisance des moyens soulevés ne permettent actuellement pas au juge de la légalité d'y faire droit. A cet égard, les solutions d'irrecevabilité sont d'autant plus caractéristiques qu'elles laissent supposer le bien-fondé de la requête. Bien qu'il ne soit pas envisageable de systématiser ces conjectures, il n'en reste pas moins qu'il est de pratique courante de préférer un rejet au fond de la requête plutôt qu'une solution d'irrecevabilité, d'autant plus insatisfaisante au stade du jugement¹⁷⁶⁷.

Une solution d'irrecevabilité aménagée. Les conclusions d'ordre public ne devront en aucun cas remettre en cause le régime de recevabilité des recours, qui concourt à l'équilibre subtil commandant les relations étroites qu'entretiennent les principes de légalité et de sécurité juridique. Le juge ne pourrait se saisir d'office de conclusions qu'à les supposer potentiellement recevables et conformes à la volonté du requérant. Ainsi, dans l'hypothèse d'une demande d'annulation partielle d'une décision indivisible, il ne saurait évidemment être question d'annuler l'acte dans son ensemble alors que la requête serait, en amont, irrecevable.

Dans une telle hypothèse, la solution la plus conforme tant à l'ordre d'examen des questions qu'à la maîtrise que doit pouvoir conserver le requérant sur l'exercice de son droit paraît être celle d'une invitation à régulariser la requête, en temps utiles. Lors de l'examen de sa recevabilité par le président de chambre en principe, le requérant sollicitant l'annulation

¹⁷⁶⁵ Précisons qu'un intérêt pour agir partiel ne paraît pas envisageable à l'encontre d'une décision indivisible, une telle solution ayant alors pour conséquence de priver purement et simplement le requérant de son droit au recours en le vouant à l'irrecevabilité.

V. notamment à cet égard : CE, 31 janvier 2007, *Union nationale de coordination des associations militaires*, n° 292828, p. 999 : recevabilité à invoquer l'annulation de l'arrêté qui s'applique non seulement aux personnels militaires mais également aux personnels civils (sol. impl.). Il est alors naturellement « *fait exception à cette conséquence du caractère personnel de l'intérêt à agir lorsque l'acte attaqué concerne des intérêts catégoriels à ce point imbriqués qu'ils forment un ensemble indivisible* » (*GACA*, 4^{ème} éd., 2014, p. 622).

¹⁷⁶⁶ CORBEL (M.P.), « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA*, 1972, p. 138, spéc. p. 139.

¹⁷⁶⁷ L'article R. 222-1 du code de justice administrative permettant un rejet par ordonnance plus adapté des requêtes manifestement irrecevables (4°).

partielle d'une décision indivisible devrait être invité à régulariser sa requête par la formulation de conclusions en annulation totale. De deux choses l'une alors : soit le requérant ne donne pas suite à cette invitation et sa requête sera rejetée par ordonnance comme manifestement irrecevable, soit il rectifie ses écritures conformément à la nature de l'acte et sa requête – régularisée – sera communiquée à la partie défenderesse. Dans cette configuration, l'administration ne serait en principe jamais surprise de la portée finalement retenue des conclusions en annulation. Elle ne saurait en effet nourrir une quelconque confiance légitime dans le caractère définitif des dispositions non attaquées initialement dès lors qu'elle n'aura en principe connaissance de la requête qu'une fois celle-ci régularisée.

La solution proposée consiste donc à cesser de considérer comme insusceptible de régularisation les requêtes ne tendant qu'à l'annulation partielle d'une décision réputée indivisible. Reste une difficulté toutefois : l'expiration du délai de recours n'autorise plus en principe la formulation de demandes nouvelles et ne sont donc en principe soumises à l'obligation d'invitation à régularisation que les irrecevabilités susceptibles d'être couvertes après l'expiration du délai de recours¹⁷⁶⁸. Cette solution apparaît logique dès lors que l'expiration du délai recours faisant obstacle à la régularisation, une invitation à une telle fin n'aurait de sens que si elle permettait le respect d'un tel délai. Or, les contraintes liées à la gestion d'un nombre toujours plus important de requêtes à enregistrer et la brièveté des délais de recours rendent utopiques une invitation à régulariser la requête opérante.

Un tel positionnement peut toutefois apparaître d'un formalisme excessif au regard de l'objet du contentieux de la légalité. Lorsqu'une irrecevabilité est considérée comme ne pouvant pas être régularisée après l'expiration du délai de recours, elle devient en quelque sorte inévitable pour le requérant, qui n'en prendra connaissance que lorsque lui sera notifiée la solution irréversible d'irrecevabilité. Bien qu'elle découle logiquement des conséquences de l'expiration du délai de recours, qui n'autorise en principe plus la formulation de conclusions nouvelles, il n'en reste pas moins que, dans cette configuration, elle voue à l'échec un recours pourtant introduit dans le délai imparti.

L'évolution, dans l'hypothèse des demandes d'annulation partielle des décisions indivisibles, devrait alors consister en l'aménagement du régime des irrecevabilités

¹⁷⁶⁸ Article R. 612-1 du code de justice administrative.

régularisables avant l'expiration du délai de recours. Une fois le recours introduit, dans les délais, et le contrôle déclenché, le requérant devrait pouvoir, après y avoir été dûment invité par la juridiction, rectifier formellement sa demande afin d'en assurer la recevabilité. En d'autres termes, la régularisation d'une requête enregistrée avant l'expiration du délai de recours devrait être possible indépendamment de cette échéance. Cette solution découle de la nécessité de laisser au requérant une chance effective de régularisation. Par ricochet, elle implique la neutralisation de l'effet extinctif du délai de recours, mais seulement en tant qu'il fait obstacle à la régularisation de la requête.

Cette solution existe déjà d'ailleurs en droit positif, mais elle reste cantonnée aux contentieux sociaux. L'article R. 772-6 du code de justice administrative dispose en effet non seulement qu'une requête de première instance ne peut être rejetée pour défaut ou insuffisance de motivation sans que le requérant n'en soit informé, mais également que le requérant doit être invité à régulariser sa requête dans un délai « *dont le terme peut-être fixé au-delà de l'expiration du délai de recours* ». L'expiration du délai de recours peut donc ne pas avoir l'effet couperet qui lui est attribué en contentieux général s'agissant du régime de régularisation des irrecevabilités liées à la formulation de nouvelles conclusions. La nécessaire loyauté dans la conduite de l'instance devrait amener le juge de la légalité à adopter une position identique s'agissant des demandes d'annulation partielle d'un acte indivisible. Facilement identifiables, de telles hypothèses restent également rares. L'obligation d'inviter le requérant à régulariser sa demande par la formulation de conclusions en annulation totale s'avère donc envisageable en pratique.

S'agissant du délai accordé pour une telle régularisation, dont le terme pourrait donc être fixé postérieurement à l'expiration du délai recours¹⁷⁶⁹, il ne paraît pas ébranler de manière dirimante les fondements du régime de la recevabilité des recours, ni le principe de sécurité juridique. Il ne s'agit que d'un aménagement du régime des régularisations, qui ne serait plus cantonné à une catégorie particulière de requérants, réputés moins bien armés pour faire face aux carcans de la procédure administrative contentieuse. Quant à l'administration défenderesse, la mutation des conclusions en annulation totale lui serait bien évidemment communiquée, en principe lors de la communication du recours si la demande de régularisation a bien été effectuée en amont. Si tel n'est pas le cas, et que la demande de

¹⁷⁶⁹ Lequel commence à courir au plus tard au jour de l'introduction de la requête.

régularisation apparaît tardivement, non pas en réponse à l'enregistrement de la requête mais au moment de l'examen du dossier par le magistrat rapporteur par exemple, la solution ne pourrait qu'être maintenue en son principe. Un requérant ne saurait en effet pâtir des effets indésirables induits par l'encombrement des juridictions administratives. Quant à l'administration, une fois la requête introduite et le contrôle déclenché, elle devrait alors considérer l'acte « en sursis » dans sa totalité, ce qui est probablement déjà le cas en pratique. D'où l'importance que revêtent les efforts inlassablement fournis relativement à la réduction des délais de jugement.

Ainsi, l'hypothèse dans laquelle un requérant sollicite, à tort, l'annulation partielle d'une décision indivisible, le juge ne serait pas en mesure de soulever d'office des conclusions tendant à l'annulation totale de l'acte – compte tenu de l'irrecevabilité de la requête – mais il devrait pouvoir l'inviter à régulariser sa demande dans un délai imparti, indépendamment de l'expiration éventuelle du délai de recours. Une telle solution, si elle suppose encore davantage d'investissement de la part des tribunaux, reste malgré tout marginale, et ce d'autant que tout avocat averti¹⁷⁷⁰ n'a qu'à conclure subsidiairement à l'annulation totale de la décision pour s'assurer de la recevabilité de la requête à cet égard. La situation est toutefois toute autre s'agissant de la demande d'annulation de certaines dispositions d'une décision divisibles des autres.

2) Annulation partielle et décision divisible

Une solution novatrice. Lorsqu'un requérant sollicite l'annulation partielle de dispositions divisibles d'un acte, sa requête n'est alors plus irrecevable, du point de vue de son objet tout du moins. Il est en effet toujours loisible au justiciable de faire preuve d'un discernement opportun dans la circonscription de l'objet de sa demande, conformément non pas à l'intérêt pour agir dont il disposerait potentiellement, mais à l'intérêt réel qu'il possède d'obtenir l'annulation d'une certaine partie d'un acte seulement. Il ne s'agirait dès lors pas de répudier toute solution ou toute demande d'annulation partielle mais de tirer les conséquences logiques, en termes de légalité, de l'inadéquation de l'envergure des moyens soulevés avec l'objet de la demande.

¹⁷⁷⁰ Notons que la solution ne devrait cependant pas différer suivant que le requérant soit ou non assisté d'un conseil puisque, de manière constante, le choix d'un avocat inexpérimenté ne doit pas pénaliser un justiciable plus que de raison.

Lorsqu'un vice d'incompétence entache un acte d'illégalité, la solution d'annulation partielle ne répond vraisemblablement pas aux exigences du contrôle juridictionnel de légalité, et ce alors même qu'elle est conforme à l'objet de la demande. La solution consistant à prononcer l'annulation totale de l'acte malgré les conclusions circonscrites du requérant serait la seule hypothèse dans laquelle soulever d'office des conclusions n'aurait pas pour conséquence de faire uniquement droit à la demande du requérant. Elle nécessiterait alors de dépasser l'idée selon laquelle le « *juge ne s'estime pas compétent pour fonder sur sa propre conviction le redressement de la demande* »¹⁷⁷¹.

Une telle proposition se fonde sur l'aboutissement du contrôle opéré par le juge de la légalité, qui devrait pouvoir tirer les principales conséquences de l'illégalité d'un acte, alors même que seule son annulation partielle lui est formellement demandée. La requête a franchi tous les obstacles liés à sa recevabilité, une volonté personnelle s'est exprimée pour voir annuler une partie de l'acte et son illégalité est avérée. Le juge devrait alors pouvoir statuer *ultra petita* afin de conférer au recours toute sa portée utile en tant que garantie du principe de légalité. Aucun obstacle théorique ne s'y oppose¹⁷⁷² et la mise en œuvre pratique d'une telle solution, d'occurrence exceptionnelle, mérite simplement d'être précisée.

Les principes gouvernant de telles solutions restent constants : il ne doit pas être question de remettre en cause le régime de recevabilité des recours ni de trahir la volonté du requérant en conférant à son recours une portée non désirée.

Une requête recevable. La demande en annulation du requérant doit à l'évidence être recevable, ainsi qu'en témoigne la solution d'annulation partielle potentiellement retenue. Ce n'est que la portée de cette annulation, en ce qu'elle concernerait des dispositions non contestées initialement, qui devrait être étendue. Des précisions doivent néanmoins être apportées quant au respect des délais de recours contentieux et à la condition de l'intérêt pour agir, susceptible de n'être que partiel.

S'agissant des délais de recours, ils seraient considérés comme virtuellement respectés du fait de la recevabilité de la demande initiale. Les conclusions en annulation soulevées

¹⁷⁷¹ DEBBASCH (C.), « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », *JCP*, 1982, I, 3085, n° 4.

¹⁷⁷² Cf. *supra* Partie II – Titre I.

d'office seraient réputées avoir pu l'être utilement au jour de l'introduction de la requête. Il s'agit de dispositions dont le juge s'emparerait d'office afin de tirer toutes les conséquences de l'illégalité portée à sa connaissance. L'annulation totale découlerait naturellement du moyen retenu au soutien des conclusions à fin d'annulation partielle, le juge ne faisant qu'en tirer les conséquences logiques. En un certain sens, l'annulation de l'ensemble de l'acte serait entraînée « par voie de conséquence » de l'illégalité globale l'entachant. Par ailleurs, s'agissant de conclusions d'ordre public, si elles ne s'affranchiraient pas de toute condition de recevabilité, elles supposeraient de pouvoir en aménager les effets. La sécurité juridique resterait sauve en ce que l'acte aurait, en tout état de cause, été contesté dans les délais de recours, par un requérant y ayant intérêt. Une fois le contrôle juridictionnel régulièrement déclenché, l'administration devrait alors avoir conscience des potentialités d'un tel processus qui a pour objet la censure des actes administratifs illégaux.

S'agissant de l'intérêt pour agir, une telle condition de recevabilité peut contrevenir aux solutions proposées dans la mesure où il peut n'être que partiel. En d'autres termes, et contrairement à ce qui prévaudrait relativement aux délais de recours, le requérant n'aurait virtuellement pas été recevable à soulever des conclusions à fin d'annulation totale de la décision dès lors que « *l'intérêt à agir partiel ne permettra d'obtenir son annulation que relativement au requérant* »¹⁷⁷³. Dans ce cas de figure d'un intérêt suffisant à agir contre certaines dispositions de l'acte seulement¹⁷⁷⁴, le Conseil d'Etat soit procède à une interprétation « conforme » de la demande en ce sens¹⁷⁷⁵, soit oppose l'irrecevabilité partielle de la demande¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷³ LEBRETON (G.), « L'intérêt à agir partiel », *RFDA*, 1988, p. 923, spéc. p. 925.

¹⁷⁷⁴ Il convient de distinguer ces hypothèses de celles dans lesquelles l'annulation partielle est le résultat de l'argumentation du requérant, seulement susceptible de fonder l'annulation dans cette mesure. Lorsque le moyen n'est susceptible de fonder la censure que d'une partie (divisible) de l'acte, il relève de l'office du juge de ne prononcer qu'une annulation partielle. Une requête ne contenant que des moyens propres à fonder une annulation partielle peut d'ailleurs être regardée comme ne tendant en réalité qu'à une telle fin. *Cf. supra*.

¹⁷⁷⁵ Voir pour un exemple récent CE, 17 juin 2015, *Syndicat national des industries des peintures, enduits et vernis*, n° 375853 ; *AJDA*, 2015, p. 1236, note J.M. Pastor ; *JCP A*, 2015, n° 26, act. 579, F. Tesson : « (...) *Considérant que les dispositions du décret attaqué s'appliquent à la mise sur le marché des produits de construction et de décoration ainsi que des équipements électriques, électroniques et de génie climatique destinés à la vente aux consommateurs ; que les requérants regroupent seulement des fabricants de produits de construction et de décoration ; qu'ils n'ont, dès lors, pas d'intérêt leur donnant qualité pour agir contre le décret en tant qu'il s'applique aux équipements électriques, électroniques et de génie climatique ; que leurs conclusions doivent être regardées comme dirigées contre le décret en tant seulement qu'il s'applique aux produits de construction et de décoration (...)* ».

¹⁷⁷⁶ Voir not. CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique*, p. 258 ; *AJDA*, 1984, p. 627, concl. D. Labetoulle : l'Union requérante ne représentant que les intérêts des

Le principe même d'un intérêt pour agir « partiel » est sujet à controverses, notamment lorsqu'il s'applique non pas à un « *"acte à tiroirs" (...) qui édicte des dispositions différentes pour chacune des catégories d'intéressés qu'il distingue* »¹⁷⁷⁷ et pourrait être remplacé par plusieurs décisions distinctes, mais à un « *"acte standard" (...) qui édicte des dispositions semblables pour l'ensemble des catégories d'intéressés visées* »¹⁷⁷⁸. Malgré une marque d'hésitation¹⁷⁷⁹, le Conseil d'Etat fait néanmoins prévaloir la spécificité de l'intérêt pour agir sur l'uniformité de l'acte.

Les conséquences d'une telle jurisprudence se rapprochent de celles que les conclusions d'ordre public auraient vocation à corriger, à savoir l'annulation partielle d'un acte entaché d'illégalité dans sa totalité. Un tel positionnement témoigne d'un arbitrage dont la fragilité est attestée par les conclusions contraires du commissaire du gouvernement de l'époque qui proposait « *de ne pas "fractionner" la recevabilité d'une requête dirigée contre un acte édictant les mêmes règles pour diverses catégories* »¹⁷⁸⁰, solution paraissant « *tout de même plus conforme à l'inspiration générale de la théorie du recours pour excès de pouvoir de s'en tenir à l'idée traditionnelle selon laquelle dès lors qu'un acte illégal est régulièrement attaqué il est annulé "erga omnes"* »¹⁷⁸¹. De ce point vue – partagé –, si « *le texte attaqué est illégal, une annulation totale est à tout prendre préférable à une annulation partielle qui le laisse subsister pour une partie de son champ d'application alors que son illégalité a été proclamée et (...) [que] l'administration est tenue de l'abroger si elle est saisie d'une demande en ce sens* »¹⁷⁸².

Ce n'est malgré tout pas la position adoptée par la Haute juridiction qui ne retiendra que la recevabilité partielle des conclusions, conformément à la qualité de l'auteur du recours. Bien qu'il soit tentant de contester le bien-fondé d'une telle solution, ce n'est pas l'objet du propos qui reste dans son ensemble étranger à l'évolution du régime de recevabilité des

fonctionnaires civils de l'Etat, elle ne peut agir contre un décret relatif aux rémunérations dans la fonction publique que dans cette mesure, et non pas en tant qu'il s'applique également aux fonctionnaires militaires et aux agents de la fonction publique d'Etat.

¹⁷⁷⁷ LEBRETON (G.), « L'intérêt à agir partiel », art. préc., p. 926.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.* p. 927.

¹⁷⁷⁹ CE, Ass., 12 décembre 1952, *Sieur Narbonne*, p. 574 : solution d'annulation totale malgré un intérêt pour agir partiel.

¹⁷⁸⁰ LABETOULLE (D.), concl. sur, CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique*, p. 258, *AJDA*, 1984, p. 627.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*

¹⁷⁸² *Ibid.*

recours, lequel suppose de nombreuses et diverses considérations nécessitant une approche plus approfondie de ses implications. S'agissant des conclusions d'ordre public, le juge ne pourrait s'en emparer de manière constante que sous réserve de la recevabilité des conclusions en annulation initiales. Conformément à cette logique, un intérêt à agir partiel ferait alors obstacle à ce que le juge annule d'office l'acte dans son intégralité, quand bien même son illégalité serait avérée. Cette position doit s'expliquer par la discipline qu'imposent légitimement les conditions de recevabilité des recours auxquelles il n'a jusqu'à présent pas été question de déroger. Par souci de cohérence et de circonscription des évolutions défendues, il n'est pas proposé de faire évoluer les conditions de recevabilité des conclusions en annulation et d'en tirer toutes les conséquences en termes de prérogatives dont le juge dispose d'office. Ainsi, si le requérant n'avait pas été recevable à demander l'annulation totale de l'acte au jour d'introduction de son recours, le juge aurait été dans l'impossibilité de se saisir d'office de telles conclusions, virtuellement irrecevables. Une telle réserve peut apparaître paradoxale au regard de l'audace dont le juge devrait pouvoir faire preuve à d'autres égards, mais il ne faudrait pas que les solutions proposées engendrent des bouleversements de nature à leur faire perdre toute vraisemblance.

Un requérant consentant. Contrairement aux hypothèses précédemment évoquées, annuler l'acte dans son ensemble ne consisterait pas pour le juge à faire droit à ce que le requérant souhaitait « réellement » mais à tirer les conséquences évidentes d'une illégalité avérée. Cette démarche supposerait nécessairement d'être clairement affichée et donc soumise à la contradiction afin d'y associer les parties. Plusieurs éléments méritent à cet égard d'être précisés.

D'une part, le requérant doit rester maître de l'existence du lien initial d'instance, bien que sa substance puisse dans une certaine mesure lui échapper. Ainsi, averti de ce que son recours serait susceptible de conduire à l'annulation totale de l'acte là où il n'en sollicitait que la censure incomplète, il lui serait toujours loisible d'y renoncer par la manifestation d'une volonté de désistement. L'on imagine alors le cas dans lequel le justiciable aurait plus à perdre qu'à gagner à l'annulation de l'ensemble des dispositions de la décision attaquée. Le juge n'aurait d'autre choix que de donner acte d'un tel désistement, la création et l'extinction

du lien d'instance devant impérativement rester à la seule disposition des parties¹⁷⁸³. Dans cette mesure, la volonté du requérant resterait par principe préservée.

D'autre part, et conséquemment, un tel pouvoir d'initiative de la part du juge pourrait contraindre le requérant désireux d'une annulation circonscrite à faire coïncider le fond de son argumentation à l'objet de sa demande. De deux choses l'une alors : soit le requérant assume de soulever un moyen susceptible d'emporter l'annulation de l'acte dans son ensemble, soit il lui appartiendrait de ne soulever que des moyens susceptibles de fonder l'annulation de certaines dispositions de l'acte seulement. Cette concordance des moyens et des fins participe assurément d'une démarche plus loyale, tant à l'égard du juge qu'à l'égard de l'administration. Ces préoccupations, qui résultent naturellement de l'articulation des impératifs régissant l'accès au juge, paraissent se dessiner par ailleurs dans la jurisprudence récente et de plus en plus sophistiquée du Conseil d'Etat, démontrant si besoin en était tout le pragmatisme, teinté de progressisme, dont il sait faire preuve.

Ainsi, par une décision du 13 mars 2015¹⁷⁸⁴, la Section du contentieux du Conseil d'Etat a fait évoluer de manière notable la jurisprudence relative à la divisibilité des prescriptions dont est assortie une autorisation d'urbanisme. Dorénavant, le titulaire de l'autorisation d'urbanisme est recevable à demander l'annulation d'une ou plusieurs prescriptions dont elle est assortie, indépendamment de leur caractère divisible ou non. En revanche, il ne pourra soulever au soutien de telles conclusions que des moyens relatifs au bien-fondé des prescriptions critiquées ou au respect des exigences procédurales propres à leur édicition. Le juge ne pourra alors annuler ces prescriptions que dans l'hypothèse où une telle annulation ne sera pas susceptible de remettre en cause la légalité de l'autorisation d'urbanisme.

Alors que la divisibilité de la décision n'apparaît plus dans ce cas de figure comme une condition de recevabilité du recours mais de mise en œuvre de ses pouvoirs d'annulation partielle par le juge, la Section du contentieux entérine une « *logique de cantonnement des*

¹⁷⁸³ Cf. *supra* Partie II – Titre I.

¹⁷⁸⁴ CE, 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, n° 358677, p. 91 ; *BJDU*, n° 3, 2015, p. 207, concl. A. Lallet ; *AJDA*, 2015, p. 985, chron. J. Lessi, L. Dutheillet de Lamothe ; *RDI*, 2015, p. 375, obs. P. Soler-Couteaux.

moyens, inédite en excès de pouvoir »¹⁷⁸⁵, le débat contentieux se trouvant délimité par l'objet de la demande, à savoir l'annulation d'une prescription. Cette position semble motivée « *par un logique moralisatrice, pour éviter l'effet d'aubaine qui conduirait le requérant à se prévaloir d'une illégalité viciant le principe même de sa propre autorisation* »¹⁷⁸⁶.

La même logique pourrait être transposée à une demande d'annulation partielle en règle générale. Si le requérant ne veut voir annuler l'acte qu'il conteste que partiellement il ne devrait pas soulever de moyens susceptibles d'en fonder l'annulation totale. Pour rester dans le « *laboratoire contentieux* »¹⁷⁸⁷ du droit de l'urbanisme, lorsqu'un requérant sollicite l'annulation d'un document tel qu'un plan local d'urbanisme en tant qu'il procède au classement d'une des parcelles dont il est propriétaire en zone naturelle ou agricole – essentiellement inconstructibles – il peut ne pas avoir intérêt à voir le document annulé dans son ensemble dans la mesure où d'autres parcelles lui appartenant ont pu être classées quant à elles en zone urbaine ou à urbaniser par exemple. Il lui appartiendrait alors de circonscrire son argumentation à des moyens conformes à ses attentes en se départissant des réflexes contentieux consistant à remettre systématiquement en cause la procédure d'élaboration de l'acte par exemple. A défaut d'une telle retenue, il devrait assumer de courir le risque d'une annulation totale « par voie de conséquence », sous réserve d'un désistement suite à la communication des conclusions en annulation totale susceptibles d'être relevées d'office par le juge.

Ainsi, la possibilité offerte au juge de se saisir d'office de certaines conclusions n'est innovante qu'en tant qu'elle autoriserait l'annulation totale d'un acte dont seule une partie aurait été formellement contestée par le requérant. En toute hypothèse, l'exercice de ce pouvoir resterait conditionné tant par la recevabilité du recours que par la maîtrise permanente exercée par le requérant sur l'existence du lien initial d'instance. Par ailleurs, et il convient d'insister sur cet aspect des choses, ces hypothèses resteraient de réalisation exceptionnelle, ne générant aucunement une charge supplémentaire que ne seraient pas en mesure d'absorber les juridictions administratives. Ainsi en irait-il également s'agissant de la généralisation des moyens d'ordre public.

¹⁷⁸⁵ LESSI (J.), DUTHEILLET de LAMOTHE (L.), « L'autorisation d'urbanisme, combien de divisions ? », *AJDA*, 2015, p. 985.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*

§2 : Les hypothèses de moyens d'ordre public

La généralisation des moyens d'ordre public, ou plus précisément la fin de leur distinction avec les moyens ordinaires, n'entraînerait pas un accroissement considérable de la tâche confiée au juge administratif de la légalité. Contrairement au régime des conclusions d'ordre public, plus innovant, le régime des moyens d'ordre public, déjà très encadré, ne nécessiterait que sa transposition à l'ensemble des moyens (A). Les hypothèses de réunion des conditions nécessaires à l'exercice d'une telle prérogative resteraient donc relativement rares, voire amenées à se raréfier du fait de l'émergence éventuelle d'un nouveau régime de recevabilité des moyens (B).

A. La transposition d'un régime encadré

Si tout moyen pouvait potentiellement être soulevé d'office par le juge de la légalité, il n'en resterait pas moins que l'exercice d'une telle prérogative nécessiterait la réunion d'un certain nombre de conditions restées inchangées. Le bien-fondé du moyen devrait en effet toujours résulter des pièces du dossier (1), ce résultat ayant néanmoins pu nécessiter une mesure d'instruction, ou tout du moins une certaine initiative de la part du juge (2).

1) Un moyen résultant des pièces du dossier

Éléments portés à la connaissance du juge. Le juge de la légalité ne peut en principe relever d'office un moyen que dans la mesure où son bien-fondé « *ressort manifestement des pièces du dossier* »¹⁷⁸⁸, selon la formule consacrée. Cette solution suppose une certaine passivité de la part du magistrat, qui ne peut donc rechercher activement un tel moyen, mais seulement le « *constater, d'après les pièces du dossier* »¹⁷⁸⁹. Une telle démarche doit en

¹⁷⁸⁸ CE, 21 octobre 1959, *Korsec*, p. 533 ; également CE, 1^{er} mars 1972, *Ducreux*, p. 179 ; ou encore CE, 14 novembre 1980, *Union départementale syndicat CFDT du Tarn*, p. 422 : en l'absence de toute contestation sur ce point le juge administratif ne peut soulever d'office l'incompétence d'un inspecteur du travail pour recevoir une demande d'autorisation de licenciement que si cette incompétence ressort des pièces du dossier au vu duquel il statue.

¹⁷⁸⁹ CE, 22 janvier 1928, *Sieur Grainetier*, p. 28.

quelque sorte relever de l'évidence¹⁷⁹⁰, ainsi qu'en témoigne l'emploi de l'adjectif *manifestement* qui insiste sur le caractère incontournable du bien-fondé du moyen.

Le pouvoir d'initiative accordé au juge de par la saisine d'office d'un moyen est immédiatement contrebalancé par la passivité qui lui est corrélativement imposée. Le juge ne doit pas rechercher de lui-même le moyen susceptible de fonder l'annulation, celui-ci doit en quelque sorte s'imposer à lui. Et il ne paraît pas envisageable de revenir sur cet élément conditionnant tant l'efficacité d'un tel pouvoir que son existence même. Il ne saurait être raisonnablement question d'attendre du juge qu'il examine de son propre chef, fût-ce implicitement, l'ensemble des illégalités susceptibles d'affecter un acte. Et ce ne serait pas davantage le cas dans l'hypothèse où l'ensemble des moyens pourrait être relevé d'office par le juge.

Concéder au juge la prérogative de se saisir de tout moyen de nature à fonder l'annulation d'une décision ne signifie pas l'autoriser à rechercher de lui-même l'ensemble des illégalités susceptibles de l'entacher, pas davantage que ne le signifie à l'heure actuelle le régime des moyens d'ordre public. Le bien-fondé d'un moyen d'ordre public doit – et devrait toujours dans l'hypothèse d'une généralisation – résulter des pièces du dossier c'est-à-dire de l'ensemble des éléments portés à la connaissance du juge, tant factuels que juridiques. Les hypothèses ne sont pas si nombreuses ; mais il n'est pas non plus si rare que le bien-fondé d'un moyen, qui n'est pas formellement formulé, relève d'une évidence qu'aucun membre de la formation de jugement ne saurait nier mais dont aucun n'est actuellement en mesure de tirer les conséquences.

L'ensemble des éléments de fait et de droit portés à la connaissance du juge par le jeu du débat contradictoire, de même que ses propres connaissances juridiques – qu'il ne saurait non plus feindre d'ignorer sous peine de méconnaître l'essence de son office – amènent parfois à faire émerger une illégalité avérée mais que le requérant n'invoque pas expressément. Dans cette configuration, et dans cette configuration seulement, le juge devrait¹⁷⁹¹ s'en saisir d'office. L'argument consistant à invoquer l'insuffisance des moyens

¹⁷⁹⁰ Cf. sur cette question BROUELLE (C.), « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 273. ; v. également VINCENT (J.Y.), *L'évidence en contentieux administratif*, Presses universitaires de Rennes, 2013.

¹⁷⁹¹ Cf. *infra* Section suivante.

matériels dont dispose le juge pour faire obstacle à la généralisation des moyens d'ordre public ne saurait dès lors tenir. Il ne lui serait pas davantage demandé qu'actuellement. Simplement, lorsque de l'examen du dossier ressortirait une illégalité entachant l'acte et susceptible de fonder son annulation, le juge ne s'arrêterait plus à la limite purement formelle que constituent les écritures des parties. Le requérant sollicitant l'annulation d'une décision et mettant à même le juge de faire droit à sa demande, le fait qu'il n'invoque pas expressément ou suffisamment précisément l'illégalité, au demeurant démontrée, ne constituerait plus un obstacle à la censure de l'acte.

Il serait possible de discuter de la limite de ce qui relève manifestement des pièces du dossier et de ce qui n'en relève pas, mais il s'agirait d'un débat essentiellement formel. Si l'illégalité est avérée et que le juge dispose des éléments nécessaires à la rédaction d'un considérant d'annulation, le bien-fondé du moyen devrait être considéré comme « *ressortant manifestement des pièces du dossier* » au sens de la jurisprudence actuelle. Dans l'hypothèse où les écritures et les pièces produites révéleraient une illégalité, le juge devrait s'en saisir et tirer toutes les conséquences de son contrôle, sous réserve bien entendu du respect du principe du contradictoire¹⁷⁹².

Éléments relatifs à l'instance. Une difficulté peut néanmoins entraver la simplicité apparente de la démarche lorsque l'illégalité d'un acte est portée à la connaissance du juge par les éléments relatifs à un autre dossier. Tel est par exemple le cas lorsque la requête au fond était accompagnée d'une demande de suspension et que les dossiers ne sont, en réalité, pas formellement identiques. Il s'agit alors d'une difficulté relative aux exigences de la contradiction, laquelle ne suppose qu'une communication aux parties pour en assurer le respect. Ainsi, le juge peut par exemple d'ores et déjà procéder lui-même au versement d'une pièce d'un dossier à l'autre¹⁷⁹³. De même aurait-il dû procéder ainsi lorsqu'il a procédé à la jonction de deux requêtes distinctes présentées par deux requérants et qu'il fonde sa décision à l'égard du deuxième requérant sur un élément qui n'était mentionné que dans la requête du premier¹⁷⁹⁴. L'irrégularité de la démarche n'est alors constituée qu'à l'égard de la méconnaissance des exigences de la contradiction.

¹⁷⁹² Cf. *infra* Chapitre suivant.

¹⁷⁹³ CE, 12 février 2003, *CCAS de la Commune de Castenet-Tolosan*, n° 249205 ; CE, 30 juin 2004, *Commune de Bertrange*, n° 264295.

¹⁷⁹⁴ CE, 29 octobre 2012, *Kessler*, n° 346641.

Toutefois, le principe du contradictoire ne doit pas constituer la seule limite au pouvoir du juge de soulever d'office tout moyen d'annulation, afin de se prémunir contre d'éventuelles dérives dont il ne faudrait pas occulter l'éventualité sous prétexte de la présomption d'impartialité dont bénéficie tout magistrat. Les prérogatives conséquentes qu'il est proposé d'accorder au juge de la légalité doivent être encadrées de manière à en éviter, autant que possible, leur instrumentalisation à des fins étrangères à la prééminence de la légalité. Un tel dévoiement est néanmoins toujours possible et aucun régime, aussi encadré soit-il, ne saurait faire obstacle à une volonté déterminée de détournement des finalités initialement légitimes d'un procédé. Toujours est-il que l'illégalité dont le juge se saisit d'office devrait résulter des pièces du dossier qui lui ont été soumises relativement à une instance déterminée.

On retrouve alors une nouvelle fois cette notion de loyauté de la procédure qui peut constituer une limite « naturelle » à l'usage de ses prérogatives par le juge de la légalité. Par exemple, dans l'hypothèse où plusieurs requêtes sont dirigées contre un même acte mais que seul un des dossiers permet de regarder un motif d'annulation comme établi, le juge ne devrait pas pouvoir s'en saisir dans les autres dossiers. Dans ce cas le bien-fondé du moyen retenu n'est pas « en germe » dans les écritures mais complètement extérieur au litige tel qu'il est soumis au juge. Bien que la contradiction puisse être considérée comme préservée dès lors que la partie défenderesse est la même dans chaque affaire, il semble que l'on atteigne ici les limites formelles de l'exercice. Ou bien faudrait-il que le juge verse lui-même au dossier la pièce ou l'élément sur lequel il entend fonder sa décision d'annulation.

Il ne saurait être question de considérer que le juge ne puisse « *statuer sur un recours sans avoir examiné le bien-fondé de tous les moyens d'ordre public qu'il peut y avoir matière à prendre en considération* »¹⁷⁹⁵. Il serait simplement en mesure de se saisir d'une illégalité résultant de la combinaison des écritures et des pièces du dossier et qu'il n'ignore actuellement que faute de pouvoir s'en emparer d'office. La rigidité d'une telle condition n'est toutefois pas absolue puisqu'elle est limitée par la possibilité offerte au juge par la jurisprudence d'ordonner une mesure d'instruction lorsqu'il « pressent » le bien-fondé d'un moyen d'ordre public.

¹⁷⁹⁵ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 932.

2) Un pouvoir d'instruction minimal

Un assouplissement concédé. Initialement, le juge s'interdisait « *de procéder à un supplément d'instruction pour vérifier le bien-fondé éventuel d'un moyen qui aurait un caractère d'ordre public, mais sur lequel l'état du dossier ne lui [permettait] pas de se prononcer avec certitude* »¹⁷⁹⁶. Pourtant, en 1987¹⁷⁹⁷, le Conseil d'Etat reconnaît au juge la possibilité de procéder à une mesure de vérification lorsqu'un moyen d'ordre public paraît fondé. Il faut tout de même préciser que dans l'espèce en question il ne s'agissait pas d'un moyen de fond mais d'une tardiveté ne résultant pas des pièces du dossier mais pouvant être présumée au vu de ces pièces. Toutefois, aucune raison objective n'aurait permis de ne pas élargir une telle solution aux moyens d'ordre public substantiels susceptibles de fonder une annulation.

Cette solution, à la délimitation nécessairement délicate, résulte de ce « *qu'il appartient au juge, dans chaque cas d'espèce, de concilier deux ordres de considérations : l'impossibilité théorique et pratique de s'interroger sur des illégalités dont rien au dossier ne permet de supposer l'existence ; la nécessité de ne pas fermer les yeux sur des vices graves que le dossier laisse soupçonner* »¹⁷⁹⁸. Il convient de toujours garder à l'esprit ces deux principes directeurs qui reflètent particulièrement bien les impératifs devant présider à l'initiative du juge de la légalité s'emparant d'office d'un moyen d'annulation.

Cette prise de position témoigne également du pragmatisme qui doit toujours guider la démarche du juge, au détriment d'un certain formalisme dont il fait encore pourtant parfois preuve. De manière générale, autoriser le juge à ordonner une mesure de vérification s'inscrit dans le régime plus général de la preuve devant le juge administratif, lui imposant une immixtion toujours plus importante au sein du débat contradictoire. Ainsi, alors qu'il incombe par principe à chaque partie d'établir les faits nécessaires au succès de sa prétention¹⁷⁹⁹, il appartient néanmoins au juge « *dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les*

¹⁷⁹⁶ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007.

¹⁷⁹⁷ CE, 13 février 1987, *Morel*, n° 42833, T. p. 892 ; *RFDA*, 1988, p. 53, note C. Debouy.

¹⁷⁹⁸ FORNACCIARI (M.), concl. sur CE, 13 février 1987, *Morel*, n° 42833, T. p. 892.

¹⁷⁹⁹ V. par ex. CE, Sect., 20 juin 2003, *Société Etablissements Lebreton*, n° 232832.

éléments de nature à lui permettre de former sa conviction sur les points en litige »¹⁸⁰⁰, ou encore de « demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction »¹⁸⁰¹.

Plus encore, et de manière symétrique aux solutions retenues en contentieux indemnitaire¹⁸⁰², si le juge de l'excès de pouvoir « peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance ; que, le cas échéant, il [lui] revient, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur »¹⁸⁰³.

Une vérité recherchée. Assurément, le juge ne saurait arbitrer passivement un échange d'arguments et se « contenter » de fonder son jugement sur les éléments qui lui sont apportés spontanément par les parties lorsque ceux-ci ne l'éclairent pas suffisamment. En est-il de même s'agissant des moyens d'ordre public : si les écritures associées aux pièces versées au dossier laissent présumer une illégalité qui ne saurait pour autant être considérée comme

¹⁸⁰⁰ CE, Ass., 6 novembre 2002, *M. Moon*, n° 194295, T. p. 806 ; *JCP G*, 2004, n° 3, II 10005, concl. C. Maugué ; *RFDA*, 2003, p. 802, chron. D. Ruzie ; *AJDA*, 2002, p. 1337, chron. F. Donnat, D. Casas.

¹⁸⁰¹ CE, Ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, n° 298348, p. 107 ; *RFDA*, 2009, p. 1125, concl. M. Guyomar ; *AJDA*, 2009, p. 2385, chron. S.J. Lieber et D. Botteghi ; *AJDA*, 2010, p. 1412, étude L. Coutron ; *D.*, 2010, p. 553, obs. M.C. de Montecler, note G. Calvès ; *D.*, 2010, p. 351, note P. Chrestia ; *RFDA*, 2009, p. 1146, note P. Cassia ; *RFDA*, 2009, p. 1269, chron. T. Rambaud, A. Roblot-Troizier ; *RFDA*, 2010, 126, note M. Canedo-Paris ; *RFDA*, 2010, p. 201, chron. C. Santulli ; *RTDE*, 2010, p. 223, note D. Ritleng ; *RTDE*, 2010, p. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.P. Kovar ; *DA*, n° 12, déc. 2009, étude 21 M. Gautier ; *JCP A*, n° 4, 25 Janvier 2010, 2036, note O. Dubos, D. Katz ; *GAJA*, 20^{ème} éd., n° 111.

¹⁸⁰² CE, 15 décembre 2010, *GIE Garde Ambulancière 80*, n° 330867, T. p. 386 ; *AJDA*, 2010, p. 2457, obs. R. Grand ; *Procédures*, n° 4, avril 2011, comm. 153 S. Deygas : le juge qui reconnaît la responsabilité de l'administration et ne met pas en doute l'existence d'un préjudice ne peut, sans méconnaître son office ni commettre une erreur de droit, rejeter les conclusions indemnitaires dont il est saisi en se bornant à relever que les modalités d'évaluation du préjudice proposées par la victime ne permettent pas d'en établir l'importance et de fixer le montant de l'indemnisation. Il lui appartient d'apprécier lui-même le montant de ce préjudice, en faisant usage, le cas échéant, de ses pouvoirs d'instruction.

¹⁸⁰³ CE, 26 novembre 2012, *Mme Cordière*, n° 354108, p. 572 ; *AJDA*, 2012, p. 2247, concl. B. Bourgeois-Machreau ; *AJDA*, 2012, p. 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *DA*, 2013, n° 2, comm. 14, G. Eveillard ; *JCP G*, 2012, 1336, p. 2253.

établie, il lui est alors loisible d'ordonner une mesure d'instruction. Il convient de souligner qu'il s'agit alors dans ce cas pour le juge d'une simple faculté et non d'une obligation¹⁸⁰⁴.

Il semble toutefois que la jurisprudence *Morel* ait quelque peu perdu de son utilité avec l'article R. 611-7 du code de justice administrative qui impose d'informer les parties de ce que la décision à intervenir est susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office. Cette communication du moyen d'ordre public, qui peut également prendre la forme d'une invitation à régulariser s'agissant des fins de non-recevoir, équivaut en réalité à « *l'engagement d'une instruction contradictoire* »¹⁸⁰⁵ et conduit donc nécessairement les parties diligentes à faire valoir tous les éléments dont elles disposent. Par suite, les hypothèses dans lesquelles le juge pourrait être amené à ordonner une mesure d'instruction ne peuvent qu'être marginales, mais ne sont pourtant pas exclues par principe.

