

LE JUGE ADMINISTRATIF DANS L'ANALYSE JURIDIQUE DES POLITIQUES PUBLIQUES.

Oriane Sulpice

Doctorante en droit public. Univ. Grenoble Alpes, Sciences Po Grenoble*, CERDAP², 38000 Grenoble France (*School of Political Studies Univ. Grenoble Alpes)

Thèse financée par la Région Auvergne-Rhône-Alpes via le dispositif ARC, ADR n°8 2016-2019.

oriane.sulpice@univ-grenoble-alpes.fr



Le thème choisi pour ces ateliers est d'actualité et interdisciplinaire. En effet, nous vous invitons à réfléchir autour du thème de « La création judiciaire du droit et le dialogue entre juges. ». Je tenterai de traiter ce sujet sous l'angle du juge administratif. Je commencerais par dire que la création judiciaire du juge administratif peut être vue à travers le phénomène de judiciarisation. Si on veut tenter de la définir, on peut dire que la judiciarisation se traduit par un recours accru aux tribunaux aux détriment des organes législatifs et exécutifs pour traiter des problématiques variées qui semblent a priori ne pas devoir être tranchées par le juge. On peut prendre pour exemple que dans de nombreux pays, les tribunaux ont dû se prononcer sur la possibilité du mariage entre deux personnes de même sexe. Mais il faut comprendre que la définition de la judiciarisation reste floue (Commaille, Dumoulin, 2012). Cependant, plusieurs travaux ont souligné l'expansion du pouvoir judiciaire parfois aux dépens des institutions majoritaires (parlements, pouvoir exécutif) ou encore le rôle des cours dans le changement social (Grossman et Wells, 1972 ; Horowitz, 1977, Rosenberg, 1991). La multiplication des cours constitutionnelles et la constitutionnalisation du droit ainsi que la montée en puissance de juridictions supranationales telles que la Cour de justice de l'Union Européenne (Alter, 2009) ou les juridictions pénales internationales sont aussi étudiées. Il ressort de la littérature internationale, qui a beaucoup porté sur le cas américain, que les tribunaux seraient devenus des institutions qui comptent dans la définition du contenu même et de la fabrique des politiques

publiques (Ferejohn, 2002). Ils seraient des *decision-makers* et *policy-makers* au même titre que les administrations (Shapiro, 1968). Si l'effectivité des décisions de justice est fortement débattue, notamment parce que les acteurs judiciaires ne maîtrisent pas la mise en œuvre de leurs décisions, il n'en demeure pas moins que les tribunaux définissent ce que l'administration peut faire ou ne pas faire (Rosenberg, 1991).

Nous nous intéresserons pour notre part au juge administratif. En effet, par la nature du contrôle juridique qu'il opère sur les actes de l'administration, le juge se prononce sur les formes et le contenu d'actes juridiques qui définissent et mettent en œuvre les politiques publiques. Il est donc possible de s'interroger de manière juridique sur l'influence qu'exerce le juge administratif sur l'action publique. Cette dernière est envisagée ici comme un ensemble d'actions et de programmes définis par les autorités gouvernementales, s'appuyant sur une structure et une production normative spécifique, dont la mise en œuvre dépend de l'action administrative. L'analyse des politiques publiques sous un angle juridique a été introduite en France notamment par Pierre Lascoumes. Il envisage « *la définition et la mise en œuvre des politiques publiques comme un processus de création normative continu [...]* ». (Lascoumes, p45, 1990). Je propose ici une simplification sémantique en vous invitant à considérer les termes « action publique » et « politiques publiques » comme équivalents.

Je vous propose dans un premier temps de montrer que de nombreuses recherches se sont penchées sur l'influence du juge sur les politiques publiques, et qu'une telle étude fait défaut concernant le juge administratif (I). J'expliciterai ensuite comment, au regard de la théorie du droit, il est possible d'envisager une telle étude, et comment il est possible d'envisager concrètement une telle étude (II).

I) Les prémisses à l'étude du juge comme acteur des politiques publiques.

Il faut comprendre que si des travaux de recherche en science politique se sont interrogés sur l'influence des décisions des juges sur les politiques publiques (A), peu de travaux de juristes abordent le juge administratif sous cet angle (B).

A- La création judiciaire et le *judicial policy making*.

La création judiciaire a été envisagée sous l'angle du *judicial policy making* aux Etats-Unis, par les chercheurs qui se sont penchés sur les cours et notamment la Cour Suprême. Ils envisagent le juge comme un acteur politique, c'est-à-dire comme un acteur capable de prendre des décisions ayant la même portée, le même effet que celles pris par les organes de décisions classiques que sont les organes exécutifs ou le législatifs. Les études ont porté sur la façon dont les juges prennent leurs décisions (Segal, 2013.) ou sur les conditions qui font qu'une décision judiciaire peut être assimilée à une décision politique (Gely et Spiller 2013.). Ces études sont allées plus loin que la simple affirmation que le juge a un rôle politique. Les chercheurs ont voulu savoir à quelles conditions et dans quel contexte une décision judiciaire peut avoir une influence sur la situation politique ou sur la conduite des politiques publiques décidées initialement par les organes législatifs ou judiciaires.

