

LES CRITÈRES ADMINISTRATIFS DE TRAITEMENT DES RECOURS ADMINISTRATIFS

Florence BOIZARD

Volume 110, numéro 2, septembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045544ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045544ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BOIZARD, F. (2008). LES CRITÈRES ADMINISTRATIFS DE TRAITEMENT DES
RECOURS ADMINISTRATIFS. *Revue du notariat*, 110(2), 395–408.
<https://doi.org/10.7202/1045544ar>

LES CRITÈRES ADMINISTRATIFS DE TRAITEMENT DES RECOURS ADMINISTRATIFS

Florence BOIZARD*

I-	LES CRITÈRES ADMINISTRATIFS DE TRAITEMENT DES RECOURS ADMINISTRATIFS SATISFONT À LA FOIS LA SÉCURITÉ JURIDIQUE OBJECTIVE ET LA SÉCURITÉ JURIDIQUE SUBJECTIVE	401
A.	Les critères administratifs de traitement des recours administratifs et la sécurité juridique par le droit	401
B.	Les critères administratifs de traitement des recours administratifs et la sécurité juridique du droit	403
II-	LES CRITÈRES ADMINISTRATIFS DE TRAITEMENT DES RECOURS ADMINISTRATIFS PERMETTENT DE PENSER LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DE MANIÈRE SYNTHÉTIQUE	405
A.	Les critères de traitement des recours administratifs et la promotion du droit	406
B.	Les critères administratifs de traitement des recours administratifs comme une des solutions à la crise du droit administratif français.	407

* Doctorante en droit public à l'Université Panthéon-Assas-Paris II, membre du CERSA, unité mixte de recherche 7106, CNRS et Paris II, et attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Rouen.

« La vérité du juriste n'est pas la Vérité
avec un grand V, mais la cohérence,
ou une utilité cohérente. »

David Thoreau, *La désobéissance
civile*, Paris, 1001 nuits, 1995

Le présent texte propose une tentative d'approche de la notion de sécurité juridique en la confrontant avec la notion de critère administratif de traitement des recours administratifs.

Avant de s'intéresser à la définition de ces deux notions, il convient de rappeler le cadre de cette étude qui est celui de la méthodologie juridique dont Jean-Louis Bergel nous dit qu'elle « a pour objet d'étudier les voies et moyens permettant, en fonction des buts poursuivis et de la cohérence interne de l'ordre juridique, de parvenir aux résultats souhaités, de la façon la plus économique, et la plus efficace, avec un souci constant de sécurité juridique »¹. La méthodologie juridique perçue comme science au double service du système juridique et des valeurs reconnues dans une société donnée oriente notre propos vers une double finalité : assurer la sécurité juridique de l'ordre juridique d'une part, et assurer la sécurité juridique des personnes d'autre part. Ces deux faces de la sécurité juridique sont souvent considérées comme antagonistes. Le défi que nous proposons de relever consiste à tenter de saisir une acception unitaire, synthétique et globale de la sécurité juridique, c'est-à-dire liant l'une à l'autre la sécurité juridique objective et la sécurité juridique subjective. Pour ce faire, nous avançons l'hypothèse que le traitement des recours administratifs grâce à certains critères est un des exemples d'une conception unitaire, pleine et entière, de l'idée de sécurité juridique.

Définir la sécurité juridique revient à brosser un triptyque dont les trois volets représentent premièrement les détracteurs, deuxièmement les partisans d'une approche dualiste (distinguant et opposant la sécurité juridique du droit et la sécurité juridique par le droit), et troisièmement les partisans d'une approche unifiée, récon-

1. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2001, p. 20.

cialisant le sujet de droit avec l'ordre juridique (au risque d'un discours juridique encore peu rigoureux).