Par ailleurs, il faut également relever que le juge dispose des éléments d'information librement accessibles. Ainsi peut-il par exemple s'assurer de la publication d'un arrêté de délégation de signature sans qu'il n'ait fait l'objet d'une communication contradictoire eu égard au caractère réglementaire de l'acte et à sa publication au recueil des actes administratifs¹⁸⁰⁶. Le régime de tels éléments de preuve est néanmoins précisé par le Conseil d'Etat, afin notamment de le soumettre aux exigences de la contradiction. S'agissant de la Cour nationale du droit d'asile en l'espèce, la Haute juridiction considère qu'il lui « *appartient, dans l'exercice de son pouvoir d'instruction, de rechercher, afin d'établir les faits sur lesquels reposera sa décision, tous les éléments d'information utiles ; qu'elle peut à ce titre utiliser, sans les verser au dossier, les éléments d'information générale librement accessibles au public dont elle doit alors indiquer l'origine dans sa décision ; qu'en revanche, elle ne peut ensuite fonder sa décision sur les résultats de ses recherches qu'après avoir versé au dossier, afin que les parties puissent en prendre connaissance et les discuter, les pièces qui contiennent des éléments d'information susceptibles de confirmer ou d'infirmer des circonstances de fait propres au demandeur d'asile ou spécifiques à son récit* »¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰⁴ Cf. *infra*.

¹⁸⁰⁵ CE, 30 décembre 2002, *Thétio*, n° 217703 ; *RJF*, 2003, n° 3, n° 360 : pour la reconnaissance d'un lien d'équivalence entre l'engagement d'une instruction contradictoire et la communication d'un moyen d'ordre public.

¹⁸⁰⁶ CE 26 septembre 1999, *Ferjani*, n° 206386, T. 997 et 1137.

¹⁸⁰⁷ CE, 22 octobre 2012, *Martazanov*, n° 328265, p. 367.

Bien qu'il s'agisse en l'occurrence d'un moyen dont le juge s'est emparé d'office, il ne semble pas que les pouvoirs d'investigation dont il dispose à d'autres égards lui échappent alors. Il faut pourtant insister sur le fait que si les hypothèses d'annulation sur un moyen que les parties n'auraient pas soulevé resteraient rares, celles dans lesquelles une telle annulation justifierait l'exercice par le juge d'un pouvoir d'instruction le seraient d'autant plus. S'il convient de finalement proposer des critères de reconnaissance des cas dans lesquels le juge devrait fonder l'annulation de la décision contestée sur un moyen soulevé d'office, ils s'identifient à ceux dans lesquels le considérant de rejet final est actuellement susceptible de comporter la mention selon laquelle le requérant « *n'est pas fondé, par les moyens qu'il invoque* » à solliciter une telle annulation – précision faite que tous les jugements susceptibles de revêtir une telle incise ne la contiennent pas, les membres de la formation de jugement pouvant délibérément choisir de la passer sous silence. Autrement dit, lorsque les écritures des parties associées aux pièces produites permettent au juge de considérer que la demande d'annulation du requérant est fondée, il devrait être en mesure de la prononcer alors même que le moyen ne serait pas invoqué. Le requérant serait alors fondé à solliciter une telle annulation, mais par un moyen qu'il n'invoque pas formellement.

B. Une raréfaction éventuelle

Alors qu'une annulation sur un moyen relevé d'office nécessite une défaillance de l'argumentation des parties que l'on peut espérer se dissipant avec la généralisation du ministère d'avocat **(1)**, les premiers signes de l'émergence de l'exigence d'un intérêt à invoquer un moyen laissent présager un éventuel resserrement d'une telle recevabilité à laquelle les moyens soulevés d'office par le juge ne pourraient faire exception **(2)**.

1) Une défaillance limitée des parties

Une argumentation déficiente. Toutes les hypothèses exposées n'ont vocation qu'à pallier les défaillances du requérant, ou de son conseil. Il ne faut alors pas perdre de vue que le juge ne peut être amené à soulever d'office un moyen d'annulation que dans les cas où les parties « *défaillent à fournir d'elles-mêmes le moyen d'ordre public* »¹⁸⁰⁸. A l'évidence, un moyen soulevé n'a pas à être relevé d'office. Il convient néanmoins de nuancer

¹⁸⁰⁸ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, p. 82.

immédiatement le propos : la défaillance de l'argumentation ne saurait toutefois n'être que relative dès lors que tant les écritures que les pièces devront permettre, comme c'est le cas actuellement, de faire émerger le moyen dont le juge se saisira de sa propre initiative. Le juge ne peut et ne pourra jamais fonder une décision d'annulation sur un dossier vide.

Au final, l'insuffisance de l'argumentation se révèle surtout formelle. Les prémisses du raisonnement sont soumises au juge, mais il manque l'aboutissement d'une proposition efficace. L'intervention du juge de la légalité n'apparaît alors que palliative, celui-ci n'étant jamais en mesure de construire un dossier à la place des parties. A cet égard, il ne devrait plus apparaître « *périlleux pour une juridiction de soulever un moyen d'office* »¹⁸⁰⁹. Notons que cela devrait l'être d'autant moins que la fin de la distinction entre les moyens ne ferait plus courir à la juridiction le risque de l'erreur droit, qui sanctionne actuellement les jugements fondés sur un moyen relevé d'office mais non revêtu du sceau de l'ordre public¹⁸¹⁰.

Les moyens de nature à fonder une illégalité sont « *apportés par le juge* »¹⁸¹¹ ou « *à la portée du juge* »¹⁸¹² dans la mesure seulement où le requérant ne s'en serait pas formellement saisi, la prérogative du relevé d'office revêtant alors un caractère assurément subsidiaire. Cette subsidiarité suppose également le caractère manifeste de l'illégalité afin que le juge puisse s'en saisir d'office, celui-ci dépendant également de la diligence des parties à nourrir le débat contradictoire.

Signalons cependant les cas d'illégalité dont le juge ne pourrait que difficilement renoncer à s'emparer d'office, à savoir les vices résultant de la forme de l'acte ou de sa portée. Ainsi en est-il par exemple de la rétroactivité d'un acte qui « *apparaît à la simple lecture de cet acte sans qu'il soit nécessaire de procéder à la moindre recherche. Il est alors impossible au juge de l'ignorer* »¹⁸¹³. De même serait-il difficile d'ignorer une absence totale de motivation d'un acte administratif individuel défavorable. De telles hypothèses restent toutefois extrêmement marginales en ce qu'elles supposent à la fois une règle de droit

¹⁸⁰⁹ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007.

¹⁸¹⁰ V. par ex. CE, 19 décembre 2007, *Llusa*, n° 245992 : à propos sur le moyen soulevé d'office de la méconnaissance de l'article 14 de la CEDH : « *qu'en se fondant sur un tel moyen, qui n'est pas d'ordre public, la cour régionale a entaché son arrêt d'erreur de droit* ».

¹⁸¹¹ BAILLEUL (D.), *Le procès administratif*, LGDJ, 2014, p. 123.

¹⁸¹² BROUELLE (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2013, p. 130.

¹⁸¹³ GREVISSE (S.), concl. sur CE, Sect., 8 novembre 1968, *Sieur Ménez*, n° 72371, p. 557.

que le juge garde en permanence à l'esprit, telle que la loi du 11 juillet 1979 par exemple, mais également que la méconnaissance de cette règle ressorte de manière flagrante de l'acte lui-même. Il faut également supposer que la réunion de ces deux éléments d'évidence n'aura pas échappé au requérant, ou plus particulièrement à son conseil.

Un conseil performant. La généralisation du ministère d'avocat dans les faits, grâce notamment au système de prise en charge financière que constitue l'aide juridictionnelle, laisse présager de ce que les requêtes présentées par l'intermédiaire d'un tel conseil ne supposent que de plus en plus exceptionnellement l'intervention du juge pour en pallier les insuffisances. Les requérants – bien avisés en sont-ils – ne se présentent généralement pas seuls devant la juridiction administrative¹⁸¹⁴. Si l'absence d'obligation du ministère d'avocat en recours pour excès de pouvoir peut présenter les vertus d'une meilleure accessibilité au prétoire, elle présente également les travers d'une largesse faussement profitable¹⁸¹⁵. Toujours est-il que la démocratisation de l'accès au ministère d'avocat associée à l'encouragement d'une spécialisation en droit public permettent d'envisager des saisines du juge de la légalité toujours mieux construites et toujours plus efficaces, garantissant la subsidiarité de l'exercice de ses prérogatives.

Dans l'hypothèse d'une généralisation des moyens d'ordre public, le juge ne devrait alors relever d'office que les moyens susceptibles de justifier l'annulation de la décision attaquée dont le bien-fondé serait établi¹⁸¹⁶ par les pièces du dossier et que le requérant n'aurait pas formellement invoqués. Bien qu'il s'agisse de remarques pour l'heure prospectives, il convient néanmoins d'envisager l'hypothèse dans laquelle le requérant n'aurait pas eu intérêt à invoquer le moyen d'annulation que le juge se proposerait de relever d'office, à savoir celle de son irrecevabilité.

¹⁸¹⁴ A noter que ce constat varie cependant selon la nature des contentieux.

¹⁸¹⁵ Cf. *supra* Partie I – Titre II – Chapitre II.

¹⁸¹⁶ L'expression peut être préférée à celle de « *ressort manifestement* » qui insiste indûment sur l'attitude supposée attentiste du juge. L'on peut également préférer le terme de « *résulte* » à celui de « *ressort* » qui laisse penser qu'aucun examen des pièces n'a été nécessaire, lesquelles ne font qu'établir les faits allégués. Toutefois, l'expression « *résulte des pièces du dossier* » brouillerait les marqueurs actuels de distinction des offices du juge de l'excès de pouvoir et du plein contentieux.

2) Une recevabilité possiblement conditionnée

L'intérêt à invoquer un moyen. Par principe et de manière constante en contentieux de la légalité, l'intérêt à agir du requérant s'apprécie au regard des conclusions qu'il soulève et non au regard des moyens qu'il invoque¹⁸¹⁷. Toutefois, l'arrêt Ciaudo précédemment évoqué du 13 mars 2015, en restreignant les moyens invocables par le requérant au regard de l'objet de sa demande, pourrait créer une brèche, dans laquelle « *les audaces du contentieux contractuels* »¹⁸¹⁸ trouvent un certain écho.

Ainsi, dans sa décision d'Assemblée du 4 avril 2014¹⁸¹⁹ le Conseil d'Etat entérine la solution selon laquelle dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat, « *les tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* »¹⁸²⁰. Un requérant n'est recevable¹⁸²¹ à invoquer que des moyens en rapport direct avec l'intérêt lésé justifiant également la recevabilité du recours, et donc de ses conclusions. Cette solution se situe dans la droite ligne de la jurisprudence *SMIRGEOMES*¹⁸²² en matière de référé précontractuel mais

¹⁸¹⁷ Voir par ex. CE, 1^{er} juillet 1988, *Société monégasque de location et de négoce de matériel industriel*, n° 18020, inédit : dans la mesure où les requérants justifiaient d'un intérêt pour agir contre une autorisation d'exploiter délivrée par le préfet, ils « *étaient ainsi recevables à se prévaloir de tout moyen de légalité à l'appui de leurs demandes alors même que la règle dont la méconnaissance a été censurée par les premiers juges aurait été édictée au profit de celui qui sollicite l'autorisation d'exploiter* ». Cette espèce illustre parfaitement toute l'objectivité du recours dès lors que l'annulation peut être prononcée sur le fondement d'une disposition ayant pour objet la garantie des droits du pétitionnaire, et dont les tiers peuvent pourtant se prévaloir au détriment de ce dernier.

¹⁸¹⁸ LALLET (A.), concl. sur CE, 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, n° 358677, *BJDU*, n° 3/15, p. 207.

¹⁸¹⁹ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, p. 70 ; *JCP A*, 2014, comm. 2152, note J.F. Sestier ; *JCP A*, 2014, 2153, note S. Hul ; *Contrats et marchés publ.*, 2014, étude 5, P. Rees et repère 5, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *DA*, 2014, comm. 36, note F. Brenet ; *RFDA*, 2014 p. 438, note P. Delvolvé ; *RDI*, 2014, p. 344, obs. S. Braconnier ; *AJCT*, 2014, p. 375, note S. Dyens ; *AJDA*, 2014, p. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi.

¹⁸²⁰ DEVOLVE (P.), « *De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs* », *RFDA*, 2014, p. 438.

¹⁸²¹ A noter que l'arrêt emploie toutefois la formule relative à l'opérance d'un moyen selon laquelle le requérant ne « *peut utilement invoquer* ». Il y a sans doute matière à discussion sur ce point, discussion dans laquelle il ne paraît toutefois pas nécessaire de s'engager au regard de l'objet des présents développements.

¹⁸²² CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, p. 324 ; *AJDA*, 2008, p. 1855 ; *AJDA*, 2008, p. 2161, chron. E. Geffray et S.J. Liéber ; *AJDA*, 2008, p. 2374, étude P. Cassia ; *RDI*, 2008, p. 499, obs. S. Braconnier ; *RFDA*, 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta ; *RFDA*, 2008, p. 1139, note P. Delvolvé.

Sur le mouvement de « Smirgeomisation » : cf. BRENET (F.), comm. sous CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *DA*, 2014, comm. 36 ; et LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), *Contrats et marchés publ.*, 2014, repère 5.

met fin au statut « privilégié » des concurrents évincés qui étaient jusqu'alors recevables à invoquer tout moyen¹⁸²³.

Toutefois, les moyens d'ordre public restent malgré tout à la disposition tant du juge que du requérant « *sans que s'applique l'exigence d'une relation avec sa situation* »¹⁸²⁴. Cette solution n'a toutefois de sens que dans la mesure où l'ensemble des moyens ne revêt pas un caractère d'ordre public, sous peine de faire perdre tout son sens au principe même de l'intérêt à invoquer un moyen. Cette précision essentielle s'agissant du contentieux de la légalité est soulignée par A. Lallet dans ses conclusions sur l'arrêt *Ciaudo*. Après avoir exposé que dans le cadre d'un recours à l'encontre des prescriptions d'une autorisation d'urbanisme le requérant ne pourrait se prévaloir que des vices propres entachant lesdites prescriptions, il précise immédiatement que « *corrélativement, le juge n'aurait pas à soulever d'office un moyen qui aurait emporté l'annulation de la totalité de l'autorisation si celle-ci avait été attaquée* »¹⁸²⁵.

Une telle solution, dont la propagation ne saurait être *a priori* exclue, établit un lien direct entre l'intérêt à soulever certaines conclusions et à invoquer certains moyens. Cette corrélation emportant des effets au stade de la recevabilité des uns comme des autres, le juge ne saurait passer outre. De même qu'il ne saurait soulever d'office des conclusions irrecevables, il ne saurait s'emparer d'office d'un moyen que le requérant n'aurait pas eu intérêt à invoquer, conformément à l'objet de sa demande. Cette optique limiterait alors la réalisation d'une annulation fondée sur un moyen relevé d'office aux seuls cas dans lesquels « *une partie qui aurait intérêt à invoquer un moyen d'ordre public s'abstient de le faire* »¹⁸²⁶.

L'équilibre entre la fonction contentieuse et la fonction de contrôle du juge de la légalité doit refléter l'équilibre de l'instance entre les éléments objectifs de la demande et les

¹⁸²³ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, p. 360 ; *RFDA*, 2007, p. 696, concl. D. Casas ; *JCP A*, 2007, 2212 et *JCP E*, 2007, 2164, notes F. Linditch ; *JCP A*, 2007, 2221, note M.C. Rouault ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 254, note J.P. Pietri ; *AJDA*, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher.

V. également CE, avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446, p. 148 ; *AJDA*, 2012, p. 1109, note P. Cassia ; *BJCP*, 2012, p. 386, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.*, 2012, repère 1, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *DA*, 2012, comm. 64, note F. Brenet.

¹⁸²⁴ DEVOLVE (P.), « De *Martin à Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA*, 2014, p. 438.

¹⁸²⁵ LALLET (A.), concl. sur CE, 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, n° 358677, *BJDU*, n° 3/15, p. 207.

¹⁸²⁶ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008.

éléments subjectifs. L'intérêt pour agir, peut-être appelé à conditionner la recevabilité des moyens, constitue la clé de voûte de l'exercice de la fonction contentieuse, que le renforcement des attributs de la fonction de contrôle ne saurait ébranler. Il ne paraît ni paradoxal, ni invraisemblable d'imaginer la coexistence de l'intérêt à invoquer un moyen et de la généralisation des moyens d'ordre public dans la mesure où les deux hypothèses restent chacune d'occurrence exceptionnelle. Bien que le recours pour excès de pouvoir doive toujours, par principe, ouvrir un contrôle complet de la légalité d'un acte, la concordance de l'intérêt pour agir au niveau des moyens et comme des conclusions ne paraît plus inenvisageable.

Bien que le Conseil d'Etat ait ouvert la voie de cette concordance, il ne faudrait toutefois pas généraliser les apports d'une telle solution, fort particulière, à l'ensemble du contentieux de la légalité. Il convenait simplement de souligner que le mouvement de subjectivisation qui pourrait être décelé ne serait pas incompatible avec le renforcement de « l'office d'office » du juge mais nécessiterait simplement quelques ajustements, dans la mesure en l'occurrence où la recevabilité d'une demande, dans sa finalité ou sa substance, devra toujours conditionner l'annulation juridictionnelle d'une décision administrative¹⁸²⁷.

¹⁸²⁷ Il convient tout de même de préciser que la généralisation des moyens d'ordre suppose en toute logique la fin de la jurisprudence Intercopie, devenue quoiqu'il en soit une coquille vide. Une telle émancipation d'une condition de recevabilité des moyens ne repose toutefois pas tant sur le contournement des règles relatives aux délais de recours que sur l'unification des causes juridiques. *Cf. infra*.

Conclusion de la Section I. Le tour d’horizon des hypothèses dans lesquelles le juge de la légalité serait concrètement amené à se saisir de conclusions ou de moyens d’ordre public démontre leur caractère assurément circonscrit et quantitativement limité. La réalisation de telles hypothèses supposerait la réunion de conditions déterminées et n’impliquerait aucunement une recherche active de la part du juge qui serait simplement mis en mesure de tirer toutes les conséquences d’un constat d’illégalité qui s’imposerait à lui.

La crainte de la complexification ingérable en pratique de la tâche des magistrats ne saurait donc constituer un obstacle à la concrétisation des évolutions proposées. Si la démarche d’identification a permis de caractériser un certain nombre d’hypothèses, celles-ci nécessitent toutefois d’être précisées tant du point de vue de leurs implications quant à l’exercice de la fonction juridictionnelle que de celui de leur champ d’application.

SECTION II

DES HYPOTHÈSES PRÉCISÉES

L'appréhension concrète des situations contentieuses dans lesquelles le juge de la légalité serait amené à prononcer l'annulation d'un acte en se fondant sur des conclusions ou un moyen relevés d'office suppose de préciser l'étendue de l'obligation juridictionnelle qui lui incomberait alors (§1), mais également de déterminer le champ d'application de ses prérogatives au regard de la disparité croissante des pouvoirs dont dispose le juge du plein contentieux objectif (§2).

§1 : Une obligation juridictionnelle entérinée

Les prérogatives dont le juge de la légalité pourrait disposer d'office relativement à la détermination de la matière litigieuse impliquent de se prononcer sur la faculté ou l'obligation qui lui incomberait dans l'exercice de ces nouveaux pouvoirs afin d'en apprécier l'exacte portée. La solution d'un devoir juridictionnel apparaît véritablement justifiée (A), sans pour autant faire obstacle à une certaine maîtrise de cet impératif par le juge (B).

A. Un devoir justifié

Le choix de la faculté offerte au juge d'user ou non des prérogatives qui lui seraient reconnues, bien qu'il existe dans d'autres contentieux, n'apparaît pas adapté à la finalité des telles initiatives en contentieux de la légalité (1). La solution actuellement retenue à propos des moyens d'ordre public serait alors appelée à être maintenue (2).

1) La solution écartée de la simple faculté

Si le droit judiciaire privé et le contentieux constitutionnel des lois donnent des exemples de la faculté laissée au juge de se saisir d'office de certaines questions, ce positionnement ne paraît néanmoins pas envisageable en contentieux administratif de la légalité.

Droit judiciaire privé. La situation n'a pas toujours été des plus claires en procédure civile s'agissant de l'obligation ou de la faculté incombant au juge de se saisir d'office de certaines données juridiques du litige. Sans retracer les différentes conceptions qui ont pu prévaloir tant en jurisprudence qu'en doctrine, la situation actuelle résulte d'un arrêt de la formation plénière de la Cour de Cassation du 21 décembre 2007¹⁸²⁸.

La Cour y opère une distinction entre l'opération de qualification juridique et celle consistant pour le juge à relever d'office un moyen de pur droit. Selon les termes du deuxième alinéa de l'article 12 du code de procédure civile, le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »¹⁸²⁹. L'emploi du verbe « devoir » ne semble laisser aucun doute quant à l'obligation qui incombe alors au juge dans cette situation. En revanche, le troisième alinéa de ce même article, annulé par le Conseil d'Etat¹⁸³⁰, disposait explicitement que « *le juge peut relever d'office les moyens de pur droit* »¹⁸³¹.

En 2007, la jurisprudence de la Cour de Cassation revient à ces choix initiaux de rédaction et considère que si le deuxième alinéa de l'article 12 du code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes. Autrement dit, la requalification des actes et des faits est un devoir alors que soulever d'office un moyen de pur droit reste une faculté.

Il faut immédiatement préciser que la distinction opérée entre les deux cas de figure est loin d'être limpide et que la différenciation de ces deux régimes apparaît d'un maniement délicat. En effet, « *toute opération de requalification implique le relevé d'office d'un moyen*

¹⁸²⁸ Cass. plén., 21 décembre 2007, *GP*, 19 janvier 2008, concl. R. de Gouttes ; *JCP*, 2008, II, 10004, note Weiller ; *Dr. et Proc.*, 2008, p. 96, rapport Loriferne et obs. Lefort ; *BICC*, 15 avril 2008, rapport Loriferne et avis R. de Gouttes ; *D.*, 2008, p. 1102, chron. Deshayes ; *JCP*, 2008, I, p. 138, obs. Amrani-Mekki ; *Procédures*, mars 2008, n° 71, obs. Perrot ; *RDI*, 2008, p. 102, obs. Malinvaud ; *RTDC*, 2008, p. 317, obs. Gautier ; *CCC*, 2008, n° 92, note Leveneur ; *Ann. Loyers*, 2008, n° 10, p. 1982, obs. Martin.

¹⁸²⁹ Pour la confirmation de l'existence d'un devoir : *Civ.*, 3^{ème}, 21 janvier 1987, *RTDC*, 1987, p. 390.

¹⁸³⁰ CE, 12 octobre 1979, *Rassemblements des nouveaux avocats de France*, *D.*, 1979, p. 606.

¹⁸³¹ Ce choix de rédaction entérine les positions de G. Cornu et J. Foyer, mais contrevient à celle exprimée par H. Motulsky.

*de droit : requalifier, c'est substituer à une règle de droit invoquée par les parties une autre règle de droit, donc relever d'office un moyen de droit »*¹⁸³². Outre l'artificialité de la distinction, il en résulte concrètement que le juge civil n'est pas tenu de soulever d'office un moyen de droit. Il ne s'agit pour lui que d'une faculté, d'une possibilité. Dès lors, la « *voie semble désormais ouverte à l'arbitraire du juge, à qui loisir est laissé de changer ou non de fondement juridique à la demande, de soulever ou non d'office une règle de droit »*¹⁸³³.

Telles sont, en effet, les conséquences de la simple possibilité offerte au juge et non de l'obligation qui lui incomberait : il demeure libre de choisir ce que lui semble impliquer son office. Pour certains auteurs, ce « *qui devait être une simple « soupape de sécurité » est en effet aujourd'hui (...) instrumentalisé par la Cour de cassation pour décharger les juges d'une grande part de leur office, dans un contexte où ceux-ci sont privés des moyens financiers adéquats pour assumer correctement leur mission et où l'impératif de la régulation des flux juridiques l'emporte sur celui de la qualité de la justice »*¹⁸³⁴. S'il peut paraître délicat de présumer des raisons présidant à une telle politique jurisprudentielle, il n'en reste pas moins qu'elle heurte nécessairement le principe d'égalité devant la justice.

D'ailleurs, il convient de le souligner bien que cette position soit aujourd'hui obsolète, c'est bien la *faculté* laissée au juge de soulever d'office un moyen de pur droit qui avait à l'époque amené le Conseil d'Etat à censurer partiellement l'article 12 du (nouveau) code de procédure civile pour méconnaissance du principe du contradictoire. En effet, le fait que l'opération de requalification à l'initiative du juge ne suppose pas la mise en œuvre d'un quelconque dialogue ne heurtait à cette époque pas de manière rédhitoire le principe du contradictoire dans la mesure où il s'agissait justement d'une obligation incombant au juge. La Haute juridiction tentait alors certainement de « *conjurer le risque d'arbitraire qui se trouv[ait] ici latent en obligeant le juge à entendre les parties avant d'opter entre l'application et la mise à l'écart du moyen. Obligation qui n'aurait plus cette raison d'être lorsque le juge est tenu d'appliquer ce dernier »*¹⁸³⁵. Cette solution, qui n'a à l'évidence plus

¹⁸³² GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013, n° 521.

¹⁸³³ *Ibid.* n° 536.

¹⁸³⁴ *Ibid.* n° 522.

¹⁸³⁵ NORMAND (J.), « Les tribulations du principe de la contradiction, ou quand un article 16 chasse l'autre... », note sous CE, 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, RTDC*, 1980, p. 145, spéc., p. 146.

rien d'actuel, permet néanmoins d'éclairer les travers de celle consistant à laisser au juge la faculté de se saisir d'office d'un moyen de pur droit.

Contentieux constitutionnel. A l'instar du juge civil, – mais dans une certaine mesure seulement dès lors que les contraintes pesant sur leurs offices respectifs ne sauraient être assimilées – le juge de la constitutionnalité des lois n'a pas l'obligation de se saisir des questions qu'il pourrait néanmoins relever d'office. Ainsi, l'une « *des différences majeures du moyen d'ordre public administratif avec les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel réside dans l'obligation qui est faite au juge administratif de relever d'office le moyen qui peut être qualifié d'ordre public* »¹⁸³⁶.

Si la question de l'obligation du relevé d'office peut apparaître « *litigieuse* »¹⁸³⁷ c'est qu'il est plus directement question de la modulation de l'exercice de ses pouvoirs par le Conseil constitutionnel. Bien qu'il apparaisse « *difficile de trouver dans les termes employés par le juge l'aveu d'une non-utilisation de ce pouvoir* »¹⁸³⁸ d'office, la faculté qui lui est laissée ne semble pas faire de doute¹⁸³⁹. Ainsi, si le juge constitutionnel peut se saisir d'office de toute disposition de la loi dont il est saisi ainsi que de tout grief d'inconstitutionnalité dont elle est susceptible d'être entachée, il n'est pas contraint de le faire. Il convient toutefois à cet égard de distinguer deux situations qui, bien qu'assimilées, nécessitent pourtant d'être précisées à raison de leurs implications distinctes.

Une telle solution de faculté ne saurait être différente si l'obligation du relevé d'office imposait l'examen exhaustif de la norme contrôlée au regard de l'ensemble des normes de référence. Il n'est en effet pas envisageable d'imposer une telle étendue du contrôle compte tenu notamment des contraintes matérielles pesant sur l'exercice du contrôle de

¹⁸³⁶ BEZZINA (A.C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 357.

¹⁸³⁷ *Ibid.* p. 449.

¹⁸³⁸ *Ibid.* p. 464.

¹⁸³⁹ CC, 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, p. 72 ; CC, 3 décembre 2009, n° 2009-594 DC, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, p. 200.

constitutionnalité des lois *a priori*¹⁸⁴⁰. De ce point de vue, la variable d'ajustement du contrôle que constitue le délai d'examen incompressible justifie une modulation de l'étendue de l'examen de la loi compte tenu à la fois de sa longueur et/ou de sa technicité. Ainsi, « *s'il eût été souhaitable que le juge constitutionnel examine l'intégralité des lois au regard de l'intégralité des normes de référence, il est impossible de négliger les contraintes qui s'exercent sur le contentieux et qui constituent le cadre dans lesquelles techniques se déploient* »¹⁸⁴¹.

Toutefois, dans ce premier cas, le Conseil ne fait pas usage du pouvoir dont il dispose d'office, mais de manière virtuelle seulement en ce que n'ayant pas investi toutes les potentialités de son contrôle, il n'a matériellement pas pu en identifier toutes les implications éventuelles. En d'autres termes, le juge ignore alors si un grief d'inconstitutionnalité aurait pu ou dû être relevé d'office. L'absence d'obligation lui incombant signifie alors simplement qu'il n'a pas à effectuer un contrôle exhaustif de la loi afin de s'assurer qu'aucune autre question ne nécessitait d'être soulevée devant lui. Et l'on ne saurait contester, si ce n'est sur le plan purement idéal, la nécessité d'une telle solution.

La situation est en revanche toute différente s'agissant des cas dans lesquels le Conseil constitutionnel décide sciemment, parce qu'il n'en a justement pas l'obligation, de ne pas examiner d'office une question dont il a pourtant parfaitement connaissance. Il n'est alors plus question de contraintes matérielles mais de politique jurisprudentielle, dont on comprend au demeurant fort bien la spécificité des enjeux s'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois. De ce point de vue, « *le ménagement de la compétence et de la liberté du législateur constitue l'un des outils majeurs de la modulation du pouvoir d'office* »¹⁸⁴². Ainsi, « *même lorsque les conditions matérielles lui permettent un examen exhaustif des dispositions d'un texte qui lui est soumis, le Conseil demeure prudent dans l'usage du moyen d'office* »¹⁸⁴³.

¹⁸⁴⁰ La solution paraît transposable en contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité. Elle diffère en cas de contrôle obligatoire pour les lois organiques et les engagements internationaux qui suppose semble-t-il l'obligation pour le Conseil de se saisir des questions susceptibles d'être relevées d'office.

¹⁸⁴¹ BEZZINA (A.C.), *op. cit.*, p. 473.

¹⁸⁴² *Ibid.* p. 469.

¹⁸⁴³ MAZEAUD (P.), « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Communication lors de la Xe conférence internationale organisée à Erevan du 29 septembre au 2 octobre 2005 par la Cour constitutionnelle d'Arménie sur le thème « les principes constitutionnels et la réalité politique dans l'exercice du contrôle constitutionnel », p. 9.

Il existe alors, et contrairement à la première hypothèse envisagée, « *incontestablement une décision de soulever d'office* »¹⁸⁴⁴ et « *le recours au pouvoir d'office fait l'objet, au cours de l'instruction, d'une réelle discussion* »¹⁸⁴⁵. Le choix d'y recourir ou non constitue l'essence même de la faculté laissée au juge constitutionnel, dont les particularités de l'office, « *aux confins du politique et du juridique* »¹⁸⁴⁶, peuvent justifier cette place laissée à l'opportunité de la décision. Les facteurs d'un tel choix sont multiples et reflètent la complexité de l'environnement dans lequel s'insère son intervention. La « *qualité et le contenu de l'argumentation des auteurs de la saisine et des "défenseurs" de la loi, les motifs plus ou moins politiques de la saisine, sa propre jurisprudence qui lui impose une certaine cohérence, celle des autres juridictions françaises ou/et étrangères, les circonstances politiques générales et particulières à l'affaire, le travail critique de la doctrine, l'anticipation des réactions de ses différents partenaires à son arbitrage, la complexité ou la spécificité de l'objet traité par la loi, l'évolution de la société, de son organisation, de ses techniques mais aussi de ses mœurs, l'intérêt que l'opinion manifeste pour la protection de telle ou telle liberté et l'évolution de cette même opinion dans son attachement aux différents droits* »¹⁸⁴⁷, tels pourraient être les éléments de contexte d'une liste dressée de manière non exhaustive.

Si le pouvoir de se saisir d'office de toute question d'inconstitutionnalité associé à la faculté de ne pas y recourir pour des raisons d'opportunité constitue un pouvoir considérable confié aux mains des sages de la rue de Montpensier, A. C. Bezzina en identifie néanmoins une possible rationalisation par le « *critère original (...) de l'inconstitutionnalité manifeste et suffisamment grave qui appelle, à ce seul titre, l'utilisation systématique du pouvoir d'office du juge constitutionnel* »¹⁸⁴⁸. L'office du juge de la constitutionnalité ne s'exerce donc pas de manière totalement libre puisqu'il crée lui-même les limites à l'opportunité qui doit néanmoins s'attacher à son intervention. Un tel système, adapté aux contraintes matérielles et politiques propres au contrôle de constitutionnalité des lois, ne saurait toutefois être transposé au contrôle de légalité des actes administratifs.

¹⁸⁴⁴ BEZZINA (A.C.), *op. cit.*, pp. 486-487.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.* p. 487.

¹⁸⁴⁶ LOCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, p. 41.

¹⁸⁴⁷ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 129.

¹⁸⁴⁸ BEZZINA (A.C.), *op. cit.*, p. 490.

Contentieux administratif de la légalité. Il convient de préciser, après ce détour par le contentieux constitutionnel, quels sont les enjeux de la question de l'obligation ou de la faculté faite au juge de la légalité de se saisir d'office d'un moyen ou d'une conclusion. Conformément aux conditions restrictives précédemment exposées, il ne saurait en tout état de cause être imposé au juge de procéder à l'examen exhaustif d'un acte au regard de tous les vices potentiels d'illégalité, et ce pour des raisons matérielles évidentes. Ce n'est d'ailleurs pas le sens de la jurisprudence actuelle retenant l'obligation de soulever d'office un moyen d'ordre public fondé. De ce point de vue, et de ce point de vue seulement, il ne peut y avoir obligation pour le juge de rechercher, de lui-même, toutes les questions dont il serait autorisé à s'emparer d'office.

En revanche, lorsque les écritures et les pièces versées au dossier par les parties portent à sa connaissance une telle question, il paraît difficilement justifiable de ne pas lui en imposer la prise en considération. Tel est pourtant le sens de la solution proposée par E. Akoun selon laquelle, le « *juge demeurerait tenu d'invoquer un moyen d'ordre public, mais pourrait également constater d'office le bien-fondé d'un moyen ordinaire ignoré des parties* »¹⁸⁴⁹. Et l'auteur de préciser que « *dans la mesure où il ne s'agirait que d'une faculté, le juge demeurerait libre, en fonction des impératifs concrets de célérité, de soulever d'office le moyen en le soumettant à la contradiction ou d'y renoncer, faute pour lui de pouvoir octroyer à cette instance un temps d'instruction supplémentaire* »¹⁸⁵⁰. Cela supposerait de tolérer l'institution d'une inégalité entre les justiciables, qui pourrait être justifiée par les exigences inhérentes à une meilleure efficacité juridictionnelle. Or, il ne saurait être question de sacrifier le principe d'égalité sur l'autel du principe de légalité, d'autant qu'un tel sacrifice ne s'avère pas nécessaire.

Retenir la solution de la faculté laissée au juge de ne pas se saisir d'un moyen d'annulation dont il a pourtant connaissance constitue sans aucun doute, à l'instar de la faculté laissée au juge civil de se saisir d'un moyen de pur droit, « *une violation de cet autre principe général du droit qu'est le principe d'égalité des citoyens devant le service*

¹⁸⁴⁹ AKOUN (E.), *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, Grenoble, 2013, n° 1025.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.* n° 1047.

public »¹⁸⁵¹. En effet, ainsi que le souligne J. Normand, « [r]etient-on la thèse de la faculté, rien ne s'oppose à ce que, d'une juridiction à l'autre, voire à l'intérieur d'une même juridiction, deux affaires semblables soient tranchées différemment selon que le juge relève ou ne relève pas les moyens de droit que les parties ont elles-mêmes omis de soulever. Rien ne s'oppose non plus à ce que, dans le cadre d'une même affaire, le juge infléchisse à son gré l'issue du procès en usant ou en n'usant pas de la faculté que la loi lui confère. Ainsi relève-t-il de son pouvoir discrétionnaire de favoriser l'une ou l'autre partie »¹⁸⁵².

L'efficacité du contrôle juridictionnel du juge de la légalité n'impose pas de renoncer au principe d'égalité devant la justice. Si disparité des solutions il peut y avoir, elle ne doit pas trouver « sa source dans le choix arbitraire du juge, mais dans celui de la nature, qui n'a pas doté tous les magistrats de la même acuité intellectuelle »¹⁸⁵³, voire dans celui de l'expérience – de la matière notamment – qui aiguise nécessairement le raisonnement.

2) La solution maintenue de l'obligation

L'obligation du relevé d'office. S'agissant du juge administratif, « c'est d'abord et principalement, son pouvoir de relever d'office les moyens d'ordre public qui lui permet de jouer un rôle actif dans la détermination des données juridiques du débat. Et comme c'est normal, il a l'obligation, en tout état de la procédure, d'exercer ce pouvoir »¹⁸⁵⁴. Le juge de la légalité¹⁸⁵⁵ est ainsi tenu de soulever d'office un moyen d'ordre public dès lors qu'il ressort

¹⁸⁵¹ FRANC (M.), concl. sur CE, Ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des avocats de France et autres*, JCP, 1980, II, 19288.

¹⁸⁵² NORMAND, (J.), « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDC*, 1996, p. 689, spéc. p. 694.

¹⁸⁵³ NORMAND (J.), « Les tribulations du principe de la contradiction, ou quand un article 16 chasse l'autre... », art. préc., p. 147.

¹⁸⁵⁴ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 35.

¹⁸⁵⁵ En ce qui concerne le juge des référés : CE, 30 mars 1966, *Lambert*, p. 260 ; CE, 28 juin 1974, *Gallet*, p. 381 ; CE, 18 février 2009, *Visval*, T. p. 890.

En ce qui concerne le juge d'appel : CE, 27 juillet 2001, *Bernadaux*, T. p. 891 ; CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 boulevard Flandrin*, p. 297.

En ce qui concerne le juge de cassation : CE, 6 octobre 1995, *Hassini*, T. p. 1006 ; CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida et autres*, p. 211, à condition toutefois que son examen « ne comporte aucune appréciation de fait » : CE, 8 janvier 1982, *Devillechaise*, p. 728.

manifestement des pièces du dossier¹⁸⁵⁶. En effet, comment « *pourrait-on sérieusement reprocher à un juge de ne pas avoir soulevé d'office un moyen d'ordre public lorsque celui-ci ne ressortait pas du dossier qui lui était soumis ? Dans ce cas, il est normal que l'obligation, dans laquelle se trouve le juge de soulever d'office le moyen d'ordre public, se limite aux hypothèses où ce dernier peut être décelé dans le dossier* »¹⁸⁵⁷.

En d'autres termes, lorsque les pièces du dossier permettent d'établir le caractère fondé d'un moyen d'ordre public, le juge *doit* le relever d'office. La solution inverse consisterait à lui reconnaître le pouvoir d'ignorer délibérément l'illégalité d'un acte, ce que lui permet au demeurant la règle actuelle lui interdisant de se saisir d'office d'un moyen ordinaire. A l'évidence, cette solution entérinant un certain devoir juridictionnel devrait être maintenue dans l'hypothèse d'une reconnaissance du pouvoir au juge de la légalité de soulever d'office des conclusions et l'ensemble des moyens d'annulation. Et elle n'alourdirait pas davantage la tâche qui lui incombe. Cette obligation ne lui impose en effet pas la recherche active de toute illégalité potentielle mais lui interdit seulement de fermer les yeux sur une illégalité révélée par les écritures et les pièces du dossier. Dès lors, et comme c'est actuellement le cas, le fait de s'abstenir de soulever d'office un moyen d'ordre public dont le bien-fondé serait établi caractériserait une erreur de droit, laquelle constituerait elle-même un moyen dont les juges d'appel ou de cassation pourraient se saisir d'office à l'encontre de la décision juridictionnelle¹⁸⁵⁸.

Une renonciation symétriquement exclue. Logiquement, si le « *moyen d'ordre public ne souffre aucune renonciation du juge* »¹⁸⁵⁹ il ne saurait succomber à une renonciation de la part des parties. L'obligation du relevé d'office pour le juge persiste y compris

¹⁸⁵⁶ CE, 6 janvier 1928, *Grainetier*, p. 28 ; CE, 4 octobre 1959, *Korsec*, p. 533 ; CE, 29 janvier 1958, *Vincent*, p. 47 ; CE, 24 février 1971, *Commune de Sainte-Maure-de-Touraine*, p. 155 ; CE, Ass., 6 juillet 1973, *Michelin et Veyret*, D. 1974, p. 370 ; CE, 31 décembre 1919, *Moine*, p. 973 ; CE, 6 mai 1961, *Gianotti*, p. 346 ; CE, 13 février 1959, *Compagnie des chemins de fer du Midi*, p. 113.

¹⁸⁵⁷ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 434.

¹⁸⁵⁸ CE, 29 janvier 1958, *Vincent*, p. 47 ; CE, 24 février 1971, *Commune de Sainte-Marie-de-Touraine*, p. 155 ; CE, Sect., 16 mai 2001, *Epoux Duffaut*, n° 230631 : « (...) que, faute pour le juge des référés d'avoir relevé d'office ce vice, qui, d'une part, ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis sans qu'il eût à porter d'appréciation sur les faits de l'espèce et, d'autre part, entachait la base légale de la décision dont la suspension était demandée, l'ordonnance attaquée doit être annulée (...) ».

¹⁸⁵⁹ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, p. 11.

lorsqu'une partie déclare renoncer à se prévaloir d'un moyen d'ordre public pourtant fondé¹⁸⁶⁰. La seule conséquence sur les obligations juridictionnelles qui incombent au juge réside dans le fait que le moyen, qui n'est plus formellement invoqué par une partie, peut être écarté par prétérition, c'est-à-dire sans motivation expresse¹⁸⁶¹. Cette conséquence pourrait être identique dans l'hypothèse où tout motif d'illégalité pourrait être relevé d'office : si une partie déclarait renoncer à un moyen, le juge ne serait plus tenu d'y répondre explicitement, à moins qu'il ne soit fondé, auquel cas il aurait l'obligation de s'en emparer.

Une telle solution revient à méconnaître la volonté des parties de ne plus se prévaloir d'un moyen, tout en permettant paradoxalement de faire droit à leur demande¹⁸⁶². Toutefois, cette entorse au primat de la volonté des parties apparaît toute relative dès lors que des diligences appropriées leur permettraient de rester maîtresses de leur argumentation. D'une part, il leur appartient de soulever un moyen ou de s'en abstenir, pour des raisons qui leur sont propres. D'autre part, il leur appartient également de ne pas mettre le juge à même de soulever d'office une question. L'illégalité, pour que le juge puisse s'en saisir d'office, doit résulter de pièces du dossier, éclairées des écritures des parties. De fait, elles gardent ainsi la maîtrise de leur argumentation en ce qu'il leur serait toujours loisible de dissimuler volontairement certains éléments au juge. A la supposer telle, leur volonté pourrait alors être regardée comme respectée, le juge conservant par ailleurs une certaine maîtrise de l'étendue de l'obligation juridictionnelle qui lui incombera.

