

Quelques exemples de constructions complexes

Recevabilité et intérêt pour agir

Pour engager devant le juge une procédure, il est nécessaire que le recours réponde à certaines conditions de recevabilité. Evidemment, ces conditions ne sont pas identiques selon la nature du recours (recours pour excès de pouvoir, recours de plein contentieux, action civile,...) et selon la juridiction saisie (juridictions judiciaires ou administratives, juge de premier instance, juge d'appel ou juge de cassation). Néanmoins, les modes de raisonnement ne sont pas différents de ceux qui seront étudiés plus loin à propos de la qualification juridique des faits. Toutefois, vu le caractère de très grande généralité des problèmes de recevabilité des recours, il peut être utile d'examiner les modes de raisonnement mis en œuvre.

Pour exercer une action en justice, il faut pouvoir réunir plusieurs conditions relatives à :

- la personne du sujet qui agit
- la capacité pour agir

La capacité pour ester en justice devrait s'apprécier à partir de données non ambiguës, ce qui est généralement le cas en droit civil. Les conditions du droit civil s'appliquent également en droit administratif. Néanmoins, en droit administratif et particulièrement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat reconnaît à des personnes physiques ou morales qui seraient incapables selon le droit civil la capacité d'exercer le recours pour excès de pouvoir contre les décisions qui affectent « le principe fondamental de la liberté individuelle » (10 juin 1989, Dame Pujol) ou tout droit fondamental. Ainsi les personnes morales conservent-elles la capacité d'attaquer par le recours pour excès de pouvoir les décisions prononçant leur dissolution bien qu'elles soient alors privées d'existence juridique (22 avril 1955, Ass. franco-russe dite Roussky-Dom.). Autrement dit, la mise en cause d'une liberté fondamentale entraîne une interprétation large de la capacité pour agir. La question est donc de savoir si une liberté fondamentale est en cause, ce qui nécessite une appréciation de la qualification juridique de la situation. La question est aussi de savoir dans quelle limite il est possible d'appliquer une interprétation large de la capacité dérogeant aux règles objectives du droit civil.

- la qualité du requérant
- l'intérêt pour agir

La notion d'intérêt est une des plus complexes et floues qui soit.

- au droit ou à l'intérêt protégé par la loi
- la nature de l'acte attaqué

Lorsque l'objet du litige est un acte juridique, la nature de l'acte détermine la recevabilité du recours.

Ainsi, en matière de recours pour excès de pouvoir, un contrat n'est pas susceptible d'être attaqué. Seule la décision administrative de signer le contrat l'est. La détermination de la

nature de l'acte, acte unilatéral ou contrat relève d'une appréciation dans laquelle la qualification juridique se confond avec la constatation de la réalité matérielle des faits.

Par ailleurs, parmi les actes unilatéraux, seuls les actes faisant grief sont susceptibles de recours. La détermination des actes faisant grief et des actes ne faisant pas grief nécessite une analyse qui relève de la notion de qualification juridique des faits. Il n'y a pas de manière logique de déterminer quand une décision ou un acte doit être considéré comme faisant grief ou ne faisant pas grief. En effet, quand on sait que pendant longtemps, la décision d'exclure un élève d'un établissement scolaire était considérée comme une mesure d'ordre intérieur, et que par nature ce type de mesure était considéré comme ne faisant pas grief, il est clair que la qualification juridique relève dans certains cas de la pure opportunité. Tout récemment, le Conseil d'Etat très opportunément, sans ôter aux sanctions appliquées à un élève son caractère de mesure d'ordre intérieur, n'en a pas moins considéré que ces mesures devaient être considérées comme des mesures faisant grief et donc susceptibles de recours pour excès de pouvoir. La jurisprudence a évolué dans le sens d'une plus grande admissibilité du recours pour excès dans les deux autres domaines de prédilection de la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur que son l'administration pénitentiaire et l'armée. Faute de chercher une logique là où il n'y en a pas, sinon une logique étrangère à celle qui entoure la notion de décision faisant grief, la seule manière de traiter logiquement la question de la détermination de la qualité de décision ou acte faisant grief est d'établir une liste de cas aussi complète que possible.

Toutefois, une difficulté surgit quand une décision ne faisant pas grief en vertu de sa forme fait matériellement grief en vertu de son contenu. C'est notamment le cas des circulaires dites réglementaires parce que, alors qu'une circulaire ne peut qu'être interprétative et devrait se limiter à indiquer au service de quelle manière il doit appliquer une disposition légale ou réglementaire, elles créent en réalité de véritables règles de droit imposables aux intéressés et prévues par aucun autre texte. La question, ainsi que cela est décrit dans les conclusions du commissaire du gouvernement Tricot dans l'arrêt Notre-Dame de Kreisker (CE 29 janvier 1954), devient de savoir si la disposition attaquée est une disposition ajoutée à l'ordre juridique par la circulaire, créant des droits nouveaux, des obligations ou des sujétions nouvelles, ou si elle résulte des textes déjà existants. Malgré les hésitations de la jurisprudence et la relative complexité de la matière, la détermination finale se résout à un critère simple, constitutive d'une quasi règle légale, sans permettre néanmoins une totale prévisibilité de la décision du juge, laquelle n'est d'ailleurs jamais certaine, même quand le juge fait application d'une disposition légale ou réglementaire a priori tout à fait claire.