Pour les premiers, la sécurité juridique ne fait pas sens ou est inutile en droit français. Le professeur Chapus a toujours enseigné que la sécurité juridique est un concept « frappé d'insignifiance », dont le professeur Fromont admet l'existence théorique tout en y voyant qu'un principe « sans portée réelle »². Pour accréditer l'idée qu'introduire la sécurité juridique en droit français est une entreprise vaine, on peut aussi se fonder sur la suffisance des notions juridiques existantes et qui possèdent un sens voisin, par exemple le principe de proportionnalité suivant lequel le contenu et la finalité de la règle de droit doivent être en correspondance³, ou encore les idées constitutionnelles de « sûreté »⁴ (qui s'approche de la sécurité juridique objective) ou de « garantie des droits »⁵ (qui peut être une des premières formulations de l'idée de sécurité juridique subjective). On pourra ajouter, à l'appui de la thèse de l'inutilité de la notion de sécurité juridique, que c'est une notion très étendue et dont les ramifications plus précises sont déjà consacrées par le droit positif français ; il en va ainsi de la stabilité de la norme, de sa clarté et de sa prévisibilité⁶.

Quant aux seconds, ils distinguent la sécurité juridique objective (la sécurité du droit) et la sécurité juridique subjective (la sécurité par le droit aussi appelée confiance légitime), laissant entendre qu'une conception unitaire de la sécurité juridique est impossible. Ainsi, Demogue, dans le domaine du droit des contrats, fait le départ entre la sécurité juridique statique – qui consiste en le respect de la volonté subjective du cocontractant – et la sécurité juridique dynamique – qui, elle, fait référence au fait social de la déclaration de volonté dans le dessein d'améliorer les conditions dans lesquelles sont établis les rapports juridiques⁷. Pour cet auteur, ces deux sécurités juridiques entrent en contradiction et ne peuvent s'harmoniser. Il est possible de transposer ce dualisme en droit public où

2. Michel FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », dans *Actualité juridique-Droit administratif*, 1996, p. 20.

3. Georges DUPUIS *et al.*, *Droit administratif*, 9^e éd., Paris, Colin, 2004, p. 468.

4. *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen* du 26 août 1789, art. 4.

5. *Ibid.*, art. 16.

6. Consacrés comme objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel.

7. René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, La Mémoire du droit, Paris, 2001, p. 86, 87, 155 et 199.

la sécurité juridique statique peut désigner le respect du principe de légalité tandis que la sécurité juridique dynamique peut renvoyer au principe de mutabilité du service public d'après lequel les administrés n'ont pas droit au maintien d'une réglementation en vigueur (et, par extension, ils n'ont pas droit non plus au maintien d'une législation en vigueur ni d'une jurisprudence constante). On voit par là, aussi bien en droit public qu'en droit privé, que la notion de sécurité juridique est tiraillée entre plusieurs exigences contradictoires, ce qui a pour effet deux ordres de conséquences : en premier ordre, on aboutit à une conclusion rapide, la sécurité juridique ne peut s'ériger en catégorie juridique, elle correspond à une idéologie politique du droit ; en second ordre, on peut aussi voir que la sécurité juridique est un principe dialectique qui vit par le soutien de la tension entre ces deux faces opposées.

Les troisièmes tentent un point de vue synthétique sur la notion en démontrant une analogie entre les normes et les destinataires de ces normes. Il convient toutefois de distinguer parmi eux les auteurs qui attribuent une valeur normative à la sécurité juridique et ceux qui voient en elle une notion supra-juridique. Dans un premier groupe, la sécurité juridique est un principe du droit administratif français⁸, la sécurité juridique est un principe du droit communautaire⁹ et aussi du droit européen des droits de l'Homme¹⁰, la Cour de Strasbourg le perçoit comme « un principe inhérent au droit de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Mais cette conception est souvent critiquée car laissant ouvert l'arbitraire du juge et nombre de juristes français mettent en garde contre l'absence de rigueur dans l'emploi de ce fondement juridique. Qui plus est, parmi l'ensemble des principes consacrés par la loi et par la jurisprudence, c'est le seul qui contienne l'adjectif « juridique », cela confine à une tautologie assimilant droit et sécurité juridique allant jusqu'à faire perdre de la substance juridique au principe de sécurité juridique. Dans un second groupe, n'étant pas élevée à la dignité de catégorie juridique, la sécurité juridique cherche à se positionner par rapport au système juridique. Elle peut être vue comme identique au droit, « inhérente à l'idée même du droit »¹¹ ou comme se trouvant au fon-

8. CE arrêt d'assemblée *Société KPMG* 2006.

9. CJCE arrêt *Bosch* du 6 avril 1962.

10. CEDH arrêt *Marckx* 1979.

11. Sophie BOISSARD, « Le principe de sécurité juridique, comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative (à suivre...) »

dement du droit, « implicitement dans la norme juridique applicable »¹². Si le sens de la sécurité juridique n'est pas encore déterminé avec certitude, celui des recours administratifs est en revanche acquis.