B. Une devoir maîtrisé

Si le juge de la légalité devrait être tenu de se saisir d'office de conclusions ou moyens d'annulation, cette obligation ne serait cependant pas absolue **(1)** et présenterait, comme c'est actuellement le cas, un caractère subsidiaire **(2)**, n'emportant en définitive que des conséquences limitées sur l'exercice de son office.

¹⁸⁶⁰ CE, 31 décembre 1919, *Moine*, p. 973 : le Conseil d'Etat ne peut se dispenser d'examiner un moyen auquel le requérant aurait finalement formellement renoncé dès lors qu'il est d'ordre public.

¹⁸⁶¹ *Cf. infra*.

¹⁸⁶² A noter que si un moyen soulevé par les parties est propre à fonder l'annulation le juge pourra s'en tenir à lui seul, ainsi qu'il le fait actuellement. *Cf. infra*.

1) Une obligation relativisée

Pour que le devoir juridictionnel du relevé d'office se réalise, encore faudrait-il qu'un certain nombre de conditions soient réunies. Préalablement, pour être relevées d'office, les conclusions à fin d'annulation devraient être recevables et leur bien-fondé établi par l'examen combiné des écritures des parties et des pièces versées au dossier¹⁸⁶³. Par ailleurs, et de manière générale, si une mesure de vérification pourrait s'avérer utile dans le cas où un tel bien-fondé ne serait que présumé en l'état du dossier, il ne saurait être fait obligation au juge de la diligenter. Telles sont les solutions qui encadrent d'ailleurs actuellement le régime des moyens d'ordre public et dont la pérennité serait assurée en cas de généralisation à l'ensemble des moyens.

Dans cette mesure, le « *juge devrait être libre d'ordonner ou non une mesure d'instruction lorsqu'il pressent un moyen d'ordre public. Bien sûr, s'il ne recourt pas à ce supplément d'instruction, on ne saurait le lui reprocher puisque le moyen d'ordre public ne ressortait pas expressément des pièces du dossier. La souplesse traditionnelle de l'action du juge administratif ne serait pas entamée car il ne s'agirait que d'une possibilité et non une obligation de recourir à une mesure d'instruction* »¹⁸⁶⁴. Certes, une telle faculté confère au juge une marge de liberté quant à la diligence dont il peut décider de faire preuve ou non. Pourtant, cette solution constitue un gage nécessaire de réalisme et de souplesse. Il ne paraîtrait pas envisageable de cerner de toutes parts les prérogatives du juge de la légalité qui doit également bénéficier de marges de manœuvre inhérentes à l'exercice de tout pouvoir de décision.

De plus, imposer la prescription d'une mesure d'instruction afin de confirmer une hypothèse d'annulation reviendrait à consacrer une obligation en quelque sorte impossible à sanctionner du fait de la subjectivité que suppose toute opération de présomption. Ainsi, la solution de la faculté permet de préserver une certaine maîtrise par le juge de la légalité des limites de son devoir juridictionnel. Une telle solution, si elle peut effectivement générer des différences de traitement entre les justiciables, pourrait être pérennisée dans l'hypothèse d'une généralisation des moyens d'ordre public en raison de sa réalisation somme toute relativement

¹⁸⁶³ Cf. *supra*.

¹⁸⁶⁴ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 434.

rare et du caractère illusoire de l'objectivation absolue des conditions d'exercice de toute prérogative.

L'obligation qui incomberait au juge de la légalité se révélerait donc, tout autant qu'à l'heure actuelle, relative en ce qu'elle supposerait la réunion de conditions restrictives et préserverait malgré tout une certaine marge de manœuvre juridictionnelle. Elle présenterait également à certains égards un caractère subsidiaire, renforçant alors encore la limitation des contraintes qu'exercerait une telle obligation sur l'office du juge.

2) Une obligation subsidiaire

Economie de moyens. Le devoir juridictionnel du relevé d'office suppose que les parties ne se soient pas saisies des moyens propres à fonder leurs prétentions. En effet, les moyens soulevés par les parties, s'ils suffisent à fonder leur demande, ne nécessitent pas que le juge mette en œuvre ses prérogatives propres. Si un moyen dont s'est formellement emparé le requérant est de nature à fonder à lui seul l'annulation, le juge n'est et ne serait pas tenu de soulever d'office un autre motif d'illégalité éventuellement révélé par les pièces du dossier.

Ainsi, l'on « *peut dire que le juge n'est tenu de soulever un moyen d'ordre public que lorsque son défaut le conduirait à retenir une solution différente au litige* »¹⁸⁶⁵. Cette modulation du devoir juridictionnel est en réalité permise non pas par le régime de l'obligation qu'il est proposé de retenir mais par le principe, indépendant, de celui de l'économie des moyens¹⁸⁶⁶. Dans la mesure où le juge de la légalité n'est par principe pas tenu de retenir l'ensemble des moyens susceptibles de fonder une annulation, il ne le serait pas davantage s'il pouvait se saisir d'office de tout moyen¹⁸⁶⁷.

La mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge supposerait donc, entre autres conditions, une défaillance dans l'argumentation du requérant, laquelle, sous réserve de sa pertinence,

¹⁸⁶⁵ CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, décembre 2009, n° 240, p. 3, spéc. p. 7.

¹⁸⁶⁶ *Cf. infra*.

¹⁸⁶⁷ Il convient toutefois de réserver les exceptions au principe, tel que le contentieux de l'urbanisme par exemple.

pourrait néanmoins prévaloir. Il convient toutefois de noter qu'il resterait toujours loisible au juge de fonder sa décision sur plusieurs motifs d'illégalité s'il le souhaitait.

Prétérition. Par ailleurs, l'obligation de se saisir d'office d'un moyen ou d'une conclusion de nature à fonder une annulation ou à en garantir la portée resterait subsidiaire, en ce qu'elle n'impliquerait pas l'obligation de motiver l'absence d'une telle démarche. S'il est nécessaire, à cet égard, de relativiser les implications virtuelles d'une décision de rejet¹⁸⁶⁸, il convient néanmoins de préciser que le juge de la légalité ne serait pas tenu, pas davantage qu'il ne l'est aujourd'hui, de se prononcer explicitement sur tous les motifs d'illégalité envisageables. Les moyens – et conclusions – qu'il n'aura pas retenus et dont les parties ne se seraient pas saisies resteraient implicitement écartés¹⁸⁶⁹. Ainsi, « *l'obligation de relever d'office le moyen n'impose pas toujours celle de se prononcer sur lui de façon explicite : si le moyen (non invoqué par les parties) n'est pas fondé, il sera rejeté par prétérition* »¹⁸⁷⁰.

En d'autres termes, l'obligation de motivation des jugements reste proportionnée à la motivation de leur demande par les parties. Sous réserve du principe de l'économie des moyens, seuls les éléments soulevés par les parties nécessitent une réponse explicite du juge. Ainsi en est-il également lorsqu'un moyen a été communiqué sur le fondement de l'article R. 611-7 du code de justice administrative mais que la formation de jugement décide de ne finalement pas le retenir pour fonder sa décision. Le jugement ne doit statuer explicitement sur ce moyen que dans l'hypothèse où, suite à sa communication, les parties l'ont repris à leur compte¹⁸⁷¹.

Ainsi, l'obligation de motivation demeurerait largement circonscrite et ne supposerait, pas plus que dans le régime actuel en vigueur, de répondre à toutes les virtualités de la

¹⁸⁶⁸ Cf. *infra*.

¹⁸⁶⁹ CE, Sect., 29 novembre 1974, *Epoux Gevrey*, p. 599 ; CE, 18 novembre 1994, *Epoux Sauvi*, p. 503 ; CE, 30 juillet 1997, *Epoux Kress*, p. 308.

¹⁸⁷⁰ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, p. 820.

¹⁸⁷¹ CE, 7 novembre 2012, *Société France Immobilier Group*, n° 328670 : Lorsqu'une partie, en réponse à un courrier du juge l'informant, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que sa décision est susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, se borne à faire connaître par un simple courrier son assentiment à ce moyen sans développer aucune argumentation, elle ne saurait être regardée comme ayant, par cette affirmation, expressément repris le moyen énoncé par le juge et comme ayant ainsi soulevé un nouveau moyen auquel le juge serait tenu de répondre. Par suite, si le juge renonce finalement à se fonder sur ce moyen, il n'est pas tenu, dans cette hypothèse, de se prononcer expressément sur son bien-fondé.

demande¹⁸⁷². De même, les hypothèses dans lesquelles le juge devrait s'emparer d'office de conclusions ou d'un moyen se révèlent marginales, lui permettant ainsi de garder une certaine maîtrise sur l'exercice de ses prérogatives, malgré le devoir juridictionnel qui peut lui incomber par ailleurs. Les implications d'un tel devoir juridictionnel étant précisées, il convient à présent d'en déterminer le champ d'application.

§2 : Un champ d'application déterminé

Proposer de doter le juge de la légalité de nouvelles prérogatives suppose de déterminer avec autant d'exactitude que possible les contentieux concernés par l'évolution proposée. Au-delà du contentieux de l'excès de pouvoir, le plein contentieux objectif, jusqu'à présent inclus par principe dans l'objet d'étude, nécessite toutefois quelques approfondissements compte tenu de la multitude d'offices du juge administratif qu'il réalise **(A)**. Par ailleurs, préciser le champ d'application des moyens et conclusions d'ordre public amène également à en exclure certaines implications potentielles, à savoir notamment la consécration d'une « action en déclaration de droits » **(B)**.

A. La circonscription du plein contentieux de la légalité

Le plein contentieux objectif, qui se distingue tant du contentieux de la responsabilité que du contentieux contractuel, connaît des visages multiples et variés. S'il ne fait aucun doute que certains recours objectifs de pleine juridiction, à l'instar du recours pour excès de pouvoir, se rattachent au contentieux de la légalité **(1)**, certains autres en revanche sont d'une spécificité telle que la question de leur rattachement à un tel contentieux se pose avec davantage d'acuité **(2)**.

1) Un rattachement avéré au contentieux de la légalité

Une ambiguïté à lever. Les moyens et conclusions d'ordre public apparaissent comme des attributs du pouvoir d'annulation dont dispose le juge de la légalité. Leur mise en œuvre nécessite donc l'exercice d'un tel pouvoir, manifestation d'un contrôle exercé – le plus

¹⁸⁷² Cf. *infra*.

souvent – à l’égard d’un acte administratif. Or, si le recours pour excès de pouvoir apparaît comme l’archétype d’un tel schéma, le plein contentieux objectif suscite naturellement quelques questionnements à cet égard. Il convient en effet de se demander quelle est « *la place qui doit être faite à l’annulation comme censure d’un vice de légalité en plein contentieux ?* »¹⁸⁷³.

Cette question trouve sa place dans le présent raisonnement en ce que, d’un certain point de vue, un « *juge de plein contentieux n’est pas seulement saisi d’une décision, mais il est aussi, et souvent même d’abord, saisi d’une situation* »¹⁸⁷⁴. Il ne se trouve dès lors pas, « *à la différence du juge de l’excès de pouvoir, dans un rapport de contrôleur à contrôlé* »¹⁸⁷⁵ avec l’administration. En effet, les marqueurs que constituent l’acte et l’opération de contrôle qui peut donner lieu à l’exercice d’un pouvoir d’annulation peuvent se trouver brouillés dans certains contentieux particuliers composant le plein contentieux objectif. Ainsi, l’utilisation « *par le juge du plein contentieux objectif d’un pouvoir d’annulation de l’acte administratif n’est pas une affirmation d’évidence* »¹⁸⁷⁶ dès lors que le pouvoir de réformation peut en quelque sorte l’absorber.

Afin de déterminer les contentieux dans lesquels le juge pourrait être amené à soulever d’office moyens ou conclusions dans l’objectif d’annuler un acte administratif illégal, il convient d’examiner les contentieux susceptibles de donner lieu à une telle opération de contrôle¹⁸⁷⁷. Si dans certaines matières relevant du plein contentieux l’exercice d’un pouvoir d’annulation est délicat à reconnaître, dans d’autres au contraire il apparaît évident, en dehors même de l’exercice d’un pouvoir de réformation propre à ces contentieux. Ces hypothèses correspondent à la première conception que l’on peut retenir du plein contentieux objectif,

¹⁸⁷³ DOMINO (X.), BRETONNEAU (A), « Les terres mêlées du plein contentieux », *AJDA*, 2012, p. 1845.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ BOUSSARD (S.), « La classification des contentieux à l’épreuve de la métamorphose du juge de l’excès de pouvoir », *in Regards sur l’histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 305, spéc. p. 330.

¹⁸⁷⁶ LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011, n° 514.

¹⁸⁷⁷ Sachant que la seule opération de contrôle, si elle est nécessaire, n’est pas suffisante pour identifier les hypothèses dont s’agit. En effet, le contentieux de la responsabilité, tout comme le contentieux contractuel, peuvent également constituer des formes de contrôle juridictionnel de l’administration. Voir not. WALINE (J.), « L’évolution du contrôle de l’administration depuis un siècle », *RDP*, 1984, p. 1327, spéc. p. 1340 : l’auteur considère que lorsque le fondement de la responsabilité est la faute, l’on retrouve bien une « *démarche de contrôle* » de la part du juge.

qualifiée de « *conception séquentielle* »¹⁸⁷⁸ par D. Botteghi et A. Lallet, et qui consiste à faire du pouvoir d'annulation un préalable indispensable à l'exercice d'un pouvoir de réformation.

Un pouvoir d'annulation autonome. Dans les contentieux se rattachant à cette première conception de l'office du juge du plein contentieux objectif, celui-ci « *contient l'excès de pouvoir, palier fondamental, mais le dépasse au stade des conséquences à tirer d'une illégalité* »¹⁸⁷⁹. Conceptuellement, il s'agit des hypothèses les plus simples à appréhender. Le pouvoir de réformation demeure distinct de celui de l'annulation, le juge pouvant annuler un acte sans pour autant le réformer. Tel est le cas du contentieux des établissements menaçant ruine ou encore de celui des installations classées pour la protection de l'environnement. Au raisonnement classique de l'excès de pouvoir s'ajoute un raisonnement subséquent de réformation.

Ainsi en est-il également du contentieux des sanctions¹⁸⁸⁰, dans lequel l'illégalité, appréciée à la date de la décision, précède nécessairement la réformation. En d'autres termes, dans ces hypothèses, seule l'illégalité de l'acte, qui suppose son annulation partielle ou totale, autorise l'exercice d'un pouvoir de réformation¹⁸⁸¹. Par ailleurs, l'exercice d'un tel pouvoir n'apparaît alors que comme une faculté offerte au juge qui, n'étant pas tenu de statuer sur les droits du justiciable, peut tout aussi bien choisir de le renvoyer devant l'administration. La « *fonction historique* »¹⁸⁸² de contrôle de légalité d'un acte ne disparaît dès lors pas du seul fait qu'il est question d'actes individuels¹⁸⁸³ que le juge a le pouvoir de réformer¹⁸⁸⁴.

¹⁸⁷⁸ BOTTEGHI (D.), LALLET (A.), « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA*, 2011, p. 156.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁸⁰ Hormis ceux qui relèvent encore du domaine de l'excès de pouvoir, comme celui des sanctions infligées aux détenus par ex. : CE, 4 février 2013, *M. Ikemba*, n° 344266 ; *DA*, 2013, n° 5, comm. 37, G. Eveillard ; *AJDA*, 2013, p. 321, obs. M.C. de Montecler ; *D.*, 2013, p. 1304, obs. J.P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon.

Ou encore, bien entendu, le contentieux des sanctions disciplinaires infligées à un agent public : CE, 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704, p. 279, préc.

¹⁸⁸¹ Il faut néanmoins préciser que dans le contentieux des sanctions, la décision légale à la date de son édicton peut être réformée en cas d'intervention d'une loi nouvelle plus douce.

¹⁸⁸² LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, *op. cit.*, n° 394.

¹⁸⁸³ Domaine de prédilection du plein contentieux objectif selon H. Lepetit-Collin (*op. cit.*, n° 399).

¹⁸⁸⁴ V. pour la position inverse : LEPETIT-COLLIN (H.), *op. cit.*, n° 315.

Dans ces hypothèses, il est aisé d'identifier « *un pouvoir d'annulation distinct du pouvoir de réformation* »¹⁸⁸⁵, lequel s'exerce indépendamment, et selon les mêmes modalités qu'en recours pour excès de pouvoir¹⁸⁸⁶. Ainsi, « *le juge du plein contentieux objectif se comporte bien, même si son office ne se limite pas à cela, comme un juge de la légalité de l'acte administratif* »¹⁸⁸⁷.

Une spécificité moindre. Les contentieux de pleine juridiction dans lesquels le juge administratif est saisi d'un acte qu'il a le pouvoir d'annuler voire de réformer se distinguent au final de manière assez marginale des contentieux de l'excès de pouvoir dans lesquels il dispose également d'un pouvoir d'injonction. En effet, des « *décisions rendues en matière d'excès de pouvoir associant annulation et injonction aboutissent désormais aux mêmes résultats que ceux obtenus par la voie de la pleine juridiction* »¹⁸⁸⁸. Simplement, au lieu de s'en tenir à une fonction purement juridictionnelle en laissant à l'administration le soin d'exercer les pouvoirs qui lui incombent, en plein contentieux objectif le juge exerce une « *fonction juridictionnelle administrative* »¹⁸⁸⁹.

Bien que la présente démonstration ne suppose pas de se positionner quant à la légitimité ou l'opportunité d'un tel pouvoir de réformation, il reste possible de souligner que le pouvoir d'injonction qui est reconnu au juge de l'excès de pouvoir assure dorénavant tout autant l'efficacité de ses décisions, en lui évitant de s'immiscer dans l'exercice d'une fonction administrative qui, pour relever de ses attributions historiques, n'en constitue pas moins un dépassement évitable du cadre de ses prérogatives juridictionnelles. Il convient toutefois de s'en tenir à la démarche du constat et de rechercher dans les contentieux tel qu'ils existent actuellement les marqueurs d'un pouvoir d'annulation exercé du juge de la légalité.

¹⁸⁸⁵ LEPETIT-COLLIN (H.), *op. cit.*, n° 514.

¹⁸⁸⁶ Rétroactivité de l'annulation et autorité absolue de la chose jugée notamment.

¹⁸⁸⁷ LEPETIT-COLLIN (H.), *op. cit.*, n° 518.

¹⁸⁸⁸ MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001, p. 103.

¹⁸⁸⁹ LEPETIT-COLLIN (H.), *op. cit.*, n° 320.

C'est « à l'évidence dans le pouvoir de réformation que réside la distinction fondamentale entre le contentieux de l'excès de pouvoir et celui de pleine juridiction »¹⁸⁹⁰. Si le juge du plein contentieux objectif peut s'en tenir, dans certaines hypothèses, à l'annulation de l'acte, le juge de l'excès de pouvoir ne saurait, quant à lui, le réformer. Dans cette première conception de l'office du juge du plein contentieux, se retrouvent aisément tous les indices d'un contentieux de la légalité des actes administratifs, et ce bien qu'un pouvoir de réformation vienne compléter celui de l'annulation. Il faut toutefois mentionner que même dans ce cadre conceptuel relativement aisé à appréhender, certaines subtilités viennent faire obstacle à toute démarche de systématisation.

Des marqueurs brouillés. Dans ces contentieux où le juge peut annuler sans réformer et où sa démarche de contrôle est analogue à celle d'un juge de l'excès de pouvoir, existent des cas dans lesquels il n'est cependant pas question d'un contrôle de la légalité d'un acte. Il ne paraît ainsi pas envisageable d'identifier le plein contentieux objectif aux « *recours où sont en cause des décisions administratives et où le juge dispose de pouvoirs de pleine juridiction* »¹⁸⁹¹. Si le plein contentieux objectif renferme nécessairement, à l'instar du contentieux de l'excès de pouvoir, un « *contentieux des actes* »¹⁸⁹² il ne s'y résume pas.

Ainsi en est-il par exemple du contentieux électoral dans lequel le juge, qui dispose de pouvoirs importants de réformation, n'est pas tenu de les exercer et peut décider d'une simple annulation des opérations électorales. Il s'agit bien en l'espèce d'une opération de contrôle, qui vise à faire respecter la légalité du scrutin¹⁸⁹³. Pour autant, le juge n'est pas saisi d'une décision à proprement parler et son pouvoir d'annulation s'exercera à l'encontre d'une « opération ». Le critère de l'annulation d'un *acte* n'est donc pas suffisant pour identifier l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le juge pourrait être doté de moyens et conclusions d'ordre public. Néanmoins, l'exercice d'un pouvoir d'annulation à proprement parler non plus.

¹⁸⁹⁰ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 258.

¹⁸⁹¹ MELLERAY (F.), *op. cit.*, p. 99.

¹⁸⁹² PACTEAU (B.), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *RA*, 1999, n° spécial, p. 51, spéc. p. 56.

¹⁸⁹³ Plus exactement, la sincérité du scrutin, laquelle peut être considérée comme une composante de la légalité dans ce cas.

En effet, en contentieux fiscal, et en contentieux de l'assiette tout particulièrement, le juge n'exerce pas véritablement un pouvoir d'annulation. Le dispositif d'un jugement dans cette matière ne fait jamais état d'une annulation mais d'une *décharge*. Toutefois, « *force est de constater que la "décharge" n'est autre qu'une annulation pure et simple de l'imposition, tandis que le "dégrèvement" n'est autre qu'une annulation partielle* »¹⁸⁹⁴. Malgré tout, le juge n'est pas véritablement saisi de la légalité d'une décision, le rejet de la réclamation préalable ne permettant que de lier le contentieux, de la même manière qu'en contentieux de la responsabilité. Il s'agit pourtant bien d'un contentieux de la légalité en ce que la « *question posée au juge fiscal tend en effet à rechercher avant tout si un acte ou un fait d'imposition est contraire ou non à la légalité fiscale* »¹⁸⁹⁵. Le raisonnement est analogue à celui tenu dans le contentieux des titres exécutoires visant au recouvrement des créances non fiscales des personnes publiques, lequel suppose néanmoins en règle générale l'annulation du titre litigieux avant de prononcer la décharge de l'obligation de payer.

Il apparaît donc particulièrement délicat d'identifier les critères permettant de déterminer les contentieux dans lesquels le juge de la légalité pourrait être doté des prérogatives que constituent les conclusions et moyens d'ordre public. Ni le contrôle de la légalité d'un acte, ni l'exercice formel d'un pouvoir d'annulation n'autorisent cette systématisation, laquelle ne présente au demeurant qu'un intérêt limité, si ce n'est celui de la satisfaction intellectuelle. En effet, dans tous les contentieux qui viennent d'être abordés, il paraîtrait invraisemblable de ne pas reconnaître au juge le pouvoir de se saisir d'office de conclusions ou moyens, sous prétexte qu'il ne serait pas saisi d'un acte en contentieux électoral ou en contentieux fiscal, et où son pouvoir d'annulation pourrait se traduire formellement par une décharge d'imposition ou d'une obligation de payer dans le contentieux du recouvrement.

Il subsiste néanmoins des contentieux, rattachés à la pleine juridiction objective, qui brouillent encore davantage les repères classiques du contentieux de la légalité et qui, de par leur indétermination, laissent en suspens la question de l'attribution de nouvelles prérogatives à ce juge à la mission si originale.

¹⁸⁹⁴ RICARD (M.), « Plaidoyer pour la reconnaissance d'une recours en déclaration de droits », *GP*, 184, p. 345, spéc. p. 346.

¹⁸⁹⁵ TROTABAS (L.), « La nature juridique du contentieux fiscal », in *Mélanges M. Hauriou*, 1929, p. 711, spéc. p. 741.

2) Un rattachement incertain au contentieux de la légalité

Une question de légalité secondaire. A la première conception de l'office du juge du plein contentieux objectif, dans laquelle se distinguent nettement l'exercice du pouvoir d'annulation de celui de la réformation, succède une deuxième conception¹⁸⁹⁶, qualifiée de « *conception ambitieuse* » par les mêmes auteurs¹⁸⁹⁷. Dans ces contentieux, qui n'ont pas été évoqués explicitement jusqu'à présent, la légalité de la décision litigieuse n'est plus véritablement au cœur de l'office du juge du plein contentieux qui peut être amené à statuer sur les droits du requérant alors même que la décision dont il est saisi serait légale.

Dans ces hypothèses, le juge est alors directement saisi d'une situation juridique, de la revendication d'un droit ou d'une qualité, sans passer par l'intermédiaire nécessaire d'un acte, ni d'ailleurs de sa légalité. Tel est typiquement le cas du contentieux des réfugiés¹⁸⁹⁸ dans lequel il n'est en réalité pas question de la légalité d'un acte mais du droit à se voir reconnaître ou non une telle qualité. Dans ce type de contentieux, « *le juge est tenu de vider le litige en statuant, quelle que soit la légalité de la décision contestée, sur les droits dont l'intéressé dispose à la date à laquelle il se prononce* »¹⁸⁹⁹. L'illégalité de la décision, et donc son annulation, n'est alors pas une étape nécessaire à sa réformation. Ainsi en va-t-il également en contentieux des pensions, dans lequel si une question de légalité peut se poser, elle ne constitue toutefois pas la finalité de l'office du juge qui ne se réalise pas dans le contrôle de la légalité d'un acte¹⁹⁰⁰. A cet égard, le contentieux de l'aide sociale apparaît particulièrement édifiant de la difficulté à y définir l'office du juge du plein contentieux objectif par rapport à celui de l'office du juge de la légalité.

¹⁸⁹⁶ Les deux conceptions, que l'on retrouve en jurisprudence, ne sont pas alternatives : elles témoignent de la grande diversité des offices du juge du plein contentieux objectif, et partant de la difficulté à en systématiser l'appréhension.

¹⁸⁹⁷ BOTTEGHI (D.), LALLET (A.), « Le plein contentieux et ses faux-semblants », art. préc.

¹⁸⁹⁸ CE, 8 janvier 1982, *Aldana Barrena*, n° 24948, p. 9 : « *Considérant que le recours ouvert aux personnes prétendant à la qualité de réfugié par l'article 5 de la loi du 25 juillet 1952, portant création d'un office français de protection des réfugiés et apatrides, a le caractère d'un recours de plein contentieux ; qu'il appartient dès lors à la commission instituée par cette loi, non d'apprécier la légalité de la décision qui lui est déférée au vu des seuls éléments dont pouvait disposer le directeur de l'office lorsqu'il a statué sur la demande, mais de se prononcer elle-même sur le droit des intéressés à la qualité de réfugié d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre parties à la date de sa propre décision (...)* ».

¹⁸⁹⁹ BOTTEGHI (D.), LALLET (A.), art. préc.

¹⁹⁰⁰ CE, 30 juillet 2003, *Mme Kadi*, n° 226304, T. p. 885 : « (...) *Considérant toutefois que si les droits à pension de réversion s'apprécient au regard de la législation applicable à la date du décès du titulaire de la pension, le juge de plein contentieux, lorsqu'il est saisi d'une demande dirigée contre une décision refusant une pension, est tenu de rechercher si les dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date de son jugement sont susceptibles de créer les droits au profit de l'intéressé (...)* ».

Le contentieux caractéristique de l'aide sociale. En matière de contentieux de l'aide sociale, relevant du plein contentieux objectif, la position du Conseil d'Etat a maintes fois évolué, témoignant sans doute de la variabilité de l'office du juge au regard de la décision dont il est saisi. Ainsi, alors que les juridictions de l'aide sociale n'étaient pas chargées « *d'apprécier la légalité de la décision prise par la commission d'admission compétente pour autoriser ou refuser la récupération, mais de se prononcer elles-mêmes sur le bien-fondé de l'action engagée par la collectivité publique d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre parties à la date de leur propre décision* »¹⁹⁰¹, il leur appartenait néanmoins, lors d'une procédure de remise gracieuse des créances du paiement indu d'allocations du revenu minimum d'insertion, « *non seulement d'apprécier la légalité de la décision prise par le préfet pour accorder ou refuser la remise gracieuse de la créance, mais encore de se prononcer elles-mêmes sur le bien-fondé de la demande de l'intéressé* »¹⁹⁰².

La subtilité des solutions ainsi consacrées se retrouve logiquement devant les juridictions administratives de droit commun en matière de revenu de solidarité active¹⁹⁰³. Dans ce contentieux, il a pu appartenir « *au tribunal administratif, saisi d'une demande dirigée contre une décision suspendant le versement de l'allocation de revenu de solidarité active ou radiant l'intéressé de la liste des bénéficiaires de cette allocation, non seulement d'apprécier la légalité de cette décision, mais aussi de se prononcer sur les droits du demandeur à cette allocation jusqu'à la date à laquelle il statue, compte tenu de la situation de droit et de fait applicable au cours de cette période* »¹⁹⁰⁴. Cette solution imposait une sorte

¹⁹⁰¹ CE, 25 novembre 1998, *Département du Nord*, n° 181242, p. 439 : « (...) *Considérant que, pour l'application de ces dispositions, il appartient aux juridictions de l'aide sociale, eu égard tant à la finalité de leur intervention qu'à leur qualité de juges de plein contentieux, non d'apprécier la légalité de la décision prise par la commission d'admission compétente pour autoriser ou refuser la récupération, mais de se prononcer elles-mêmes sur le bien-fondé de l'action engagée par la collectivité publique d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre parties à la date de leur propre décision* (...) ».

Solution confirmée par CE, 17 mai 1999, *Département du Loir-et-Cher*, n° 188870, T. p. 636.

¹⁹⁰² CE, 27 mars 2000, *Mme Wéry*, n° 200591, T. p. 837.

¹⁹⁰³ Loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, *JORF* du 3 décembre 2008, p. 18424.

¹⁹⁰⁴ Solution identique devant les juridictions administratives de droit commun en matière de revenu de solidarité active : CE, avis, 7 juillet 2010, *Mme Lavie*, n° 337411, p. 247 : « (...) *Au demeurant, le juge administratif de droit commun se trouve saisi, comme l'étaient les commissions départementales, de questions qui justifient, par leur nature, qu'il dispose de pouvoirs excédant ceux d'un juge de l'annulation pour excès de pouvoir. Il en résulte qu'il appartient au tribunal administratif, saisi d'une demande dirigée contre une décision suspendant le versement de l'allocation de revenu de solidarité active ou radiant l'intéressé de la liste des bénéficiaires de cette allocation, non seulement d'apprécier la légalité de cette décision, mais aussi de se prononcer sur les droits du demandeur à cette allocation jusqu'à la date à laquelle il statue, compte tenu de la situation de droit et de fait applicable au cours de cette période* (...) ».

de « *passage obligé par la légalité* »¹⁹⁰⁵, permettant de distinguer deux opérations distinctes, dont l'une serait constituée par le contrôle de légalité d'une décision.

Toutefois, l'arrêt *Labachiche* de 2012¹⁹⁰⁶ précise encore l'office du juge du plein contentieux en matière de contentieux de l'aide sociale, et de revenu de solidarité active en particulier. La sophistication de l'office du juge du contentieux social alors mise en place permet de mettre en lumière l'alternative qui existe entre un contentieux de la légalité et un « *contentieux des droits* »¹⁹⁰⁷, et plus précisément le point d'achoppement de ces deux conceptions, à savoir l'inopérance des vices propres à la décision. Autrement dit, s'il est avant tout question de la légalité d'un acte, tous les moyens, y compris de légalité externe, sont évidemment opérants ; en revanche, si l'objet de la demande est de faire reconnaître le droit à une prestation sociale, de tels vices deviennent inopérants puisqu'ils seront sans incidence sur la finalité du recours.

Par sa décision *Labachiche*, le Conseil d'Etat « *distingue entre les cas dans lesquels l'administration décide pour l'avenir, et ceux dans lesquels elle entend remettre en cause le passé* »¹⁹⁰⁸. Dans le premier cas, le juge statue d'abord sur la situation de l'administré afin ensuite d'en tirer les conséquences en termes d'annulation de la décision ou de réformation. Dans le deuxième cas, tous les moyens sont opérants car la question de légalité intervient dans le premier temps du raisonnement du juge. Ainsi « *le champ de l'exception à l'inopérance des moyens tirés de vices propres de la décision attaquée est cantonné au contentieux de la récupération* »¹⁹⁰⁹. Une telle solution permet surtout, dans une perspective de recensement, de mettre en exergue un éventuel critère de reconnaissance du contentieux de la légalité, ou plus exactement un critère d'exclusion de celui-ci, à savoir l'inopérance des vices propres.

La solution est également identique en matière de remise de dette : CE, avis, 23 mai 2011, *Mme Popin*, n° 344970.

¹⁹⁰⁵ DOMINO (X.), BRETONNEAU (A), « Les terres mêlées du plein contentieux », *AJDA*, 2012, p. 1845.

¹⁹⁰⁶ CE, 27 juillet 2012, *Mme Labachiche*, n° 347114, p. 299 ; *AJDA*, 2012, p. 1548 et p. 1845, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *RFDA*, 2012, p. 922, concl. C. Landais ; *JCP A*, 2012, act. 554 ; *DA*, 2012, comm. 92, note F. Melleray.

¹⁹⁰⁷ Cf. not. pour cette distinction des contentieux : AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984. Cette expression n'est toutefois ici utilisée que par défaut, pour désigner ce plein contentieux objectif qui ne relève pas du contentieux de la légalité.

¹⁹⁰⁸ DOMINO (X.), BRETONNEAU (A), « Les terres mêlées du plein contentieux », art. préc.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*

L'inopérance des vices propres. Plutôt qu'un critère de reconnaissance du contentieux de la légalité, c'est un critère d'exclusion qu'il est proposé de retenir, et ce bien qu'il ne soit pas question de s'intéresser à la théorie de la distinction des contentieux en tant que telle. Il s'agit bien plus humblement de soumettre une clé de lecture globalement efficiente afin d'identifier les contentieux dans lesquels le juge serait concrètement amené à exercer ses pouvoirs d'office en soulevant de son propre chef moyens ou conclusions.

L'inopérance des vices propres de l'acte doit se comprendre au regard de « *la différence d'objet du recours : soit il porte sur un refus de droits (une qualité, une allocation, etc.) et la substitution est la règle ; soit il porte sur des décisions défavorables (...) et dans ce cas l'annulation peut suffire* »¹⁹¹⁰. Toutefois la ligne de partage n'est pas si évidente à saisir et les particularismes des contentieux sociaux¹⁹¹¹ font obstacle à une systématisation de ces solutions d'inopérance¹⁹¹². S'il ne paraît pas envisageable d'en préciser les critères, il reste possible d'en tirer les conséquences utiles en termes de rattachement à un contentieux de la légalité, ou plus exactement de l'annulation. Ainsi en ira-t-il par exemple de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, qui n'a pas pour objet l'annulation d'une décision mais la reconnaissance d'une qualité¹⁹¹³.

L'on se rend toutefois compte à l'aune de ces développements de la tautologie du raisonnement : le juge ne pourrait pas se saisir d'office de conclusions ou de moyens d'annulation lorsqu'il ne serait pas question d'annuler un acte, ou une opération, au sens large du terme. Autrement dit, les attributs du pouvoir d'annulation supposent l'existence d'une logique censoriale du recours. Lorsque celle-ci est absente, ainsi que le manifeste l'inopérance des vices propres, le contentieux sera naturellement exclu du champ d'application de la proposition.

¹⁹¹⁰ BOTTEGHI (D.), LALLET (A.), « Le plein contentieux et ses faux-semblants », art. préc.

¹⁹¹¹ Le contentieux du droit au logement opposable notamment ne pose aucune question de légalité et le pouvoir dévolu au juge n'est qu'un pouvoir d'injonction (art. L. 441-2-3-1 du code de la construction et de l'habitat).

¹⁹¹² POULET (F.), *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, thèse, Paris II, 2014.

¹⁹¹³ CE, 12 avril 2013, *Mme Fiot*, n° 364239, p. 93 : « (...) *Eu égard à son office lorsqu'il est saisi d'un tel recours, il appartient au juge administratif de se prononcer non sur les éventuels vices propres de la décision attaquée, mais seulement sur la qualité de travailleur handicapé de la personne intéressée, en se plaçant à la date à laquelle il rend sa décision* (...) ».

Un plein contentieux de la légalité composite. Le plein contentieux objectif, s'il peut apparaître « *comme un contentieux de la légalité spécifique* »¹⁹¹⁴, ne constitue pour autant pas un simple « *outil de modernisation du contentieux de la légalité, alors essentiellement incarné par le recours pour excès de pouvoir* »¹⁹¹⁵. En effet, le plein contentieux objectif ne s'identifie pas uniformément, selon le critère de l'inopérance des vices propres retenu, à un contentieux de la légalité. Si le pouvoir de réformation peut apparaître comme un accessoire du pouvoir d'annulation dans certains cas, il est caractéristique de l'office du juge et représente la finalité essentielle du recours dans d'autres.

Il n'est pas toujours question d'annulation, ni de réformation. Si l'annulation d'une décision en autorise la réformation, son illégalité n'en est pas toujours un préalable nécessaire. Le plein contentieux objectif permet de « *déterminer, tout à la fois, la légalité de l'acte administratif et la situation juridique du requérant ou destinataire de l'acte* »¹⁹¹⁶. L'imbrication de ces finalités explique certainement le raffinement de certaines solutions jurisprudentielles, rendant parfois difficiles à saisir les contours de l'office du juge. Toujours est-il qu'un « *recours visant à établir la conformité d'un acte aux normes juridiques préétablies n'est pas incompatible avec la reconnaissance d'un droit subjectif au profit de celui qui l'exerce* »¹⁹¹⁷.

Peu importe alors, au final, que la réponse apportée à la question de légalité posée suppose la reconnaissance d'un droit ou non. A l'exception des contentieux – très particuliers – dans lesquels la légalité de la décision dont le juge est saisi ne conditionne pas le succès du recours, le contentieux objectif de pleine juridiction s'apparente à un contentieux de la légalité. Dans toutes les hypothèses dans lesquelles le juge est amené, explicitement comme en contentieux des installations classées, ou implicitement comme en contentieux fiscal, à exercer un pouvoir d'annulation, il pourrait bénéficier des prérogatives dont il est proposé de le doter.

Les conclusions et moyens d'ordre public s'inscrivent dans une logique censoriale, permettant au juge de la légalité de potentialiser son pouvoir d'annulation d'un acte

¹⁹¹⁴ LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, op. cit., n° 116.

¹⁹¹⁵ *Ibid.* n° 187.

¹⁹¹⁶ *Ibid.* n° 614.

¹⁹¹⁷ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., n° 11.

administratif illégal ; et cela qu'il s'agisse d'un juge de l'excès de pouvoir ou de plein contentieux. De ce point de vue, et au travers du prisme du contrôle de légalité, il n'est pas envisageable d'affirmer que l'office « *du juge du plein contentieux est de dire ce qui est légal (si le droit invoqué existe) au lieu de dire ce qui est illégal (si l'acte de l'administration est vicié)* »¹⁹¹⁸. Sauf rares exceptions, ni le recours pour excès de pouvoir ni le plein contentieux objectif ne s'identifient à une action en déclaration de droits, aussi bien dans leur forme actuelle que dans la virtualité d'un renforcement de l'office du juge de la légalité.

B. L'éviction d'une action en déclaration de droits

Encensée par une partie de la doctrine¹⁹¹⁹, l'action en déclaration de droits peut aujourd'hui être rapprochée des recours en annulation dans lesquels le juge de la légalité dispose d'un pouvoir d'injonction, adossé ou non à un pouvoir de réformation **(1)**. En revanche, compte tenu de sa coloration éminemment subjective, un tel recours ne saurait être consacré en tant que tel, alors même qu'il serait permis au juge de soulever d'office tout moyen d'annulation **(2)**.

1) Un rapprochement éventuel quant aux effets des recours

Notions. Sans entrer dans les détails de la confusion qui peut exister entre les notions d'injonction, d'action française en déclaration de droits, ou encore d'action allemande en émission d'un acte¹⁹²⁰, cette question d'un recours en reconnaissance d'un droit subjectif est éminemment inspirée du droit allemand. La procédure allemande connaît en effet deux types d'actions différentes : l'action en annulation d'un acte administratif (*Anfechtungsklage*) et l'action en émission d'un acte administratif (*Verpflichtungsklage*). Cette dernière est un

¹⁹¹⁸ WOEHLING (J.M.), « La redécouverte du plein contentieux », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle* (colloque du quarantième anniversaire des tribunaux administratifs), PUF, 1995, p. 247, spéc. p. 266.

¹⁹¹⁹ RICARD (M.), « Plaidoyer pour la reconnaissance d'une recours en déclaration de droits », *GP*, 1984, p. 345 ; WOEHLING (J.M.), « Un grand arrêt manqué », note sous CE, 8 juin 1988, *Société ABC Engineering, GP*, 1989, p. 724, spéc. p. 724 ; ou encore, plus récemment, MELLERAY (F.), « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1998, p. 1089.

Voir également sur cette question : SOMMERMANN (K.P.), « Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand », *RFDA*, 1995, p. 1145 ; AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997.

¹⁹²⁰ Voir pour la mise en lumière de la confusion entre pouvoir d'injonction, action française en déclaration de droits et action allemande en émission d'un acte : JACQUEMET-GAUCHE (A.), « Pouvoir d'injonction et action en déclaration de droits – Une comparaison franco-allemande », *RFDA*, 2015, p. 662.

recours tendant à la condamnation de l'administration à adopter un acte, en cas de refus d'édiction d'un tel acte, ou d'absence de réponse à une demande d'édiction. Une telle action peut s'analyser en une « *action à des fins de prestation* »¹⁹²¹.

Dans cette hypothèse, le tribunal peut alors prononcer l'obligation de l'administration d'édicter l'acte demandé ou la contraindre à statuer sur la demande et dispose à cette fin de pouvoirs d'instructions importants, afin de clarifier toutes les questions de fait et de droit qui se posent. Le juge « *doit rechercher d'office si l'édiction de l'acte peut être refusée pour d'autres motifs* »¹⁹²². La finalité du recours est la reconnaissance d'un droit subjectif à l'obtention de la chose refusée par l'administration et les larges pouvoirs dont dispose le tribunal à cette fin ont pour objectif de permettre le règlement définitif de l'affaire en évitant à l'administré d'avoir à soumettre à nouveau sa demande à l'administration. Il est vrai qu'en comparaison du seul pouvoir d'annulation d'une décision de refus dévolu au juge de l'excès de pouvoir avant la loi du 8 février 1995, l'efficacité d'un tel recours pouvait légitimement justifier une recherche d'amélioration dans cette voie. L'action allemande en émission d'un acte apparaissait alors comme « *le recours idéal pour le requérant qui conteste le refus de l'administration d'édicter un acte administratif* »¹⁹²³.