J'ai sélectionné les travaux de quatre chercheurs : les deux premiers sont Martin Shapiro (1968) et Gérald Rosenberg (1991) qui ont travaillé sur la Cour Suprême des Etats-Unis, la troisième est Karen J. Alter (2009) qui a travaillé sur la Cour de justice de l'Union européenne, le quatrième est celui du Conseil Constitutionnel français traité par Alec Stone Sweet (1999).

Le cas de la Cour Suprême américaine et des cours fédérales est un cas d'étude incontournable pour les chercheurs américains. Le « *judicial policy making* » est mis en avant comme le fait que les cours, et notamment la Cour Suprême, sont un pouvoir à part entière dans le système politique. Martin Shapiro s'est particulièrement intéressé à la Cour Suprême et aux agences administratives aux Etats-Unis. Il compare les modes de prise de décision de ces agences avec celles du juge. Il en déduit que les modalités de prise de décision sont similaires entre les administrations et le juge. Premièrement, les juges auraient une variété de cas à traiter plus large que ceux des administrations spécialisées, ce qui leur permet d'avoir une vision générale des politiques. Deuxièmement, il pense que les juges sont confrontés de la même manière que les administrations à l'impossibilité de prendre des décisions de manière objectivement rationnelle. En effet, les décideurs sont en situation de rationalité limitée, c'est-à-dire qu'il ne peuvent envisager qu'un nombre réduit de solutions. Troisièmement parce que les juges cherchent à rendre des décisions les moins impopulaires possible, ils recherchent un soutien social favorable à leurs décisions, au même titre que les administrations. Les juges seraient donc des « *decision maker* » et des « *policy maker* » au même titre que les administrations au regard de leurs modes de prises de décisions. (Shapiro, 1968, p74) Ainsi, pour Shapiro, les tribunaux peuvent avoir les mêmes modes de raisonnement que les administrations dans la façon de prendre des décisions.

Gérald Rosenberg s'interroge sur la capacité réelle des tribunaux à provoquer le changement social, c'est-à-dire à initier des réformes du droit existant, en se penchant sur le cas de la Cour Suprême (Rosenberg, 1991). Il identifie que le changement aura lieu à la suite de décisions de tribunaux, si plusieurs conditions sont réunies (Rosenberg, 1991, p32). Pour Rosenberg, ces conditions supposent que les tribunaux ne sont ni nécessaires ni suffisants pour provoquer le changement social. Le principal frein réside dans le fait que les tribunaux n'ont pas la maîtrise de la mise en œuvre de leurs décisions. La décision provoquera du changement si les acteurs autres que le juge ont intérêt à appliquer la décision (Rosenberg, p35, 1991).

Les analyses qui concernent la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) apportent un éclairage supplémentaire sur la création judiciaire. Dans la continuité des travaux portant sur le « *judicial policy making* » Karen J. Alter propose une analyse qui englobe de nombreuses explications quant à la portée qu'ont les décisions du juge. Elle démontre qu'un des éléments de l'explication de l'influence de la Cour de Justice de l'Union Européenne est qu'elle a échappé au contrôle des états membres de l'Union. La CJUE bénéficie de temps, d'appuis nationaux et de la lourdeur des procédures européennes de révision des traités afin d'imposer ses décisions aux états membres. (Alter, 2009) Pour creuser le thème de l'influence de la CJUE sur les politiques européennes, Karen J. Alter cherche à expliquer de quelle manière la jurisprudence *Cassis de Dijon* a changé l'harmonisation des politiques dans l'Union Européenne. Elle expose que deux explications concurrentes sont avancées. La première consiste à penser que le juge serait capable de produire des décisions qui ont une légitimité très forte et reconnue par tous. La seconde avance que cette décision a eu une influence car elle reflétait les préférences des états membres et leur a servi de point d'accord à une volonté préexistante de leur part. Dans la première analyse la CJUE apparaît comme un acteur dont l'influence s'explique par sa forte légitimité, dans la seconde comme un acteur dont l'influence dépend de l'accord de volonté des états membres. Cependant, Karen J. Alter démontre qu'une autre explication est avancée par Hartley, (1988). Il analyse que la CJUE utilise un style qui laisse transparaître sa tactique quand elle fait une politique. Elle introduit un changement de manière graduelle. Premièrement elle va introduire dans une décision un principe ; qu'elle ne va pas appliquer au cas d'espèce. Ce principe existe donc même s'il n'a pas trouvé à s'appliquer. Puis, elle appliquera ce principe à des cas futurs, lorsque les protestations des états membres seront moins fortes.