Les recours administratifs sont des réclamations portées devant l'administration ; on distingue, avec le conseiller Puget et avec le professeur Brisson, deux types de recours administratifs, ceux qui sont portés devant l'administration active (recours gracieux ou hiérarchiques évalués à l'aune d'appréciation en légalité ou en opportunité) et ceux qui sont portés devant une instance spécifique qui, elle, construit des critères pour apprécier objectivement les cas qui lui sont soumis. Nous donnerons le nom de « pré-contentieux » à ce type de recours administratifs. En droit administratif français, les commissions pré-contentieuses sont nées dans les années 1920 avec la réclamation préalable devant le service des impôts. Elles poursuivent leur croissance dans les années 1970 avec la Commission d'accès aux documents administratifs et renaissent dans les années 2000 avec la Commission de recours des militaires ou la Commission de recours contre les refus de visas par exemple. Elles interviennent dans des domaines très spécifiques du droit administratif où les règles de droit sont encore à l'état naissant, ces commissions pré-contentieuses contribuent à forger la position de l'administration qui dispose dans ces secteurs d'un large pouvoir discrétionnaire. Les critères qu'elles construisent ont la particularité d'être à la fois objectifs et souples, entre le « droit fluide » et « les blocs de granits ». La manière avec laquelle les commissions pré-contentieuses élaborent leurs critères de traitement des recours administratifs se situe dans une zone intermédiaire entre la théorisation des pratiques administratives et la pré-conceptualisation opérée par le juge administratif lorsqu'il est ultérieurement saisi.

D'une manière générale en droit administratif français, la sécurité juridique fait référence à des notions juridiques dont la définition légale ou jurisprudentielle fixe leurs contours de manière claire et précise, en évitant la polysémie et le flottement de leur contenu, autrement dit « [p]our assurer la sécurité juridique, il faut que tout

(...suite)

de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité, le difficile dilemme du juge administratif », (2006) 11 *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, en ligne sur le site du Conseil Constitutionnel [non paginé].

12. Emma BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, thèse dactylographiée, Université Paris II, 2003, p. 71.

concept juridique soit susceptible d'une définition fondée sur les attributs qu'il comporte et les relations spécifiques entre ses divers éléments »¹³. Après avoir déterminé le contenu des notions juridiques, il convient donc de « leur appliquer un régime connu et objectivement déterminé, qui constitue une garantie d'impartialité et de sécurité juridique »¹⁴. Cependant, la sécurité juridique doit aujourd'hui composer avec les nouvelles normativités comme celles produites par les commissions pré-contentieuses (avis, conseils, capacité d'influencer les bureaux par leur magistrature morale) et il reste à penser les rapports entre le droit recommandatoire et la sécurité juridique. À première réflexion, ce droit mou semble engendrer une insécurité juridique¹⁵. Toutefois, nous avançons l'hypothèse qu'il ne conviendrait pas de s'arrêter à cette idée puisque le droit mou s'incorpore à l'ordre juridique en l'élargissant à de nouveaux types de normes et en transformant sa structure et ses marges, l'ordre juridique devenant partiellement réticulaire.

Ainsi, nous suivrons un itinéraire en deux étapes, dans un premier temps, nous montrerons que les critères de traitement des recours administratifs élaborés par les commissions pré-contentieuses satisfont à la fois la sécurité juridique objective et la sécurité juridique subjective et dans un second temps, que ces critères sont un exemple de sécurité juridique au sens synthétique.