Toutefois, une telle action reste limitée à plusieurs égards. Tout d'abord, le « *droit administratif allemand ne prévoit pas, non plus, la possibilité pour le juge d'édicter lui-même l'acte que l'administration a refusé de prendre* »¹⁹²⁴. Il s'agit donc pour le juge d'enjoindre à l'administration de prendre un acte dans un sens déterminé et non pas d'émettre lui-même ladite décision. D'ailleurs, le principal obstacle qu'a pu identifier le Conseil d'Etat quant à la reconnaissance d'une telle action en droit français tenait à l'interdiction qui était alors faite au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration¹⁹²⁵. Ensuite, en droit allemand, l'acte administratif dont il est question est « *individuel, unilatéral et juridique* »¹⁹²⁶. En Allemagne en effet, le contrôle juridictionnel des actes réglementaires s'effectue surtout par

¹⁹²¹ MOUZOURAKI (P.), *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, 1999, p. 357.

¹⁹²² *Ibid.*

¹⁹²³ *Ibid.* p. 318.

¹⁹²⁴ *Ibid.* p. 324.

¹⁹²⁵ CE, 8 juin 1988, *Société ABC Engineering*, n° 74554, inédit ; GP, 1989, p. 724.

¹⁹²⁶ BRAIBANT (G.) et QUESTIAUX (N.), *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, Cujas, 1973, p. 57.

voie d'exception, l'administration ayant toutefois en principe l'obligation de rapporter le règlement déclaré illégal. Enfin, les hypothèses d'une injonction à émettre un acte dans un sens déterminé supposent que l'administration soit en situation de compétence liée afin de sauvegarder l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, conformément au principe de la séparation des pouvoirs notamment¹⁹²⁷.

Rapprochement. Le modèle qu'a pu constituer à une époque l'action allemande en émission d'un acte ne paraît plus aussi séduisant depuis que la loi du 8 février 1995 a doté le juge de l'excès de pouvoir de la faculté d'enjoindre à l'administration de prendre un acte dans un sens déterminé, ou de réexaminer la demande dont elle est saisie. F. Melleray a d'ailleurs pu considérer à cet égard que le recours pour excès de pouvoir, doté de ces nouveaux attributs, s'apparentait à l'illustre action en déclaration de droits¹⁹²⁸. Dans le même sens, H. Lepetit-Collin estime quant à elle que « *l'office du juge dans le cadre de l'action en déclaration de droits allemande comporte d'importantes similitudes avec celui du juge administratif de l'exécution* »¹⁹²⁹.

En effet, « *s'agissant de l'annulation d'une décision de refus, le recours pour excès de pouvoir agrémenté de l'injonction aboutit effectivement à la reconnaissance pour l'administré d'un droit à obtenir l'acte demandé* »¹⁹³⁰. Le rapprochement des deux recours est donc acté, dès lors qu'il « *résulte tant de l'injonction faite à l'administration de prendre un acte administratif dans un sens précisément défini par le juge que de la réformation directe d'un tel acte par le juge, une obligation pour l'administration de se conformer à la décision du juge en prenant un nouvel acte administratif en ce sens* »¹⁹³¹.

Il convient toutefois de distinguer le pouvoir d'injonction, qui s'apparente dans sa finalité à celui dont dispose le juge allemand saisi d'une action en émission d'un acte, du pouvoir de réformation reconnu au juge du plein contentieux objectif qui dispose du pouvoir

¹⁹²⁷ Cf. *supra* Partie II – Titre I – Chapitre I.

¹⁹²⁸ MELLERAY (F.), « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », art. préc. ; V. également COSTA (J.P.), « L'exécution des décisions juridictionnelles », *RA*, 1999, n° spécial, p. 69.

¹⁹²⁹ LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, *op. cit.*, n° 305.

¹⁹³⁰ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, *op. cit.*, p. 372.

¹⁹³¹ LEPETIT-COLLIN (H.), *loc. cit.*

de substituer sa propre décision à celle de l'administration. La question de l'action en déclaration de droits ne suppose donc pas véritablement celle de la généralisation du plein contentieux objectif¹⁹³². En réalité, la différence fondamentale qui existe entre les recours allemands et français ne réside pas dans les pouvoirs dont dispose le juge, qui sont équivalents, mais dans leurs conceptions respectives.

2) Une distinction nette de la nature des recours

Une conception allemande subjective. Contrairement à la conception objective du contrôle qui préside à l'organisation du contentieux administratif français de la légalité, le « *système du contrôle juridictionnel allemand est caractérisé par la protection de l'individu et de ses droits subjectifs contre le pouvoir de l'administration. Le but principal du recours administratif est la protection des droits subjectifs des administrés* »¹⁹³³. Bien qu'il soit possible de nuancer le constat de l'objectivité du recours à laquelle l'office du juge de la légalité français fait écho, il ne faudrait pour autant pas occulter la prédominance d'une telle conception. Le recours pour excès de pouvoir n'a pas pour objet la reconnaissance de droits subjectifs mais la censure des actes administratifs illégaux. De la même manière, le plein contentieux objectif – mis à part certains contentieux très particuliers – vise au rétablissement, le cas échéant, d'une situation objectivement légale.

Il convient alors de souligner la différence fondamentale qui existe entre l'action en déclaration de droits, dans sa conception allemande ou française, et le contrôle de légalité d'un acte dans l'hypothèse où le juge pourrait se saisir d'office de l'ensemble des moyens susceptibles de fonder l'annulation. A n'en pas douter, le contentieux administratif allemand est « *plus proche du contentieux civil français que du contentieux administratif français* »¹⁹³⁴,

¹⁹³² V. pour l'opinion inverse : BAILLEUL (D.), *op. cit.*, p. 373 : « (...) finalement, c'est bien à nouveau la question de la généralisation du recours objectif de plein contentieux qui indirectement se pose au travers de la transformation éventuelle du recours pour excès de pouvoir en une action en déclaration de droit » ; voir également LEPETIT-COLLIN (H.), *loc. cit.*, pour qui « le développement substantiel du plein contentieux objectif constitue de manière certaine une des raisons du silence actuel des auteurs quant à la nécessité de l'introduction d'une action en déclaration de droits en droit français ». Il semble pourtant que ce ne soit pas tant le développement du pouvoir de réformation qui puisse expliquer un tel silence, mais davantage celui de l'injonction.

¹⁹³³ LIEBERMANN (E.), « Le recours contre un acte de l'administration : questions de procédure », in *Le contrôle juridictionnel des actes administratifs*, séminaire multilatéral, Madrid, 13-15 novembre 1996, Thémis n° 3, Editions du Conseil de l'Europe, p. 35, spéc. p. 36.

¹⁹³⁴ MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français (...)*, *op. cit.*, p. 298.

dans la mesure où les recours contentieux sont conçus « *comme un instrument de protection des droits individuels plutôt que de sauvegarde de la légalité objective* »¹⁹³⁵.

Cette subjectivité de l'action se confirme tant au niveau des strictes conditions de sa recevabilité, qui supposent notamment une atteinte à un droit subjectif, qu'au niveau de l'autorité de chose jugée, qui « *n'est que relative, même en cas d'annulation : c'est là une confirmation du caractère individuel et subjectif de ce contrôle* »¹⁹³⁶. Autrement dit, « *la question qui se pose au juge français est de savoir si le refus opposé par l'administration est légal alors que le juge allemand doit se prononcer sur le point de savoir si l'administré a un droit subjectif justifiant que l'acte qui lui a été refusé soit édicté* »¹⁹³⁷. La distinction est fondamentale et conditionne largement les pouvoirs reconnus au juge à cette fin. Le juge de la légalité est – et doit rester – un juge de l'annulation, dès lors que « *le recours pour excès de pouvoir tend à ce que le juge se prononce sur la légalité de l'acte administratif de refus, mais non pas sur le droit du requérant à obtenir un acte positif* »¹⁹³⁸. Potentialiser le pouvoir d'annulation du juge de la légalité en l'autorisant à se saisir d'office de conclusions ou de moyens ne modifierait pas la substance de son office au point qu'il doive se prononcer sur le droit du requérant à obtenir une décision.

Des implications propres. De par sa finalité et son objet même l'action en déclaration de droits implique nécessairement « *que le juge explore tous les motifs potentiels de refus d'édicter l'acte sollicité* »¹⁹³⁹. Dans le cadre des ces actions dirigées contre des refus d'édicter un acte individuel, l'office du juge n'est pas d'apurer l'ordonnancement juridique mais de déterminer ce qui est légal, c'est-à-dire le droit auquel pouvait légitimement prétendre le requérant. Conformément à l'objectif qui préside à son intervention, le juge allemand, à l'instar de son homologue néerlandais d'ailleurs, n'est dès lors « *pas lié par l'argumentation*

¹⁹³⁵ BRAIBANT (G.) et QUESTIAUX (N.), *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative, op. cit.*, p. 62.

¹⁹³⁶ *Ibid.* p. 63.

¹⁹³⁷ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, op. cit.*, p. 371.

¹⁹³⁸ MOUZOURAKI (P.), *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand, op. cit.*, p. 358.

¹⁹³⁹ BAILLEUL (D.), *loc. cit.*

juridique développée par le requérant et il peut et doit examiner tous les arguments susceptibles d'établir l'irrégularité juridique de l'acte »¹⁹⁴⁰.

Limitée dans sa portée, une telle action, qui ne peut concerner que des hypothèses dans lesquelles l'administration dispose d'une compétence liée, implique nécessairement « l'obligation pour le juge d'examiner tous les motifs possibles de refus de l'acte sollicité »¹⁹⁴¹ et de « soulever d'office toutes les questions dont dépend la solution du litige, en donnant aux parties l'occasion de prendre position à leur sujet »¹⁹⁴². Ainsi, « en matière de déclaration de droits, le moyen d'ordre public tient une tout autre fonction : permettre au juge de définir ce qui est légal. Aussi sa décision vaut brevet de légalité »¹⁹⁴³. Tel ne serait pas le cas dans l'hypothèse du renforcement des prérogatives dont le juge de la légalité disposerait d'office : il s'agirait au contraire de consolider son pouvoir d'annulation, sans pour autant dénaturer son office. Il ne lui incomberait pas davantage qu'il ne le fait actuellement de déterminer ce qui est légal, mais de censurer l'illégalité qu'il feint aujourd'hui d'ignorer.

S'il est d'une certaine manière possible de considérer que grâce au pouvoir d'injonction dont il dispose, le juge français de la légalité prend « en compte la logique de la déclaration de droits »¹⁹⁴⁴ dans la détermination de son motif d'annulation, il ne paraît pas envisageable d'en faire un juge en édiction d'un acte légal. Le pouvoir d'injonction n'est qu'un accessoire du pouvoir d'annulation, destiné à assurer l'exécution de la décision conformément à ses motifs. Et ce n'est pas l'objet de ces développements que de renverser cette logique inhérente à la conception objective du procès, laquelle est seule de nature à lui conférer la portée *erga omnes* qui lui est reconnue.

La consécration des conclusions d'ordre public et la généralisation des moyens d'ordre public apparaissent comme des conséquences du caractère objectif du contentieux de la légalité et de la fonction de contrôle qui incombe alors au juge au-delà de celle de trancher un litige. Une telle évolution n'aurait donc ni pour objet, ni pour effet, de corroborer un

¹⁹⁴⁰ AUBY (J.M.) et FROMONT (M.), *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1971, p. 458.

¹⁹⁴¹ WOEHRLING (J.M.), « Un grand arrêt manqué », note sous CE, 8 juin 1988, *Société ABC Engineering, GP*, 1989, p. 724, spéc. p. 725.

¹⁹⁴² BRAIBANT (G.) et QUESTIAUX (N.), *op. cit.*, p. 63.

¹⁹⁴³ MELLERAY (F.), *op. cit.*, p. 1096.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.* p. 1114.

quelconque mouvement de subjectivisation, qui existe pourtant tant au niveau de l'office du juge dans certains contentieux très particuliers, qu'au niveau des conditions de recevabilité. Bien loin de participer de cette démarche, l'évolution proposée a, au contraire, pour objet de recentrer le juge de la légalité sur le cœur de son office, à savoir le respect du principe de la légalité par l'administration grâce à l'exercice d'un contrôle de type juridictionnel assorti d'un pouvoir d'annulation optimisé.

Conclusion de la Section II et du Chapitre I. Le champ d'application des propositions recoupe en pratique les hypothèses d'exercice d'un pouvoir d'annulation¹⁹⁴⁵, qui se distingue alors nettement de la logique qui présiderait à une action en déclaration de droits. Malgré quelques zones d'ombre du fait de la complexité de certaines solutions qui commandent au juge de faire œuvre d'administrateur, la mise en œuvre du pouvoir d'annulation, aisément identifiable dans la très grande majorité des cas, permet de préciser concrètement la mise en œuvre des propositions afin d'en démontrer le caractère opérationnel.

Les hypothèses contentieuses dans lesquelles le juge de la légalité pourrait disposer de l'ensemble des attributs considérés comme nécessaires à l'exercice plein et entier de son pouvoir d'annulation, conformément à la finalité de son office, apparaissent donc à la fois circonscrites dans leur réalisation et précisées dans leur champ d'application. Elles se révèlent rares en pratique, pour ne pas dire de réalisation exceptionnelle car supposant la réunion d'un certain nombre de conditions. Le renforcement des attributs du pouvoir annulation dont le juge disposerait d'office n'aurait pas pour conséquence de complexifier sa tâche outre mesure, ni de désorganiser les conditions d'exercice de son office.

Si les bouleversements d'ordre conceptuel que commandent d'adopter les évolutions proposées ne sont pas négligeables, les changements d'ordre pratique qu'elles pourraient supposer se révèlent en revanche largement accessoires, ainsi que le démontrent les quelques ajustements procéduraux susceptibles d'être nécessités.

¹⁹⁴⁵ Dont la logique se retrouve incontestablement dans les recours en déclaration d'inexistence et en appréciation de validité, alors même qu'il ne s'y exprime pas véritablement.

CHAPITRE II

DES AJUSTEMENTS MODÉRÉS

La généralisation des moyens d'ordre public et la consécration des conclusions d'ordre public n'emporteraient aucun bouleversement de la procédure administrative contentieuse dans sa mise en œuvre pratique. Bien que certains ajustements liés aux exigences du procès équitable et à la stabilité du litige seraient vraisemblablement nécessaires (**Section I**), de tels instruments resteraient sans effet sur la structure des décisions juridictionnelles ainsi que sur leur portée (**Section II**).

- *Section I. Des ajustements nécessaires*

- *Section II. Une continuité assurée*

SECTION I

DES AJUSTEMENTS NÉCESSAIRES

Bien loin d'exiger des modifications substantielles de la pratique du contentieux administratif, la reconnaissance de nouveaux outils à la disposition du juge de la légalité appellerait néanmoins quelques adaptations, les premières tenant aux exigences de la contradiction (§1), les secondes aux impératifs de la cristallisation des débats (§2).

§1 : Une soumission généralisée à la contradiction

Les moyens et conclusions d'ordre public commanderaient assez mécaniquement un élargissement du champ de la contradiction (A), sans pour autant entraîner la remise en cause des solutions existantes (B).

A. Un élargissement du champ de la contradiction

Alors que, s'agissant des moyens d'ordre public, leur généralisation ne supposerait que la transposition des exigences actuelles de la contradiction sur ce point (1), les conclusions d'ordre public devraient en revanche y être soumises de manière plus innovante (2).

1) La permanence du régime actuel des moyens d'ordre public

Une évolution acquise. Le juge doit informer les parties de ce qu'il envisage de se saisir d'office d'un moyen, conformément à l'article R. 611-7 du code de justice administrative. Cette solution resterait inchangée dans l'hypothèse de la multiplication des moyens dont le juge serait autorisé à s'emparer d'office. Toutefois, ce principe qui raisonne aujourd'hui comme une évidence, a longtemps été ignoré des juridictions administratives.

Jusqu'au décret du 22 janvier 1992¹⁹⁴⁶, dont l'impulsion doit pouvoir être attribuée au Conseil d'Etat lui-même, la Haute juridiction considérait que l'obligation qui incombe au juge de se saisir d'office d'un moyen d'ordre public dont il constate le bien-fondé rendait à la fois inutile et chronophage une soumission à la discussion contradictoire de cette initiative. Du fait de « *ses conséquences implacables* » et du caractère « *incontournable* »¹⁹⁴⁷ de cette obligation¹⁹⁴⁸, le relevé¹⁹⁴⁹ d'office d'un moyen ne nécessitait aucunement la participation des parties à la construction de la solution pourtant fondée sur cet élément supposé nouveau¹⁹⁵⁰.

Les exigences du principe du contradictoire, vecteur incontestable du droit à un procès équitable pour les parties et garantie de rectitude des éléments sur lesquels se fonde le juge¹⁹⁵¹, ont toutefois eu raison des arguments principalement liés à des préoccupations de célérité et de commodité. L'article R. 611-7 du code de justice administrative dispose dorénavant que : « *Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'Etat, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué (...)* ».

Plusieurs remarques se révèlent alors nécessaires. Tout d'abord, le juge provoque la discussion sans savoir s'il va finalement effectivement fonder sa décision sur le moyen relevé d'office. Cela paraît allait de soi car dans l'hypothèse inverse, la discussion s'avèrerait inutile dans la mesure où elle n'offrirait pas aux parties la possibilité d'une influence de leurs

¹⁹⁴⁶ Décret n° 92-77 du 22 janvier 1992 portant dispositions diverses relatives à la procédure administrative contentieuse, *JORF*, 24 janvier 1992, p. 1180.

¹⁹⁴⁷ SCHWARTZ (R.), « Décret n° 92-77 du 22 janvier 1992 portant diverses dispositions relatives à la procédure administrative contentieuse (JO 24 janvier 1992, p. 1180) », *AJDA*, 1992, p. 203.

¹⁹⁴⁸ CE, 21 octobre 1981, *Bienvenot*, n° 19202, p. 383 et CE, 20 janvier 1988, *Brunaud* ; *DA*, 1988, n° 122 ; *RDP*, 1988, p. 1168 : le principe général du caractère contradictoire de la procédure ne saurait trouver application lorsque le juge statue sur des moyens qu'il doit soulever d'office.

¹⁹⁴⁹ Nous ne faisons pas de distinction terminologique entre le fait pour le juge de « soulever » ou de « relever » d'office un moyen, cette subtilité ne présentant que peu de vertu explicative. V. néanmoins pour l'appréhension implicite d'une telle distinction en jurisprudence : CE, 26 mars 2003, *Santinacci*, n° 244533, p. 151 : « (...) qu'en fondant sa décision sur l'absence de lien de causalité direct (...), la cour n'a pas soulevé d'office un moyen mais a seulement relevé, pour rejeter la requête, que M. Santinacci ne remplissait pas l'une des conditions de la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique (...) » (nous soulignons).

¹⁹⁵⁰ Devait toutefois être réservée l'hypothèse du contentieux disciplinaire : CE, 29 mai 1981, *Moatti*, n° 28238, p. 308 ; *DA*, 1981, n° 249.

¹⁹⁵¹ Cf. *supra* Partie II – Titre I – Chapitre I.

observations sur le sens de la décision à intervenir. Ensuite, la mention de ce qu'une clôture éventuelle de l'instruction ne fait pas obstacle à la communication d'un moyen d'ordre public¹⁹⁵² a pour corollaire que la réouverture de l'instruction n'est réalisée que relativement à ce moyen¹⁹⁵³, afin que la discussion provoquée ne renouvelle pas incessamment les termes du débat. Enfin, le principe n'a bien entendu pas une portée absolue. L'article R. 611-7 précité la limite expressément en excluant de son champ d'application les hypothèses de rejet par ordonnance¹⁹⁵⁴, de dispense d'instruction¹⁹⁵⁵ et de procédure d'admission des pourvois¹⁹⁵⁶. A noter également que le code de justice administrative n'étant applicable qu'aux juridictions administratives générales¹⁹⁵⁷, la soumission à la contradiction d'un moyen soulevé d'office par le juge ne trouve pas à s'appliquer de manière systématique devant les juridictions administratives spécialisées¹⁹⁵⁸.

Le moyen susceptible d'être relevé d'office est communiqué à l'ensemble des parties à l'instance¹⁹⁵⁹, et il en est principe soulevé par le président de la formation de jugement¹⁹⁶⁰. Si la méconnaissance de l'article R. 611-7 entache le jugement ou l'arrêt d'irrégularité¹⁹⁶¹, une

¹⁹⁵² Cf. Décret n° 97-563 du 29 mai 1997 relatif au fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions et modifiant le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, *JORF*, 31 mai 1997, p. 8427, dont l'article 9 remplace les mots : « le délai dans lequel elles peuvent présenter leurs observations » par les mots : « le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué », dans l'ancien article R. 153-1 du code des tribunaux et des cours administratives d'appel.

¹⁹⁵³ Art. R. 613-1 du code de justice administrative.

¹⁹⁵⁴ Article R. 222-12 du code de justice administrative.

¹⁹⁵⁵ Article R. 222-1 du code de justice administrative.

¹⁹⁵⁶ Article L. 822-1 du code de justice administrative.

L'on peut également signaler le rejet d'une intervention pour irrecevabilité dès lors que ce rejet est sans influence sur la solution du litige : CE, 22 juin 1992, *Commune de Rothau*, n° 65142, T. p. 1222 ; l'hypothèse d'incompétence du Conseil d'Etat dans laquelle celui-ci renvoie d'office des conclusions à la cour administrative d'appel compétente, sans procéder à une communication préalable aux parties du moyen tiré de son incompétence pour en connaître : CE, 16 octobre 1992, *Etablissements Feugas-Petriot*, n° 130367, p. 848 ; ou encore la condamnation à une amende pour recours abusif : CE, 11 mai 1994, *Bertin*, n° 141235.

¹⁹⁵⁷ Art. L. 1 du code de justice administrative : « Le présent code s'applique au Conseil d'Etat, aux cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs ».

¹⁹⁵⁸ V. par ex. pour une non application aux juridictions ordinaires : CE, 29 décembre 2000, *Weiss*, n° 287246, T. p. 1161 ; CE, 22 mars 2010, *M. El Ali*, n° 323748, T. p. 907. Et pour une solution identique devant la commission centrale d'aide sociale : CE, 18 février 2004, *Quinty*, n° 250707, T. p. 586.

¹⁹⁵⁹ CE, 27 avril 1994, *Koenig*, n° 139285, inédit.

¹⁹⁶⁰ CE, 30 mai 2007, *Boscher*, n° 274477, T. p. 1018.

Sous réserve de l'existence d'une délégation au rapporteur : art. R. 611-10 du code de justice administrative.

¹⁹⁶¹ Cf. *infra*.

telle méconnaissance ne constitue toutefois pas elle-même un moyen d'ordre public dont le juge d'appel ou de cassation peut s'emparer d'office¹⁹⁶².

Les moyens d'annulation. Il existe incontestablement dans la jurisprudence une indétermination relative aux moyens devant être considérés comme relevant du champ d'application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative. S'agissant des moyens conduisant au rejet de la demande, les incompétences, irrecevabilités et autres non lieux à statuer doivent classiquement être communiqués aux parties. En revanche, une difficulté se dessine lorsqu'il s'agit de distinguer selon que le moyen de défense – ou de rejet – doit être considéré comme un moyen d'ordre public soumis à la procédure contradictoire, telle qu'une substitution de base légale par exemple, ou comme relevant de l'office du juge et n'y étant par suite pas soumis, telle que la neutralisation d'un motif illégal¹⁹⁶³.

Ces questions, déjà abordées, ne relèvent pas tant de la question de la soumission ou non au principe du contradictoire que de la qualification de moyen d'ordre public à proprement parler¹⁹⁶⁴. Ainsi, « lorsque le juge se borne à exercer son office, et à faire ce qu'impose sa saisine, il n'a pas à prévenir les parties de ses démarches, ne soulevant ainsi d'office aucun moyen »¹⁹⁶⁵. En ce sens, l'inapplicabilité des dispositions invoquées par le requérant, si elle doit être relevée d'office par le juge, ne constitue pas pour autant un moyen d'ordre public¹⁹⁶⁶. Ainsi en va-t-il également d'une situation de compétence liée emportant l'inopérance de l'ensemble des moyens soulevés¹⁹⁶⁷.

Les solutions jurisprudentielles paraissent difficiles à systématiser, et parfois à cerner véritablement, le critère de ce qui relève de l'article R. 611-7 de ce qui n'en relève pas ne paraissant pas déterminé *a priori*, mais davantage en fonction des espèces et des

¹⁹⁶² CE, 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres*, n° 198318, p. 360 ; CE, 26 septembre 2008, *Commune de Souillac*, n° 294021, T. p. 623 ; CE, 17 juillet 2009, *Commune de Grenoble*, n° 301615, p. 270, concl. J. Burguburu : dans cette espèce, la cour « a soulevé d'office, sans le communiquer, le moyen, qui n'est d'ailleurs pas d'ordre public tiré de (...) ». A noter que l'irrégularité du jugement tient à l'absence de communication et non pas à l'erreur de droit qui consiste à soulever d'office un moyen ordinaire, laquelle n'est pas d'ordre public.

¹⁹⁶³ CE, 14 janvier 2005, *Nurdin*, n° 253519, T. p. 1072.

¹⁹⁶⁴ Cf. *supra*.

¹⁹⁶⁵ CHABANOL (D.), *Code de justice administrative*, Le Moniteur, comm. sous l'article R. 611-7, p. 659.

¹⁹⁶⁶ CE, 14 mars 2001, *Consorts Bureau et autres*, n° 204073, T. p. 829.

¹⁹⁶⁷ CE, 22 octobre 2014, *Mme Guessas*, n° 364000, à mentionner aux tables.

circonstances. L'affirmation selon laquelle « *si la prise en considération du moyen est de nature à permettre au juge de "trancher le litige", il doit être communiqué* »¹⁹⁶⁸, pour de bon sens qu'elle soit, n'en reste pas moins inexacte dans sa généralité. Tout moyen soulevé d'office par le juge lui permet de régler le litige puisque c'est en principe sur ce moyen que la solution sera fondée. En revanche, tout moyen ou question dont s'empare le juge de sa propre initiative n'est pas soumis à la discussion des parties.

Pour critiquable que soit cette solution, il n'en reste pas moins que « *chaque fois que le juge fait droit aux conclusions dont il est saisi en se fondant sur un motif qui n'a pas été invoqué par le requérant, il relève d'office un moyen qu'il lui appartient de soumettre au débat contradictoire* »¹⁹⁶⁹. Ce constat se vérifie en ce que tout moyen d'annulation soulevé d'office suppose une soumission à la contradiction. Ainsi, dans l'hypothèse d'une généralisation des moyens d'annulation dont le juge serait susceptible de s'emparer d'office, il ne doit pas faire de doute que ces moyens relèveraient du champ d'application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, lequel ne couvre en revanche pas le champ des conclusions d'ordre public.

2) L'extension du régime des moyens aux conclusions d'ordre public

Des solutions variables. Si l'existence de conclusions d'ordre public n'est pas formellement reconnue en procédure administrative contentieuse, il n'en reste pas moins que certaines hypothèses peuvent y être assimilées. La soumission à la contradiction de telles initiatives du juge n'est pourtant pas systématique.

Ainsi, en contentieux électoral par exemple, lorsque le juge procède d'office à l'annulation de l'ensemble des opérations électorales alors que le tribunal n'était saisi que de conclusions tendant à l'annulation de l'élection de certaines personnes seulement, il ne lui incombe pas d'en informer les parties¹⁹⁷⁰. Plus exactement, il ne lui incombe pas de faire application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, relatif

¹⁹⁶⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 966.

¹⁹⁶⁹ CHAUVAUX (D.), concl. sur CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 boulevard Flandrin*, n° 142377, p. 297.

¹⁹⁷⁰ CE, 10 juin 2015, *Elections municipales de Michelbach-le-Bas*, n° 383585.

seulement aux moyens d'ordre public. Sur ce point, le rapporteur public N. Escaut a en effet considéré que l'annulation totale ne constitue pas un moyen d'ordre public mais relève de l'office du juge de l'élection qui se « *borne à tirer l'ensemble des conséquences juridiques du bien-fondé du grief soulevé* »¹⁹⁷¹.

Effectivement, il ne s'agit pas dans cette hypothèse pour le juge de soulever d'office un moyen, mais des conclusions, ce que ne prévoit pas expressément l'article R. 611-7. Il ne fait pas de doute que cet article ne trouve pas à s'appliquer, et le Conseil d'Etat ne reconnaît donc pas un principe général de soumission à la contradiction de l'ensemble des questions dont le juge peut se saisir d'office pour exercer son pouvoir d'annulation. Cette position s'explique sans doute non par la nature différente des initiatives du juge mais par le fait que l'exercice d'un tel pouvoir d'annulation dépassant la demande des parties n'est pas considéré comme une autosaisine à proprement parler¹⁹⁷².

Pourtant, et par analogie, le juge du référé précontractuel doit informer préalablement les parties lorsqu'il envisage de prononcer d'office une mesure non sollicitée par elles alors même que la justification d'un tel pouvoir réside également, et essentiellement, dans la nature de son office. A l'instar du juge de l'élection qui doit tirer toutes les conséquences qu'implique le grief fondé indépendamment des conclusions formulées par les parties, le juge

D'un point de vue pratique, cette obligation de provoquer une discussion des parties tant sur les moyens que les conclusions d'annulation pourrait être consacrée, en dehors de tout principe général reconnu par le Conseil d'Etat¹⁹⁷⁹, par un élargissement du champ d'application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative¹⁹⁸⁰. L'intervention du pouvoir réglementaire apparaîtrait nécessaire dans cette hypothèse, mais il est également possible d'imaginer que le Conseil d'Etat lui-même prévoit une telle obligation à l'occasion de la reconnaissance au juge de la légalité du pouvoir de prononcer d'office l'annulation de certains actes ou dispositions.

Toujours est-il que si la consécration des conclusions d'ordre public et la généralisation des moyens d'ordre public supposeraient un élargissement du champ de la contradiction, cet ajustement commandé par les principes fondamentaux du droit à un procès équitable n'occasionnerait aucune difficulté d'ordre pratique, l'instrument étant déjà éprouvé par l'usage quotidien des juridictions administratives.

B. La permanence des solutions existantes

La multiplication des initiatives potentielles du juge de la légalité n'entraînerait par elle-même aucun bouleversement des solutions actuelles présidant à la soumission à la discussion des parties de ces nouveaux éléments introduits dans le débat. Une telle obligation demeurerait empreinte de pragmatisme (1) et guidée par un principe constant d'effectivité (2).

1) Une obligation d'information ajustée

Sans qu'il soit nécessaire de dresser le panorama de l'ensemble des solutions en vigueur, il ne paraît pas inutile de souligner le pragmatisme qui teinte tant la jurisprudence que les textes afin d'ajuster la mise en œuvre du principe du contradictoire aux contraintes

¹⁹⁷⁹ V. CE, 7 novembre 2012, *M. Toure*, n° 350355, T. p. 590 : « (...) qu'aucune disposition législative ou réglementaire applicable à la Cour nationale du droit d'asile, non plus qu'aucune règle générale de procédure qui serait applicable sans texte à cette juridiction comme aux autres juridictions administratives, n'impose que le requérant soit préalablement avisé de ce qu'il est envisagé de statuer sur sa demande par ordonnance (...) » (nous soulignons).

¹⁹⁸⁰ La nouvelle rédaction pourrait alors être la suivante : « Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen [ou une conclusion] relevés d'office (...) ».

inhérentes à l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'obligation de provoquer la discussion des parties sur un moyen relevé d'office n'est donc pas absolue et reste susceptible de s'adapter à d'autres exigences d'égale importance, sans qu'aucun formalisme excessif ne vienne entraver la bonne marche du procès.

Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple – de bon sens – parmi d'autres, lorsqu'une fin de non-recevoir est opposée par le défendeur, le juge n'a pas à inviter le requérant à régulariser sa requête¹⁹⁸¹, ni *a fortiori* à l'inviter à présenter des observations sur l'irrecevabilité susceptible d'être retenue. De la même manière, lorsque le motif d'irrecevabilité est, par anticipation, invoqué par le requérant lui-même, et donc soumis à la discussion des parties, la requête peut être rejetée – pour tardiveté en l'espèce – sans information préalable des parties au titre de l'article R. 611-7 du code de justice administrative¹⁹⁸². De la même manière, et fort logiquement, l'invitation à régularisation adressée au requérant équivaut à l'information prévue par cet article¹⁹⁸³.

Un autre registre apparaît tout aussi caractéristique du réalisme des solutions retenues, et qu'il ne saurait être question d'altérer, à savoir celui de l'urgence. Conformément aux dispositions de l'article L. 5 du code de justice administrative, si l'instruction des affaires est par principe contradictoire, « *les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence* ». Ainsi, s'agissant de la procédure suivie par le juge des référés statuant en urgence, l'information prévue par l'article R. 611-7 peut être accomplie au cours de l'audience¹⁹⁸⁴. Il n'est donc pas question d'une dispense d'ordre général à l'obligation de principe de communication d'un moyen susceptible d'être relevé d'office mais d'une adaptation des formalités de mise en œuvre.

¹⁹⁸¹ CE, 28 avril 1997, *Association des commerçants non sédentaires de Corbeil-Essonnes*, n° 164820, p. 169.

¹⁹⁸² CE, 9 avril 2014, *Société Copalex*, n° 357168, T.

¹⁹⁸³ CE, 16 février 1994, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, n° 108665 ; CE, 28 janvier 1998, *Epoux Merrain*, p. 1083.

¹⁹⁸⁴ Cf. art. R. 522-9 du code de justice administrative. V. également : CE, 27 juillet 2001, *Société foncière MFC*, n° 233718 ; CE, 31 juillet 2009, *M. Mattéi*, n° 318772, T. p. 1102 ; CE, 2 mars 2011, *Commune de Mery-sur-Oise*, n° 339827, inédit.

Il doit alors ressortir des mentions de l'ordonnance que le juge a informé les parties et les a invitées à présenter leurs observations sur le moyen.

Ainsi en va-t-il également en contentieux des obligations de quitter le territoire français et des arrêtés de reconduite à la frontière. Ce contentieux de l'éloignement des étrangers, du fait de la brièveté des délais de jugement, ne ressortit pas par principe du champ d'application de l'article R. 611-7¹⁹⁸⁵. Toutefois, les exigences de la contradiction imposent que le moyen relevé d'office puisse être communiqué oralement aux parties au cours de l'audience¹⁹⁸⁶.

Ces brèves observations témoignent d'une mise en œuvre pragmatique de la soumission à la contradiction des moyens dont le juge se saisit d'office, mise en œuvre également marquée par une recherche concrète d'efficacité de l'information donnée.

2) L'obligation d'une information efficace

L'information donnée aux parties sur le fondement de l'article R. 611-7 du code de justice administrative doit tout d'abord être efficace, c'est-à-dire avoir été effectivement délivrée. Le décret du 29 mai 1997¹⁹⁸⁷ avait à cette fin introduit l'obligation d'une notification du moyen d'ordre public par une lettre recommandée avec avis de réception. Toutefois, le décret du 19 décembre 2005 a assoupli cette formalité de manière pragmatique – et économique – en permettant que l'information soit réalisée « *au moyen de lettres remises contre signature ou de tout autre dispositif permettant d'attester la date de réception* »¹⁹⁸⁸.

Une information délivrée en temps utiles. L'efficacité de l'information délivrée, c'est-à-dire sa capacité à produire l'effet escompté, dépend non seulement de la réalité de la délivrance de l'information mais également du moment de cette délivrance, les parties devant évidemment disposer du temps nécessaire à la formulation de leurs observations éventuelles.

¹⁹⁸⁵ CE, 1^{er} février 1995, *Serhoual*, n° 150194, inédit.

¹⁹⁸⁶ Art. R. 776-25 créé par l'article 1^{er} du décret n° 2011-819 du 8 juillet 2011, *JORF*, 9 juillet 2011, p. 11923.

¹⁹⁸⁷ Article 7 du décret n° 97-563 du 29 mai 1997 relatif au fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions et modifiant le code des tribunaux et des cours administratives d'appel, *JORF*, 31 mai 1997, p. 8427.

¹⁹⁸⁸ Article 9 du décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative, *JORF*, 20 décembre 2005, p. 19578, codifié à l'article R. 611-3 du code de justice administrative.

Cf. également CE, 14 novembre 2011, *Alloune*, n° 334764, T. p. 1084 ; *AJDA*, 2012, p. 175 ; *AJDA*, 2012, p. 686, étude G. Clamour ; *JCP A*, 2012, p. 2339, note S. Merenne : arrêt qui conditionne la dispense de communication du moyen d'ordre public sous réserve de la bonne réception du mémoire en défense soulevant la fin de non-recevoir.

En effet si le principe du contradictoire implique le droit de savoir, il suppose également « *le droit de faire savoir* »¹⁹⁸⁹.

S'il n'existe pas de règle générale quant au délai minimal dont doivent disposer les parties – lequel peut d'ailleurs varier en fonction des circonstances de l'espèce et de la nature du contentieux – l'article R. 611-7 impose néanmoins au juge de fixer ce délai, sachant que la mention de la date de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée peut suffire¹⁹⁹⁰. Le délai accordé doit être raisonnable, ce qui ne semble pas être le cas d'un délai de trois jours, « *en l'absence de toute circonstance particulière* »¹⁹⁹¹. Conformément à ces exigences, si un moyen susceptible de fonder la décision apparaît de manière tardive, et que les parties ne peuvent pas s'exprimer utilement avant l'audience, il convient de rayer l'affaire du rôle et de communiquer le moyen¹⁹⁹².

Une information suffisamment précise. Dans le même ordre d'idées, et dans le but d'assurer l'efficacité de la contradiction, l'information délivrée aux parties quant au moyen susceptible de fonder la décision doit leur permettre d'y répondre pertinemment¹⁹⁹³. En d'autres termes, il conviendra de s'assurer que la nature de l'information délivrée leur permet de « *discuter utilement* » de la question que le juge se propose de relever d'office. En l'absence d'une telle information, la décision juridictionnelle sera entachée d'irrégularité¹⁹⁹⁴.

Pour autant, cela n'implique pas que le juge explicite l'ensemble des motifs, de fait ou de droit, qui sont susceptibles de conduire la formation de jugement à fonder sa décision sur un moyen relevé d'office¹⁹⁹⁵. A toutefois été jugée insuffisamment précise l'information délivrée aux parties selon laquelle « *la décision contestée aurait pu être prise sur le*

¹⁹⁸⁹ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, n° 741.

¹⁹⁹⁰ CE, 4 juillet 2012, *Département de la Saône et Loire*, n° 356168, T. p. 600 ; dans la mesure seulement où la clôture de l'instruction ne fait pas obstacle à la présentation d'observations jusqu'à cette date.

¹⁹⁹¹ CE, 16 février 2011, *Mme Pennarun*, n° 327258, inédit.

¹⁹⁹² CE, Sect., 30 octobre 1992, *Association de sauvegarde du site Alma Champs Elysées*, n° 140220, p. 384 ; CE, 8 avril 1994, *Gabolde*, p. 185 ; *DA*, 1994, n° 365 ; *RDP*, 1995, p. 1665.

¹⁹⁹³ CE, 25 septembre 1995, *Association des licenciés sans procédure de la régie départementale des passages d'eau de la Gironde*, n° 153191, T. p. 976.

¹⁹⁹⁴ CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannappes*, n° 164012, p. 185 ; CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 boulevard Flandrin*, n°142377, p. 297 ; CE, 6 juin 2012, *Association Euro-Corsica Race*, n° 348109, inédit.

¹⁹⁹⁵ CE, 21 décembre 1994, *SARL La Flotte française*, n° 137488, T. p. 1119.

fondement d'un autre texte que celui dont la méconnaissance est invoquée »¹⁹⁹⁶ dès lors qu'elle ne permet pas aux parties d'identifier le texte sur lequel la juridiction était susceptible de fonder la solution au litige et par suite d'en discuter utilement. Ainsi en est-il également de la communication aux parties d'un moyen d'ordre public « *tiré de l'irrecevabilité des conclusions de la requête* »¹⁹⁹⁷. En revanche, lorsque la décision est susceptible d'être fondée sur l'incompétence de l'auteur de l'acte, le juge n'a pas à indiquer s'il s'agit d'une incompétence territoriale ou à raison de la matière¹⁹⁹⁸, alors qu'il faut bien admettre qu'avec cette précision la discussion provoquée gagnerait certainement en efficacité.

Si la soumission à la contradiction des moyens d'ordre public généralisés et des conclusions d'ordre public nécessiterait quelques ajustements, elle ne remettrait cependant pas en cause les principes retenus jusqu'à présent pour assurer une information des parties permettant de provoquer une discussion utile sur la décision à intervenir. De la même manière, la multiplication des questions dont le juge pourrait se saisir d'office supposerait l'adaptation de quelques techniques procédurales afin de circonscrire le débat dans le temps.

§2 : Une cristallisation de l'instance préservée

A la disposition du juge, les moyens et conclusions d'ordre public le seraient symétriquement des parties, lesquelles devraient pouvoir s'en saisir à tout moment. Le régime de ces nouveaux instruments ne devrait en effet pas différer selon qu'ils seraient mis en œuvre par le juge ou les parties. Cette uniformité du régime se justifierait d'autant plus que l'intervention du juge doit rester subsidiaire : il faudrait donc offrir aux parties les mêmes armes que celles dont il disposerait afin de ne pas déséquilibrer l'instance, à leur détriment cette fois.

Si les parties pouvaient soulever à tout moment de nouveaux moyens ou de nouvelles conclusions, conformément au régime existant des moyens d'ordre public, il serait néanmoins nécessaire de pouvoir faire cesser le débat afin de s'emparer d'un litige aux limites

¹⁹⁹⁶ CE, 12 mars 2012, *Mme Mirmiran*, n° 343209.

¹⁹⁹⁷ CE, 25 septembre 1995, *Association des licenciés sans procédure de la régie départementale des passages d'eau de la Gironde*, n°153191, T. p. 976.

¹⁹⁹⁸ CE, 9 avril 2010, *Société Brink's Evolution*, n° 314940, inédit.

durablement fixées. La consécration des conclusions d'ordre public et la généralisation des moyens d'ordre public auraient pour conséquence de confirmer l'inutilité actuelle de l'expiration des délais de recours pour mettre un terme à l'évolution de l'objet du litige **(A)**. Cette évolution renforcerait en revanche le rôle essentiel de la clôture de l'instruction comme instrument de limitation temporelle des initiatives des parties **(B)**.