C'est donc la capacité de la CJUE à introduire graduellement le changement, et la volonté des Etats de désigner cet arrêt comme un jugement important pour l'intégration européenne qui ont contribuer à la portée de la décision *Cassis de Dijon*.

Alec Stone Sweet se démarque des analyses précédentes du « *judicial policy making* », telles que celles de M. Shapiro. Il expose ce qu'il appelle le « *triadic dispute resolution* » : c'est un mécanisme de changement social qui sert à adapter graduellement la structure normative d'une société en recourant au juge pour arbitrer les conflits sur le sens des normes. Dans ce modèle, il propose de penser la judiciarisation par un phénomène de cercle vertueux. Pour cela il place le juge au centre des échanges sociaux. Ces échanges sociaux, A. Stone Sweet les nomme « *dyad* ». L'introduction d'un conflit devant le juge crée une relation en « *tryad* ». Et c'est au sein de cette relation à trois que les conflits sur les normes seront résolus. En fait, en résolvant les conflits sur le sens des normes qui se présentent devant lui lors d'un procès, le juge précise le sens des règles existantes et crée de nouvelles règles générales et abstraites. Le jugement vient enrichir la structure normative de la société. Ainsi, en s'appuyant sur cette structure normative les individus peuvent à nouveau envisager une relation, fondée sur une règle de droit que le juge aura précisée. Et retourner devant le juge si un nouveau conflit a lieu concernant la structure normative. C'est ainsi que la judiciarisation influence la structure normative de la société et permet les relations entre individus. Selon Stone Sweet, ce cercle vertueux encourage la coopération, qui encourage la demande des individus pour une interprétation par le juge des règles. Son analyse fonctionnaliste est critiquée par K. J Alter. Elle lui reproche de faire une analyse trop mécanique qui repose sur la rationalité des agents, qui pour elle n'existerait pas en réalité. Malgré tout, cette analyse a conduit A. Stone Sweet à étudier le Conseil Constitutionnel français. Il analyse la « *Judiciarisation de la Cinquième République* ». (Stone Sweet, 1999, p171). Il retrace tout d'abord l'histoire du Conseil Constitutionnel : la Constitution de la 5ème République fait pencher la balance du pouvoir du côté de l'exécutif et le Conseil Constitutionnel n'est pas prévu en 1958 pour être un organe judiciaire. Les possibilités de « *triadic dispute resolution* » devant lui sont alors très réduites. Mais celles-ci vont largement s'ouvrir suivant à la décision de 1971 et à la réforme de sa saisine en 1974. Dès lors que les parlementaires peuvent saisir le Conseil Constitutionnel le « *triadic dispute resolution* » est alors possible. Ainsi, la situation de conflit sur les lois vont trouver un nouveau terrain de débat devant le Conseil Constitutionnel. Celui-ci se retrouve en position d'arbitre de lois souvent initiées par le gouvernement. Il doit donc arbitrer entre l'opposition et ce dernier, ce qui modifie le contexte de définition des politiques en France. Le « *chantage constitutionnel* » devient alors un élément courant du processus législatif. On est passés d'une relation duale, en « *dyad* » entre la majorité gouvernementale et l'opposition, à une relation en « *tryad* », où ces dernières se font face devant le Conseil Constitutionnel. Le Conseil devient alors un organe capable d'amender les lois qui

se présentent à lui, de les soumettre à des réserves d'interprétation, de les ajuster. Pour cela, A. Stone Sweet analyse que le Conseil a considérablement modifié sa façon de rédiger ses décisions dès les années 1970. Il répond désormais point par point aux arguments qui lui sont présentés. Dès lors, c'est la Constitution et le Conseil Constitutionnel qui deviennent le point d'arbitrage des politiques. Cela constraint la majorité à s'assurer de la constitutionnalité des lois en amont de leur présentation au Parlement et donc à intégrer le vocabulaire du droit constitutionnel à son discours. Si l'analyse de Stone Sweet paraît rationaliste et fonctionnaliste, il prouve que son modèle peut permettre d'expliquer l'influence du juge sur les politiques publiques à l'aide de sa théorie.

B- Le juge administratif français marginalisé dans l'étude des politiques publiques.

Aucune étude similaire n'existe concernant le juge administratif français. Pourtant, il est largement admis que le juge administratif français, et notamment le Conseil d'Etat, sont des tribunaux qui comptent en politique en France. Cependant, cette influence politique est plus souvent envisagé sous l'angle du Conseil d'Etat dans son rôle de conseiller juridique du gouvernement que dans sa fonction contentieuse. De plus, concernant la fonction contentieuse, les interrogations ont donc porté sur la question de savoir s'il on peut parler de « *fonction juridictionnelle ou [de] pouvoir judiciaire* » (Troper, 1981) ainsi que sur les termes de « *gouvernement des juges* » qui posent cependant le problème de leur définition (Lambert, 1921, Troper, Pfersmann, 2001). Cette mise en avant du juge créerait le « *risque de la judiciarisation* » (Rouvillois, 2007), malgré le fait que la définition de « *judiciarisation* » pose aussi problème (Commairie, Dumoulin 2012). Les chercheurs ont exploré le lien entre justice et politique (Bussy, Poirmeur, 2010). C'est aussi le « *rôle politique du juge administratif* » (Loschak, 1972) qui a été mis en avant. Le juge administratif et particulièrement le Conseil d'Etat sont régulièrement mis en avant dans ces recherches (Loschak, 2007, Commairie, 2007, Galembert, 2007).