I- LES CRITÈRES ADMINISTRATIFS DE TRAITEMENT DES RECOURS ADMINISTRATIFS SATISFONT À LA FOIS LA SÉCURITÉ JURIDIQUE OBJECTIVE ET LA SÉCURITÉ JURIDIQUE SUBJECTIVE

A. Les critères administratifs de traitement des recours administratifs et la sécurité juridique par le droit

Les critères élaborés par les commissions pré-contentieuses pour traiter les recours administratifs qui leur sont soumis satisfont l'ensemble des composantes de la sécurité juridique subjective reconnues par le Conseil d'État français dans son rapport public annuel pour l'année 2006. Ces composantes sont l'accessibilité du droit et la compréhension de la norme. Les critères sont accessibles,

13. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, p. 212.

14. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2001, p. 113.

15. Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité de droit*, Paris, La documentation française, 2006 (Rapport public 2006).

en effet, les positions prises par les commissions pré-contentieuses sont reprises dans un rapport annuel qui est publié, les principaux avis sont publiés sur le site de ces commissions, les formulations sont rédigées dans un lexique de niveau standard et concret ; les critères de ces commissions sont aussi compris parce que les commissions pré-contentieuses ont le souci de construire un corps de doctrine cohérent par sédimentation progressive, les normes ainsi produites sont pour les administrés assez prévisibles. Loin des « neutrons législatifs », ces « électrons administratifs » tentent de réaliser l'impossible à savoir préciser la norme juridique pour répondre aux attentes des usagers et en même temps laisser à cette norme une élasticité minimale afin que l'administration active soit à même d'agir avec efficacité. Si cette synthèse peut apparaître comme fragile pour une partie de la doctrine : « Une autre cause d'insécurité est plus récente. Elle résulte de ce que le droit administratif n'est plus monolithique et entend concilier deux séries de considérations désormais égales à ses yeux, mais largement antagonistes : l'action de l'administration et les droits des administrés »¹⁶, cette mise en balance fait aussi la force des critères construits par les commissions pré-contentieuses en trouvant un équilibre entre l'intérêt de l'administré et les nécessités du service administratif. Le droit administratif n'est plus le droit de la seule puissance publique mais il devient celui des relations entre l'administration et les administrés.

Les professeurs Jacques Chevallier et Danièle Lochak ont montré que les rapports entre le droit administratif et l'administration procèdent d'un double mouvement d'influence réciproque, d'un côté, le droit légitime l'action administrative, de l'autre, il fixe des limites à son action :

Le droit n'est ni imposé unilatéralement à l'administration, ni même élaboré en dehors d'elle : leurs rapports sont bien plus complexes et s'inscrivent dans un mouvement dialectique tel que l'administration participe à la détermination du contenu du droit tout autant que le droit conditionne l'activité de l'administration, à l'intérieur d'un ordre social donné qui impose à l'un et à l'autre sa logique.¹⁷

16. Pierre SOLER-COUTEAUX, « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », dans *Gouverner, administrer, juger : Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 400.

17. Danièle LOCHAK, « La science administrative et le droit », dans *Mélanges Georges Langrod, Science et action administrative*, Paris, Les éditions d'organisation et la direction de l'enseignement supérieur administratif des PTT, 1980, p. 58.

Les critères élaborés par les commissions pré-contentieuses contribuent à réduire la discrétionnarité de l'administration par autorégulation interne en ce sens que l'administration ne cherche pas à se lier par avance dans des directives inscrites dans un acte administratif formant grief (ce serait illégal), elle propose ses critères dans des avis ou dans des conseils. Lorsque l'administration doit agir dans le cadre de sa marge discrétionnaire, elle doit effectivement faire usage de cette liberté canalisée. C'est pourquoi elle préfère choisir une voie moyenne en choisissant de formuler ces critères dans des textes formellement souples : « Le principe de confiance légitime est fréquemment invoqué dans divers pays à l'appui de raisonnements juridiques tendant à contraindre l'administration à respecter les règles qu'elle a édictées elle-même dans le cadre de documents internes ou qui correspondent à une pratique régulière des services administratifs », « c'est-à-dire des cas où [l'autorité publique] dispose d'un pouvoir discrétionnaire »¹⁸. Dans la zone de discrétionnarité, le respect du droit à la sécurité juridique ne signifie pas que l'administration se plie à sa propre doctrine de manière immuable, mais qu'elle fasse connaître ses positions et les respecte :