A. L'inanité confirmée de l'expiration des délais de recours

Par principe, les délais de recours seraient inopposables aux moyens et conclusions d'ordre public. Toutefois, du point de vue des conclusions dont les parties pourraient s'emparer d'office, cette conséquence procédurale se révèle somme toute très secondaire lorsque l'on envisage précisément les hypothèses dont s'agit **(1)**. Par ailleurs, l'unification de la cause juridique de la demande que consacrerait nécessairement la généralisation des moyens d'ordre public ne ferait qu'entériner une situation déjà existante en pratique **(2)**.

1) Une emploi résiduel des conclusions d'ordre public par les parties

Si l'on reprend les hypothèses identifiées¹⁹⁹⁹ dans lesquelles le juge de la légalité pourrait être amené à soulever d'office des conclusions, l'on se rend compte que les parties se trouveraient rarement en situation d'en faire de même. Ainsi, bien qu'il ne soit pas par principe envisageable de les priver de cette prérogative, l'usage parcimonieux qu'elles seraient amenées à en faire n'engendrerait qu'un impact limité quant à la nécessaire cristallisation de l'instance.

Ainsi, dans les cas où le juge, plutôt que de procéder à une interprétation de la demande, soulèverait d'office des conclusions en annulation qu'il penserait avoir identifiées, les parties pourraient également d'elles-mêmes procéder à cette rectification, sans que l'objet de leur demande ne s'en trouve changé pour autant. Bien au contraire, il ne s'agirait alors pour les parties que de restituer à leur demande son objet véritable, sans aucunement saisir le juge d'une demande nouvelle. La question de l'expiration du délai de recours ne se poserait donc *a priori* pas.

¹⁹⁹⁹ Cf. *supra*.

Dans l'hypothèse de la demande d'une annulation partielle d'un acte indivisible, le juge ne serait pas amené à soulever d'office des conclusions en annulation totale mais à inviter le requérant à le faire. Investi d'une telle prérogative, le délai qui lui serait alors opposable ne serait pas le délai de recours mais celui octroyé pour procéder à la régularisation de sa demande²⁰⁰⁰. Et s'il faut envisager une régularisation spontanée de sa requête par le requérant, sans qu'aucun délai ne lui ait été formellement accordé, il devrait être recevable à y procéder sans condition, ne devant pas pâtir des défaillances du fonctionnement des juridictions administratives.

S'agissant de la conversion de conclusions en annulation partielle en conclusions en annulation totale d'un acte divisible, elle devrait également être regardée comme possible dans la mesure où le juge lui-même aurait été susceptible de procéder à une telle mutation des conclusions. Autrement dit, à partir du moment où le requérant aura soulevé un moyen susceptible de fonder l'annulation totale de l'acte, il serait en mesure s'il le souhaite d'élargir la portée de ses conclusions. L'on pourrait également rapprocher cette hypothèse de celles dans lesquelles il est procédé à une interprétation de la demande : en soulevant un moyen d'annulation totale, le requérant pourrait être regardé comme ayant entendu solliciter une telle annulation, à supposer qu'il présente un intérêt à agir suffisant pour ce faire.

La confrontation de ces hypothèses à la réalité de la pratique contentieuse risque certainement de les réduire à des cas de réalisation exceptionnelle, dont l'existence potentielle ne saurait conduire à ce que soit opposé à la consécration des conclusions d'ordre public devant le juge administratif de la légalité le risque de glissement incessant du litige.

2) L'extinction des demandes nouvelles

En règle générale, une demande nouvelle, c'est-à-dire un « *moyen nouveau fondé sur une cause distincte* »²⁰⁰¹ est irrecevable lorsqu'elle est présentée après l'expiration du délai de recours. Si ce principe se justifie par l'impératif de ne pas laisser aux parties le loisir de modifier indéfiniment les éléments du litige, il ne résulte pas moins de la pratique que cette limite se révèle largement virtuelle (**a**), faisant de la généralisation des moyens d'ordre public

²⁰⁰⁰ Cf. *supra*.

²⁰⁰¹ GILLI (J.P.), *La cause juridique de la demande en justice*, LGDJ, 1962, p. 167.

et de l'unification de la cause juridique de la demande qu'elle suppose une innovation fictive de ce point de vue (b).

a. L'irrecevabilité virtuelle des demandes nouvelles

Etat du droit. L'expiration du délai de recours a pour effet de rendre irrecevables tant les conclusions nouvelles que les « demandes nouvelles » qui constituent « *une façon nouvelle de demander la même chose ; en d'autres termes, une façon nouvelle de justifier les conclusions dont le juge est saisi* »²⁰⁰². Un moyen nouveau reposant sur une cause juridique distincte des moyens soulevés dans le délai de recours contentieux est considéré comme une demande nouvelle irrecevable, à moins que le moyen soulevé soit d'ordre public²⁰⁰³ – précision faite que le délai de recours commence à courir au plus tard à compter de la date d'enregistrement de la requête²⁰⁰⁴ et que la recevabilité d'un moyen s'apprécie à la date à laquelle il est soulevé²⁰⁰⁵. Cette irrecevabilité, si elle est relevée d'office, suppose la mise en œuvre de l'article R. 611-7 du code de justice administrative²⁰⁰⁶, à moins que ce moyen nouveau ne soit soulevé par le requérant qu'après l'inscription de l'affaire au rôle d'une audience²⁰⁰⁷.

Conformément à ces solutions, un moyen de légalité interne soulevé après l'expiration du délai de recours alors que le recours n'était initialement fondé que sur un vice de légalité externe sera irrecevable²⁰⁰⁸, de même qu'inversement²⁰⁰⁹. A noter que, dans ces conditions, sera également considéré comme irrecevable un moyen qui aurait pour effet d'aboutir à la formulation de conclusions nouvelles. C'est par exemple le cas de l'invocation d'un vice de

²⁰⁰² CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 762.

²⁰⁰³ V. par ex. CE, 28 octobre 2009, *Delanoue*, n° 299252, T. p. 885.

²⁰⁰⁴ CE, 10 octobre 1990, *Grandone*, n° 97692, T. p. 915.

²⁰⁰⁵ CE, Sect., 20 juin 1997, *Kessai*, n° 168019, p. 251.

²⁰⁰⁶ CE, 14 février 1997, *Mme Chartier*, n° 152641, p. 43.

²⁰⁰⁷ CE, 8 février 1999, *Siano et autres*, n° 180058, inédit : Lorsque qu'un requérant soulève, après inscription de l'affaire au rôle, un moyen fondé sur une cause juridique distincte de ceux invoqués dans le délai de recours contentieux, le juge peut soulever d'office l'irrecevabilité sans avoir procédé à la communication de ce moyen d'ordre public (sol. impl.).

²⁰⁰⁸ CE, Sect., 23 mars 1956, *Veuve Ginestet*, p. 141 ; *AJDA*, 1956, p. 164, concl. J. Kahn – CE, 13 juillet 1966, *Molina*, p. 500.

²⁰⁰⁹ CE, 1^{er} février 1985, *Michaud* ; *DA*, 1985, n° 162 – CE, 23 septembre 1988, *Mme Le Goff*, p. 312 – CE, 10 octobre 1990, *Grandone*, p. 916 – CE, 3 mars 1993, *Cofiroute*, p. 974.

forme alors que seule l'annulation de l'acte en tant qu'il était rétroactif était initialement demandée²⁰¹⁰.

En appel, les solutions sont logiquement identiques conformément au principe du double degré de juridiction justifiant la réitération d'un contrôle juridictionnel dans des conditions identiques. Ainsi, le requérant initial²⁰¹¹ ne sera recevable à invoquer des moyens nouveaux que dans la mesure où ils ne sont pas constitutifs d'une demande nouvelle²⁰¹². Le « *juge d'appel utilise aussi la notion de demande nouvelle pour écarter des moyens ou conclusions présentés devant lui alors qu'ils ne l'ont pas été en première instance. Dans cette hypothèse, le juge d'appel, outre l'immutabilité de l'instance, fait respecter le double degré de juridiction* »²⁰¹³. A cet égard, l'erreur de droit tenant à avoir accueilli un moyen se rattachant à une cause juridique distincte de celle sur laquelle étaient fondés les moyens soulevés avant l'expiration du délai de recours est d'ordre public et sera relevée d'office par le juge de cassation²⁰¹⁴, solution qui tend à témoigner de l'importance accordée au principe.

La situation est en revanche différente devant le juge de cassation dont l'office n'est au premier titre pas de juger à nouveau le litige au fond mais seulement de contrôler la régularité de la décision juridictionnelle rendue en dernier ressort. Le requérant ne peut alors logiquement invoquer que des moyens relatifs soit à la régularité, soit au bien-fondé de cette décision. Toutefois, un tel moyen peut être constitué par l'erreur de droit que constitue pour la juridiction d'appel de n'avoir pas relevé d'office un moyen d'ordre public. De ce point de vue, les présents développements trouvent un certain écho en ce que la généralisation des moyens d'ordre public entraînerait une nécessaire multiplication des moyens susceptibles d'entacher le bien-fondé de la décision d'appel.

L'interdiction des moyens nouveaux en cassation ne résulte pas de l'application des principes régissant la recevabilité des demandes nouvelles mais découle logiquement de la

²⁰¹⁰ CE, 1^{er} février 1952, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles d'Eure-et-Loir*, p. 73.

²⁰¹¹ Le défendeur en première instance est quant à lui en principe recevable à invoquer en appel tous moyens, même pour la première fois, sous réserve d'avoir énoncé, dans le délai d'appel, la ou les causes juridiques sur lesquelles il entend fonder son pourvoi, à moins qu'il ne s'agisse d'un moyen d'ordre public : CE, 29 septembre 2000, *Société Dezellus Métal Industrie*, n° 186916, p. 382.

²⁰¹² CE, Sect., 30 octobre 1970, *Deboise*, n° 79147, p. 630 ; CE, 24 octobre 1990, *Onyemba*, n° 91968, *RDP*, 1991, p. 871 ; CE, Sect., 10 juin 1983, *Raoult*, n° 34832, p. 251 ; CE, 24 octobre 1990, *Ragusi*, n° 81333, p. 290.

²⁰¹³ DEGOFFE (M.), « Demande nouvelle », *RDCA*, octobre 2010, n° 2.

²⁰¹⁴ CE, 8 octobre 2010, *Mme Wendehemme*, T. p. 920.

nature même du contrôle de cassation ; puisque « *ce recours vise à contester la réponse apportée par les juges du fond aux prétentions des parties, on ne peut reprocher à ces derniers d'avoir mal répondu à un moyen dont ils n'ont pas été saisis* »²⁰¹⁵. A cet égard, les moyens nouveaux ne sont d'ailleurs pas irrecevables, mais inopérants²⁰¹⁶ : ce n'est pas l'expiration du délai de recours qui les exclut du débat, mais leur inanité, indépendamment de la cause juridique à laquelle ils se rattachent.

Cette position ne tient toutefois pas s'agissant des moyens d'ordre public, dont les juges doivent s'emparer d'office sans avoir à en être saisis. Plus exactement, les juges sont réputés saisis de tels moyens, quelle que soit l'argumentation des requérants. En cassation toutefois, le « *moyen d'ordre public s'incorpore ainsi dans le moyen qui vise à reprocher aux juges du fond de ne pas l'avoir soulevé d'office* »²⁰¹⁷. Le moyen invoqué est alors l'erreur de droit commise par les juges du fond à ne pas avoir relevé le moyen d'ordre public²⁰¹⁸. Toutefois, l'examen de ce moyen ne doit pas conduire le juge de cassation à porter une appréciation quelconque sur les faits de l'espèce²⁰¹⁹ : il s'agit de la première limite à l'invocation en cassation d'un moyen d'ordre public susceptible de conduire à l'annulation de la décision administrative contestée. La seconde limite réside dans l'obligation pour le juge du fond de s'emparer d'office d'un tel moyen, laquelle ne peut exister que dans la mesure où son bien-fondé ressortait manifestement des pièces du dossier²⁰²⁰. Il ne serait en effet pas rationnel de sanctionner le juge qui n'avait pas été mis en mesure par les parties de constater l'existence d'un tel moyen²⁰²¹.

Le prisme de la décision juridictionnelle contrôlée en cassation fait donc perdre sa substance à la question de savoir si les parties peuvent sans délai se saisir des moyens susceptibles de fonder l'annulation de la décision administrative attaquée. Se manifeste alors « *la déperdition d'énergie qui affecte les moyens d'ordre public devant la juridiction de*

²⁰¹⁵ BROUELLE (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2013, n° 518.

²⁰¹⁶ CE, 24 novembre 2010, *Commune de Lyon*, n° 325195, T. p. 833 ; CE, Sect., 21 mars 2011, *Richard-Dubarry*, n° 318825, p. 96.

²⁰¹⁷ BROUELLE (C.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 524.

²⁰¹⁸ CE, Ass., 6 avril 2001, *SA Razel frères*, n° 206764, p. 176.

²⁰¹⁹ CE, 8 janvier 1982, *Devillechaise*, n° 19875, T. p. 728.

²⁰²⁰ CE, 27 janvier 1926, *Sieur Meynier*, p. 93 : un moyen d'ordre public ne peut utilement être invoqué pour la première fois en cassation « *que si les pièces et documents sur lesquels il repose en fait ont été produits devant la juridiction d'appel* ».

V. également CE, Sect., 26 juin 1992, *Consorts Barbier*, p. 268.

²⁰²¹ CE, Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt*, n° 114728, p. 268.

cassation »²⁰²² ainsi que leur rapprochement avec les moyens ordinaires. En cassation, la véritable question revient alors à savoir si le moyen tiré de l'erreur de droit à n'avoir pas relevé d'office un moyen d'ordre public constitue lui-même un moyen d'ordre public susceptible d'être soulevé à tout moment de l'instance de cassation²⁰²³. L'objet de cette interrogation reste toutefois sans intérêt pour la question de la cristallisation de la demande des parties relativement aux moyens qu'elles sont susceptibles de soulever pour fonder leur demande en annulation.

Ce détour par le contrôle de cassation se justifiait néanmoins afin de souligner à cette occasion l'absence d'incidence pratique néfaste quant à l'exercice de sa mission par la juridiction suprême. Le seul impact potentiel serait l'accroissement des hypothèses d'erreur de droit, à n'avoir pas relevé d'office un moyen ou une conclusion d'ordre public ; mais il convient de renvoyer sur ce point à la circonscription de ces hypothèses ne permettant pas de leur attribuer un effet perturbateur rédhibitoire.

Etat de la pratique. Bien qu'elle puisse en principe constituer une limite au développement de leur argumentation par les parties, l'expiration du délai de recours est en réalité devenu un couperet fictif tant il est aisé, pour un requérant, le plus souvent assisté d'un conseil, de soulever dès l'introduction de sa requête des moyens relevant tant de la légalité externe que de la légalité interne. On voit dès lors mal en quoi « *cette pratique qui conduit les requérants à soulever des moyens parfois totalement farfelus au stade de l'introduction du recours, contribue utilement à la fixation du cadre de l'instance contentieuse et à la délimitation des débats* »²⁰²⁴.

L'on retrouve la même logique en plein contentieux objectif dès lors que « *certaines de ces contentieux, comme celui des installations classées ou celui des édifices menaçant ruine sont des contentieux objectifs qui posent en même temps des questions de légalité : par conséquent, sur le plan de la cause juridique, s'applique la distinction entre les moyens de*

²⁰²² CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 1287.

²⁰²³ Sur cette question, à laquelle aucune réponse définitive ne semble pouvoir être apportée, cf. BROUELLE (C.), *Contentieux administratif*, op. cit., n° 526.

²⁰²⁴ BONICHOT (J.C.), CASSIA (P.), POUJADE (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2014, n° 50.

légalité externe et ceux de légalité interne du contentieux de l'annulation »²⁰²⁵. Il convient toutefois de réserver le cas du contentieux électoral dans lequel il existe, à « *peu de choses près, autant de causes juridiques que de griefs* »²⁰²⁶. Dans ce contentieux dans lequel « *la cause semble s'identifier au moyen* »²⁰²⁷, il convient d'admettre que la reconnaissance de la qualité d'ordre public à l'ensemble des moyens constituerait une innovation quant à l'inanité de l'expiration du délai de recours pour fixer définitivement les termes du débat. Il suffirait toutefois pour le juge de s'emparer pleinement de l'effet couperet de la clôture d'instruction²⁰²⁸.

En pratique donc, la cristallisation de la demande ne passe plus par l'expiration des délais de recours, tant l'irrecevabilité des demandes nouvelles est aisée à contourner, témoignant de l'inutilité d'un tel archaïsme procédural dont l'abandon ne devrait susciter aucune difficulté concrète.

b. L'unité consacrée de la cause juridique de la demande

Le moyen d'ordre public n'est pas une demande nouvelle²⁰²⁹. Si tout moyen devient susceptible d'être relevé d'office par le juge, et donc soulevé à tout instant de la procédure par les parties, cette généralisation de la qualité d'ordre public aurait nécessairement pour effet d'unifier en pratique la cause juridique de la demande en mettant fin à l'irrecevabilité des « demandes nouvelles ». En effet, le rattachement des moyens d'annulation à la légalité externe ou interne de l'acte n'a pour seul objet que l'objection éventuelle de la jurisprudence *Intercopie* au requérant mal avisé.

²⁰²⁵ COLLY (F.), « Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *RFDA*, 1987, p. 786, spéc. p. 797.

²⁰²⁶ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 764 3°).

V. en ce sens : CE, Sect., 20 mai 1966, *Elect. mun. de Tox*, p. 351 ; *AJDA*, 1967, p. 231, note D. Chabanol – CE, 15 juillet 1958, *Elect. mun. de l'Entre-Deux*, p. 911 – CE, 11 juin 1993, *Elect. cant. de Badonviller* – CE, 3 décembre 1993, *Elect. cant. de Bagnères-de-Luchon*, p. 800 – CE, 4 janvier 1964, *Elect. à la chambre de commerce de Toulon* ; *AJDA*, 1964, p. 305, note B. Paulin.

²⁰²⁷ DEGOFFE (M.), « Demande nouvelle », préc., n° 41.

²⁰²⁸ Cf. *infra*.

²⁰²⁹ CE, 13 juillet 2011, *Société Love Beach*, n° 320448, T. p. 1107 ; *BJDU*, 2011, n° 6, p. 490, concl. C. Roger-Lacan.

Une unité revendiquée. La distinction des causes juridiques de la demande en contentieux de légalité dans l'unique dessein de faire obstacle au développement de son argumentation par le requérant est décriée en doctrine. Si l'irrecevabilité des demandes nouvelles « *répond à un souci d'encadrement des termes du débat contentieux [qui] ne saurait en effet évoluer au gré des argumentations souvent changeantes, parfois capricieuses, des parties* »²⁰³⁰, il est également possible d'y voir la simple « *mise en œuvre d'une politique de déflation contentieuse* »²⁰³¹.

Cette règle apparaît pourtant « *à contre-courant du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir censé commander une ouverture de l'action qui soit la plus large possible dans l'intérêt de la légalité* »²⁰³². Assurément, le « *respect de la légalité, comme celui de la liberté, ne se divise pas* »²⁰³³ et il est alors possible de se demander dans quelle mesure il peut exister en contentieux de l'excès de pouvoir « *une cause juridique autre que celle tirée de l'illégalité de l'acte attaqué ?* »²⁰³⁴. En ce sens, et selon M. Joliot, dès lors « *qu'un recours est engagé contre un acte irrégulier, tout moyen susceptible de le faire disparaître devrait pouvoir être invoqué à tout moment, de quelque catégorie qu'il relève. Tout autre solution est contraire à la fois au bon sens et à la sauvegarde de la légalité puisqu'on refuse ainsi de prendre en considération tous les moyens qui permettraient la sanction des conduites administratives irrégulières. C'est dans notre système contentieux une anomalie dont la justification n'apparaît pas* »²⁰³⁵.

Néanmoins, l'irrecevabilité des demandes nouvelles, et donc la pérennité de la distinction des causes de la demande en contentieux de la légalité, est constamment et fermement réaffirmée. Ainsi a-t-il été coupé court à l'audacieuse tentative initiée par le

²⁰³⁰ SAUSSEREAU (M.), « La cause de la demande a-t-elle encore une place en contentieux administratif ? L'apport de la procédure civile à la réflexion », *RDJ*, 2003, p. 631, spéc. p. 632.

²⁰³¹ KOLBERT (E.), « Notion de cause de la demande et notion de moyen », concl. sur TA Lyon, 9 décembre 1998, *Masson, AJDA*, 1999, p. 448.

²⁰³² BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 184.

V. également du même auteur : BAILLEUL (D.), « Vers la fin de l'interdiction des moyens nouveaux en excès de pouvoir ? », *DA*, n° 4, avril 2008, étude n° 9.

²⁰³³ NEGRIN (J.P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, PUAM, 1976, p. 76.

²⁰³⁴ BONICHOT (J.C.), CASSIA (P.), POUJADE (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2014, n° 50, p. 902.

²⁰³⁵ JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris, 1976, p. 39.

tribunal administratif de Lyon consistant à permettre au requérant de soulever tout moyen nouveau jusqu'à la clôture de l'instruction²⁰³⁶. Dans le même sens, et témoignant de la prégnance de la règle, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à en élargir le champ d'application en y incluant les juridictions ordinaires²⁰³⁷. Malgré cet attachement constamment réaffirmé, il n'en reste pas moins que l'unification de la cause de la demande en contentieux de la légalité, qu'elle résulte de la pratique actuelle ou de la généralisation des moyens d'ordre public, reste d'un usage aisé, malgré l'inefficacité provoquée de l'expiration du délai de recours à encadrer l'évolution du débat contentieux.

Une pratique existante. En contentieux fiscal, la notion de demande nouvelle n'apparaît qu'avec la clôture de l'instruction. L'article L. 199 C du livre des procédures fiscales²⁰³⁸ dispose en effet que « *l'administration ainsi que le contribuable dans la limite du dégrèvement ou de la restitution sollicités, peuvent faire valoir tout moyen nouveau, tant devant le tribunal administratif que devant la cour administrative d'appel jusqu'à la clôture de l'instruction* ». Cette particularité du contentieux fiscal tient certainement à la spécificité de la matière, répondant à la « *préoccupation de conforter la position des contribuables en litige avec l'administration fiscale* »²⁰³⁹ et ce afin de « *rétablir un certain équilibre contentieux entre les parties au litige fiscal, lequel était jusqu'alors caractérisé, du point de vue de la présentation des arguments, par une flagrante inégalité, l'administration ayant le loisir de justifier, par tous moyens nouveaux et à tout moment, l'imposition contestée* »²⁰⁴⁰.

Bien que cette dérogation au principe de l'irrecevabilité des demandes nouvelles soit particulièrement circonscrite²⁰⁴¹, il n'en reste pas moins que l'exemple du contentieux fiscal, quantitativement important, témoigne de l'absence d'obstacle tant théorique que pratique à

²⁰³⁶ TA Lyon, 9 décembre 1998, *Masson* ; *DA*, avril 1999, n° 111 ; *AJDA*, 1999, p. 448, concl. E. Kolbert ; *Procédures*, 1999, n° 111, obs. S. Deygas. Infirmé par CAA Lyon, 21 décembre 2000, *ANPE c. M. Masson*, n° 99LY00668.

²⁰³⁷ CE, 27 juin 2011, *Conseil départemental de Paris de l'Ordre des chirurgiens-dentistes*, n° 339568, T. p. 1106 ; *AJDA*, 2011, p. 2023, concl. R. Keller ; *GP*, 6 septembre 2011, n° 249, p. 11, chron. B. Seiller.

²⁰³⁸ Introduit par l'article 93 de la loi n° 87-1060 du 30 décembre 1987, *D.*, 1988, p. 44.

²⁰³⁹ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 765.

²⁰⁴⁰ KOLBERT (E.), « Notion de cause de la demande et notion de moyen », concl. préc.

Cf. également sur cette question CHAUTARD (A.), *La mutabilité de l'instance fiscale et le droit à un procès équitable*, L'Harmattan, 2003 ; COLLET (M.) et COLLIN (P.), *Procédures fiscales*, PUF, 2014.

²⁰⁴¹ CAA Lyon, 17 janvier 1996, *SA polyclinique La Pergola*, n° 94LY00600 : article applicable seulement aux recours de plein contentieux en matière fiscale, et non pas aux recours pour excès de pouvoir. Cette disposition n'est par ailleurs applicable qu'aux seuls contentieux de l'établissement de l'impôt et des dégrèvements d'office. Il n'est donc pas applicable aux contestations relatives aux taxes parafiscales (devenues impositions de toute nature) ou au recouvrement de l'impôt.

l'unification de la cause de la demande en contentieux de la légalité, laquelle serait une conséquence inévitable de la généralisation des moyens d'ordre public.

Il ne faut toutefois pas omettre de signaler les conséquences d'une telle unification en termes d'autorité de la chose jugée. En effet, l'unicité de cause juridique en matière d'autorité de chose jugée « *verrouillera de manière définitive la possibilité d'échapper à l'exception de chose jugée d'un jugement de rejet, opposée par l'administration à une demande ultérieure* »²⁰⁴². Afin que l'abandon de la notion de cause ne constitue pas « *un recul pour le justiciable lui-même à qui la chose jugée deviendrait plus facilement opposable* »²⁰⁴³, il conviendrait de transposer les solutions existantes en contentieux fiscal, à savoir « *de pratiquer différemment la notion de cause selon le principe qu'il s'agit de mettre en œuvre, immutabilité ou chose jugée* »²⁰⁴⁴.

Malgré cette difficulté éventuelle au regard des revers envisageables en termes d'autorité de chose jugée²⁰⁴⁵, la possibilité pour le requérant de soulever de nouveaux moyens postérieurement à l'expiration du délai de recours doit nécessairement pouvoir être encadrée par un instrument procédural efficace. Il semble que la clôture de l'instruction, dont la pratique a été récemment renouvelée, serait susceptible de constituer un tel outil, indispensable à la maîtrise de la durée des débats par le juge.

B. L'importance renforcée de la clôture de l'instruction

Si la nécessité de mettre un terme au débat contentieux justifie l'existence de la clôture de l'instruction sur décision du juge **(1)**, le régime de la réouverture de l'instruction devrait quant à lui être adapté à la généralisation des moyens d'ordre public **(2)**.

1) L'efficacité des instruments de clôture d'instruction

Une interruption nécessaire des débats. Si le débat contentieux peut prendre fin spontanément par la cessation des échanges de mémoires par les parties, le juge ne saurait être

²⁰⁴² KOLBERT (E.), « Notion de cause de la demande et notion de moyen », concl. préc.

²⁰⁴³ *Ibid.*

²⁰⁴⁴ *Ibid.*

²⁰⁴⁵ *Cf. infra.*

entièrement tributaire de leur volonté sur ce point. Le plus souvent en effet, chacune aura à cœur de nourrir le débat autant que possible et souhaitera bénéficier de l'avantage qu'elle croit être celui du dernier mot. Il n'est cependant pas envisageable de laisser aux parties la possibilité de modifier perpétuellement l'objet de leur demande et leur argumentation, tant cela serait susceptible d'ouvrir la voie à un procès « *en quelque sorte insaisissable* »²⁰⁴⁶ et favoriserait les manœuvres dilatoires. Il reste impératif que « *plus le procès évolue et plus il se fige* »²⁰⁴⁷ faisant obstacle à ce que « *par le jeu d'un échange renouvelé de documents produits au stade ultime de l'instruction, les parties pourraient retarder abusivement le jugement d'une contestation* »²⁰⁴⁸. Il est donc de « *l'intérêt de tous que les termes du litige soient cristallisés au-delà d'un certain délai* »²⁰⁴⁹, lequel ne saurait être le délai de recours contentieux pour les raisons qui viennent d'être exposées.

Des outils adaptés. Par principe, et en l'absence de toute autre décision, l'instruction est close trois jours francs avant la date d'audience²⁰⁵⁰, ce qui doit impérativement être mentionné dans la convocation à l'audience adressée aux parties. Une ordonnance de clôture d'instruction peut toutefois intervenir afin de clore le débat contradictoire entre les parties, de manière différée ou de manière immédiate²⁰⁵¹. Le plus souvent, il incombe au magistrat rapporteur²⁰⁵² ou au magistrat statuant seul²⁰⁵³ de gérer l'instruction des dossiers qui lui sont attribués, autant pour faire cesser des échanges surabondants qu'au contraire pour provoquer des productions nécessaires à la résolution du litige.

Il faut souligner que depuis la création du calendrier prévisionnel de l'instruction²⁰⁵⁴, le juge est armé beaucoup plus efficacement qu'il ne l'était auparavant pour faire cesser le

²⁰⁴⁶ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 877.

²⁰⁴⁷ DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, p. 353.

²⁰⁴⁸ HEURTE (A.), « Conclusions nouvelles et moyens nouveaux présentés à l'audience du tribunal administratif », *AJDA*, 1957, I, p. 37, spéc. p. 37.

²⁰⁴⁹ KELLER (R.), « Application de la jurisprudence Intercopie par le juge ordinal », concl. sur CE, 27 juin 2011, *Conseil départemental de Paris de l'Ordre des chirurgiens-dentistes*, *AJDA*, 2011, p. 2023, spéc. p. 2024.

²⁰⁵⁰ Art. R. 613-2 du code de justice administrative.

²⁰⁵¹ Art. R. 613-1 du code de justice administrative. A noter que dans le cadre d'un calendrier prévisionnel d'instruction, la clôture peut être prononcée au jour de l'ordonnance mais également au jour de l'émission de l'avis d'audience aux parties (cf. art. R. 611-11-1 et R. 613-2). Il convient de souligner tant la souplesse de ce nouvel outil que son efficacité.

²⁰⁵² Sur délégation du président de la formation de jugement : art. R. 613-1 et R. 611-10 du code de justice administrative.

²⁰⁵³ Art. R. 222-16 du code de justice administrative.

²⁰⁵⁴ Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, *JORF*, n° 45 du 23 février 2010, p. 3325.

débat contradictoire. En effet, la clôture d'instruction à effet différé laissait le loisir aux parties de produire de nouvelles écritures quelques jours, voire quelques heures, avant la date d'échéance fixée par l'ordonnance, contraignant ainsi le magistrat à rouvrir l'instruction afin de procéder à la communication qu'impose le respect du principe du contradictoire²⁰⁵⁵. Dans le cadre d'un calendrier prévisionnel d'instruction, la clôture intervient au jour d'émission de l'ordonnance, ou de l'avis d'audience. Cette sévérité à l'égard des parties est équilibrée par le fait qu'une telle clôture à effet immédiat ne peut intervenir que si une période d'audiencement prévisible de leur affaire a été communiquée aux parties, de même que la date à partir de laquelle une clôture de l'instruction est susceptible d'intervenir.

La clôture de l'instruction fait en principe obstacle à ce que les parties soulèvent de nouvelles conclusions ou de nouveaux moyens. Ainsi, par principe, « *les mémoires produits après la clôture de l'instruction (...) ne sont pas examinés par la juridiction* »²⁰⁵⁶. Cette clôture ne fait toutefois pas obstacle à ce que le juge communique aux parties un moyen d'ordre public, l'instruction étant alors considérée comme rouverte relativement à ce moyen uniquement. L'hypothèse dans laquelle une partie souhaiterait quant à elle s'emparer d'un tel moyen postérieurement à la clôture de l'instruction suppose de s'intéresser au régime de la réouverture de l'instruction.

2) La nécessaire précision du régime de la réouverture d'instruction

Le régime existant. Incontestablement, le « *juge ne peut totalement ignorer les productions postérieures à la clôture de l'instruction* »²⁰⁵⁷, conformément à « *l'idée simple et saine qu'une procédure contentieuse n'est pas acceptable si elle conduit le juge à mal juger* »²⁰⁵⁸. Il ne paraît en effet pas envisageable que l'ensemble des éléments utiles à la résolution du litige qui seraient portés à la connaissance du juge ne puissent être pris en compte au seul prétexte d'une instruction close, « *pour la raison que le juge ne peut pas*

²⁰⁵⁵ CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France et autres*, n° 188715, p. 313 : la réouverture devient obligatoire si l'une des parties a produit, avant la clôture de l'instruction, des conclusions ou moyens nouveaux qui ne peuvent être utilement discutés par les autres parties avant cette clôture.

²⁰⁵⁶ Art. R. 613-3 du code de justice administrative.

²⁰⁵⁷ DONNAT (F.) et CASAS (D.), « Le juge ne peut totalement ignorer les productions postérieures à la clôture de l'instruction », *AJDA*, 2004, p. 651.

²⁰⁵⁸ *Ibid.*

méconnaître son office de bien juger »²⁰⁵⁹. Tels sont les éléments qu'il faut donc concilier : être en mesure de juger, sans toutefois nécessairement s'en satisfaire.

Ainsi, le président de la formation de jugement – ou le rapporteur sur délégation – a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de rouvrir l'instruction, par une ordonnance non motivée et insusceptible de recours²⁰⁶⁰. Toutefois, cette faculté devient obligation lorsque l'une des parties produit, après la clôture de l'instruction, un mémoire qui contient soit l'exposé d'une circonstance de fait qu'elle n'était pas en mesure d'invoquer avant la clôture de l'instruction et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office²⁰⁶¹. Cette solution applicable aux productions postérieures à la clôture de l'instruction est directement inspirée du régime applicable aux notes en délibéré²⁰⁶².

Afin de s'assurer que les productions tardives ne sont pas soumises à une obligation de communication, il appartient au juge de prendre connaissance des mémoires produits postérieurement à la clôture de l'instruction, et de les viser, sans toutefois les analyser²⁰⁶³. La réouverture éventuelle de l'instruction imposera alors la communication de l'ensemble des mémoires produits entre la clôture et la réouverture²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁹ PIVETEAU (D.), « Le statut des notes en délibéré », concl. sur CE, 12 juillet 2002, *Leniau*, n° 236125, *RFDA*, 2003, p. 307.

²⁰⁶⁰ Art. R. 613-4 du code de justice administrative.

²⁰⁶¹ CE, Section, 27 février 2004, *Abounkhila*, n° 252988, p. 93 ; *AJDA*, 2004, p. 651, chron. F. Donnat et D. Casas : il s'agissait en l'espèce d'un contentieux de la reconduite à la frontière mais la solution adoptée peut être considérée comme de portée générale.

V. CE, 10 décembre 2001, *Association Gabas nature patrimoine*, n° 237973, T. p. 1119 ou encore CE, 14 novembre 2003, *Mme Rouger-Pelatan*, n° 258519, T. p. 913 (pour une application aux procédures de référé).

²⁰⁶² CE, 12 juillet 2002, *M. et Mme Leniau*, n° 236125, p. 278 ; *RFDA*, 2003, p. 307, concl. D. Piveteau ; *AJDA*, 2003, p. 2243, étude E. Gherardi ; *DA*, n° 8, août 2002, comm. 152, note D. P. ; *LPA*, n° 150, 2003, p. 14, note E. Fischer-Achoura ; *JCP G*, n° 51, 2002, I, 190, obs. C. Boiteau.

V. également CE, 29 novembre 2002, *M. Domergue*, n° 225356, T. p. 883 ; CE 14 novembre 2003, *Mme Rouger-Pelatan*, n° 258519, T. p. 913.

²⁰⁶³ CE, Sect., 27 février 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. M. Abounkhila*, n° 252988, p. 83 ; *AJDA*, 2004, p. 651, chron. F. Donnat, D. Casas ; *DA*, n° 5, mai 2004, p. 25, note V. Tchen ; *LPA*, n° 208, oct. 2004, p. 14, note F. Melleray ; *JCP G*, n° 29, 2004, 1898, chron. C. Boiteau.

²⁰⁶⁴ Art. R. 613-4 du code de justice administrative.

Une transposition précisée. Dans la mesure où le « *moyen d'ordre public n'est pas un monopole du juge* »²⁰⁶⁵, il faut envisager l'hypothèse dans laquelle le requérant souhaiterait soulever, postérieurement à la clôture de l'instruction, un nouveau moyen bénéficiant du label généralisé de l'ordre public. Conformément à la solution actuelle, le juge est tenu de rouvrir l'instruction lorsqu'est soulevé un moyen qu'il serait tenu de relever d'office. Or, pour que la clôture de l'instruction puisse constituer un instrument efficace de cristallisation du litige, il ne faudrait pas que le fait que tout moyen puisse être relevé d'office impose au juge de rouvrir systématiquement l'instruction à l'invocation tardive d'un tel moyen.

Il convient donc de préciser ce régime de la réouverture de l'instruction afin que tout moyen nouveau ne soit pas susceptible de faire échec à l'intervention d'une clôture. Pour qu'il incombe au juge de relever d'office un moyen d'annulation, encore faut-il que celui-ci soit fondé, et que ce bien-fondé ressorte des pièces du dossier qui lui sont soumises. Autrement dit, la réouverture ne s'imposerait que dans la mesure où le moyen soulevé tardivement par le requérant serait de nature à fonder la décision d'annulation à intervenir. Ainsi, par exemple, une telle réouverture ne s'imposerait pas lorsque l'annulation de la décision serait d'ores et déjà acquise par un moyen équivalent²⁰⁶⁶, et ce en vertu du principe de l'économie des moyens²⁰⁶⁷.

Il faut par ailleurs bien admettre que lorsque l'instruction du dossier est maîtrisée par le magistrat et lisible pour les parties, grâce au calendrier prévisionnel d'instruction notamment, il reste rare que de nouveaux moyens soient soulevés postérieurement à la clôture. Et il n'y a *a priori* aucune raison qu'il en aille différemment si tous les moyens pouvaient être relevés d'office par le juge. L'on peut également noter qu'aujourd'hui, dans l'hypothèse où un tel moyen, qui n'est pas d'ordre public, révèle un vice de nature à justifier une annulation, une bonne administration de la justice commande déjà manifestement, dans la mesure du possible²⁰⁶⁸, de procéder à une réouverture de l'instruction, alors même qu'il n'est pas fait obligation au juge d'y procéder.

²⁰⁶⁵ PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », art. préc., p. 83.

²⁰⁶⁶ En termes d'exécution notamment.

²⁰⁶⁷ Cf. *infra*.

²⁰⁶⁸ Compte tenu de l'enrôlement du dossier notamment et de la date de l'audience éventuelle.

Un tel régime rejoint par ailleurs celui déjà appliqué en plein contentieux objectif. En effet, statuant à la date de son jugement, il incombe alors au juge de prendre en compte des éléments éventuellement postérieurs à la clôture d'instruction. Dans cette hypothèse d'éléments nouveaux portés à sa connaissance, le juge est alors contraint de rouvrir l'instruction, mais dans la mesure seulement où il entend faire droit aux conclusions, c'est-à-dire seulement si ces éléments présentent un caractère déterminant²⁰⁶⁹. Une telle solution pourrait alors être transposée en contentieux de la légalité, conformément à l'idée maîtresse selon laquelle le juge ne doit plus être contraint de rejeter une requête qu'il sait fondée, sans pour autant que les implications pratiques d'une telle conception complexifient excessivement l'exercice quotidien de sa mission.

Indépendamment du caractère d'ordre public de l'ensemble des moyens d'annulation qui feraient obligation au juge de rouvrir l'instruction si un tel moyen s'avérait tardivement fondé, il n'en reste pas moins qu'en règle générale, un « *refus de prendre en considération, parce que déposé après clôture, un mémoire dont le contenu serait déterminant pour l'issue du litige, témoignerait d'une erreur de perspective et d'appréciation de ce à quoi doit servir la procédure, qui ne saurait être une fin en soi* »²⁰⁷⁰. En effet, de « *même que la liturgie n'a d'autre objet que de jeter une passerelle entre les fidèles et le divin, la procédure contentieuse n'est pas une fin en soi* »²⁰⁷¹. Si la clôture de l'instruction est un instrument essentiel de maîtrise temporelle du débat contradictoire, elle ne saurait faire obstacle à l'accomplissement de sa mission par le juge, pour des contingences purement procédurales.

²⁰⁶⁹ CE, Sect., 19 novembre 1993, *Dlle Brutus*, n° 100288, p. 321 : seuls des changements dans les circonstances de fait qui servent de fondement à la décision supposent de rouvrir l'instruction contradictoire.

V. également CE, 21 mars 2011, *Commune des Saintes-Maries-de-la-Mer*, n° 339062, T. p. 1094 : « (...) qu'il résulte de cette dernière disposition que l'autorité administrative peut invoquer la prescription quadriennale jusqu'à la date de lecture du jugement par lequel le tribunal administratif se prononce sur un litige relatif à une créance qu'un tiers détiendrait sur elle ; que, si de telles conclusions parviennent au tribunal après la clôture de l'instruction, celui-ci est alors tenu, après les avoir visées, d'y statuer et, s'il entend y faire droit, de rouvrir l'instruction (...) ».

²⁰⁷⁰ CHABANOL (D.), *Code de justice administrative*, Le Moniteur, comm. sous l'article R. 613-4.

²⁰⁷¹ DONNAT (F.) et CASAS (D.), « Le juge ne peut totalement ignorer les productions postérieures à la clôture de l'instruction », art. préc.

Conclusion de la Section I. Les ajustements de la procédure administrative contentieuse nécessités par la consécration des conclusions d'ordre public et la généralisation des moyens d'ordre public s'avèrent en réalité particulièrement limités, tant du point de vue de la mise en œuvre du caractère contradictoire de la procédure que de la cristallisation de l'instance. Par ailleurs, les éléments de continuité resteraient essentiels, faisant de la consécration des solutions proposées une évolution à la fois circonscrite et réaliste.

SECTION II

UNE CONTINUITÉ ASSURÉE

L'évolution conceptuelle que suppose la reconnaissance au juge de la légalité de la faculté de se saisir d'office de certaines questions afin de parachever le contrôle juridictionnel qu'il exerce ne se retrouve pas symétriquement lorsqu'il s'agit d'appréhender la mise en œuvre pratique d'une telle évolution. Malgré quelques ajustements, les éléments essentiels que constituent l'obligation de motivation des requêtes et des jugements (§1) ainsi que l'autorité de chose jugée attachée aux décisions du juge de la légalité (§2) demeureraient intacts.

§1 : Une obligation de motivation inchangée

Contrairement à ce qui pourrait être pressenti au premier abord, le renforcement des prérogatives d'office dont disposerait le juge de la légalité, et tout particulièrement la généralisation des moyens d'ordre public, n'entraînerait aucun bouleversement de l'obligation de motivation qui incombe tant au requérant (A) qu'aux juridictions (B).