Nous constatons que peu de travaux s'interrogent réellement sur le juge en tant qu'acteur politique, encore moins comme acteur de l'action publique telle que nous l'avons définie en commençant notre intervention. Pourtant, en France, les juridictions administratives peuvent être analysées comme de véritables *decision maker* au même titre que dans les pays de *common law* (Shapiro 1968). Le juge administratif sera un « *jurislateur* » (Chapus, 2001, p92) et l'on peut penser que « *statuer en matière de contentieux, c'est encore administrer* » (Chapus, 2008,

p44). Quelques recherches s'intéressent cependant à la portée politique des décision. Ainsi, Danièle Lochak (1972) démontre que le juge administratif exerce une activité ayant des conséquences sur la prise de décision de la part de l'exécutif. Elle explique l'influence politique du juge administratif par deux facteurs, le premier celui du contrôle qu'il exerce sur l'exécutif et le second par l'application de normes qu'il définit lui-même. De plus, Yves Gaudemet (1972) démontre que le juge administratif userait d'un raisonnement finaliste afin de moduler l'influence de ses décisions. La thèse de Christophe Otero intitulée « *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives* » (OTERO Christophe , Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives, Institut Universitaire de Varenne, Thèse, 2014.) explique que plusieurs techniques de création judiciaire utilisées par le juge lui permettent de s'affirmer face aux pouvoirs législatifs est exécutif. Il est assez libre dans la qualification juridique les faits d'espèce qui se présentent à lui ; utiliser un certain laconisme par lequel il n'explique pas les raisons de sa décision, utiliser des obiter dictum dans ses arrêts ; redéfinir la portée d'une norme ; inverser le raisonnement syllogistique en créant lui-même la majeure qu'il applique ; redéfinir son office. Mais, encore une fois, ces travaux ne s'intéressent pas aux changements dans l'action publique ayant eu lieu à la suite des décisions du juge administratif

Des travaux de sociologie se sont intéressés aux recours et litiges devant les tribunaux administratifs concernant le droit de l'environnement (Melot, Pham, 2012) et le droit de l'urbanisme (Melot, 2009 et 2015).

Mais, si ces travaux ont analysé l'extension du contrôle du juge administratif, ils l'ont fait sans chercher à mesurer l'influence de ce contrôle sur la décision publique. Ici, il s'agirait de replacer le travail du juge administratif dans le processus de conception et de mise en œuvre des politiques publiques en liant l'étude de ce juge à l'étude des politiques publiques. Ainsi, il est possible de s'interroger sur l'influence du juge administratif dans l'élaboration des politiques publiques. De plus, les études portées par les chercheurs anglo-saxons nous montrent qu'il ne faut pas s'en tenir seulement à l'étude des décisions des juges stricto-sensu, mais bien aux réaction des acteurs concernés par la décisions, que ce soit l'administration, les entreprises privées ou la société civile.

II) La science du droit et le juge dans l'analyse juridique des politiques publiques.

D'une part, il faut voir que la science juridique traditionnelle ne nous permet pas d'expliquer l'action publique par le prisme du juge administratif, car ses méthodes et son épistémologie sont mal définis. La preuve en est que les études que nous citons proviennent principalement de travaux issus de la science politique. Pourtant, nous montrerons qu'il est possible de se saisir en juriste d'une telle problématique car la théorie du droit nous fournit de nombreuses clés pour définir ce que nous entendons par « droit ». Aussi, il faudra envisager la science juridique sous un angle interdisciplinaire car notre étude fera appel aux méthodes des sciences sociales (A). D'autre part, il ressort des études que nous avons cité plus haut que pour comprendre l'influence des décisions du juge, il faut comprendre quels acteurs promeuvent et utilisent ces décisions. Dans notre cas, il serait intéressant de comprendre comme le juge administratif intègre la jurisprudence dans l'élaboration des actes dont elle a la charge (B).

A- La théorie du droit comme fondement épistémologique d'une analyse juridique des politiques publiques.