On pourrait croire que le principe de légalité vise précisément à placer les autorités administratives en situation de compétence liée. Il ne pourrait en être ainsi : on ne peut imaginer une administration fonctionnant de manière purement mécanique et automatique.¹⁹

B. Les critères administratifs de traitement des recours administratifs et la sécurité juridique du droit

Dans la perspective d'une conception dialectique de la sécurité juridique, la sécurité juridique du droit est la rive opposée de la sécurité juridique par le droit. La sécurité juridique du droit vise à protéger juridiquement le droit de lui-même. Cette idée est paradoxale car notre culture juridique moderne nous a appris que le meilleur moyen de protéger la sécurité des personnes et des biens était la sécurité juridique, et le droit lui-même aurait besoin d'être protégé de lui-même par lui-même. En poussant l'analyse, cela peut signifier deux choses : soit le système juridique devient fragile sous

18. Jean-Marie WOEHLING, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », dans *Gouverner, administrer, juger : Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 776.

19. Guy BRAIBANT, *Le droit administratif français*, 7^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2005, p. 250.

la complexité sociale contemporaine : « La prolifération et l'hétérogénéité des situations nouvelles résistent parfois au classement de celles-ci dans les catégories existantes »²⁰ et a besoin de retrouver une légitimité en voie de perte, pour réactiver la présomption de sécurité juridique qu'il devrait posséder ; soit le système juridique se comprend désormais comme un maillage évolutif et perfectible aiguillonné par la sécurité juridique. Le remède dont le droit a besoin est-il interne ou externe à l'ordre juridique ? Ce remède apparaît comme se situant aux marges à la fois du droit et d'un discours sur le droit pour permettre des fenêtres de respiration à un réseau juridique souffrant de trop-plein de droit.

La manière dont les commissions pré-contentieuses construisent leurs critères se déroule ainsi : elles commencent à chercher à connaître la réalité du travail administratif en inscrivant des mots sur les pratiques administratives, puis elles comparent ces pratiques entre elles et cherchent à les harmoniser, il s'agit de la première phase qui est celle de la théorisation des pratiques administratives au cours de laquelle les commissions pré-contentieuses élaborent leurs positions par inférence inductive en partant du fait administratif (à l'inverse de la construction de la norme dans le schéma syllogistique) : « ceux-ci [les faits administratifs] sont pris en compte en eux-mêmes et pour eux-mêmes »²¹. La deuxième phase consiste en une pré-conceptualisation juridique de ces pratiques administratives, c'est-à-dire en un modelage juridique pour aider le juge administratif qui pourra être ultérieurement saisi, ce qui rappelle que « [p]our pénétrer dans le droit, les faits ont besoin d'être conceptualisés »²². Ce sera le juge qui formulera la catégorisation juridique tandis que la commission pré-contentieuse s'arrête aux frontières d'une mise en catégorie juridique. La commission pré-contentieuse tente néanmoins de faire reculer la frontière entre l'élaboration d'une règle de droit et la simple prise de position administrative. Il s'agit d'une conquête du droit de l'administration (entendu comme droit élaboré par les services administratifs) sur le droit administratif (compris comme droit construit par le juge administratif).

20. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, p. 226.

21. Danièle LOCHAK, « La science administrative et le droit », dans *Mélanges Georges Langrod, Science et action administrative*, Paris, Les éditions d'organisation et la direction de l'enseignement supérieur administratif des PTT, 1980, p. 51.

22. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2001, p. 104.

Les critères élaborés par les commissions pré-contentieuses sont, par leur caractère, des principes d'action administrative ; ce ne sont pas des principes généraux du droit, ni de simples instructions aux services. Ces principes d'action administrative sont perçus comme des ressources pour les services administratifs, et non des contraintes limitant les possibilités d'action de l'administration. Cette « opérationnalisation »²³ de la règle de droit explique que les critères des commissions pré-contentieuses soient à la fois souples et évolutifs, oserions-nous écrire qu'ils incarnent l'idée de « flexisécurité ».