A. L'exigence maintenue d'une requête motivée

Principe. L'obligation de motivation de la requête est énoncée à l'article R. 411-1 du code de justice administrative, aux termes duquel : « *La juridiction est saisie par requête. La requête indique les nom et domicile des parties. Elle contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge. / L'auteur d'une requête ne contenant l'exposé d'aucun moyen ne peut la régulariser par le dépôt d'un mémoire exposant un ou plusieurs moyens que jusqu'à l'expiration du délai de recours* ». Cet article exprime « *une règle générale applicable à toute juridiction* »²⁰⁷², et codifie une jurisprudence antérieure exigeant que la requête contienne l'exposé de moyens et de conclusions avant l'expiration du délai de recours²⁰⁷³.

²⁰⁷² CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 610.

²⁰⁷³ CE, 1^{er} juin 1953, *Vasnier*, p. 254.

Les juridictions procèdent en principe à une appréciation souple de l'exigence de motivation, en n'imposant aucun formalisme particulier à la présentation de la requête, laquelle peut par exemple, dans le contentieux toutefois particulier de l'éloignement²⁰⁷⁴, simplement relater la situation personnelle de l'intéressé. D'autant plus en première instance, lorsque le requérant n'est pas assisté d'un avocat, la pratique reste de ne pas faire preuve de sévérité dès lors que les éléments d'information fournis permettent de comprendre quelle décision est attaquée et qu'il est possible d'identifier quelques éléments de contestation qu'il conviendra de traduire en des termes juridiques. Il paraît toujours plus satisfaisant d'apporter une réponse de fond au litige, alors même qu'il ne fait aucun doute que la requête ne pourra qu'être rejetée. A noter que la motivation par référence, à un recours administratif ou à un autre recours contentieux²⁰⁷⁵ par exemple, est également admise, sous réserve que le document soit joint à la requête.

En revanche, l'exigence de motivation avant l'expiration du délai de recours fait quant à elle l'objet d'une appréciation rigoureuse, alors même qu'une information erronée aurait été fournie au requérant quant au délai imparti pour régulariser sa requête²⁰⁷⁶. Pareillement, « *est irrecevable, et définitivement, la requête qui ne développe aucun moyen avant l'expiration du délai de recours, même si, postérieurement à cette date, est invoqué un moyen, fût-il d'ordre public* »²⁰⁷⁷. L'on retrouve alors l'idée, fort logique au demeurant, selon laquelle un moyen d'ordre public ne saurait prévaloir sur la recevabilité de la requête²⁰⁷⁸, qui s'apprécie nécessairement de manière prioritaire au fond, quand bien même le juge exercerait une maîtrise plus importante des moyens susceptibles de fonder l'annulation²⁰⁷⁹.

C'est d'ailleurs le fait qu'il s'agisse d'une irrecevabilité susceptible d'être couverte seulement avant l'expiration du délai de recours qui justifie que le tribunal ne soit pas tenu

²⁰⁷⁴ V. par ex. CE, 11 décembre 1996, *Mamady*, n° 172392, inédit.

²⁰⁷⁵ CE, 3 février 1989, *Association « Essor économique et social du Couserans et de l'Ariège »*, n° 88127, p. 844.

²⁰⁷⁶ CE, 15 mai 2013, *Deschamps*, n° 361823, T.

²⁰⁷⁷ CHABANOL (D.), *Code de justice administrative*, Le Moniteur, comm. sous l'article R. 411-1.

²⁰⁷⁸ CE, 25 octobre 1993, *Commune de Collonges-sous-Salève*, n° 121616, inédit ; CE 14 mars 2001, *Granville*, n° 171502, T. p. 1150 ; CE, 15 mai 2012, *Société du Bourdeau*, n° 331362, *AJDA*, 2012, p. 1088 : « (...) que le juge administratif ne peut, par ailleurs, soulever d'office un moyen d'ordre public que si la demande dont il est saisi est recevable (...) ».

²⁰⁷⁹ Cf. *supra* Partie II – Titre II – Chapitre I.

d'inviter le demandeur à régulariser sa requête²⁰⁸⁰. Une telle invitation reste néanmoins possible lorsque la régularisation peut utilement intervenir avant l'expiration du délai de recours, c'est-à-dire notamment lorsque les délais de recours sont inopposables, comme en matière de travaux publics ou de décisions implicites de rejet²⁰⁸¹ – sachant toutefois qu'une telle invitation à régularisation demeure sans incidence sur l'expiration du délai de recours et par suite sur l'irrecevabilité de la requête²⁰⁸² lorsqu'elle est opposable à ce titre.

Il est toutefois possible d'éviter l'effet couperet du délai de recours quant à la motivation de la requête par l'introduction d'une requête sommaire²⁰⁸³, laquelle permet en principe de préciser ultérieurement la portée de moyens soulevés postérieurement à l'expiration de ce délai²⁰⁸⁴, voire d'en soulever de nouveaux dans la limite du rattachement à une cause juridique invoquée en temps utiles.

Implications. Le fait que le juge puisse se saisir d'office de tout moyen susceptible de fonder les conclusions à fin d'annulation formulées par le requérant pourrait laisser présager de l'inutilité de l'exigence de motivation. Alors que le juge pourrait de lui-même invoquer tout moyen, pourquoi le requérant devrait-il dès lors se donner la peine de les soulever ? Cette interrogation appelle deux éléments de réponse.

D'une part, l'article R. 411-1 pose une règle de recevabilité, qui est appréciée en amont de la mise en œuvre éventuelle de ses prérogatives d'office par le juge. En ce sens, la « *motivation en droit de la requête apparaît comme une obligation de forme mise à la charge du justiciable et non comme la traduction d'une maîtrise quelconque sur le droit applicable à*

²⁰⁸⁰ Art. R. 612-1 du code de justice administrative ; CE, 4 octobre 1999, *Martin*, p. 974 ; CE, 28 mars 2003, *Secrétaire d'Etat au logement*, n° 237259, p. 957.

²⁰⁸¹ Décisions implicites de rejet mentionnées à l'article R. 421-3 du code de justice administrative.

²⁰⁸² CE, 29 mai 1991, *Wanbergue*, n° 104424, inédit : « (...) qu'à la date d'expiration du délai de recours contentieux, le 18 février 1986, M. Wanbergue n'avait produit aucune requête motivée ; que la circonstance qu'à cette même date le tribunal administratif lui ait demandé de motiver sa requête ne pouvait avoir pour effet de prolonger le délai du recours contentieux (...) ».

Il faut noter que cette solution s'écarte de celle qui prévaut en matière de notification des voies et délais de recours par l'administration. En cas d'erreur dans ces mentions, aucune tardiveté ne pourra être opposée au requérant qui respecte ces indications erronées : CE, 8 janvier 1992, *Masses*, n° 113114, T. p. 1204 ; CE, 19 février 2001, *El Hirach*, n° 228994, p. 78.

²⁰⁸³ Laquelle doit être suivie de la production d'un mémoire complémentaire s'il est annoncé, sous peine d'un désistement prononcé d'office : art. R. 776-12 applicable en matière de contentieux de l'éloignement dans lequel la pratique des requêtes sommaires est courante, compte tenu de la brièveté des délais de recours notamment.

Une telle pratique est également codifiée à l'article R. 522-1 applicable au contentieux de l'urgence.

²⁰⁸⁴ CE, 17 juin 1996, *Préfet de la région Ile-de-France*, n° 136957, p. 30.

l'instance »²⁰⁸⁵. Pour être recevable, et donc potentiellement fondée, une requête doit être motivée, indépendamment de la maîtrise que le juge pourra finalement détenir sur les moyens invoqués, ou ignorés plus exactement. Il ne s'agira donc pas d'entériner la pratique dite des « saisines blanches », qui a cours devant le juge de la constitutionnalité des lois, mais qui se justifie par les particularités du contrôle exercé et le caractère circonscrit de son objet²⁰⁸⁶.

D'autre part, la requête serait nécessairement motivée puisque le juge ne saurait de lui-même rechercher les illégalités dont l'acte attaqué pourrait être entaché, mais devrait les « constater » lors de l'examen tant des écritures, que des pièces du dossier. En pratique, seule la combinaison de ces deux éléments, dont il appartient aux parties de se saisir, pourrait mettre le juge à même de pallier l'insuffisance éventuelle de la motivation en droit. Les conclusions et moyens d'ordre public n'ont pas pour objet de faire du juge une partie, mais de lui permettre, le cas échéant, de remédier à une carence de l'argumentation, pourtant fondée. Par ailleurs, la pratique démontre que l'attitude des requérants, et de leur conseil, ne tend nullement à une position de retrait vis-à-vis des questions dont le juge peut se saisir d'office. Ainsi en témoigne le vice d'incompétence, soulevé de manière quasiment systématique dans les requêtes introductives d'instance, et dont le juge pourrait néanmoins se saisir de sa propre initiative. Il n'y a donc vraisemblablement aucune raison pour que le comportement des justiciables relativement à la motivation de leurs écritures évolue vers une plus grande négligence. Le requérant souhaite, en principe vigoureusement, que la décision qu'il conteste soit annulée ; son opiniâtreté, laquelle se manifeste dans son argumentation, est indépendante des pouvoirs dont disposerait éventuellement le juge dans l'hypothèse rare d'une carence manifeste.

Par ailleurs, il serait de même toujours possible pour le juge d'écarter un moyen comme dépourvu de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé. La prérogative de se saisir d'office de tout moyen d'annulation fondé ne signifierait pas qu'il devrait, en lieu et place du requérant, rassembler de sa propre initiative l'ensemble des éléments de fait et de droit nécessaires à la démonstration. Ainsi, lorsque le requérant se borne à invoquer des généralités, sans indiquer aucun fondement ni principe juridique précis, il est évident que le juge n'a parfois pas d'autre alternative que d'écarter un moyen sans même l'avoir examiné, faute d'avoir été mis à même de le faire. Cela ne serait aucunement impacté

²⁰⁸⁵ BERTRAND (F.G.), *La règle "non ultra petita" dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1974, p. 370.

²⁰⁸⁶ Cf. *supra* Partie II – Titre I – Chapitre II.

par le fait qu'il serait d'un autre côté en mesure, lorsque l'argumentation des parties le permettrait, de soulever d'office un moyen ou une conclusion afin de faire droit à la demande. L'obligation de motivation qui incombe aux parties resterait donc inchangée, de même que seraient préservés les principes qui président actuellement à une telle obligation à l'égard du juge.

B. Les principes conservés de la motivation des jugements

Obligatoire par principe (1), l'exigence de motivation des décisions juridictionnelles connaît néanmoins certains aménagements dont la pérennité resterait intacte malgré l'évolution proposée (2).

1) Une motivation obligatoire

Principes. L'article L. 9 du code de justice administrative aux termes duquel « *les jugements sont motivés* » ne fait que rappeler²⁰⁸⁷ la règle générale de procédure d'origine prétorienne du même ordre qui s'impose, « *même en l'absence de texte exprès, à toutes les juridictions* »²⁰⁸⁸, et participe d'ailleurs de la notion de procès équitable au sens de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁰⁸⁹. Pourtant, en vertu du principe de *l'imperatoria brevitatis*²⁰⁹⁰, les décisions prises par les parlements d'Ancien régime²⁰⁹¹ n'étaient pas motivées, et ce jusqu'à la Révolution et l'intervention de la loi des 16 et 24 août 1790²⁰⁹².

²⁰⁸⁷ CE, Sect., 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, n° 355151, p. 118.

²⁰⁸⁸ CE, 5 décembre 1924, *Légillon*, p. 985 ; CE, Ass. 1932, *Société Les Grands Magasins du Globe*, p. 650 ; CE, Sect., 1^{er} mars 1935, *Platon*, p. 270 ; CE, Ass., 23 décembre 1959, *Gliksmann*, p. 708 ; et pour un exemple récent d'application du « principe général de motivation des décisions juridictionnelles » : CE, 19 juillet 2010, *Région Réunion*, n° 337071, p. 858.

²⁰⁸⁹ CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, n° 16034/90 ; CE, 14 décembre 1992, *Lanson*, p. 1217 ; DA, 1993, n° 87 ; RFDA, 1993, p. 791, concl. S. Lavignes.

²⁰⁹⁰ « Les ordres doivent être courts ».

²⁰⁹¹ V. la partie XIII du règlement établi en 1738 par le chancelier d'Aguesseau relative à « la manière de procéder aux jugements et de l'expédition des arrêts », référence citée par GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, n° 787.

²⁰⁹² V. sur cette question : DAUCHY (S.) et DEMARS-SION (V.), « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage ? », *RHDFE*, 2004, p. 223.

Répondant tant à l'impératif de loyauté du juge vis-à-vis des parties qu'aux exigences d'accessibilité et d'intelligibilité du droit²⁰⁹³, mais également d'impartialité du juge²⁰⁹⁴, cet « *instrument de rayonnement et de conviction* »²⁰⁹⁵ que constitue la motivation concourt également « *à une bonne administration de la justice en contraignant les juges à la rigueur et au scrupule et en mettant la juridiction supérieure en mesure d'apprécier le bien-fondé des jugements déferés à sa censure* »²⁰⁹⁶.

Substantiellement, « *[m]otiver 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* »²⁰⁹⁷. Concrètement, il s'agit alors pour le juge d'explicitier les motifs présidant au rejet ou à l'accueil des conclusions, en se prononçant par principe sur l'ensemble des moyens soulevés par les parties²⁰⁹⁸. La méconnaissance de cette obligation de motivation constitue une irrégularité de la décision juridictionnelle, justifiant sa censure par la juridiction supérieure²⁰⁹⁹. Mais le défaut ou l'insuffisance de motivation de la décision juridictionnelle ne constitue pas un moyen dont le juge d'appel ou de cassation peut se saisir d'office²¹⁰⁰.

La teneur de cette obligation est variable mais s'appréhende aisément à l'aune de sa finalité, qui doit notamment permettre aux parties de vérifier le raisonnement tenu par le juge et d'identifier les motifs déterminant la solution finalement retenue. Dans cette logique, un jugement faisant droit aux conclusions du requérant doit nécessairement écarter explicitement les moyens, tant de recevabilité que de fond, invoqués en défense²¹⁰¹. En revanche, le juge n'est pas tenu de répondre expressément à l'ensemble des arguments qui sont avancés par les

²⁰⁹³ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 782.

²⁰⁹⁴ Cf. *supra* Partie II – Titre I – Chapitre I.

²⁰⁹⁵ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *loc. cit.*

²⁰⁹⁶ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1062.

²⁰⁹⁷ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007, t. 1, p. 749.

²⁰⁹⁸ CE, 22 février 1995, *Consorts Mayers*, n° 128397, p. 225 ; CE, 18 février 1949, *Fauchon*, p. 82 ; CE, 28 octobre 1949, *Baldassari*, p. 445

²⁰⁹⁹ CE, Ass., 22 janvier 1943, *Mauranne*, p. 19 ; CE, Ass., 20 février 1948, *Dubois*, p. 87 ; D., 1948, p. 557 note Josse ; CE, 24 octobre 1962, *Mériot*, p. 563 ; CE, 1^{er} juillet 2009, *Département du Nord*, n° 318960 : une décision juridictionnelle ne peut être motivée par simple référence à une autre décision rendue par la même juridiction dans un autre litige, même lorsque les parties sont identiques.

Pour un exemple d'irrégularité d'un jugement de rejet pour absence de réponse à un moyen : CE, 27 octobre 2000, *Centre hospitalier de Seclin*, p. 478 ; *AJDA*, 2001, p. 307.

²¹⁰⁰ CE, Sect., 26 juillet 1946, *X*, p. 217.

²¹⁰¹ CE, 21 février 2003, *Département de la Seine-Maritime*, n° 230872, p. 909.

parties à l'appui de leurs moyens²¹⁰². Si la distinction entre moyens et arguments peut apparaître subtile « *dans la pratique, elle se conçoit assez bien, mais elle est presque impossible à exposer avec précision* »²¹⁰³.

Le juge ne devra pas davantage se prononcer sur les moyens abandonnés par le requérant²¹⁰⁴, sous réserve du caractère explicite et formel de cet abandon²¹⁰⁵. Il convient également de noter que l'obligation de motivation est parfois purement formelle, notamment dans les rares hypothèses dans lesquelles le juge est amené à statuer en équité²¹⁰⁶. Si cette solution se justifie pleinement lorsque l'on prend conscience de la difficulté que pourrait avoir le juge à expliquer sa position – laquelle peut dépendre de critères divers et variés – il faut bien convenir de la frustration qu'elle peut générer du point de vue des parties.

Pratique. Plus généralement²¹⁰⁷, la motivation des décisions juridictionnelles, « *qui est la réponse fournie à l'argumentation des parties doit être proportionnée à cette argumentation* »²¹⁰⁸. Pendant longtemps toutefois il a pu être reproché aux juridictions administratives, et au Conseil d'Etat tout particulièrement, leur « *remarquable et traditionnelle préoccupation de concision* »²¹⁰⁹, contraignant tant les parties que les commentateurs à « *écouter le silence* »²¹¹⁰. A cette époque²¹¹¹, en « *un mot, la Haute Assemblée impos[ait] plus à l'administration qu'à elle-même en matière de motivation* »²¹¹².

Cette période apparaît aujourd'hui complètement révolue, tant « *les motivations nouvelles manifestent comment le Conseil d'Etat s'attache à répondre au mieux aux responsabilités dont sa qualité de cour suprême (...) l'investit en matière tant de pédagogie*

²¹⁰² CE, 29 mai 1963, *Bizouerne*, n° 50827, p. 818 ; CE, Sect., 16 novembre 1973, *Dlle Petit*, n° 85840, p. 648 ; CE, 4 octobre 1961, *Locussol*, p. 541 ; CE, 24 juillet 2009, *Commune de Coupvray*, n° 308517, T. p. 938.

²¹⁰³ ODOT (R.), *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 750.

²¹⁰⁴ CE, 28 avril 1961, *Sieur Leron*, n° 48861, p. 271 ; CE, 2 mai 1969, *Sieur Ourabah*, n° 70443, p. 240.

²¹⁰⁵ CE, 8 févr. 1956, *Galtier*, n° 4552, p. 59.

²¹⁰⁶ CE, 7 octobre 1992, *Scherer*, n° 116369, T. p. 1228 ; CE, 18 octobre 2006, *Société Entreprise sanitaire Auboise*, n° 273064, p. 1039 : la mention de ce qu'il y a lieu ou non « *dans les circonstances de l'espèce* » est suffisante lorsque le juge se prononce sur l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

²¹⁰⁷ Cf. sur cette question : MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice (Cour de cassation, Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel)*, Dalloz, 2013.

²¹⁰⁸ ODOT (R.), *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 749.

²¹⁰⁹ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1063.

²¹¹⁰ VEDEL (G.), « *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?* », *EDCE*, n° 31, 1979, p. 36.

²¹¹¹ Il ne fait pas de doute qu'il faille désormais employer le passé.

²¹¹² PONTTHOREAU (M.C.), « *Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français* », *RDP*, 1994, p. 747, spéc. p. 753.

que de jurislation »²¹¹³. Qu'il s'agisse de « l'influence des modèles de justice européenne [ou de] l'impact du mécanisme de l'injonction juridictionnelle »²¹¹⁴, toujours est-il que la Haute juridiction insuffle à l'exigence de motivation des décisions juridictionnelles un souffle nouveau, notamment par la volonté affichée de rénovation des méthodes de rédaction. La meilleure prise en compte du destinataire principal du jugement ou de l'arrêt suppose en effet d'assurer une meilleure réception des décisions de justice, en tentant de créer, si ce n'est l'adhésion, du moins la compréhension, généralement une entrave à la contestation.

Dans cette optique de réflexion et de rénovation, un groupe de travail, présidé par P. Martin, a été créé par le Vice-président du Conseil d'Etat à la fin de l'année 2010 portant sur les méthodes de rédaction des décisions juridictionnelles. Un rapport a été remis en avril 2012, prônant une expérimentation des premières préconisations diffusées dans une note du 22 juin suivant, laquelle a notamment été mise en place dès le début de l'année 2013 au sein de quatre sous-sections sections volontaires. Le premier rapport du comité d'évaluation rendu le 29 janvier 2014 propose quelques ajustements mais également la poursuite de l'expérimentation au sein des cours et des tribunaux²¹¹⁵, relativement notamment au consensus qui s'est dégagé en faveur d'une généralisation des nouvelles formules de rédactions des visas. Conformément à la note du Président de la Section du contentieux du 1^{er} juillet 2014, l'expérimentation de cette nouvelle méthode de rédaction des visas²¹¹⁶ a été étendue à d'autres juridictions à compter du mois de février 2015, avant sa généralisation définitive.

Au-delà de quelques évolutions de l'ordre de l'ajustement, tels que la rédaction de visas, l'abandon de certains termes considérés comme obscurs²¹¹⁷ ou encore la numérotation des considérants, une rénovation plus profonde est proposée par le passage au style direct et l'abandon corrélatif de l'illustre « Considérant que ». Des réticences se font naturellement sentir, tout autant sans doute qu'un certain engouement, l'objet du propos n'étant toutefois pas tant de se prononcer sur l'opportunité de tels changements, que d'en souligner l'existence.

²¹¹³ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 1175.

²¹¹⁴ BAILLEUL (D.), *Le procès administratif*, LGDJ, 2014, p. 146.

²¹¹⁵ Les cours administratives d'appel de Paris et Nancy, et les tribunaux administratifs de Paris, Cergy-Pontoise, Lyon, Poitiers et Besançon.

²¹¹⁶ Laquelle commence désormais par la formule suivante « *Vu la procédure suivante* » et suppose une rédaction plus synthétique.

²¹¹⁷ Les termes en latin notamment, mais également les termes tels que « *nonobstant* » ou « *susmentionné* », pour des exemples parmi d'autres.

Rénovée et renforcée, l'obligation de motivation des décisions juridictionnelles n'en connaît pas moins certains aménagements, dont la pérennité ne serait en rien ébranlée par la consécration des conclusions d'ordre public et la généralisation des moyens d'ordre public.

2) Une obligation aménagée

L'obligation de motivation qui incombe au juge, bien qu'essentielle, n'est pourtant pas absolue. Il lui est en effet toujours loisible de passer sous silence certaines questions²¹¹⁸, qu'il s'agisse d'écarter des moyens par prétériton **(a)**, ou bien d'en faire l'économie au fondement d'une annulation **(b)**.

a. Les hypothèses de rejet par prétériton

Rejeter, ou plus exactement « écarter », par prétériton un moyen signifie passer sous silence l'examen dudit moyen. Cette hypothèse est à distinguer de la mise en œuvre de la technique dite de l'économie des moyens qui permet quant à elle plus précisément de ne pas se prononcer explicitement sur tous les moyens susceptibles de fonder l'annulation²¹¹⁹. Quoiqu'il en soit, trois types de moyens sont concernés par le rejet par prétériton : les fins de non-recevoir, les moyens inopérants et les moyens d'ordre public plus particulièrement.

Les fins de non-recevoir. Pour faire « reste de droit », et malgré l'ordre établi d'examen des questions, le juge peut choisir de rejeter au fond des prétentions irrecevables. En d'autres termes, le rejet au fond ne suppose pas la recevabilité de la requête. Le sens du jugement n'étant dès lors pas conditionné par la recevabilité des conclusions, il est permis de s'exonérer de l'examen des fins de non-recevoir opposées en défense, voire de l'examen spontané des conditions de recevabilité, lesquelles sont d'ordre public. Les jugements comportent néanmoins dans cette hypothèse la mention « *sans qu'il soit besoin de statuer sur la/les fin(s) de non-recevoir opposées en défense* », ou bien « *sans qu'il soit besoin d'examiner la recevabilité de la requête* »²¹²⁰ lorsqu'aucun moyen en défense ne s'en empare mais que l'irrecevabilité des écritures ressort manifestement des pièces du dossier. Un

²¹¹⁸ Voir sur cette question : JANICOT (L.), « Les silences du jugement », *RDP*, 2012, p. 1064.

²¹¹⁹ Il est toutefois possible de considérer que c'est la règle de l'économie des moyens qui autorise le rejet par prétériton des irrecevabilités, des moyens d'ordre public non fondés et des moyens inopérants : cf. GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, n° 881 et s.

²¹²⁰ Cette mention n'est toutefois pas obligatoire.

jugement pour faire reste de droit ne permet pas de déterminer la recevabilité ou l'irrecevabilité de la requête. Il signifie simplement que pour des raisons qui lui appartiennent d'opportunité, de confort ou de souci d'une bonne administration de la justice, le juge a préféré vider le litige au fond plutôt que de s'en tenir à l'examen des questions préalables. L'on ne peut dès lors pas véritablement considérer qu'il s'agit d'un rejet par prétériorité : la fin de non-recevoir n'est pas écartée, elle n'est pas examinée. La question de la recevabilité de la requête est plus simplement passée sous silence, dès lors que de son sort ne dépend pas le sens de la décision.

Les moyens inopérants. En revanche, s'agissant des moyens inopérants, le rejet par prétériorité est plus caractéristique dès lors qu'il est censé signifier que le moyen n'est pas fondé, lequel peut néanmoins être déterminant pour la solution finalement retenue. Cette pratique, possible « *dès lors que le jugement rejette par ailleurs au moins un moyen opérant* »²¹²¹, et admise par le Conseil d'Etat²¹²², ne doit cependant pas être surestimée. En pratique en effet, cette dérogation au principe de la motivation des décisions juridictionnelles n'est guère plus usitée, et il convient en règle générale d'écarter expressément des moyens considérés comme inopérants, libellés en tant que tels dans la décision ou reconnaissables au fait que le requérant ne saurait « *utilement s'en prévaloir* ». Outre l'identification parfois particulièrement délicate du caractère proprement inopérant d'un moyen²¹²³, le rejet par prétériorité apparaît comme une complaisance désuète à contre-courant du mouvement actuel de renforcement et de modernisation de la motivation des décisions juridictionnelles²¹²⁴.

Les moyens d'ordre public. Pour revenir à l'objet principal de ce propos, il convient de souligner le possible rejet par prétériorité des moyens d'ordre public²¹²⁵, à moins que les parties ne les aient repris à leur compte suite à leur communication sur le fondement de

²¹²¹ BAILLEUL (D.), *Le procès administratif*, op. cit., p. 146

²¹²² CE, Sect., 25 mars 1960, *Boileau*, n° 358805, p. 234 ; *AJDA*, 1960, p. 96, chron. M. Combarneux et J.M. Galabert ; CE, 26 novembre 1993, *SCI Les Jardins de Bibémus*, p. 327 ; CE, 30 décembre 1998, *Caisse franco-néerlandaise du cautionnement*, p. 519 ; *RFDA*, 1999, p. 239 ; CE, 22 mars 1999, *Soudain*, p. 87 ; *RFDA*, 1999, p. 686 ; CE, Sect., 27 juillet 2005, *Million*, p. 336.

²¹²³ V. sur cette question complexe : AUBY (J.M.), « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 1966, p. 12, ou encore POULET (F.), *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, thèse, Paris II, 2014.

²¹²⁴ Cf. *supra*.

²¹²⁵ CE, Sect., 29 novembre 1974, *Epoux Gevrey*, p. 599, concl. L. Bertrand ; *AJDA*, 1975, p. 479, note A. de L. ; CE, 18 novembre 1994, *Epoux Sauvi*, p. 503 ; *AJDA*, 1995, p. 253, obs. X. Prétot ; *DA*, 1994, n° 687, obs. R.S.

l'article R. 611-7 du code de justice administrative²¹²⁶. Ce n'est pas tant le rejet supposé par prétérition qui interpelle néanmoins face à cette question, que les conséquences qu'il convient de tirer du silence du juge relativement aux moyens dont il peut s'emparer d'office, *a fortiori* dans l'hypothèse de la généralisation d'une telle prérogative. Sans empiéter sur les développements consacrés à l'autorité de la chose jugée²¹²⁷, il convient néanmoins à ce stade d'évoquer les difficultés d'interprétation que peut provoquer un tel silence du juge. Si le juge peut soulever d'office un moyen, voire tous les moyens de nature à fonder l'annulation, que faut-il comprendre lorsqu'il ne le fait pas ? Ne pas retenir un moyen d'ordre public signifie-t-il l'avoir examiné puis nécessairement écarté ?

Les conséquences en termes d'autorité de chose jugée sont indépendantes de l'obligation de motivation des jugements. Pour s'en tenir à cette dernière question, il ne s'agirait évidemment pas d'imposer au juge de motiver sa décision relativement à tous les moyens potentiels d'annulation, pas davantage qu'il ne le fait actuellement. Simplement, il conviendrait de préciser tout particulièrement le sens de cette prétérition, l'implicite de la décision. En d'autres termes, tout jugement de rejet, en contentieux de la légalité, ne signifie pas – et ne signifierait pas davantage dans l'hypothèse d'une généralisation des moyens d'ordre public – que l'auteur de l'acte était compétent pour adopter la décision attaquée. Loin s'en faut. Le silence du jugement sur ce point signifie plus exactement que l'incompétence de l'auteur de l'acte ne résultait pas manifestement des pièces du dossier.

Autoriser le juge à ne pas se prononcer explicitement sur le bien-fondé des moyens d'ordre public ne révèle pas tant un caractère infondé que l'inexistence des éléments nécessaires à établir le bien-fondé du moyen. Toujours est-il que la généralisation des moyens d'ordre public, pas plus que la consécration des conclusions d'ordre public, n'aurait pour conséquence d'altérer la solution actuelle consistant à permettre au juge de ne pas se prononcer expressément sur ces questions, ni celle lui permettant d'économiser ses moyens d'annulation.

²¹²⁶ CE, 7 août 2008, *Sylvestre*, n° 288309 ; CE, 7 novembre 2012, *Société France Immobilier Group*, n° 328670.

²¹²⁷ Cf. *infra*.

b. Le principe de l'économie des moyens

Principe. Consistant en une « économie de motivation de la part du juge »²¹²⁸, le principe de l'économie des moyens²¹²⁹ signifie que lorsqu'il prononce l'annulation²¹³⁰ d'une décision administrative, le juge n'est tenu de se prononcer que sur un seul des moyens susceptibles de justifier la décision qu'il adopte²¹³¹. Cet usage se manifeste par la formule « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête » – ou bien « les moyens de la requête » lorsque l'annulation est fondée sur un moyen soulevé d'office – laquelle constitue un motif à part entière de la décision destiné à s'assurer que ce n'est pas par inadvertance que le juge n'a pas examiné l'ensemble des moyens. Bien qu'il ne s'agisse que d'une pratique que n'impose aucun principe général, le juge s'en tient le plus souvent à cette seule motivation, propre à justifier le sens de sa décision, alors même qu'il lui est toujours loisible de fonder son annulation sur plusieurs motifs²¹³². Il faudrait en effet « se faire de la fonction du juge de l'excès de pouvoir une conception bien étroite pour considérer que sa réponse au recours pécherait alors par surabondance »²¹³³.

Cette faculté se mue parfois en obligation, lorsque la nécessité de vider le litige l'emporte sur l'exigence de célérité. Tel est le cas en contentieux de l'urbanisme²¹³⁴ depuis

²¹²⁸ BROYELLE (C.), *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 316.

²¹²⁹ Lequel s'applique en plein contentieux objectif, tel que le contentieux des installations classées par exemple : CE, 22 mars 1997, *GAEC du Vieux Bougy*, n° 128923, T. p. 1032. A moins bien sûr que le juge ne mette en œuvre son pouvoir de réformation.

²¹³⁰ A noter que l'on peut également considérer qu'il est fait application de ce principe en cas d'irrecevabilité ou d'incompétence dès lors les moyens au fond ne seront pas examinés puisqu'ils ne sont pas nécessaires pour fonder le sens de la décision de rejet retenue.

²¹³¹ CE, 28 août 1844, *Dulignon*, p. 532 ; CE, 29 mai 1963, *Maurel*, n° 54245, p. 334.

²¹³² CE, 15 janvier 1909, *Commune de Brugnens*, p. 35, *D.*, 1910, p. 97, *S.*, 1909, III, p. 8 ; CE, Ass., 9 nov. 1973, *Sieur Marot*, n° 85229 ; CE, 1^{er} avril 1997, *Dame Bouniol*, p. 172 ; CE, 27 septembre 1985, *GISTI*, p. 260 ; CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, p. 649 ; *RFDA*, 2012, p. 284, concl. G. Dumortier ; *AJDA*, 2012, p. 195, chron. X. Domino A. Bretonneau ; *DA*, n° 3, mars 2012, comm. 22, note F. Melleray ; *JCP G*, n° 18, avr. 2012, 558, note D. Connil ; *JCP G*, n° 24, juin 2012, doct. 723, chron. G. Eveillard ; *JCP A*, n° 13, avr. 2012, 2089, comm. C. Broyelle ; *RFDA*, 2012, p. 434, comm. R. Hostiou ; *RFDA*, 2012, p. 296, note P. Cassia ; *AJDA*, 2012, p. 1609, comm. B. Seiller ; *AJDA*, 2012, p. 1484, comm. C. Mialot ; *D.*, 2013, p. 324, O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot ; *GAJA*, 20^{ème} éd., n° 114.

A noter à ce propos que l'illégalité d'un motif surabondant n'entache pas d'irrégularité le jugement : CE, 14 janvier 1994, *Commune du Rayol-Canadel*, n° 127025, T. p. 1229.

²¹³³ CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11, spéc. p. 63.

²¹³⁴ Tel est également lorsque le juge envisage de moduler les effets dans le temps de son annulation : CE, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886 et s., p. 197, préc.

que la loi du 13 décembre 2000²¹³⁵ a introduit l'article L. 600-4-1 dans le code de l'urbanisme imposant au juge de se prononcer sur l'ensemble des moyens de la requête qu'il estime susceptibles de fonder l'annulation, en l'état du dossier²¹³⁶. Une telle exigence de motivation renforcée²¹³⁷, « *généralement mal perçue par les magistrats administratifs* »²¹³⁸, a toutefois été adaptée aux contraintes d'ordre pratique qui enserment l'exercice de l'office du juge en permettant que les moyens infondés puissent être implicitement écartés²¹³⁹. Or, dans une telle hypothèse, la motivation de la décision fait clairement défaut puisque certains moyens sont nécessairement réputés écartés, sans que l'on en connaisse les raisons. Tel n'est pas le cas lorsque le juge fait usage de l'économie de moyens puisque son silence sur les autres moyens de la requête n'a aucune signification quant à leur bien-fondé. La formule d'usage en contentieux de l'urbanisme est d'ailleurs prudente, puisqu'elle indique qu'aucun autre moyen n'apparaît « *en l'état de l'instruction* » également susceptible de fonder l'annulation de la décision attaquée.

Outre cet aspect, il faut également souligner toute la virtualité que peut revêtir en pratique une telle obligation. Il est en effet aisé de considérer qu'un seul moyen est suffisamment solide pour fonder l'annulation et de passer sous silence celui ou ceux qui auraient nécessité de se prononcer sur des questions plus délicates. La recherche de la sécurité juridique aboutira alors en quelque sorte à une « *[f]ausse sécurité parce que la décision ainsi rendue par le juge ne se prononcera qu'en l'état du dossier* »²¹⁴⁰. Toujours est-il que malgré les ajustements nécessités, une telle démarche du législateur s'inscrit assurément dans la volonté de répondre le plus complètement possible à la question de légalité posée par le litige.

²¹³⁵ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain (dite SRU), *JORF* n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19777.

²¹³⁶ Voir pour des commentaires plus ou moins critiques de cette réforme : CHABANOL (D.), « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, p. 216 ; BONICHOT (J.C.), « Vers une plus grande sécurité juridique ? », *BJDU*, 2000, p. 403 ; TRAORE (S.), « Obligation de se prononcer sur tous les moyens en matière d'urbanisme », *DA*, n° 5, mai 2001, comm. 129.

Et pour une analyse de la mise en œuvre de cet article : BAILLEUL (D.), « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie de moyens », *LPA*, juin 2004, n° 125, p. 13.

²¹³⁷ Laquelle proscrie donc l'usage de la formule « *sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête* » : CE, 16 juin 2004, *Yves Rocher*, n° 254172, p. 913.

²¹³⁸ LABETOULLE (D.), « Droit du contentieux de l'urbanisme et droit du contentieux administratif », in *Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 629, spéc. p. 636.

²¹³⁹ CE, Sect., 8 avril 2009, *Commune de Banon*, n° 307515, p. 156 ; *AJDA*, 2009, p. 676 ; *DA*, 2009, n° 94, comm. F. Melleray.

²¹⁴⁰ CHABANOL (D.), « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, p. 216.

Implications. A n'en pas douter, le principe de l'économie des moyens fait l'objet de vives critiques doctrinales. Qu'il s'agisse de faire valoir « *l'attente des justiciables* »²¹⁴¹, plus directement « *l'intérêt général, qui ne peut qu'être mal servi si les vices entachant une décision ne sont pas tous dénoncés* »²¹⁴², ou bien encore les implications nécessaires du pouvoir d'injonction dont le juge de la légalité est investi²¹⁴³, les travers d'un tel usage ne manquent pas. Et ce d'autant plus qu'économiser les moyens d'annulation suppose parfois d'avoir à choisir entre plusieurs, et donc de laisser au juge une marge d'appréciation à la fois déterminante en termes de chose jugée et d'exécution, et difficilement contrôlable. L'on peut toutefois supposer que la « *liberté du juge dans le choix des moyens qu'il retient n'est cependant pas totale : il est des hypothèses où la logique juridique le contraint à examiner les moyens en respectant certaines règles de priorité : c'est le cas lorsque le bien-fondé d'un moyen aboutit à une solution qui influe sur les pouvoirs du juge ou sur la portée de la décision qu'il prend* »²¹⁴⁴.

Critiquable à biens des égards, le principe de l'économie de moyens n'en demeure pas moins pérenne et ne connaît que des exceptions limitées, lesquelles illustrent d'ailleurs tant la difficulté de leur mise en œuvre que leur efficacité relative. Sans chercher à trancher un débat toujours ouvert, il convenait simplement de rappeler la portée du principe afin de s'assurer que la généralisation des moyens d'ordre public n'en impacterait en rien la permanence.

Ainsi, ni la consécration des conclusions d'ordre public, d'un écho lointain sur ces questions, ni la généralisation des moyens d'ordre public n'auraient de conséquence sur les principes ou conditions des obligations de motivation qui incombent à la fois au juge et au requérant. En irait-t-il de même s'agissant de la portée des décisions juridictionnelles.

²¹⁴¹ GALMOT (Y.), Table ronde, in *Le contrôle juridictionnel de l'administration, Bilan critique*, Economica, 1991, p. 238.

²¹⁴² CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », art. préc., p. 63.

²¹⁴³ DIEU (F.), « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA*, 2009, p. 1082.

²¹⁴⁴ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, op. cit., p. 751.

§2 : Une autorité de chose jugée inaltérée

Qu'il s'agisse de l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache aux jugements d'annulation (**A**) ou de l'autorité relative des jugements de rejet (**B**), la généralisation des moyens d'ordre public n'aurait aucune incidence particulière sur les conséquences qu'il conviendrait de tirer de ces décisions juridictionnelles²¹⁴⁵.

A. Une autorité absolue attachée aux jugements d'annulation

« Dire d'une décision juridictionnelle qu'elle a l'autorité de la chose jugée, c'est dire qu'elle a tranché avec force de vérité légale les questions soumises au juge qui l'a rendue »²¹⁴⁶, et plus particulièrement les questions auxquelles sa décision l'a contraint à répondre. De manière générale, l'autorité de chose jugée s'impose « pour la raison simple qu'il ne servirait à rien de juger, si ce qui a été jugé pouvait ne pas être respecté et notamment pouvait être rejugé »²¹⁴⁷, réserve faite évidemment de l'exercice des voies de recours.

L'une des particularités²¹⁴⁸ du contentieux de la légalité tient à l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache aux jugements d'annulation des décisions administratives illégales²¹⁴⁹. Censées n'avoir jamais existé, leur annulation s'impose fort logiquement à tous, bien au-delà des seules parties en litige. Le caractère absolu de la chose jugée ne s'exprime pas tant dans la dimension *erga omnes* de cette annulation, qui découle naturellement de la modification de l'ordonnement juridique, que dans la disparition de cet acte, qui ne saurait dès lors plus faire l'objet d'aucun litige. D'une transcendance telle, l'autorité absolue de chose

²¹⁴⁵ Voir notamment sur cette question : WEIL (P.), *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952.

²¹⁴⁶ ODENT (R.), *op. cit.*, p. 1023.

²¹⁴⁷ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 1198.

²¹⁴⁸ Bien qu'une autorité absolue soit également attachée aux jugements rendus en matière pénale : CE, Sect., 28 juillet 2000, *Diagola*, n° 210367, p. 340 ; *DA*, 2000, n° 228 ; *D.*, 2000, p. 236 ; *AJDA*, 2000, p. 787, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA*, 2001, p. 1021, concl. P. Fombeur.

Et aux jugements accordant (CE, Ass., 1^{er} avril 1988, *Bereciarta Echarri*, n° 85234, p. 135 ; *JCP G*, 1988, II, 21071, concl. Viguroux) ou refusant (CE, 28 juillet 1989, *Osa Arocena*, n° 105076, T. p. 868 ; *RFDA*, 1990, p. 558, concl. Abraham) la qualité de réfugié.

²¹⁴⁹ CE, 22 mars 1961, *Simonet*, p. 211.

jugée constitue un moyen d'ordre public dont le juge doit s'emparer d'office²¹⁵⁰, tant le bon sens s'oppose à ce que la légalité d'un acte n'ayant jamais existé puisse être à nouveau examinée dans le cadre d'une autre instance.

Dans le droit fil des développements précédents relatifs à la motivation des jugements, l'autorité de chose jugée s'attache certes au dispositif de la décision, mais également aux motifs qui en constituent le « *support nécessaire* »²¹⁵¹ ou bien sont « *inséparables du dispositif* »²¹⁵². Associée à l'usage de l'économie de moyens, une annulation fondée sur un motif unique fait simplement obstacle à ce que l'administration reprenne une décision identique, selon une procédure identique en cas de vice de procédure, ou sur le motif censuré en cas d'erreur de droit par exemple. En principe, l'autorité de chose jugée ne s'oppose alors pas à ce que l'administration adopte, dans cette hypothèse, un nouveau refus à l'administré. Elle permet seulement de faire disparaître l'acte dont l'illégalité est avérée.

La généralisation des moyens d'ordre public n'emportant en elle-même aucune incidence sur le principe de l'économie de moyens, l'autorité attachée aux jugements d'annulation resterait également inchangée de ce point de vue, quant à son dispositif et quant aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire. Ainsi, lorsque « *le juge annule, il est certain, même s'il a annulé sur un seul moyen, que la décision était illégale. Au contraire, quand il rejette, et alors même que de nombreux moyens étaient invoqués et qu'ils ont tous été jugés mal fondés, on ne peut être sûr que la décision est légale* »²¹⁵³. Raison pour laquelle les jugements de rejet ne sont revêtus que de l'autorité relative de chose jugée et ne sauraient être considérés comme délivrant des brevets de légalité, alors même que le juge pourrait se saisir d'office de tout moyen d'annulation.