Afin de conduire une recherche sur l'influence du juge administratif, il faut comprendre que l'épistémologie de la science du droit est trop faible (Ricci, 1994 ; Chazal, 2001 ; Geslin 2015) pour nous guider dans notre recherche. En effet, une définition claire et consensuelle de la « *science du droit* » fait défaut (Geslin, 2015), de même que sa scientificité. Peut-elle n'est-elle qu'une science destinée à « *décrire les normes en vigueur* » (Chazal, pp.220-221, Millard p.9) ? N'existerait-il pas une confusion entre d'un côté la doctrine juridique et de l'autre la science, qui ne peut être exprimée qu'à l'aide d'une démarche hypothético-déductive, appuyée sur une démarche empirique qui fait de la falsification des hypothèses son critère de démarcation (Popper, 1973). C'est dans ce contexte que nous soutenons que l'analyse des politiques publiques par les juristes est possible, à condition clarifier notre positions définition du droit. Ce qui nous guiderait pour choisir une méthodologie propre à mener un travail scientifique. Pour cela, nous pensons que le droit ne peut être abordé que sous l'angle de sa texture ouverte décrite par Hart (Hart, 1976) et nous reconnaissons avec l'empirisme juridique le fait que le droit se manifeste dans la réalité par des actes empiriques (Ross, 2004).

H.L.A. Hart définit le système juridique comme constitué de règles primaires qui prescrivent des comportements, tandis que des règles secondaires en précisent l'existence, (règles de reconnaissance) les modalités de révision (règles de changement) ainsi que les modalités d'application (règles de décision). Il explique que les règles de droit sont caractérisées par un

certain degré de généralité, ce qui leur confère une texture ouverte : « *La texture ouverte de la règle de droit signifie qu'il existe, en effet des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points, en établissant une balance, à la lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre.* » (Hart, 1976, p.167) Cette texture ouverte fait des jugements et des décisions de l'administration des actes déterminants dans l'application du droit aux cas particuliers. Le succès de l'application du droit dépend de la capacité de ces acteurs à identifier les cas particuliers entrant dans des catégories générales prédéterminée par des règles primaires. Dans cette perspective, la création judiciaire, et donc le juge, participe à la création de règles secondaires de décision. Pour comprendre le droit, il faut donc s'intéresser à de multiples applications, et pas seulement aux seules sources de droit classiques telles que la Constitution, la loi, etc. C'est aussi ce qu'affirme aussi Alf Ross en démontrant que les sources du droit sont multiples. En effet, Alf Ross pense que le droit est « *une structure idéale se manifestant dans la réalité par des actes empiriques [...]* » (Ross, 2004, p.32). Il pense que les aspects formels et matériels ne suffisent pas à le définir. Pour comprendre le droit, il faut se pencher sur la règle de droit, mais aussi sur des « *facteurs non-systématiques, non autoritaires, téléologiques, idéaux et autres qui ne portent pas en eux-mêmes le caractère de validité juridique, mais qui l'acquièrent par leur influence réelle et coutumière sur la juridiction et s'intègrent ainsi dans le système.* » (Ross, 2004, p.34). Ainsi, le droit est constitué non seulement la règle de droit, mais aussi l'ensemble des facteur influençant les motifs de sa création et de son application. Dès lors cette définition du droit permet de comprendre la pluralité des sources du droit : « *La loi, aussi détaillée soit-elle, doit être interprétée et cette interprétation a lieu au moyen d'une quantité d'attitudes pratiques, inarticulées et libres. Le rôle principal que jouent ces facteurs libres est d'entourer la règle autoritaire, on pourrait dire comme d'une atmosphère, et de lui inspirer une vie spontanée. Que l'on réfléchisse à ce que seraient nos constitutions, nos lois, et nos décrets, s'ils ne reposaient sur des milliers de prémisses vivantes, mais non exprimées, qui leur servent de base d'interprétation. Qu'on envisage, pour un instant, un habitant de la planète Mars comme exécuteur « exact » de nos lois, on ne pourrait jamais en imaginer le résultat.* » (Ross, 2004, p.34). Ces acteurs sont autant de sources de droit auxquels ils faut s'intéresser pour comprendre le droit. Pour comprendre le droit, il faut donc comprendre les acteurs qui l'interprètent et l'appliquent et le contexte dans lequel ils évoluent. A cet égard, nous pensons qu'il faut comprendre que le recours aux outils tels que l'entretien semi-directif, l'enquête de terrain ou encore le travail d'archives issus des méthodes des sciences sociales nous permettraient de saisir l'entièreté du droit, et donc de la création judiciaire. Ainsi, ces éléments

de théorie du droit nous font peut-être toucher du doigt une des faiblesses de la formation des juristes : celle du manque de formation aux méthodes des sciences sociales.

De plus, nous ne pouvons fermer les yeux sur la diversité des horizons disciplinaires des auteurs traitant du juge administratif. C'est pourquoi nous proposons d'adopter la démarche interdisciplinaire qu'explicitent Ost et Kerchove comme suit : « *dans le modèle interdisciplinaire, la recherche s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développe des problématiques recouvrant partiellement celle qu'élabore, de son côté, l'autre discipline.* » (Ost, Kerchove, 1987 p.70). Afin d'éviter qu'une telle recherche ne vire à une juxtaposition d'approche, ils proposent de « *fixer conventionnellement une discipline qui occupera le centre des échanges interdisciplinaires* » (Ost, Kerchove, 1987, p.72). Cette discipline pour nous consiste bien dans la discipline du droit, en effet « *on partira de l'élaboration juridique du problème, pour le soumettre ensuite à diverses ré-élaborations théoriques. De cette façon, on aura placé le discours juridique (ou un segment de celui-ci) au centre du système disciplinaire ; le droit fonctionnera comme discours-objet, soumis au traitement théorique des métadiscours externes qui le prennent pour objet d'étude* ». (Ost, Kerchove, 1987, p.72).