Alors même que le droit administratif français a été construit par le juge administratif pendant près de deux siècles, l'action juridictionnelle est désormais qualifiée de « risque contentieux » par l'administration active, et l'administration se prend à craindre son juge et préfère régler le litige en interne. Les commissions pré-contentieuses réussissent à filtrer 80 % en moyenne des cas qui leur sont soumis ; mais cette économie du contentieux conduit à l'objection du droit au recours juridictionnel consacré entre autres par le Conseil constitutionnel²⁴.

La sécurité juridique ne peut se réduire à une approche fragmentée, hiérarchisée (où la sécurité juridique du droit prime sur la sécurité juridique par le droit), sinon à lui faire dire une chose et son contraire ; pour prendre sens, une approche globale est nécessaire et l'activité des commissions pré-contentieuses peut y contribuer.

II- LES CRITÈRES ADMINISTRATIFS DE TRAITEMENT DES RECOURS ADMINISTRATIFS PERMETTENT DE PENSER LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DE MANIÈRE SYNTHÉTIQUE

L'idée suivant laquelle les critères produits par les commissions pré-contentieuses constituent un exemple d'une approche unitaire de la sécurité juridique peut se voir à travers deux thèmes, le premier est celui de la promotion du droit dans une société démocratique²⁵, le second est celui de l'aboutissement de la crise qui a été traversée par le droit administratif français.

23. Danièle LOCHAK, « La science administrative et le droit », dans *Mélanges Georges Langrod, Science et action administrative*, Paris, Les éditions d'organisation et la direction de l'enseignement supérieur administratif des PTT, 1980, p. 60.

24. Décision n° 89-261 du 29 juillet 1989 dans son considérant 29.

25. Thème récurrent dans la jurisprudence de la CEDH.

A. Les critères de traitement des recours administratifs et la promotion du droit

Le droit, dans les systèmes romano-germaniques, est un réseau systémique de normes qui possède une propension à l'hégémonie sur les sciences sociales voisines, il cherche ainsi à régir les situations non soumises à son empire. Pour ce faire, il va intégrer, par sa propre force juridique, dans sa logique, les personnes qui sont ses destinataires et les zones de pré-droit qui attirent le droit, c'est la raison pour laquelle les personnes sont appelées des sujets de droit et que le phénomène de juridicisation de l'administration prend de l'importance. Le système juridique est intégrateur vis-à-vis des administrés : en activant une procédure pré-contentieuse, l'utilisateur participe au système juridique en sollicitant un point de vue juridique sur une question administrative. Le système juridique est aussi intégrateur vis-à-vis des commissions pré-contentieuses, si le juge ne les contrôle pas directement (car elles ne rendent pas de décisions), leur saisine obligatoire avant la saisine du juge en fait un filtre pré-contentieux et, à ce titre, elles ne vont pas proposer de faux espoirs aux administrés.

En organisant des procédures pré-contentieuses, l'administration française répond aux nouvelles demandes des administrés qui se traduisent par une hausse des réclamations et par une exigence de la part des usagers pour recevoir non seulement une réponse à leur recours, mais aussi une réponse de qualité, argumentée juridiquement. Répondre juridiquement aux réclamations des usagers est une nouvelle prestation juridique de l'administration, « la satisfaction des usagers est la norme qui commande toute l'action administrative et conditionne sa légitimité »²⁶.

Le système juridique cherche à intégrer juridiquement, autrement dit à juridiciser le droit mou et les pratiques administratives. Invoquer la sécurité juridique en traitant de l'activité des commissions pré-contentieuses est susceptible de deux interprétations. La première revient à dire que la tendance au monopole du droit sur les sciences sociales et sur la science administrative en particulier est toujours prégnante, incarnant l'idée qu'il faut contrôler juridiquement l'administration, la seconde consiste à revenir à l'idée que la sécurité est juridique au sens large (et non réduit au sens de juridic-

26. Jacques CHEVALLIER, « Figures de l'usager », dans *Psychologie et science administrative*, Paris, P.U.F., 1985, p. 35.

tionnel), « cette flexibilité est-elle une adaptation du droit au fait ou plutôt une flexibilité du droit entendu comme un système formé d'éléments, et susceptible d'absorber de nouveaux éléments »²⁷ ou, dit autrement, « [c]ette conception, plus pragmatique, dans laquelle la « sécurité juridique » est moins un droit fondamental, qu'un « test de qualité » des systèmes juridiques, conduit à une approche plus pratique, plus « instrumentale »²⁸. La sécurité juridique se veut une méthode qui permet à l'ordre juridique de se perfectionner et de « renforcer la structure de l'ordonnement juridique »²⁹. Dans un sens, on rejoint l'idée que les cours suprêmes (celles qui invoquent la sécurité juridique) sont des juridictions de contrôle et de régulation de l'ensemble du système juridique.