²¹⁵⁰ CE, 6 juin 1958, *Chambre de commerce d'Orléans*, p. 315 ; *AJDA*, 1958, p. 261, concl. M. Long ; CE, 22 mars 1961, *Simonet*, p. 211 ; CE, 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres*, n° 198318, p. 360 ; *BJDU*, 2000, p. 218, concl. Austray.

L'autorité relative de la chose jugée en revanche ne se soulève pas d'office : CE, Sect., 2 mai 1947, *Vaudrey*, p. 175 ; CE, 15 juillet 1959, *Société Renaud et Cie*, T. p. 1075.

²¹⁵¹ CE, Sect., 28 novembre 1949, *Société des automobiles Berliet*, p. 579 ; *D.*, 1949, p. 383, note P. Weil ; *S.*, 1951, III, p. 1, concl. Guionin, note A. Mathiot ; CE, 23 octobre 1970, *Société Renaudin et Cie*, p. 618, *AJDA*, 1971, p. 315 ; CE, 4 octobre 1972, *SCI rue des chalets à Bourges*, p. 598 ; CE, 18 mars 1983, *SCI Résidence du parc*, p. 126, *JCP*, 1985, n° 20440, note B. Noyer ; CE, 8 novembre 1993, *Crombez de Montmort*, p. 970 ; CE, 21 décembre 1994, *Mert*, *RFDA*, 1995, p. 222 ; CE, 30 septembre 1998, *Diallo*, p. 1111 ; CE, 18 octobre 2006, *Vuillet*, n° 278557, *AJDA*, 2007, p. 105 ; CE, 30 décembre 2010, *SCI Les Mouettes*, n° 330521, inédit.

²¹⁵² CE, 26 janvier 1940, *Courajoux, Le Gall et Guédon*, p. 33 ; TC, 12 décembre 1942, *Préfet de l'Ain, S.*, 1951, III, p. 45.

²¹⁵³ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 1099.

B. Une autorité relative attachée aux jugements de rejet

Définie à l'article 1351 du code civil²¹⁵⁴, l'autorité de chose jugée, par principe relative, s'oppose à ce que soit à nouveau soumis au juge un litige dont il aurait déjà eu connaissance, sous réserve de la triple identité bien connue : objet, parties et cause. Une telle autorité s'attache classiquement aux jugements de rejet en contentieux de la légalité²¹⁵⁵.

La généralisation des moyens d'ordre public suppose néanmoins d'appréhender les conséquences d'une telle évolution sur les conséquences d'un jugement. La question peut alors se poser en ces termes : « *si le juge a rejeté une requête, totalement ou partiellement, les moyens d'ordre public non expressément utilisés font-ils partie de la chose jugée dès lors qu'ils devaient être examinés d'office ?* »²¹⁵⁶. Il convient tout d'abord de mettre à jour la conception dominante en la matière **(1)** avant de démontrer en quoi un jugement de rejet ne saurait valoir validation de la légalité de l'acte **(2)**.

1) Une justification hâtive

Nombre d'auteurs considèrent que l'autorité relative attachée aux jugements de rejet en matière de légalité s'explique par le fait que le juge ne peut s'emparer d'office de l'ensemble des moyens susceptibles de conduire à l'annulation. Il faudrait alors en déduire que « *la seule hypothèse vraisemblable dans laquelle une décision de rejet en excès de pouvoir pourrait signifier que l'acte attaqué est légal consisterait dans la généralisation des moyens d'ordre public* »²¹⁵⁷. Selon P. Weil, il « *faudrait que l'arrêt de rejet soit, dans tous les cas, sauf celui de l'irrecevabilité, un arrêt de validation ; le juge devrait soulever d'office tous les moyens d'annulation, sans exception* »²¹⁵⁸.

²¹⁵⁴ « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

²¹⁵⁵ CE, 21 février 1997, *Guerlin*, p. 1009 ; CE, 27 octobre 1965, *Blagny*, p. 559.

²¹⁵⁶ DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 480.

²¹⁵⁷ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, n° 286.

²¹⁵⁸ WEIL (P.), *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952, p. 31.

De manière plus caractéristique encore, R. Chapus estime que l'on « *ne pourrait considérer les jugements rejetant au fond un recours en annulation pour excès de pouvoir (...) comme ayant autorité absolue que si les moyens de légalité étaient tous d'ordre public. Parce qu'ils ne le sont pas tous, le rejet au fond n'équivaut pas à la délivrance d'une attestation de légalité* »²¹⁵⁹. Cette position est également partagée par M. Guyomar et B. Seiller, les auteurs justifiant l'autorité relative des jugements de rejet en considérant que « *dans la mesure où ce juge n'a pas le pouvoir d'examiner d'office tous les aspects de la légalité de l'acte contesté devant lui, il est possible qu'un vice, non constitutif d'un moyen d'ordre public et non invoqué par le requérant, ait échappé à son contrôle* »²¹⁶⁰. C. Broyelle semble également rallier cette conception en indiquant que le « *jugement de rejet laisse toujours planer un doute qui provient de ce que excepté les moyens d'ordre public, il n'appartient pas au juge d'examiner d'office si un acte n'est entaché d'aucun vice* »²¹⁶¹.

Compte tenu du consensus qui semble exister sur la question, la prudence s'impose quant au raisonnement que l'on se propose d'adopter. Considérer que l'absence de généralisation des moyens d'ordre public explique l'autorité relative des jugements de rejet implique qu'une telle généralisation autoriserait une autorité absolue en ce que l'acte attaqué pourrait alors être considéré comme exempt de vices, ceux soulevés par le requérant et ceux examinés d'office par le juge. Il faut donc comprendre qu'actuellement, un jugement de rejet suppose, implicitement mais nécessairement, que les moyens dont le juge peut se saisir d'office ne sont pas fondés, ce que semble effectivement corroborer le principe du rejet par prétérition supposé de ces moyens.

Or, il paraît difficilement concevable, et aucune jurisprudence ne semble jamais s'être engagée dans cette voie, qu'une telle portée puisse être attribuée aux jugements de rejet. Il faudrait alors considérer que lorsque le juge rejette des conclusions à fin d'annulation d'une décision donnée, celle-ci doit pouvoir être regardée, avec l'autorité qui s'attache à la chose jugée, comme adoptée par une autorité compétente, ne méconnaissant le champ d'application d'aucune loi ni l'autorité absolue d'aucune décision juridictionnelle, pour ne prendre que ces exemples. La rigueur juridique du raisonnement ne résiste toutefois pas à la confrontation avec la réalité du contrôle juridictionnel.

²¹⁵⁹ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, *op. cit.*, p. 1093.

²¹⁶⁰ GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 959.

²¹⁶¹ BROUELLE (C.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 420.

Il convient pour ce faire de s'appuyer sur la teneur de l'obligation qui incombe au juge relativement aux moyens d'ordre public : celui-ci n'est tenu de s'en emparer dans la mesure seulement où le bien-fondé de ce moyen *ressort manifestement des pièces du dossier*. A supposer même que l'on admette qu'il puisse seulement en pressentir le bien-fondé afin de diligenter une mesure d'instruction²¹⁶², il n'est jamais question d'imposer au juge de se saisir d'office, en dehors de toute écriture ou de toute pièce, d'un moyen susceptible de fonder l'annulation. Si à l'impossible nul n'est tenu, il ne paraît pas sérieusement envisageable de contraindre le juge à rechercher de lui-même, selon sa propre initiative, si un moyen qualifié d'ordre public pourrait éventuellement être fondé.

Symétriquement à cette obligation à la fois relative et conditionnée, l'absence d'exercice de cette prérogative ne peut qu'avoir une portée tout aussi contingente. En d'autres termes, en rejetant – au fond – des conclusions à fin d'annulation, le jugement signifie seulement qu'aucun des moyens soulevés par le requérant n'était fondé, et que le bien-fondé d'aucun moyen d'ordre public ne ressortait manifestement des pièces du dossier.

Si l'hésitation est néanmoins permise, ce n'est pas en contentieux de la légalité mais en contentieux de la responsabilité et relativement au fondement de la responsabilité sans faute. A cet égard, le Conseil d'Etat estime en effet qu'en rejetant une demande d'indemnisation sur le fondement de la responsabilité pour faute, le tribunal avait « *nécessairement jugé que la responsabilité de l'Etat ne pouvait pas davantage être engagée sur le fondement du risque* »²¹⁶³, c'est-à-dire sur le fondement de la responsabilité sans faute, qui se relève d'office²¹⁶⁴. Cette solution, probablement discutable, n'en demeure pas moins vraisemblablement cantonnée au contentieux de la responsabilité, sans qu'une transposition en contentieux de la légalité ne paraisse envisageable, compte tenu notamment de l'impossibilité concrète pour le juge de vérifier de lui-même si un moyen d'ordre public ne pourrait pas éventuellement fonder une annulation, *a fortiori* dans l'hypothèse d'une généralisation de ce type de moyens.

²¹⁶² Cf. *supra*.

²¹⁶³ CE, Sect., 30 juillet 1997, *Epoux Kress*, n° 148902, p. 308 ; *D.*, 1999, SC, p. 47, obs., P. Bon et D. de Béchillon ; *RFDA*, 1997, p. 1105.

²¹⁶⁴ CE, 18 novembre 1994, *Epoux Sauvi*, n° 141180, p. 503.

A la limite, « *la chose jugée ne serait susceptible d'acquérir une autorité absolue en excès de pouvoir – et plus généralement en contentieux objectif – que dans le cas où le requérant développerait tous les moyens à sa disposition, recouvrant l'ensemble des motifs envisageables d'illégalité* »²¹⁶⁵. Les limites de l'exercice trouveraient néanmoins là encore à s'exprimer, tant ni le juge ni le requérant ne peuvent utilement se targuer d'omniscience ou d'inafaillibilité. En raison de la contingence du contrôle opéré, de la relativité de la situation factuelle, ou plus simplement des limites inhérentes à tout exercice intellectuel, l'absence de vice de la décision contestée ne saurait être dégagée d'un jugement de rejet, tous les moyens fussent-ils à la portée du juge.

2) Une validation de l'acte inconcevable

Une contingence indépassable. Pas plus qu'à l'heure actuelle, un jugement de rejet ne peut valoir « brevet de légalité » de l'acte attaqué. Le silence du juge à l'égard des moyens d'ordre public doit signifier que leur bien-fondé ne ressortait manifestement ni des pièces, ni des écritures, ce qui n'équivaut pas à considérer que l'illégalité n'existe pas. D'ailleurs, n'est-ce pas généralement le cas ? Alors même que lorsque le juge statue expressément sur un moyen il n'est que rarement infailliblement assuré de l'exactitude la position adoptée, comment serait-il possible de tirer de ses silences des conséquences intangibles en termes de légalité ?

Par analogie, le Conseil constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois, pourtant susceptible de se saisir d'office de toute question d'inconstitutionnalité, ne délivre pas davantage de « brevet de constitutionnalité »²¹⁶⁶. En effet, seules les dispositions critiquées par la saisine et relevées d'office par le juge constitutionnel bénéficient d'un certificat de constitutionnalité, les autres dispositions ne bénéficiant que d'une présomption de constitutionnalité autorisant simplement leur promulgation. Cette solution s'impose dans la mesure où l'examen de constitutionnalité « *n'est pas systématiquement intégral, il est*

²¹⁶⁵ BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., n° 285.

²¹⁶⁶ CC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, n° 88-244 DC, p. 119.

simplement potentiellement ouvert à toute question d'inconstitutionnalité susceptible d'être relevée par le juge »²¹⁶⁷.

Le considérant dit « balai »²¹⁶⁸ confirme la limitation de l'étendue du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel aux seules dispositions examinées dans les motifs, excluant ainsi explicitement toute délivrance d'un brevet de constitutionnalité. Est alors reconnue une « *autorité de chose jugée réaliste* »²¹⁶⁹ résolvant « *le problème de son adéquation à l'examen exercé* »²¹⁷⁰ par la nécessaire prise en compte des « *limites à la fois temporelles, matérielles et pratiques inhérentes* »²¹⁷¹ à l'exercice de tout contrôle, aussi étendu soit-il. Car si « *ce contrôle intégral existe bien, c'est seulement au stade de la potentialité* »²¹⁷². Ainsi en irait-il également devant le juge administratif de la légalité bénéficiant du pouvoir virtuel de censurer d'office toute illégalité portée à sa connaissance.

Un jugement de rejet ne vaut pas validation de l'acte non parce que le juge ne peut se saisir d'office de tous moyens, mais parce qu'il ne saurait lui appartenir, dans les conditions actuelles de son contrôle, d'affirmer, avec l'autorité de la chose jugée, qu'un acte est exempt de tout vice d'illégalité. Non seulement une telle affirmation serait inconcevable en pratique, mais encore elle contreviendrait à la logique essentiellement censoriale du contentieux de la légalité, qui ne s'apparente pas à une action en déclaration de droits²¹⁷³. Toujours est-il que pas davantage qu'actuellement, un jugement de rejet ne signifierait, dans l'hypothèse d'une généralisation des moyens d'ordre public, que l'acte est légal.

Une incontestabilité entérinée. Si la généralisation des moyens d'ordre public ne devrait pas modifier le caractère relatif de l'autorité relative attachée aux jugements de rejet, il est néanmoins possible que l'unification de la cause juridique de la demande qu'elle suppose

²¹⁶⁷ BEZZINA (A.C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 200.

²¹⁶⁸ « *Il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution* »

²¹⁶⁹ BEZZINA (A.C.), *op. cit.*, p. 235.

²¹⁷⁰ *Ibid.* p. 214.

²¹⁷¹ *Ibid.* p. 197.

²¹⁷² *Ibid.* p. 234.

Il convient toutefois de souligner l'exception du contrôle de constitutionnalité des lois organiques et des règlements des assemblées qui supposent un examen intégral : cf. BEZZINA (A.C.), *op. cit.*, pp. 250 et s.

²¹⁷³ Cf. *supra* Partie II – Titre II – Chapitre I.

entraîne certaines variations sur l'étendue de cette autorité, en théorie tout du moins. La « *notion de cause, dans toutes les techniques où elle est utilisée, sert à marquer l'identité entre deux demandes. Elle ne sert qu'à cela* »²¹⁷⁴. Si du point de vue de la qualification de demande nouvelle l'unicité de cause juridique apparaît comme favorable au requérant en ce qu'elle fait obstacle à ce que lui soit opposé l'expiration des délais de recours, elle étend au contraire l'autorité de chose jugée, concourant ainsi au caractère définitif de l'acte. Ainsi, la « *notion de cause, clef de l'interdiction d'un nouveau recours par le biais de l'exception de chose jugée, se trouvait donc toute désignée pour servir d'instrument de validation* »²¹⁷⁵.

Plusieurs remarques s'imposent alors. Il faut tout d'abord supposer que la cause de la demande resterait appréciée de la même manière s'agissant des demandes nouvelles ou de l'autorité de chose jugée²¹⁷⁶, ce qui est vraisemblable. Dans cette hypothèse, il faut ensuite souligner que le régime des délais de recours fait en tout état de cause le plus souvent obstacle à l'introduction d'un nouveau recours à l'encontre d'une même décision. Enfin, la pratique actuelle étant de soulever des moyens se rattachant à l'illégalité tant externe qu'interne de l'acte, afin justement de se prémunir contre l'irrecevabilité des demandes nouvelles, l'autorité de chose jugée relativement à la cause de la demande ferme en réalité déjà la voie d'un nouveau recours aux parties à l'instance. En d'autres termes, si en théorie le revers de l'unification de la cause juridique de la demande en termes d'autorité de chose jugée paraît défavorable au requérant, tel n'est pas le cas en pratique.

Ainsi, dans l'hypothèse d'une généralisation des moyens d'ordre public, un jugement de rejet ne vaudrait pas davantage qu'actuellement brevet de légalité. En revanche, de manière peut-être systématique, un tel jugement ferait en règle générale obstacle à l'introduction d'un nouveau recours contre le même acte par les mêmes parties, indépendamment de l'expiration des délais de recours. En d'autres termes, si le jugement de rejet ne signifierait jamais que l'acte est légal, il entraînerait le plus souvent son incontestabilité, et par suite son caractère définitif. Sur cet état de fait, la généralisation des moyens d'ordre public n'aurait en réalité aucun effet puisque la relativité de l'autorité du jugement de rejet est indépendante des

²¹⁷⁴ GILLI (J.P.), *La cause juridique de la demande en justice*, LGDJ, 1962, pp. 87-88.

²¹⁷⁵ *Ibid.* p. 229.

²¹⁷⁶ Comme cela semble être le cas actuellement : ODENT (R.), *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 1029, note n° 1.

questions que le juge relève d'office et que l'unité de la cause juridique de la demande est déjà quasiment entérinée en pratique.

Conclusion de la Section II. Dans l'hypothèse de la reconnaissance au juge de la légalité du pouvoir de se saisir d'office de toutes conclusions et de tous moyens susceptibles de fonder une annulation, les obligations de motivation des requêtes et des jugements resteraient identiques, de même que l'autorité de chose jugée s'attachant tant aux jugements d'annulation qu'aux jugements de rejet. Ces éléments de continuité s'avèrent essentiels en ce qu'ils contribuent à la faisabilité de l'évolution proposée, laquelle n'imposerait pas de bouleversement du fonctionnement juridictionnel.

Conclusion du Chapitre II et du Titre II. La stricte délimitation des hypothèses dans lesquelles il est proposé d'autoriser le juge de la légalité à se saisir d'office de moyens ou de conclusions à fin d'annulation permet d'en circonscrire la portée et de s'assurer que les conséquences sur les modalités d'exercice de son office ne se révèlent pas dirimantes. Les ajustements procéduraux nécessités restent accessoires et demeurent facilement réalisables concernant tant l'institution d'un dialogue contradictoire qu'au regard de la pérennisation de la clôture d'instruction comme seul instrument véritablement efficace de cristallisation du débat contentieux.

Ces adaptations apparaissent d'autant plus accessoires que des éléments essentiels de continuité subsistent malgré le bouleversement d'ordre conceptuel que suppose le renforcement des prérogatives dont le juge de la légalité disposerait d'office. Sans conséquence sur l'obligation de motivation des décisions juridictionnelles ni sur leur portée en termes d'autorité de la chose jugée, aucun obstacle d'ordre pratique ne s'oppose dès lors valablement à la consécration d'une telle solution.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Soulever d'office des conclusions ou un moyen afin de prononcer l'annulation d'un acte administratif illégal constitue pour le juge de la légalité une forme incidente ou dérivée d'autosaisine : il examine et se prononce sur des questions qui ne lui étaient pas formellement soumises par les parties. La prohibition de l'autosaisine telle qu'exprimée par la règle *non ultra petita* et, de manière plus indirecte, par le principe dispositif, reflète les limites inhérentes à l'exercice de toute fonction juridictionnelle. L'exercice de la compétence juridictionnelle doit rester strictement encadré et donc conditionné par une initiative qui doit lui demeurer extérieure. De la même manière, aucun juge ne saurait, sous peine de méconnaître la nature de son office et les exigences propres au principe d'impartialité, cumuler cette qualité avec celle de partie.

Toutefois, en tant qu'elle s'exerce au sein d'une instance déjà régulièrement introduite, la saisine d'office de moyens ou de conclusions d'annulation reste sans incidence sur la création et l'extinction du lien initial d'instance. Le juge de la légalité ne dispose donc pas dans cette configuration de la faculté de connaître spontanément de la légalité d'un acte. Par ailleurs, de telles hypothèses s'avèrent exemptes de tout préjugement de la part du juge et se réalisent dans des conditions telles que les principaux vecteurs d'un procès équitable demeurent intacts. Sous réserve du respect de certaines conditions et de certaines limites, l'exercice d'une fonction juridictionnelle n'est donc pas en soi incompatible avec la possibilité de s'autosaisir de certains moyens ou conclusions dans le but de pallier la défaillance de l'argumentation des parties en faisant prévaloir les exigences de l'Etat de droit.

Ce ne sont donc que des limites d'ordre conceptuel qui se révèlent à l'origine de la passivité à laquelle s'astreint le juge dans la détermination de la matière litigieuse. Cette approche idéologique de l'office du juge de la légalité, par le truchement du principe dispositif, permet d'en démontrer à la fois le caractère inadapté et contingent, en autorisant ainsi le dépassement. Issu du droit judiciaire privé, le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge reflète une conception d'un procès chose des parties dans la délimitation duquel le juge ne saurait s'immiscer.

Cette approche traditionnelle de la fonction juridictionnelle, dont l'objet se borne alors à trancher le litige en présence, a pour conséquence la méconnaissance de la singularité de l'office du juge de la légalité à qui il incombe également de contrôler la légalité objective d'un acte.

Si le principe dispositif, reflétant les principes d'inspiration résolument libérale qui régissent les rapports Etat-individu, exprime le socle paradigmatique du rôle d'arbitre auquel est actuellement cantonné le juge administratif de la légalité, il ne constitue pour autant pas un obstacle infranchissable à la consécration d'un « juge-providence » assumant les exigences de son éminent office, par-delà les contingences de l'expression formelle de la volonté des parties.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'office du juge administratif de la légalité suppose l'exercice de prérogatives adaptées aux finalités singulières de la fonction juridictionnelle qui lui incombe : trancher les litiges qui lui sont soumis et annuler les actes administratifs illégaux afin de garantir le respect des exigences propres à un Etat de droit. Ainsi, lorsque le juge de l'excès de pouvoir ou du plein contentieux objectif rejette une requête en annulation recevable et dont il discerne le bien-fondé, le contrôle juridictionnel opéré manifeste une défectuosité persistante.

Faute de pouvoir se saisir d'office de conclusions, conformément à la règle non *ultra petita*, ou de tout moyen sous réserve des moyens d'ordre public, en application du principe dispositif, le juge de la légalité se trouve parfois dans l'impossibilité procédurale de prononcer l'annulation d'un acte assurément illégal ou de censurer totalement une décision intégralement viciée. Alors qu'il est question de soumettre concrètement l'activité normative des personnes publiques au respect du principe de la hiérarchie des normes, l'expression formelle de la volonté des parties l'emporte sur les exigences fondamentales de toute société démocratique.

Le caractère confidentiel de telles défectuosités ne doit pas en justifier l'acceptation dans la mesure où elles révèlent le dévoiement de la fonction juridictionnelle du juge de la légalité, généralement réduite à sa fonction contentieuse, au détriment de sa fonction de contrôle. L'application rigoureuse de principes réservant aux parties la détermination de la matière litigieuse s'avère alors inadaptée aux exigences particulières du contrôle juridictionnel de la légalité des actes, dont la dimension dépasse assurément les seuls intérêts en présence.

Non seulement le procès administratif de la légalité demeure essentiellement la « chose des parties », mais encore les réformes remarquables de ses vingt dernières années ont manifestement enrichi les pouvoirs du juge tendant au rétablissement de la légalité plutôt qu'à la censure des illégalités. Le pouvoir d'annulation dont il bénéficie et qui constitue l'essence de son office n'a pas fait l'objet de la même entreprise de sophistication, si ce n'est dans le

sens d'une atténuation. Le procès administratif de la légalité apparaît alors déséquilibré, tant du point de vue de la détermination de la matière litigieuse par les parties que de celui des pouvoirs dont dispose le juge dont le parachèvement de l'office reste inachevé.

Pourtant, aucun obstacle d'ordre théorique ou pratique ne s'oppose à la consécration des conclusions d'ordre public et à la généralisation des moyens d'ordre public afin de permettre au juge de tirer toutes les conséquences de l'illégalité d'un acte régulièrement portée à sa connaissance. Bien loin de dénaturer ou de corrompre la fonction juridictionnelle exercée, le renforcement de « l'office d'office » du juge de la légalité ne suppose qu'une évolution d'ordre conceptuel afin de se départir de principes traditionnels qui s'opposent au plein exercice de sa fonction de contrôle.

La technique de l'interprétation de la demande, tout comme celle des moyens d'ordre public, témoignent déjà de l'impérieuse nécessité pour le juge de la légalité de se réapproprier les termes de la demande dont il est saisi. Embryonnaires, l'existence de ces outils manifeste leur tant leur légitimité que leur faisabilité, dont seul un acte de volonté – législatif, réglementaire, voire seulement prétorien – conditionne le plein épanouissement. Les limites à une telle consécration relèvent de l'ordre de la mise en œuvre, laquelle doit permettre la préservation de la volonté des parties et de la loyauté des débats. Le lien initial d'instance, dans sa création ou son extinction, doit rester hors de portée du juge ; l'ensemble des éléments dont il décide de se saisir d'office doivent être utilement soumis à la contradiction afin de garantir la régularité des débats.

Sous ces réserves, seul un positionnement idéologique, exempt par nature de toute préhension scientifique, permet d'expliquer que le juge de la légalité doive encore feindre d'ignorer l'illégalité d'une décision qui lui est révélée par les pièces du dossier mais non formellement exprimée par les parties ; ou bien encore se limiter à censurer seulement certaines dispositions d'un acte intégralement vicié. Proposer d'épargner au juge de la légalité la recherche – souvent vaine – d'un mot ou d'une expression, dans les écritures du requérant, qui pourrait lui permettre de se saisir de l'illégalité qu'il a décelée lors de l'examen du dossier n'a d'autre objet que de prôner un pragmatisme empreint de cohérence.

Remettre en perspective des solutions traditionnelles solidement ancrées, les confronter aux spécificités du contrôle juridictionnel de la légalité, assumer et systématiser les procédés dérogatoires existants en tâchant d'insuffler à la démonstration une certaine force de conviction : tels étaient les principaux enjeux de la démarche adoptée, placée sous le signe de la certitude qu'il n'existe « *presque pas d'utopies définitivement irréalisables* »²¹⁷⁷. Alors qu'assurément, « *trop de sagesse peut cesser d'être sage* »²¹⁷⁸, la témérité des évolutions proposées ne saurait toutefois être appréhendée indépendamment de toute la pondération et la tempérance qu'il convient de manifester afin d'espérer, si ce n'est convaincre, du moins faire preuve d'une certaine crédibilité.

Faut-il s'y résoudre, le « *juge sera toujours en deçà de sa tâche, parce qu'il n'est qu'un homme et que l'on voudrait obscurément qu'il soit Dieu* »²¹⁷⁹. Pour autant, parvenir à se défaire du postulat selon lequel « *à vouloir embrasser plus que ne l'ont fait les parties, il étreindrait mal* »²¹⁸⁰, permettrait assurément au juge administratif de la légalité de parachever son office, afin de soumettre, toujours plus ardemment, l'exercice du pouvoir aux limites inhérentes à toute société se réclamant d'un modèle démocratique.

²¹⁷⁷ CHARLIER (R.E), *L'Etat et son Droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984, p. 99.

²¹⁷⁸ RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, t. 2, p. 813, spéc. p. 825.

²¹⁷⁹ SOLON, *Raison pour la justice*, Paris, Dalloz, 1986, p. 83.

²¹⁸⁰ MALAURIE (P.), « L'ordre public et l'office du juge », note sous Soc, 18 mars 1955, *Delort c. Rongier, D.*, 1956, p. 517, spéc. p. 522.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITES, MANUELS, OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

AUBY (J.M.) et DRAGO (R.),

- *Traité de contentieux administratif*, 2 tomes, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984.

- *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992.

AUBY (J.M.) et FROMONT (M.), *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1971.

BAILLEUL (D.), *Le procès administratif*, LGDJ, 2014.

BELLOIR (P.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, L'Harmattan, 2012.

BONICHOT (J.C.), CASSIA (P.), POUJADE (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2014.

BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1943.

BONNET (B.) (dir.), *Regards de la Communauté juridique sur le contentieux administratif, Hommage à Daniel Chabanol*, Publications de l'université de Saint Etienne, 2009.

BOULOC (B.), *Procédure pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012.

BRAIBANT (G.) et QUESTIAUX (N.), *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, Cujas, 1973.

BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, Presses Science Po et Dalloz, 6^{ème} éd., 2002.

BRULLIARD (G.), *Procédure civile*, PUF, 1944.

BRISSON (J.F.), *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, 2004.

BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2013 ; 3^{ème} éd., 2015.

- CADIET (L.), *Droit judiciaire privé*, Litec, 2006.
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd., 2013.
- CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, Economica, 1990.
- CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, rééd., Dalloz, 2004.
- CERAP (Centre d'études et de recherches sur l'administration publique, Université de Paris I), *Le contrôle juridictionnel de l'administration, Bilan critique*, Economica, 1991.
- CHABANOL (D.),
- *Le juge administratif*, LGDJ, 1993.
- *La pratique du contentieux administratif*, Litec, 8^{ème} éd., 2009.
- *Code de justice administrative commenté*, Le Moniteur, 6^{ème} éd., 2014.
- CHAPUS (R.),
- *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008.
- *L'administration et son juge*, PUF, 1999.
- CHARLIER (R.M.), *L'Etat et son droit : leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984.
- CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1999.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014.
- CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996.
- COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 16^{ème} éd., 2011.
- DABIN (J.), *L'Etat ou le politique*, Dalloz, 1957.
- DAËL (S.), *Contentieux administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2006 ; 3^{ème} éd. 2010.
- DAËL (S.) et COURREGES (A.), *Contentieux administratif*, PUF, 4^{ème} éd., 2013.
- DARCY (G.) et PAILLET (M.), *Contentieux administratif*, Armand Colin, 2000.
- DEBBASCH (C.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, Economica, 8^{ème} éd., 2007.

DEBBASCH (C.) et RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2001.

DEGUERGUE (M.), *Procédure administrative contentieuse*, Montchrestien, 2003.

DELICOSTOPOULOS (C.), *L'encadrement processuel des autorités de marché*, LGDJ, 2002.

DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011.

DORD (O.), *Contentieux constitutionnel*, Litec, 2013.

DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 3^{ème} éd., 2011.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., de Bocard, tome 1 (1927) et tome 2 (1928).

DUPUIS (G.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration, bilan critique*, Economica, 1991.

DUPUIS (G.), GUEDON (M.J.) et CHRETIEN (P.), *Droit administratif*, Sirey, 10^{ème} éd., 2007.

GABOLDE (C.), *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1997.

GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001.

GOESEL-LE BIHAN (V.), *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010.

GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, Litec, 5^{ème} éd., 2007.

GONOD (P.), *Le Conseil d'Etat et la refondation de la justice administrative*, Dalloz, 2014.

GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2011.

GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *Procédure pénale*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013.

GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2012 ; 3^{ème} éd., 2014.

HAENEL (H.) et FRISON-ROCHE (M.A.), *Le juge et le politique*, PUF, 1998.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd., Dalloz, 2002.

HERON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012.

IHERING (R. von), traduction par Meydieu (A.F.), *Le combat pour le droit*, Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

JAN (P.), *Le procès constitutionnel*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010.

JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*. Tome 1, La technique juridique du droit public français, Giard, 3^{ème} éd., 1925.

KALCK (P.), *Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel*, Berger-Levrault, 1990.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Franz Deuticke, 1934 ; trad. C. Eisenmann, 1962, rééd., Bruylant-LGDJ, 1999.

LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896, 2 tomes.

LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, LGDJ, 1962.

LAUBADERE (A. De), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 8^{ème} éd., 1980.

LE BERRE (H.), *Droit du contentieux administratif*, Ellipses, 2^{ème} éd. 2010.

LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, Armand Colin, 3^{ème} éd., 2004.

LEFORT (C.), *Procédure civile*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2011.

LEMASURIER (J.), *Le contentieux administratif en droit comparé*, Economica, 2001.

LENOBLE (J.) (éd.), *La crise du juge*, LGDJ, 1990.

LINOTTE (D.) et CHIAVERINI (P.), *Précis de contentieux administratif et de procédure administrative contentieuse*, CNFPT, 1995.

LOCHAK (D.), *La justice administrative*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1998.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLLE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2013 ; 20^{ème} éd., 2015.

MAGNON (X.) (dir.), *Le réflexe constitutionnel. La question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013.

MAUGÜE (C.) et STAHL (J.H.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2011.

MICHEL (J.), *Manuel pratique de contentieux administratif*, La documentation française, 1987.

MORAND (C.A.) (dir.), *Figures de la légalité*, Publisud, 1992.

MORIN (F.), *Pourquoi juge-t-on comme on juge ? Bref essai sur le jugement*, Liber, 2005.

ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd., 2007.

PACTEAU (B.),

- *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, PUF, 2003.

- *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} éd., 2005.

- *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008.

- *Manuel de contentieux administratif*, PUF, 2010.

PLANTEY (A.) et BERNARD (F.C.), *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003.

REDOR (M-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica-PUAM, 1992.

RICCI (J.C.), *Contentieux administratif*, Hachette, 2007.

RIVERO (J.) et WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2006.

ROUAULT (M.C.), *Contentieux administratif*, Gualino, 2008.

ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2010.

ROUSSEAU (D.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, 2010.

ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013.

ROUSSEAU (D.) et BONNET (J.), *L'essentiel de la QPC*, Lextenso, 2012.

ROUSSILLON (H.), *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1996.

SAJET (F.), *Le contentieux administratif*, MB Edition, 2002.

SOLON, *Raison pour la justice*, Paris, Dalloz, 1986.

STIRN (B.), *Le Conseil d'Etat, son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, 1991.

TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, 2001.

TURPIN (D.), *Contentieux constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1994.

VALERY (P.), *Mauvaises pensée et autres*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 1960.

VARAUT (J.M.), *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991.

VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, rééd., 2002.

VEDEL (G.), DELVOLVE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, 1991.

II. THESES ET MEMOIRES

AKOUN (E.), *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, Grenoble, 2013.

ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926.

AZARD (P.), *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français*, Domat-Montchrestien, 1936.

BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002.

BALDOUS (B.), *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, Aix-Marseille III, 1998.

BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Toulouse, 1899.

BENICHOU (E.), *Les avocats devant les tribunaux administratifs*, Paris, 1958.

BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962.

BERTRAND (F.G.), *La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif*, Paris, 1974.

BEZZINA (A.C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014.

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.

BLUMANN (C.), *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, 1974.

CHAUDET (J.P.), *Les principes généraux de la procédure administrative*, LGDJ, 1967.

CIAUDO (A.), *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, 2009.

CLOUZOT (L.), *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, 2012.

COLSON (J.P.), *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970.

COLSON (R.), *La fonction de juger, Etude historique et positive*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2006.

CONTE (E.), *Les pouvoirs du juge dans le procès civil*, thèse, Aix-Marseille, 1981.

CREMERY (R.), *Des pouvoirs du juge dans le contentieux administratif des élections*, Domat-Montchrestien, 1936.

CRUET (J.), *Etude juridique de l'arbitraire administratif*, thèse, Paris, 1906.

D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994.

DEBBASCH (C.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Contribution à l'étude de l'instance*, LGDJ, 1962.

DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980.

DI MANNO (T.), *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica, 1994.

DOUCELIN (M.), *Le ministère de l'avocat devant la juridiction administrative*, thèse, Paris I, 1980.

DUFOURCQ (B.), *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, thèse, Poitiers, 2008.

DUPONT-MARILLIA (F.), *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, thèse Clermont-Ferrand, 1995.

EUDIER (F.), *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Rouen, 1994.

FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964.

FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, thèse, Paris, 1977.

GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972.

GAULMIN (P.), *Le ministère d'avocat devant le juge administratif*, Aix-en-Provence, 1996.

GILLI (J.P.), *La cause juridique de la demande en justice*, LGDJ, 1962.

- GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972.
- GOHIN (O.), *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988.
- GRANDE (C.), *L'autosaisine et la fonction juridictionnelle en droit français*, Mémoire DEA, Paris II, 2005.
- GROS (M.), *Les fins de non-recevoir devant la juridiction administrative*, thèse, Lille, 1987.
- HENRY (J.P.), *La dualité de fonction du recours pour excès de pouvoir envisagée à partir de la notion d'intérêt*, Université de Montpellier I, 1975.
- HOUSTIOU (R.), *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, 1975.
- HUMBERT (A.), *La mutation de l'office du juge français*, thèse, Strasbourg, 2005.
- IDOUX (P.), *La contradiction en droit administratif français*, Université Montpellier I, 2005.
- JACOB (R.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ, 1996.
- JAN (P.), *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999.
- JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse, Paris II, 1976.
- KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959.
- LADREIT de LACHARRIERE (R.), *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, Paris, recueil Sirey, 1937.
- LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011.
- LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972.
- MARDIERE (C.), *Recours pour excès de pouvoir et contentieux administratif de l'impôt*, LGDJ, 2002.
- MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001.
- MIGUET (J.), *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, 1967.

MOUZOURAKI (P.), *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, 1999.

NEGRIN (J.P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, PU Aix-Marseille, 1976.

NORMAND (J.), *L'office du juge et la contestation*, LGDJ, 1965.

PACTEAU (B.), *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1977.

PANAZZA (J.P.), *Le juge administratif et l'ordonnancement juridique*, thèse, Montpellier, 1972.

POULET (F.), *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, Paris II, 2014.

ROHMER-BENOIT (F.), *La recevabilité dans le droit du contentieux administratif*, thèse, Strasbourg, 1984.

ROYERE (L.), *Parallèle entre la procédure des actions administratives et la procédure judiciaire*, thèse, Paris, 1901.

SANDEVOIR (P.), *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964.

SEILLER (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Paris II, 1995.

STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, LGDJ, 1999.

TOURNYOLS DU CLOS (H.J.), *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1905.

TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977.

VEDEL (G.), *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, 1934.

VELLEY (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, thèse, Paris, 1988.

VINCENT (J.Y.), *L'évidence en contentieux administratif*, Presses universitaires de Rennes, 2013.

VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF 2001.

WEIL (P.), *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952.

III. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES ET CONCLUSIONS

AGUILA (Y.),

- concl. sur CE, 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes de Nonant*, p. 583, *AJDA*, 2006, p. 320.

- « Stabilité ou le nouveau visage du juge des contrats publics », *JCP G*, 2011, 436.

AMBROISE-CASTEROT (C.), « Procédure accusatoire, procédure inquisitoire », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2005.

ARDANT (P.), « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Montchrestien, p. 60.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.),

- « La communication des moyens d'ordre public par le juge : champ d'application et portée », conclusions sur CE, 21 décembre 1994, *SARL La Flotte Française*, *LPA*, 26 avril 1995, p. 9.

- « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11.

AUBY (J.B.), « L'acte administratif indivisible », *DA*, novembre 2006, n°11, repère 10.

AUBY (J.M.),

- « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 1966, p. 12.

- « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 267.

BADINTER (R.), « Le gouvernement des juges vu par les juges », in *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 287.

BAILLEUL (D.),

- « L'intérêt d'un intérêt à agir en matière de REP », *LPA*, 3 février 2003, p. 6.

- « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626.

- « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie de moyens », *LPA*, juin 2004, n° 125, p. 13.

- « Vers la fin de l'interdiction des moyens nouveaux en excès de pouvoir ? », *DA*, n° 4, avril 2008, étude n° 9.

- « Les sanctions administratives relèvent du plein contentieux », *JCP A*, 2009, 2089.

- « L'aide personnalisée au logement : entre excès de pouvoir et plein contentieux », *JCP A*, 2012, 2206.

- « L'évolution du contrôle de légalité des actes administratifs : nouvel état des lieux », *JCP A*, 2014, 2241.

BARTHELEMY (J.),

- « Le rôle de l'avocat au Conseil d'Etat », *RA*, 1999, numéro spécial 8, p. 127.
- « La représentation des parties devant les juridictions administratives », *RDCA*, 2011.

BAUDOUIN, concl. sur CE, 24 novembre 1967, *Noble, D.*, 1968, p. 142.

BECHILLON (D. de), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, 2002, p. 973.

BEDUSHI-ORTIZ (A.), « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA*, 2011, p. 944.

BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'Etat de droit », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 15.

BENABENT (A.), « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP*, 1977, I, 2849.

BENHAMOU (Y.), « Réflexions sur la fonction de juger dans l'état de droit », *RA*, 1999, n° 311, p. 522.

BENOIT (F.P.), « Les fondements de la justice administrative », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p. 283.

BERGEL (J.L.), « Introduction générale », in *L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 12.

BERNARD (A.), concl. sur CE, 21 mars 1958, *Delteil*, p. 189.

BEZZINA (A.C.), « L'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi ordinaire à travers l'étude des moyens et conclusions soulevés d'office », VII Congrès de Droit constitutionnel AFDC : 50^{ème} anniversaire de la Constitution de 1958, 25-27 septembre 2008.

BIGOT (G.),

- « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p. 527.
- « L'exorbitance dans la formation historique du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif*, LGDJ, 2004, p. 25.

BLANCO (F.), « Le Conseil d'Etat, juge pédagogue », *RRJ*, 2003, p. 1513.

BOLARD (G.),

- « Les juges et les droits de la défense », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 49.
- « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G*, 1993, n° 30, 3693, p. 329.

- « L'arbitraire du juge », *in Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 225.
- « Les garanties du procès civil », *in Droit et pratique de la procédure*, Dalloz, 2003, n° 2301.
- « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G*, 2008, I, 156.
- « Principe des droits de la défense », *in Droit et pratique de la procédure*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2011, n° 222.

BONICHOT (J.C.), « Vers une plus grande sécurité juridique ? », *BJDU*, 2000, p. 403.

BOTTEGHI (D.), LALLET (A.), « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA*, 2011, p. 156.

BOUSSARD (S.), « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », *in Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 305.

BRAIBANT (G.),

- « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1961, n° 15, p. 53.
- concl. sur CE, 2 mars 1973, *Dlle Arbousset*, *RDP*, 1973, p. 1072.
- « Le contrôle des actes de l'administration », *in Le contrôle juridictionnel des actes administratifs*, séminaire multilatéral, Madrid, 13-15 novembre 1996, *Thémis* n° 3, Editions du Conseil de l'Europe, p. 5.

BRAIBANT (G.), DUPUIS (G.), WIENER (C.), « Le contrôle juridictionnel de l'action administrative », *RFAP*, 1984, n° 30.

BROYELLE (C.),

- « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA*, mars 2004, p. 8.
- « Le juge et l'évidence », *in L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, *Les colloques du Sénat*, p. 273.

BRULLIARD (G.), « Le code de procédure civile de la Cité du Vatican », *BSLC*, 1948, p. 237.

BURDEAU (G.), « Du sacre au massacre d'un juge », *in Etudes Cosnard*, *Economica*, 1990, p. 309.

CAMBIE (C.), « Au-delà et en-deçà de la juridiction », *in Mélanges Jean Dabin*, Sirey, tome 2, 1963, p. 453.

CAMBY (J.P.), « La saisine du conseil constitutionnel ou l'impossible retrait », *RDP*, 1997, p. 5.