Appliquée à notre étude, cette interdisciplinarité suppose d'identifier que les interrogations des juristes portent sur le « *gouvernement des juges* » (Lambert, 1921 ; Troper, Pfersmann, 2001) ou « *le rôle politique du juge administratif* » (Lochak, 1972). Mais ces travaux s'interrogent peu sur les conditions et la façon dont la jurisprudence influence effectivement le comportement de ceux qui sont chargés de la mise en œuvre des politiques. Car ce dernier champs de recherche est investi par les chercheurs issus de la science politique. Ainsi notre questionnement de départ vient de la science du droit, et il est nourri par une ouverture à une littérature interdisciplinaire et portant sur des cas étrangers, comme par exemple la CJUE pour Alter, et la Cour Suprême des Etats Unis pour Rosenberg. De plus, si l'on veut mener un travail de chercheur issus des sciences juridiques, il faut expliciter la définition que l'on donne du droit. Dans cette perspective H.L.A Hart et de A.Ross nous poussent à penser que pour comprendre le droit, il faut s'intéresser à la pluralité de sources qui le font, c'est-à-dire aux interprétations et réinterprétations des règles de droit primaires au moyen de règles secondaires. Pour comprendre l'influence du juge sur les politiques publiques, analysées comme une des programmes définis par les organes exécutifs par le moyen d'actes juridiques, il faut rechercher dans la pluralité de ces actes administratifs (décrets, règlements, circulaires, délibérations de conseils municipaux,

etc.) comment les décisions du juge sont prises en compte, réinterprétée, ou voir même ignorées ou contournées.

B- L'étude du juge administratif français au sein de l'analyse juridique des politiques publiques.

L'étude des politiques publiques sous l'angle du droit est initiée en France par Pierre Lascoumes qui se fonde lui-même sur les écrits de Hart. En effet, pour Lascoumes « *il est rare, voire exceptionnel, qu'une nouvelle orientation ou un changement dans l'action publique ne s'accompagne pas d'une production normative spécifique.* » (Lascoumes, 1990, p.43). Pour lui lors de la définition et de la mise en œuvre des politiques publiques, les administrations produisent un « *ensemble de règles pararéglementaires* » qu'il préfère les appeler les « *normes secondaires d'application* ». Il explique que « *ce sont des outils administratifs qui assurent la régulation des actions dans des secteurs de plus en plus nombreux.* ». Cette « *production normative qui permet de faire le lien entre le formalisme central du droit étatique et l'apparente dispersion des arrangements locaux.* » (Lascoumes, 1990, p.61). Pour lui, la mise en œuvre des politiques publiques suppose une production normative de la part des services administratifs pour adapter un cadre général aux cas particuliers qu'il rencontrent sur leurs territoires. Pour ce faire, il prend notamment l'exemple des services de l'Etat déconcentrés dans les départements chargé de mettre en œuvre les politiques environnementales (Lascoumes, Le Bourhis, 1997). Ces normes secondaires d'application peuvent se retrouver dans tous les actes pris par l'administration. Il cite plus particulièrement l'exemple du contenu des circulaires administratives, émises par les chefs d'administration afin de préciser l'application d'une règle de droit aux différents services.

Dans cette optique, il nous paraît intéressant de souligner que les politiques publiques sont mises en œuvre par l'administration par le biais d'actes administratifs. Si le juge contrôle ces actes, il exerce un contrôle sur leur contenu ou leur forme qui peut influencer la conduite des politiques par les administrations. Nous ferons donc de l'étude des actes de l'administration portant sur l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques publiques un élément clé de la compréhension de l'influence des décisions du juge sur les politiques publiques. De plus, il faudra se pencher sur les évolutions de la jurisprudence, et sur la façon dont la pratique des administrations se modifie suite à celles-ci. Dans ce contexte, on peut étudier les différentes

normes secondaires d'application produites par l'administration et les références explicites ou implicites qu'elles font à la jurisprudence ou à une future décision du juge administratif. En matière administrative, on peut penser que l'acteur déterminant de médiatisation et de diffusion des décisions du juge administratif est l'administration elle-même. Les décisions du juge auront un effet dès lors que l'action administrative traduit une modification de son action fondée sur une décision judiciaire.