Se fonder sur la sécurité juridique revient à faire une promotion rhétorique du droit qui prend le risque de ne pas être comprise ; il convient de replacer cette nouvelle « méthode juridique » dans le contexte de la crise traversée par le droit administratif français.

B. Les critères administratifs de traitement des recours administratifs comme une des solutions à la crise du droit administratif français

Ces critères sont construits en partant du fait administratif et en remontant vers l'idée de sécurité juridique à l'inverse de la construction kelsénienne qui autonomise le droit en fondant la validité des normes sur une norme plus générale que la norme à déduire. La juridicisation des pratiques administratives part de la base pour remonter par induction et par degrés croissants de généralité vers des normes de plus en plus générales et juridiques. Cela est-il encore vrai lorsque les juridictions suprêmes invoquent comme fondement juridique la sécurité juridique, notion non définie dans les textes de droit, ni n'ayant de contenu qui fasse l'unanimité de l'auditoire juridique ?

Pour quelle raison certains juges ressentent-ils le besoin de fonder explicitement leurs décisions de justice sur le principe de

27. Vincente FORTIER, « La fonction normative des fonctions floues », (1991) 3 *Revue de la recherche juridique*, p. 757.

28. Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, *La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel*, exposé prononcé à l'occasion de l'accueil des hauts magistrats brésiliens le 20 septembre 2005, site du Conseil Constitutionnel.

29. Emma BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, thèse dactylographiée, Université Paris II, 2003, p. 136.

sécurité juridique ? Il semble que le juge a besoin de dire explicitement qu'il fait du droit. Dire le droit ne suffit plus pour le juge, il lui est nécessaire de dire et de se dire à lui-même qu'il fait du droit, il redouble l'action juridique d'un discours qui l'accompagne et la soutient pour la mieux faire accepter par ses destinataires. La sécurité juridique invoquée par les juges est principalement un discours des juristes sur leur droit : « [f]ace au désordre normatif du droit le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche du droit à laquelle s'accroche les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne »³⁰.

Invoquer la sécurité juridique en parlant du droit mou, comme, par exemple, de critères produits par les commissions pré-contentieuses, c'est dire aussi que ce droit mou est du droit, qu'il interagit avec les catégories juridiques classiques et les remet partiellement en question, en témoigne par exemple les difficultés d'application de normes juridiques « dures » et l'aisance avec laquelle peut s'imposer au service administratif des normes « molles ». Lorsque le juge se fonde sur l'argument de sécurité juridique, il s'agit de la sécurité juridique objective, tandis que la mise en œuvre de critères administratifs de règlement des litiges par des commissions précontentieuses est un exemple de sécurité juridique en acte. Les critères administratifs de règlement des recours administratifs par les commissions pré-contentieuses remettent en cause d'un même mouvement la structure hiérarchique et rigide de l'ordre juridique et sont un exemple de sécurité juridique au sens synthétique.

Pour terminer, nous concluons sur les mots des professeurs Bergel et Miaïlle pour qui « [p]our être opérationnelle, la logique juridique doit s'accommoder de cette élasticité [...] et permettre au droit de les [les normes molles] intégrer dans un système assoupli »³¹, « [c]e à quoi se trouvent confrontés les juristes d'aujourd'hui, c'est à produire une théorie du flou dans le droit, non à l'évacuer »³².

30. Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, *La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel*, exposé prononcé à l'occasion de l'accueil des hauts magistrats brésiliens le 20 septembre 2005, site du Conseil Constitutionnel.

31. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, p. 116.

32. Michel MIAÏLLE, « Désordre, droit et science », dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 103.