CARCASSONNE (G.), « Société de droit contre Etat de droit », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 37.

CATALA (P.), « A propos de l'ordre public », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 511.

CAVARE (L.), « Le recours pour excès de pouvoir en droit international public », in *L'évolution du droit public, Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 63.

CAYLA (O.), « Le coup d'Etat de droit », *Le débat*, n°100, 1998, p. 108.

CHABANOL (D.),

- « Contrôle de légalité et liberté de l'administration », *AJDA*, 1984, p.14.

- « La régularisation des requêtes devant la juridiction administrative », *AJDA*, 1993, p. 331.

- « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, p. 216.

- « Du nouveau dans la substitution de motifs », *DA*, 2004, n° 51, p. 26.

CHAPUS (R.),

- « De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chron., p. 99.

- « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 11.

- « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, p. 3.

- « L'administration et son juge. Ce qui change. », *EDCE*, 1991, n° 43, p. 259.

- « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265.

- « Vues sur la justice administrative », in *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 159.

CHARLIER (R.E.), « La cause dans la jurisprudence administrative récente », *JCP*, 1950, n° 27, I, 871.

CHAUVAUX (D.), concl. sur CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 boulevard Flandrin*, n° 142377.

CHENOT (B.), « L'existentialisme et le droit », *RFSP*, 1953, p. 57.

CHEVALLIER (J.),

- « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67.

- « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 275.

- « Réflexions sur l'institution des AAI », *JCP*, 1986, I, 3254.

- « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, p. 1651.

CIAUDO (A.), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, décembre 2009, n° 240, p. 3.

COLLY (F.), « Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *RFDA*, 1987, p. 786.

CLAEYS (A.), « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », in *Mélanges J.F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 299.

CLAMOUR (G.), « L'office du juge dans la régularisation des irrecevabilités. L'obligation d'invitation à régulariser après l'arrêt Alloune », *AJDA*, 2012, p. 739.

COHEN-TANUGI (L.), « L'avenir de la justice administrative », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 13.

COMBARNOUS (M.) et GALABERT (J.M.), chron. sous CE, 4 mars 1960, *Fédération nationale des industries chimiques*, p. 169, *AJDA*, 1960, p. 39.

CORBEL (M.P.), « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA*, 1972, p. 138.

CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83.

COSTA (J.P.),

- « Un couple mal connu, science administrative et Etat de droit », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 121.

- « L'effectivité de la justice administrative en France », *RA*, numéro spécial 8, 1999, p. 132.

CROZE (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 225.

DACOSTA (B.), « Comment le juge du référé précontractuel peut-il exercer d'office ses pouvoirs ? », concl. sur CE, 23 novembre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350519, *BJCP*, n° 80, 2012, p. 63.

DAEL (S.), « Les métamorphoses de la distinction des contentieux. Essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 209.

DAMAREY (S.), « De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle », *LPA*, octobre 2001, n° 212, p. 12.

DARCY (G.), « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Mélanges J. Morand-Deville, Montchrestien*, 2008, p. 287.

DE SILVA (I.), « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *RFDA*, 2004, p. 740.

DEBBASCH (C.),

- « Déclin du contentieux administratif ? », *D.*, 1967, chron. XIV, p. 95.

- « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », *JCP*, 1982, I, 3085.

- « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 127.

DEGOFFE (M.), « Demande nouvelle », *RDCA*, octobre 2010.

DELBEZ (L.), « De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité », *RDP*, 1932, p. 441.

DELVOLVE (G.), « Chose jugée », *RDCA*, 2011.

DELVOLVE (J.), concl. sur CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *RDP*, 1951, p. 478.

DELVOLVE (P.),

- « Le nouveau code de procédure civile devant le Conseil d'Etat », *D.*, 1979, chron. XLVI, p. 281.

- « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 135.

- « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA*, 2014, p. 438.

DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *EDCE*, 1970, p. 69.

DESDEVISES (Y.), « Procédure civile », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1068.

DESIRY (R.), « Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile », *D.*, 1956, chron. XXVII, p. 145.

DE SOTO (J.), « La procédure devant les tribunaux administratifs », *AJDA*, 1954, I p. 42.

DEUMIER (P.), REVET (T.), « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004, p. 1119.

DIEU (F.), « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA*, 2009, p. 1082.

DOMINO (X.), BRETONNEAU (A.),

- « Les terres mêlées du plein contentieux », *AJDA*, 2012, p. 1845.

- « De la loyauté dans le procès administratif », *AJDA*, 2013, p. 1276.

DONNAT (F.) et CASAS (D.),

- « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *DA*, mai 2004, p. 9.

- « Le juge ne peut totalement ignorer les productions postérieures à la clôture de l'instruction », *AJDA*, 2004, p. 651.

DORSNER-DOLIVET (A.) et BONNEAU (T.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, chron. p. 59.

DOUCHY-OUDOT (M.), « L'office du juge », in *Mélanges G. Goubeaux*, LGDJ Dalloz, 2009, p. 99.

DOUENCE (J.C.), « Contrôle de légalité et contentieux de l'annulation. Réformisme législatif et fixisme jurisprudentiel », in *Mélanges J.M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 71.

DOUMBE-BILLE (S.), « Recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction. A propos de la nouvelle frontière », *AJDA*, 1993, p. 3.

DRAGO (G.), « Le contentieux des lois, contentieux d'ordre public par nature », *Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 9.

DRAGO (R.), « Un nouveau juge administratif », *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 451.

DRAI (P.), « Préface », in *La crise du juge*, LGDJ, 1990, p. VII.

DROUAS (M. de), « Le juge administratif et le requérant sans avocat », *AJDA*, 2013, p. 900.

DUGUIT (L.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413.

DUPEYROUX (O.), « Le ministère public auprès des juridictions administratives, in *Mélanges Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 179.

DUPICHOT (J.), « L'adage *da mihi factum, dabo tibi jus* », in *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 425.

DUPUIS (J.), « La pratique de la justice au regard du dualisme juridictionnel », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Economica, 1991, p. 115.

EISENMANN (C.),

- « Juridiction et logique (selon les données du droit français », in *Mélanges G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477.

- « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, n° 11, 1957, p. 25.

EUDE (C.), « Le désistement dans la procédure administrative contentieuse », *AJDA*, 1984, p. 3.

FAVOREU (L.),

- « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 5.

- « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Montchrestien, p. 145.

- « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°3, 1997, p. 73.

- « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 513.

FOMBEUR (P.), « Requête », *RDCA*, octobre 2010.

FORNACCIARI (M.), concl. sur CE, 13 février 1987, *Morel*, n° 42833, T. p. 892.

FRAISSEIX (P.), « La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir », *LPA*, 2005, n°180, p. 3.

FRANC (M.), concl. sur CE, Ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des avocats de France et autres*, *JCP*, 1980, II, 19288.

FRICERO (N.), « Impartialité », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 607.

FRIDIEFF (M.),

- « A propos des projets des Fondements de la législation civile de l'U.R.S.S. et des Républiques fédérées et des Fondements de la procédure civile de l'U.R.S.S. et des Républiques fédérées », *Revue internationale de droit comparé*, janvier-mars 1961, vol. 13, p. 91.

- « Les nouveaux codes civil et de procédure civile de la R.S.F.S.R. », *Revue internationale de droit comparé*, janvier-mars 1965, vol. 17, p. 103.

FRIER (P.L.), « La juridiction administrative, quel avenir ? », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 333.

FRISON-ROCHE (M.A.),

- « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463.
- « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, chron. p. 53.
- « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28.

FROMONT (M.), « Les dernières réformes du contentieux administratif en Europe : les exemples de la Suède, de l'Autriche et des Pays-Bas », in *Etudes offertes à J.M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 515.

GABOLDE (C.), « Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? (à propos de la loi du 8 février 1995) », *DA*, novembre 1995, fasc. 1112.

GARCIA DE ENTERRIA (E.), « Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du 20^{ème} siècle : analyse historique et comparative », *RA*, 2000, n° spécial 3, p. 125.

GAUDEMET (Y.),

- « L'avenir de la juridiction administrative », *Gaz. Pal.*, 1979, Doctrine, p. 511.
- « Crise du juge et contentieux administratif en droit français », in *La crise du juge*, LGDJ, 1990, p. 87.
- « Le juge administratif, une solution d'avenir ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1213.
- « Faut-il retirer l'arrêt Ternon », *AJDA*, 2002, p. 738.
- « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 387.
- « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, p. 1617.

GENEVOIS (B.), « Principes généraux du droit », *RDCA*, décembre 2010.

GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77.

GICQUEL (J.), « L'autonomie de la procédure suivie par le Conseil constitutionnel », in *Mélanges J. Waline*, p. 587.

GILTARD (D.),

- « Réflexions sur le rôle et les méthodes du juge d'appel », *AJDA*, 2003, p. 1801.
- « L'office du d'appel et le double degré de juridiction », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 425.

GOHIN (O.),

- « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, 1989, n° 9, La fonction de juger, p. 93.

- « Procédure administrative », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1062.

GLASER (E.),

- « Irrecevabilité des requêtes tendant à l'annulation partielle d'un acte indivisible », *DA*, novembre 2006, n°11, comm. 174.

- « L'office du juge du contrat », *RFDA*, 2010, p. 506.

GOYARD (C.), « Etat de droit et démocratie », in *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 299.

GREWE (C.), « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, 1989, n° 9, La fonction de juger, p. 131.

GUIONIN, concl. sur CE, Sect., 25 juillet 1952, *Gingold, D.*, 1953, p. 187.

GUYOMAR (M.), note sous CE, 19 mai 2010, *Thérond*, n°331205, *Gaz. Pal.*, 2010, n°147, p. 23.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), « Les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat 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 », *AJDA*, 2001, p. 1046.

HAGELSTEEN (M.D.), concl. sur CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, p. 9, *RFDA*, 1991, p. 652.

HEBRAUD (P.), « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, tome XXVI, 1979, p. 379.

HEILBRONNER (A.), « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », *Dalloz*, 1953, chron., p. 183.

HELIN (J.C.), « La protection du citoyen contre l'administration. Réflexion sur l'évolution contemporaine des voies de la protection », *LPA*, novembre 1990, n° 141, p. 9.

HEURTE (A.),

- « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *RDP*, 1953, p. 615.

- « Conclusions nouvelles et moyens nouveaux présentés à l'audience du tribunal administratif », *AJDA*, 1957, p. 37.

- « Les règles générales de procédure », *AJDA*, 1964, p. 4.

HILAIRE (J.), « Propos sur l'office du juge », in *Mélanges O. Guillot*, PUPS, 2006, p. 779.

HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), « Le moyen tiré de l'incompatibilité d'un décret avec les objectifs d'une directive communautaire n'est pas un moyen d'ordre public », *AJDA*, 1991, p. 111.

JACQUE (J.P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229.

JACQUELIN (R.), « L'évolution de la procédure administrative », *RDP*, 1903, XIX, p. 373.

JACQUELOT (F.), « Droit au recours juridictionnel et régularisation des requêtes en contentieux administratif », *RJJ*, 2006, p. 213.

JACQUEMET-GAUCHE (A.), « Pouvoir d'injonction et action en déclaration de droits – Une comparaison franco-allemande », *RFDA*, 2015, p. 662.

JAN (P.), « Le contrôle de légalité des actes administratifs par le Conseil constitutionnel », *LPA*, août 1999, n° 165, p. 13.

JANICOT (L.), « Les silences du jugement », *RDP*, 2012, p. 1064.

JARROSSON (C.), « Réflexions sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 259.

JAUFFRET SPINOZI (C.), « Comment juge le juge anglais ? », *Droits*, 1989, n° 9, La fonction de juger, p. 57.

JEZE (G.),

- « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de pleine juridiction », *RDP*, 1908, p. 671.

- « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP*, 1909, p. 667.

- « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, p. 437.

JOUANJAN (O.), « Etat de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004, p. 649.

KAHN (J.), concl. sur CE, 13 mai 1970, *Augeray*, p. 333.

KELLER (R.), « Application de la jurisprudence Intercopie par le juge ordinal », concl. sur CE, 27 juin 2011, *Conseil départemental de Paris de l'Ordre des chirurgiens-dentistes*, *AJDA*, 2011, p. 2023.

KERLEO (J.F.), « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA*, 2014, p. 293.

KOLBERT (E.), « Notion de cause de la demande et notion de moyen », concl. sur TA Lyon, form. plén., 9 décembre 1998, Masson, *AJDA*, 1999, p. 448.

LABETOULLE (D.),

- concl. sur, CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique*, p. 258, *AJDA*, 1984, p. 627.

- « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Montchrestien, p. 249.

- « Principe de légalité et principe de sécurité », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403.

- « Droit du contentieux de l'urbanisme et droit du contentieux administratif », in *Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 629.

LAGARDE (X.), « L'adieu à la cause – Relire Motulsky », in *Le Code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 307.

LALLET (A.), concl. sur CE, 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, n° 358677, *BJDU*, n° 3/15, p. 207.

LAMARQUE (J.), « Le procès du procès », in *Mélanges J.M. Auby*, Dalloz-Sirey, 1997, p. 149.

LAMPUE (P.),

- « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1933, p. 565.

- « La distinction des contentieux », in *Mélanges G. Scelle*, LGDJ, 1950, tome I, p. 285.

- « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *RISA*, 1954, p. 359.

LANDON (P.), note sous CE, 11 juin 1971, *Assistance publique à Paris*, *AJDA*, 1972, p. 482.

LEBLOIS-HAPPE (J.), « Procédure pénale », *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2005, p. 1074.

LEBRETON (G.),

- « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, p. 419.

- « L'intérêt à agir partiel », *RFDA*, 1988, p. 923.

LE GARS (J.M.), « Les méthodes d’instruction et d’examen des moyens de la requêtes – aspects français », *RA*, 1999, numéro spécial 7, p. 109.

LEISNER (W.), « L’Etat de droit, une contradiction ? », in *Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 65.

LESSI (J.), DUTHEILLET de LAMOTHE (L.), « L’autorisation d’urbanisme, combien de divisions ? », *AJDA*, 2015, p. 985.

LENOBLE (J.), « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in *La crise du juge*, LGDJ, 1990, p. 139.

LEPETIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *RFDA*, 2011, p. 813.

LETOURNEUR (M.), « L’apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1953, n° 7, p. 66.

LIEBER (S.J.) et BOTTEGHI (D.), « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

LIEBERMANN (E.), « Le recours contre un acte de l’administration : questions de procédure », in *Le contrôle juridictionnel des actes administratifs*, séminaire multilatéral, Madrid, 13-15 novembre 1996, Thémis n° 3, Editions du Conseil de l’Europe, p. 35.

LOCHAK (D.),

- « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 387.
- « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, p. 41.
- « Le droit administratif, rempart contre l’arbitraire ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 43.

LOUIS-LUCAS (P.), « Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction », *Dalloz*, 1957, chron. p. 115.

LUCHAIRE (F.), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, p. 27.

LYON-CAEN (A.), « L’avocat devant le juge administratif et l’Etat de droit. Un mineur en voie d’émancipation », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 473.

MACLAUHLAN (H.W.), « Le caractère intransigeant du principe de la légalité », in *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 91.

MALAURIE (P.), « L’ordre public et l’office du juge », note sous Soc, 18 mars 1955, *Delort c. Rongier*, D., 1956, p. 517.

MARIE (L.), « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1901, p. 264 et p. 476.

MARION (A.), « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 21.

MARTIN (R.),

- « La saisine d'office du juge – Essai sur sa signification », *JCP*, 1973, IV, 6319, p. 231.

- « Le juge devant la prétention », *D.*, 1987, chron., p. 35.

- « A la recherche de la cause en procédure civile », *D.*, 1988, chron., p. 312.

- « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile », *D.*, 1996, p. 20.

- « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit – Une question mal posée », *D.*, 2005, p. 1444.

MAUGUE (C.) et SCHWARTZ (R.), chron. sous CE, Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt*, p. 268, *AJDA*, 1992, p. 650.

MEHDI (R.), « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Mélanges L. Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 105.

MELLERAY (F.),

- « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1998, p. 1089.

- « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 277.

- « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A*, 2005, 1296.

MESTRE (A.), « La démocratie administrative », in *Mélanges P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561.

MESTRE (J.L.),

- « L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *RFDA*, 2003, p. 211.

- « La signification de la loi des 7-14 octobre 1990 », *EDCE*, 1992, n°43, p. 281.

- « Le traitement du contentieux administratif au XVIIIe siècle », *RA*, 1999, n° 3, p. 83.

MIGUET (J.), « Réflexion sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (Article 12 al. 4 du Nouveau Code de Procédure Civile) », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567.

MILANO (L.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119.

MIMIN (P.), « Les moyens d'ordre public et l'office du juge », *JCP*, 1946, I, p. 542.

MONTERAN (T.), « L'impartialité du juge et les procédures collectives », *rev. proc. coll.*, décembre 2002, p. 243.

MOOR (P.), « Introduction à la théorie de la légalité », in *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 11.

MORAND (C.A.), « La légalité de la légalité », in *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 185.

MORAND-DEVILLER (J.), « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Economica, CERAP, 1991, p. 188.

MOTULSKY (H.),

- « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Etudes de droit contemporain*, Sirey, 1959, t. 2, p. 355.

- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron., p. 235.

- « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, 1964, p. 217.

- « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*, 1966, I, 1996.

- « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, chron. XVII, p. 91.

NORMAND (J.),

- « Les tribulations du principe de la contradiction, ou quand un article 16 chasse l'autre... », note sous CE, 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres*, *RTDC*, 1980, p. 145.

- « Le juge et le fondement du litige », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595.

- « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDC*, 1996, p. 689.

- « Office du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 925.

- « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1038.

- « Procédure », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1053.

- « Principes directeurs du procès », *Jcl. Procédure civile*, fasc. 152, juin 2010.

ODENT (R.),

- concl. sur CE, 27 mai 1949, *Véron-Réville*, *GP*, 1949, II, p. 34.

- « Le destin des fins de non-recevoir », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p. 653.

OST (F.),

- « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, p. 1.

- « Jupiter, Hercule, Hermès », in *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 698.

PACTEAU (B.),

- « Dualité de juridictions et dualité de procédures », *RFDA*, 1990, p. 752.

- « Du nouveau en procédure contentieuse administrative : la "communication des moyens d'ordre public" », *RFDA*, 1992, p. 480.

- « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *RA*, 1999, n° spécial, p. 51.

PAULIN (B.), note sous TA Limoges, 7 juin 1961, *Durand, AJDA*, 1961, p. 728.

PEISER (G.),

- « Le juge administratif et les dérogations », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 665.

- « Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Mélanges R. Chapus*, Montchestien, 1992, p. 517.

- « Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'Etat de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception », in *Mélanges J.M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 277.

PERROT (R.), « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal.*, 1977, Doctrine, p. 91.

PEUCH (J.), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962.

PEYRICAL (J.M.), « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation », *AJDA*, 1996, p. 23.

PIETRI (J.F.), « La régularisation des requêtes devant le juge administratif », in *Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 695.

PINTO (R.), « Etats-Unis. La fin du gouvernement des juges », *RDP*, 1950, p. 833.

PISSALOUX (J.L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999, p. 781.

PIVETEAU (D.), « Le statut des notes en délibéré », concl. sur CE, 12 juillet 2002, *Leniau*, n° 236125, *RFDA*, 2003, p. 307.

POISSONNIER (G.), « Office du juge en droit de la consommation », *D.*, 2008, p. 1285.

PONTHOREAU (M.C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 747.

PONTIER (J.M.), « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Dalloz*, 1998, chron. p. 327.

POUYAUD (D.), « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », in *Mélanges Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541.

PRETOT (X.), « Réflexions sur la justice administrative », *Dalloz*, 1986, chron. XLIV, p. 271.

RENOUX (T.),

- « Techniques juridictionnelles et procédurales », *AJJC*, 1985, p. 135.

- « Moyens et conclusions soulevés d'office », in *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 646.

- « Séparation des pouvoirs », in *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1212.

REY (J.L.), « Les moyens d'ordre public en appel », *AJDA*, 2003, p. 118.

RIALS (S.), « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, La fonction de juger, p. 3.

RICARD (M.), « Plaidoyer pour la reconnaissance d'un recours en déclaration de droits », *GP*, 1984, p. 345.

RICHER (L.), « Des droits du juge à ceux du justiciable », *AJDA*, 1986, p. 278.

RIVERO (J.),

- « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Dalloz*, 1951, chron., p. 23.

- « Apologie pour les "faiseurs de système" », *D.*, 1951, chron., p. 99.

- « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, chron., p. 37.

- « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, t.2, p.826.

- « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457.

- « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p. 701.

- « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 27.

- « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 675.

- « L'administré face au droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 147.

- « Etat de droit, état du droit », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 609.

RIVET, concl. sur CE, 29 novembre 1933, *Abbé Roussel, D.*, 1934, 3, p. 7.

ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 117.

ROLLAND (B.), « Réflexions sur la saisine d'office », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 685.

ROUGIN-BAVILLE, concl. sur CE, Ass., 24 janvier 1975, *Ministre de l'information, RDP*, 1975, p. 286.

ROUHETTE (G.), « L'ordre public processuel. Réflexions sur le droit du procès », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 689.

SAUSSEREAU (M.), « La cause de la demande a-t-elle encore une place en contentieux administratif ? L'apport de la procédure civile à la réflexion », *RDP*, 2003, p. 631.

SAUVE (J.M.),

- « Un corridor de Vasari au Palais-Royal. Autoportraits du juge en son office », *AJDA*, 2013, p. 1669.

- « Le "nouveau procès administratif" », Intervention lors des Etats généraux du droit administratif organisés à la Maison de la Chimie le 27 septembre 2013 sur le thème « Le juge administratif et les questions de société ».

SAVY (R.), « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, p. 3.

SEILLER (B.),

- « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA*, 2004, p. 963.

- « Partie remise ou fin de partie ? », *AJDA*, 2006, p. 681.

SEURIN (J.L.), « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 651.

SILVA (I. de), « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *RFDA*, 2004, p. 740.

SOTO (J. de), « La notion de juridiction », *D.*, 1956, chron, p. 46.

STAHL (J.H.), « Moyens et conclusions », *JCA*, fasc. 1086, janvier 2010.

STIRN (B.), « Juridiction et jurisprudence administratives : le temps du mouvement », in *Mélanges M. Troper*, *Economica*, 2006, p. 939.

SUBRA de BIEUSSES (P.), note sous CE, 20 octobre 2000, *société Habib Bank Limited*, n° 180122, *AJDA*, 2000, p. 1071.

SCHWARTZ (R.), « Décret n° 92-77 du 22 janvier 1992 portant diverses dispositions relatives à la procédure administrative contentieuse (JO 24 janvier 1992, p. 1180) », *AJDA*, 1992, p. 203.

TABET (M.), « Le juge administratif et la légalité », *RA*, 1999, numéro. spéc. 5, p. 67.

TIXIER (G.), « Les effets de l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1957, chron., p. 25.

TRAORE (S.), « Obligation de se prononcer sur tous les moyens en matière d'urbanisme », *DA*, n° 5, mai 2001, comm. 129.

TROPER (M.) et PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21.

TROTABAS (L.), « La nature juridique du contentieux fiscal », in *Mélanges M. Hauriou*, 1929, p. 711.

TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux "branches" », *RFDA*, 2015, p. 657.

VANDERMEEREN (R.), « Les espoirs et les interrogations du juge », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle* (colloque du quarantième anniversaire des tribunaux administratifs), PUF, 1995.

VEDEL (G.),

- « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, n° 31, 1979, p. 36.

- « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *CCC*, 1996, n° 1, p. 57 ; 1997, n° 2, p. 77.

- « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 537.

VIALETTES (M.), COURREGES (A.), ROBINEAU-ISRAEL (A.), « Les temps de la justice administrative », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 833.

VIENNE (R.), « Le rôle du juge dans la direction du procès civil », in *Etudes de droit contemporain*, 1962, p. 311.

VIGOUROUX (C.), « La contradiction : principe et pratique du juge administratif », in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 571.

VINCENT (J.), « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, t. 2, 1961, p. 303.

WALINE (J.),

- « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *RDP*, 1984, p. 1327.
- « La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des Danaïdes ? », in *Mélanges J.M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 347.

WALINE (M.),

- « Les critères des actes juridictionnels », *RDP*, 1933, p. 565.
- « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *RDP*, 1935, p. 205.
- note sous CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, *RDP*, 1951, p. 478.
- « Etendue et limite du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, p. 25.
- « Le retrait des actes administratifs », in *Mélanges Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 563.

WEIDENFELD (K.), « Exposé introductif : "A la recherche de l'efficience du contentieux administratif" », *JCP A*, 25 juillet 2005, 1292.

WIEDERKEHR (G.),

- « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575.
- « L'obligation de loyauté entre les parties », in *L'office du juge*, actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, p. 235.

WOEHLING (J.M.),

- « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », *RFAP*, 1983, n° 26, p. 134.
- « Le contrôle juridictionnel de l'administration en droit français », *RFAP*, n° 30, avril/juin 1984, p. 197.
- « Procédure et pouvoirs du juge en contentieux administratif », in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, actes du colloque tenu à Grenoble les 15 et 16 mars 1984, éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1986, p. 73.
- « Un grand arrêt manqué », note sous CE, 8 juin 1988, *Société ABC Engineering, GP*, 1989, p. 724.
- « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'ouest. Particularismes et convergences », *Revue européenne de droit public*, 1994, p. 353.
- « La redécouverte du plein contentieux », et « Le juge administratif, futur administrateur ? » (débat), in *Le juge administratif à l'aube du XXIe siècle* (colloque du quarantième anniversaire des tribunaux administratifs), PUF, 1995, p. 247.
- « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 777.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	5
Tables des principales abréviations	9
INTRODUCTION.....	15
Première partie.....
UNE DISSYMETRIE DEVOILEE.....	43
Titre I.....
Un contrôle juridictionnel défectueux.....	45
Chapitre I.....
Une défectuosité constatée.....	47
Section I.....
Les travers de la règle <i>non ultra petita</i>	49
<i>§1 : La stricte délimitation de l'office du juge par les conclusions des parties</i>	<i>49</i>
A. Un office rigoureusement encadré par la règle <i>non ultra petita</i>	49
1) Un principe élémentaire aux acceptions variées	50
2) Une prohibition pérenne malgré une valeur relative	54
B. Un succédané de tempérament : l'interprétation des conclusions	58
1) Une justification pragmatique.....	58
2) Un domaine varié, une fonction limitée	61
<i>§2 : Les implications contentieuses de la règle non ultra petita</i>	<i>67</i>
A. Des rejets au stade de la recevabilité.....	67
1) Un carrefour contentieux	67
2) Une réponse jurisprudentielle rigoriste	70
3) Les virtualités d'un rejet au stade de la recevabilité	73
B. L'annulation partielle d'actes intégralement illégaux	76

Section II	
Les vices de l'indisponibilité des moyens	81
<i>§1 : L'indisponibilité constante des moyens ordinaires</i>	<i>81</i>
A. Un contrôle de légalité substantiellement déterminé par les parties	81
1) L'interdiction de soulever d'office un moyen ordinaire	81
2) Le pouvoir marginal de requalification des moyens	84
B. Un examen de la légalité subsidiairement maîtrisé par le juge	87
1) Le régime dérogatoire des moyens d'ordre public.....	88
2) L'identification des moyens d'ordre public.....	94
a) <i>L'absence de définition conceptuelle.....</i>	<i>94</i>
b) <i>Une identification jurisprudentielle.....</i>	<i>96</i>
c) <i>La persistance d'angles morts.....</i>	<i>100</i>
<i>§2 : Une indisponibilité préjudiciable des moyens ordinaires</i>	<i>104</i>
A. Les illégalités fondées sur un moyen ordinaire	104
B. Les illégalités fondées sur un moyen d'ordre public.....	107
1) L'insuffisance du moyen d'ordre public à fonder l'annulation	107
a) <i>Un usage encadré par des conditions limitatives.....</i>	<i>107</i>
b) <i>Une tendance jurisprudentielle inflexible.....</i>	<i>110</i>
2) Une efficacité contrainte.....	113
Chapitre II	
Une défectuosité négligée.....	119
Section I.....	
L'Etat de droit.....	121
<i>§1 : La matérialité conditionnée du principe de légalité</i>	<i>121</i>
A. Une expression contentieuse du principe de légalité	121
1) L'essentialité du principe de légalité.....	121
2) Un rattachement intrinsèque à la théorie de l'Etat de droit	125
B. Une garantie essentiellement juridictionnelle	128
1) Une protection juridictionnelle axiomatique	128
2) Une concrétisation imparfaite	131

§2 : <i>L'éminence du contentieux de la légalité</i>	133
A. Une dimension collective incontestable	133
1) Un dépassement induit des termes du litige	133
2) La reconnaissance consécutive de l'autorité absolue de chose jugée	136
B. Un contentieux d'ordre public	141
1) Le recours pour excès de pouvoir, recours d'ordre public	141
2) Le contentieux de la légalité, contentieux d'ordre public	144
a) <i>Un ordre public polysémique</i>	144
b) <i>Des attributs d'ordre public partagés</i>	146
Section II	
Une inertie injustifiée	153
§1 : <i>Des défaillances problématiques</i>	153
A. La persistance difficilement acceptable d'actes administratifs illégaux	153
1) Une exigence ordinaire de cohérence.....	153
a) <i>La radicalité du principe de légalité</i>	154
b) <i>Le recours au réflexe téléologique</i>	155
2) Le spectre du déni de justice.....	157
B. Le bien-fondé de critiques renouvelées	161
1) Des critiques renouvelées	161
2) Des justifications permanentes	164
§2 : <i>Une préhension essentielle</i>	166
A. Une résignation inenvisageable	167
1) L'invocation d'un devoir moral	167
2) L'existence d'une obligation matérialisée	169
B. Un impératif de pragmatisme.....	171
1) Un défaut de réalisme	171
2) Une distorsion structurelle de l'instance	173

Titre II	
Une fonction juridictionnelle dévoyée	179
Chapitre I	
Une singularité ignorée	181
Section I	
L'altérité du juge de la légalité	183
<i>§1 : La dissemblance de l'office du juge civil</i>	183
A. Un arbitrage entre intérêts particuliers	183
1) Des litiges d'ordre privé	183
2) Un régime procédural différencié	187
B. Un rapprochement relatif des offices	190
1) L'existence d'un socle commun	190
2) La persistance d'identités propres.....	193
<i>§2 : La convergence des juges de l'intérêt général</i>	196
A. La dissemblance des juges administratifs.....	197
1) La similarité des offices du juge administratif de plein contentieux subjectif et du juge civil.....	197
2) Un régime procédural insuffisamment différencié	199
B. L'analogie des contentieux affranchis des intérêts privés	201
1) Juge de la légalité et juge pénal	201
2) Juge de la légalité et juge constitutionnel.....	205
Section II	
Une identité fonctionnelle complexe	211
<i>§1 : Une fonction juridictionnelle plurielle</i>	211
A. Une fonction juridictionnelle contentieuse.....	211
1) Une fonction juridictionnelle incontestable.....	211
2) Une fonction contentieuse certaine	214
B. Une fonction de contrôle additionnelle	216
1) Un procès fait à un acte	216
2) Une dualité caractéristique	219

§2 : Une conciliation impérative.....	224
A. Un juge polymorphe.....	224
1) Trancher un litige à la physionomie singulière.....	225
2) Garantir l'Etat de droit	228
B. Une revalorisation essentielle de la fonction de contrôle	230
Chapitre II.....	
Une instance déséquilibrée	235
Section I.....	
Une volonté des parties privilégiée	237
§1 : Une maîtrise relative du déroulement de l'instance	237
A. Les enjeux du caractère inquisitorial de la procédure	237
1) Un vecteur limité d'émancipation.....	237
2) Une originalité persistante	243
B. Des fondements pluriels	246
1) L'inégalité des parties en présence	246
2) Les enjeux du procès administratif	249
§2 : Une sujétion aux éléments constitutifs de l'instance déterminés par les parties	253
A. L'inanité de l'inquisitorialité sur la délimitation de l'instance.....	253
1) L'indépendance procédurale des phases d'instruction et de jugement	253
2) La délimitation de l'instance par les parties	255
B. Un procès chose des parties.....	256
1) Le rôle cardinal du ministère d'avocat.....	256
2) Un enchevêtrement des offices	260
Section II	
Un pouvoir de rejet parachevé	265
§1 : Une sophistication aboutie du pouvoir de rejet	265
A. L'ultimité de l'annulation.....	265
1) L'annulation quintessenciée	265
2) L'efficacité dogmatisée	270

B. Des prérogatives juridictionnelles orientées vers le rejet	272
§2 : <i>La sophistication inachevée du pouvoir d'annulation</i>	274
A. La recherche imparfaite de « l'effet utile »	275
1) L'efficacité recherchée des annulations	275
2) L'efficacité sacrifiée des recours en annulation.....	277
B. Un parachèvement attendu de l'office du juge de l'annulation	281
1) Une crédibilité éprouvée.....	281
2) Un procès administratif déséquilibré	284
Conclusion de la première partie	291
Seconde partie	
UNE PERFECTIBILITE AVEREE	295
Titre I	
Des obstacles théoriques infondés	297
Chapitre I	
Des limites fonctionnelles respectées	299
Section I	
Une omnipotence évitée	301
§1 : <i>La dissipation aisée du spectre du gouvernement des juges</i>	302
A. Une suspicion persistante de toute-puissance	302
1) L'idée de « gouvernement des juges »	302
2) Les manifestations du « gouvernement des juges ».....	304
B. Un pouvoir juridictionnel invariablement encadré	308
1) L'absence de maîtrise du lien initial d'instance.....	309
2) Un pouvoir d'annulation conditionné	311
§2 : <i>La prohibition dépassée du juge-administrateur</i>	314
A. Un obstacle virtuel	315
1) La réalité d'un juge qui administre	315
2) Une situation inaltérée.....	318

B. Un équilibre des pouvoirs renforcé	320
Section II	325
Une impartialité préservée	325
<i>§1 : Le principe d'impartialité comme fondement de la prohibition de l'autosaisine</i>	325
A. Une méconnaissance potentielle du principe d'impartialité	325
1) Une prohibition générale de l'autosaisine	326
2) Une atteinte présumée au principe d'impartialité	329
B. Une incompatibilité à relativiser	332
1) Des garanties pérennes d'impartialité	333
2) Un encadrement strict des hypothèses d'autosaisine	336
<i>§2 : Des garanties d'impartialité sauvegardées</i>	340
A. Des hypothèses d'autosaisine exemptes de préjugement	340
1) Conclusions d'ordre public et impartialité du juge de la légalité	340
2) Moyens d'ordre public et impartialité du juge de la légalité	342
B. Le respect des principes vecteurs d'équité	345
1) Le respect du principe d'égalité des armes	346
2) Le caractère éminemment contradictoire de la procédure	348
Chapitre II	357
Des limites conceptuelles dépassées	357
Section I	359
L'inadaptation du principe dispositif	359
<i>§1 : Une immutabilité relative du litige à l'égard du juge</i>	359
A. Le procès administratif de la légalité, chose des parties	359
1) La portée générale d'un procès chose des parties	359
2) Principe dispositif et contentieux de la légalité	364
B. La pondération du principe dispositif en procédure civile	365
1) Une conception renouvelée de l'instance	365
2) Une répartition des rôles objectivée	368
a. Au juge le droit	368
b. Aux parties les faits	372

<i>c. Des apports nuancés</i>	373
<i>§2 : La consommation du principe dispositif par la fonction juridictionnelle de contrôle</i>	378
A. La primauté assumée de la fonction de contrôle en contentieux de la constitutionnalité des lois	378
1) La plénitude juridictionnelle du Conseil constitutionnel	378
2) La primauté de la fonction objective de contrôle	383
B. La prévalence induite de la fonction contentieuse devant le juge de la légalité	388
1) Une contestation objectivée	388
2) Une modération induite du principe dispositif	389
Section II	
La contingence du principe dispositif	393
<i>§1 : Le dépassement avéré du principe dispositif</i>	393
A. Une méconnaissance dissimulée de la règle <i>non ultra petita</i>	393
1) Des dérogations affichées peu significatives	394
2) Un contournement confidentiel caractéristique	398
B. La différenciation injustifiée des moyens d'ordre public	399
1) Une nature insaisissable	399
2) Une distinction discrétionnaire	403
<i>§2 : Une conception évolutive du rôle du juge de la légalité</i>	409
A. Une autolimitation paradigmatique	409
1) Une conception politique de l'office du juge de la légalité	410
2) Une évolution autorisée	414
B. Un respect inaltéré de la volonté des parties	418
Titre II	
Des obstacles pratiques supposés	423
Chapitre I	
Des hypothèses délimitées	425
Section I	
Des hypothèses circonscrites	427

§1 : Les hypothèses de conclusions d'ordre public.....	427
A. L'entérinement des cas d'interprétation de la demande.....	427
1) Panorama général.....	427
2) Une recherche constante de l'effet utile.....	432
B. L'extension novatrice de la portée des conclusions.....	436
1) Annulation partielle et décision indivisible.....	437
2) Annulation partielle et décision divisible.....	441
§2 : Les hypothèses de moyens d'ordre public.....	448
A. La transposition d'un régime encadré.....	448
1) Un moyen résultant des pièces du dossier.....	448
2) Un pouvoir d'instruction minimal.....	452
B. Une raréfaction éventuelle.....	455
1) Une défaillance limitée des parties.....	455
2) Une recevabilité possiblement conditionnée.....	458
Section II.....	
Des hypothèses précisées.....	463
§1 : Une obligation juridictionnelle entérinée.....	463
A. Un devoir justifié.....	463
1) La solution écartée de la simple faculté.....	463
2) La solution maintenue de l'obligation.....	470
B. Un devoir maîtrisé.....	472
1) Une obligation relativisée.....	473
2) Une obligation subsidiaire.....	474
§2 : Un champ d'application déterminé.....	476
A. La circonscription du plein contentieux de la légalité.....	476
1) Un rattachement avéré au contentieux de la légalité.....	476
2) Un rattachement incertain au contentieux de la légalité.....	482
B. L'éviction d'une action en déclaration de droits.....	487
1) Un rapprochement éventuel quant aux effets des recours.....	487
2) Une distinction nette de la nature des recours.....	490

Chapitre II	
Des ajustements modérés	495
Section I	
Des ajustements nécessaires	497
§1 : <i>Une soumission généralisée à la contradiction</i>	497
A. Un élargissement du champ de la contradiction	497
1) La permanence du régime actuel des moyens d'ordre public	497
2) L'extension du régime des moyens aux conclusions d'ordre public	501
B. La permanence des solutions existantes	504
1) Une obligation d'information ajustée	504
2) L'obligation d'une information efficiente	506
§2 : <i>Une cristallisation de l'instance préservée</i>	508
A. L'inanité confirmée de l'expiration des délais de recours	509
1) Une emploi résiduel des conclusions d'ordre public par les parties	509
2) L'extinction des demandes nouvelles	510
a. <i>L'irrecevabilité virtuelle des demandes nouvelles</i>	511
b. <i>L'unité consacrée de la cause juridique de la demande</i>	515
B. L'importance renforcée de la clôture de l'instruction	518
1) L'efficacité des instruments de clôture d'instruction	518
2) La nécessaire précision du régime de la réouverture d'instruction	520
Section II	
Une continuité assurée	525
§1 : <i>Une obligation de motivation inchangée</i>	525
A. L'exigence maintenue d'une requête motivée	525
B. Les principes conservés de la motivation des jugements	529
1) Une motivation obligatoire	529
2) Une obligation aménagée	533
a. <i>Les hypothèses de rejet par prétérition</i>	533
b. <i>Le principe de l'économie des moyens</i>	536
§2 : <i>Une autorité de chose jugée inaltérée</i>	539
A. Une autorité absolue attachée aux jugements d'annulation	539

B. Une autorité relative attachée aux jugements de rejet	541
1) Une justification hâtive	541
2) Une validation de l'acte inconcevable	544
Conclusion de la seconde partie.....	551
Conclusion générale	555
Bibliographie.....	561
Table des matières.....	595

Résumé en français

Bien que profondément réformé ces vingt dernières années, l'office du juge administratif de la légalité reste caractérisé par certaines insuffisances. Faute de pouvoir se saisir d'office de certaines conclusions ou de tout moyen d'annulation, le juge chargé de censurer les actes administratifs illégaux est parfois contraint de rejeter des requêtes en annulation pourtant recevables et fondées. Cette défektivité du contrôle juridictionnel opéré trouve son origine dans l'insuffisante prise en considération de la singularité de la fonction juridictionnelle exercée, qui ne consiste pas exclusivement à trancher un litige mais également à contrôler la légalité d'un acte. Le parachèvement de l'office du juge administratif de la légalité suppose son émancipation des éléments constitutifs de l'instance tels que fixés par les parties afin de lui conférer les pouvoirs adaptés à l'accomplissement de la mission qui lui incombe. A cette fin, l'étude des fondements de la prohibition de l'autosaisine permet de démontrer qu'aucun obstacle d'ordre théorique ou pratique ne s'oppose véritablement ni à la consécration des conclusions d'ordre public, ni à la généralisation des moyens d'ordre public. Seules des limites d'ordre conceptuel, nécessairement contingentes et dès lors surmontables, expliquent l'inertie à laquelle s'astreint encore le juge administratif de la légalité dans la détermination de la matière litigieuse.

Titre et résumé en anglais : The powers of the administrative judge of legality

Although profoundly reformed in the course of the past twenty years, the judicial recourse for abuse of power led by the administrative judge still falls short. Prevented to review, on its own initiative, the legality of the whole administrative act, the judge is sometimes bound to reject some complaints although they were admissible and well-founded. This deficiency in judicial review originated in the insufficient consideration of the unique nature of the judicial recourse for abuse of power which does not only entail settling a case but also ensuring the legality review of administrative decisions. To ensure the completion of his powers the administrative judge will need to liberate himself from the sole content of the submissions and arguments of the applicants and be allowed to expand his powers in order to accomplish his purpose. The analysis of the rationale to this prohibition of judge-initiated legal arguments demonstrates that there isn't any theoretical or practical obstacle to the possibility for the administrative judge to automatically examine the legality of public policy arguments and conclusions. Only conceptual limitations, necessarily incidental, explain the inertia of the administrative judge in the determination of the matter at hand.

Discipline : Droit public – Contentieux administratif

Mots-clés : Office du juge – Contentieux de la légalité – Éléments constitutifs de l'instance – Parties

Université de Montpellier
Faculté de Droit et Science politique
Centre de recherches et d'études administratives de Montpellier (CREAM – EA 2038)
39 rue de l'Université
34060 Montpellier Cedex - 02