Le cas que nous pourrions choisir est celui des politiques d'urbanisme en France. Les communes sont chargées de l'élaboration de documents d'urbanisme qui sont des documents de planification de l'utilisation des sols. Elles sont soumises pour cela à une législation de l'urbanisme qui subit de nombreuses et fréquentes réformes. A côté de cette administration décentralisée, il ne faut pas négliger le rôle joué par l'administration déconcentrée de l'Etat dans le département qui est associée à l'élaboration des documents d'urbanisme. Aussi, la jurisprudence est abondante en la matière, tant devant les tribunaux administratives, les cours administratives d'appel que devant le Conseil d'Etat. Dès lors, on peut rechercher si les décisions du juge sont prises en compte par l'administration lors de l'élaboration de ces documents et dans l'édition des actes administratifs s'y rapportant. Il faudra donc rechercher des citations de jurisprudence ou d'évocation des décisions judiciaires dans les délibérations prises par les communes, dans les avis qu'elle demandent à l'administration déconcentrée, et dans les documents de planification produits. De même, nous pensons que conduire des entretiens semi-directifs avec des membres de l'administration peut nous renseigner sur l'utilisation qu'ils font de la jurisprudence et sur les décisions d'urbanisme prises sur le fondement de ces jurisprudences. Nous aimerais aussi confronter l'interprétation et la vision qu'ont les administration et les juges du droit de l'urbanisme auquel ils sont confrontés quotidiennement. Notre étude se situe donc à postériori des décisions de justice. Nous prendrons comme point de départ l'arrêt du juge administratif se prononçant sur un document d'urbanisme. Nous chercherons à comprendre comment cet arrêt a été interprété par l'administration décentralisé et déconcentrée en charge des politiques d'urbanisme.

Je souhaitais vous proposer une ébauche d'un travail juridique sur les politiques publiques par le prisme d'un acteur qui focalise souvent l'attention des juristes que nous sommes, c'est-à-dire le juge.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

- ATTIAS Christian, *Epistémologie du droit*, PUF, 1994.
- ALTER. Karen J., *The European Court's political power : selected essays*, Oxford University Press, 2009.
- BUSSY Florence, POIRMEUR Yves, *La justice politique en mutation*, LGDJ, 2010
- CHAPUS René, *Droit administratif général, Tome 1*, 15^{ème} édition, Montchrestien, 2001.
- CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} édition, Montchrestien, 2008
- CHAPUS René, *L'administration et son juge*, PUF, 1999.
- DELPEUCH Thierry, DUMOULIN Laurence, DE GALMEBERT Claire, *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014.
- GAUDEMEL Yves, *Les méthodes du juge administratif*, Thèse, LGDJ, 1972.
- GROSSMAN Joel B. , WELLS Richard S., *Constitutional law and judicial policy making*, John Wiley and Sons, 1972.
- HASSENTEUFEL Patrick, *Sociologie politique : L'action publique*, 2^{ème} édition, Armand Colin, 2014.
- HART Herbert L.A, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1976.
- HARTLEY T. ,*The Foundations of European Community Law*, (4th edn) (Oxford : Clarendon Press, 1994).
- HOROWITZ D. L., *The Courts and Social Policy*, Washington, The Brookings Institution ,1977.
- LAMBERT Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Marcel Giard & Cie. 1921.
- LASCOUMES Pierre, LE BOURHIS Jean-Pierre, *L'environnement ou l'administration des possibles*, L'Harmattan, 1997.
- LOCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, Thèse, Bibliothèque de droit public, 1972.
- LOCHAK Danièle, *La justice administrative*, Montchrestien, 1998.
- OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis Bruxelles, 1987.

- OTERO Christophe, *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions jurisdictionnelles subversives*, Institut Universitaire de Varenne, Thèse, 2014.
- POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, Editions Payot, 1973.
- ROSENBERG G. N., *The Hollow Hope : Can Courts Bring about Social Change ?*, University of Chicago, 1991.
- ROSS Alf, *Introduction à l'empirisme juridique*, Traduction Eric Millard et Elsa Matzner, Bruxelles, LGDJ, 2004.
- ROUVILLOIS Frédéric, *La société au risque de la judiciarisation*, Litec, 2007
- SERVERIN Evelyn, *Sociologie du droit*, La Découverte, 2000.
- SHAPIRO Martin, *The Supreme Court and Administrative Agencies*, The Free Press, 1968.
- STONE SWEET Alec, *Governing with judges, Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000.
- TATE Neal C., VALLINDER Torbjorn, *The Global Expansion of Judicial Power*, Broché, 1997.

ARTICLES :

- ALTER KAREN J. « The European Court's Political Power: The Emergence of an Authoritative International Court in the European Union (1996) », in ALTER Karen J., *The European Court's Political Power*, Oxford University Press, 2009. p92- 108.
- ALTER KAREN J. “Who are the 'Masters of the Treaty'? : European Governments and the European Court of Justice (1998)”, ALTER Karen J., *The European Court's Political Power*, Oxford University Press, p107-135.
- ALTER KAREN J. , MEUNIER S. « Judicial Politics in the European Community : European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision (1994) », ALTER Karen J., *The European Court's Political Power*, Oxford University Press p 139-158
- CHAZAL Jean-Pascal. « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique ». *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2001, 45, pp.303-333. <hal-01016933>
- COMMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la « judiciarisation » », L'Année sociologique, 2009/1 Vol. 59, p. 63-107
- CHEVALLIER Jacques, « Le Conseil d'Etat au cœur de l'Etat », Pouvoirs, N°123, 2007, p 5- 17.

- FEREJOHN J., « Judicialization politics, politicizing law », *Law and Contemporary Problems*, 65, 3, 41-68, 2002.
- GALEMBERT Claire, « 4. La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur » *La carrière juridique du foulard islamique in Jacques Commaille et Martine Kaluszynski , La fonction politique de la justice, La Découverte ; « Recherches/Territoires du politique », 2007 p. 95118.*
- GARRET, G. and WEINGAST B. « Ideas, Interests and Institutions : Constructing the EC's Internal Market » *in Ideas and Foreign Policy*, ed. J. Goldstein and R. Keohane (Ithaca : Cornell University Press, 1993).
- GELY Rafael, SPILLER Pablo T, Chapter 3, “Strategic judicial decision-making”, p34-45 *in WHITTINGTON Keith E., KELEMEN Daniel R., CALDEIRA Gregory A., The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2013.)
- GESLIN Albane, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *in La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015, pp. 79-130. <halshs-01228870>
- GIBSON James. L., « Judicial institutions », *in Oxford Handbook of Political Institutions*, 2008
- LASCOUMES Pierre, « Normes », *in Laurie Boussaguet et al., Dictionnaire des politiques publiques, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Références »*, 2014 (4e éd.), p. 391-397.
- LASCOUMES Pierre, « Les arbitrages publics des intérêts légitimes en matière d'environnement », *Revue française de science politique*, 1995, vol. 45, no 3, p. 396-419.
- LASCOUMES Pierre, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques » *in L'Année sociologique*, vol.40, 1990 p43-71 .
- LASCOUMES Pierre, LE GALES Patrick, « Introduction : L'action publique saisie par ses instruments », *in Pierre Lascoumes et al., Gouverner par les instruments, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique »*, 2005, p. 11-44.
- LASCOUMES Pierre, SERVERIN Évelyne, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques ». *in : Droit et société*, n°9, 1988. Max Weber. Réception, diffusion de sa sociologie du droit. pp. 165-187; doi : 10.3406/dreso.1988.999
- MILLARD Eric, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.
- MELOT R. « Droits à construire et recours contentieux en région provençale : les litiges traités par les tribunaux administratifs de Nice et Toulon » . In : Vianey G. (ed.), Requier-Desjardin s M. (ed.), Paoli J.C. (ed.). *Accaparement, action publique, stratégies individuelles et ressources naturelles : regards croisés sur la course aux terres et à l'eau en contextes méditerranéens*. Montpellier : CIHEAM, 2015. p. 115-124 (Option s Méditerranéennes : Série B. Etudes et Recherches; n . 72)
- MELOT Romain, PHAM Hai Vu, « Protection de l'environnement et stratégies contentieuses. Une étude du recours à la justice administrative », *Droit et société* 2012/3 (n° 82), p. 621-641.

- MELOT Romain, « De la gestion des espaces au projet de territoire : les enjeux politiques d'un changement de paradigme juridique », *L'Année sociologique*, 2009/1 Vol. 59, p. 177-199.
- RICCI Roland, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et société* 2002/1 (n°50), p. 151-184.
- SHAPIRO Martin, « Juridicalization of Politics in the United States » in *International Political Science Review*, Vol. 15, No. 2, The Judicialization of Politics. (Apr., 1994), pp. 101 112
- STONE SWEET Alec, Judicialization and the construction of governance, Comparative Political Studies, Vol. 32 No. 2, Avril 1999 147-184.
- TRACIEL V . REID, « Judicial PolicyMaking and Implementation: An Empirical Examination. » The Western Political Quarterly, Vol. 41, No. 3 (Sep., 1988), p 509-527
- TROPER Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs* n°16, 1981 p5-15.
- TROPER Michel, PFERSMANN Otto, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », p21-62 in BRONDEL Séverine , FOULQUIER Norbert , HEUSCHLING Luc_, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.
- VILLEGAS GARCIA Mauricio et LEJEUNE Aude, « La sociologie du droit en France : De deux sociologies à la création d'un projet pluridisciplinaire ? », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2011/1 Volume 66, p.1-39.

RAPPORTS :

- COMMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence, « Prendre la mesure de la judiciarisation. Un état international des savoirs et des modes de production des savoirs sur la justice. » Rapport Final. GIP Mission de recherche Droit et Justice - convention n° 211.0223.20 Institut de sciences sociales du politique (Ens Cachan -UPO-CNRS), Juin 2012 .