Donc rien ne s'oppose à ce que pour certains actes ou décisions ambigus quant à leur qualité d'acte ou décision faisant grief, la réponse à la question principale renvoie à la réponse à une autre question dont la résolution relève soit de la vérification matérielle, soit d'une appréciation de la qualification juridique dans laquelle la marge d'appréciation du juge est en réalité très réduite.

■ la nature de la requête ou l'objet de la demande

La nature de la requête intervient évidemment dans sa recevabilité. Une requête tendant à l'obtention d'une indemnité ne saurait notamment être admise comme base d'un recours pour excès de pouvoir.

De même si la demande a déjà été jugée ou si elle est en cours d'examen, la même requête ne peut que se voir opposée une fin de non recevoir.

Dans le premier cas, nous sommes très près de la simple vérification matérielle. Toutefois, si la demande vise à la fois l'annulation et l'indemnité, seule la première partie de la demande est recevable.

Dans le second cas, l'appréciation de la qualification du caractère identique ou non de la requête apparaît a priori également directe et immédiate.

■ Le motif invoqué

Le motif invoqué peut intervenir dans la recevabilité de la requête.

Ainsi, les élus d'une assemblée délibérante étaient, jusqu'à un revirement récent du Conseil d'Etat, en mesure d'attaquer une délibération de cette assemblée sur le fondement d'une irrégularité de procédure mettant en cause leurs droits d'élus, mais pas sur la base d'une illégalité substantielle.

Cette observation rejoint la question de l'intérêt pour agir. Au cas particulier, il est admis aujourd'hui que les élus d'une assemblée représentative peuvent être fondés à demander l'annulation d'une délibération sur le fondement de l'illégalité de cette délibération.

■ les délais dans lesquels sont formés les recours

Chaque type de recours ou d'action a ses règles dont l'application requiert une simple constatation matérielle ne souffrant aucune marge d'interprétation.

Dans tout litige porté devant le juge il est nécessaire de justifier d'un intérêt pour agir, intérêt éminemment variable selon la nature du recours.

C'est dans le domaine du contentieux objectif du recours pour excès de pouvoir que l'appréciation de l'intérêt pour agir présente le plus d'intérêt.

Le principe d'égalité et logique juridique

Le principe d'égalité se prête à une formalisation proche d'un algorithme.

Partant du principe que les situations comparables doivent être réglées de manière semblable, on peut déduire deux sous principes :

- on peut traiter différemment des situations différentes
 - sauf si la différence repose sur des critères qui ne permettent de fonder aucune discrimination en vertu de la Constitution : la race, le sexe, les croyances, etc.
 - à moins qu'il ne s'agisse d'une discrimination positive, visant à corriger des inégalités de fait (notion récemment admise par la jurisprudence, puis par la loi – cf. loi constitutionnelle sur la parité homme-femmes pour les élections)

- en tout état de cause, la discrimination légale doit être soit conforme à l'objet de la loi et à la Constitution, si l'on est dans le cas d'un contrôle de la conformité d'une loi à la Constitution, ou bien la discrimination opérée par un texte réglementaire doit être prévue ou conforme à l'objet de la loi, s'il s'agit de contrôler la légalité d'un règlement (cas dans lequel on suppose que le juge n'a pas le pouvoir de contrôler également la constitutionnalité de la loi).
- On peut exceptionnellement traiter différemment des situations identiques ou comparables
 - À condition qu'un intérêt général le justifie
 - Qu'il ne s'agisse pas d'une discrimination constitutionnellement prohibée (cas visés plus haut)
 - Et que la discrimination soit conforme à l'objet de la loi, s'il s'agit d'apprécier la constitutionnalité de la loi, ou soit prévue par la loi, s'il s'agit d'apprécier la légalité d'un règlement.

On voit bien que la conclusion du raisonnement ne dépend pas de la structure de ce dernier mais de la réponse à des questions d'appréciation des faits ou des situations :

- Quand des situations sont-elles considérées comme analogues ou différentes ? Ainsi, pour refuser le bénéfice d'un tarif préférentiel aux résidents continentaux du département de Charente-Maritime pour accéder au pont de l'Ile-de-Ré le Conseil d'Etat a-t-il nié qu'il y ait une différence de situation entre les habitants des autres départements et ceux de Charente-Maritime. Par contre, quelque temps plus tard, le Conseil Constitutionnel a validé une loi prévoyant un tarif privilégié pour les habitants continentaux dudit département, admettant en cela qu'il existait bien une différence de situation entre les habitants continentaux du département et les résidents des autres départements.
- Comment définit-on l'intérêt général qui peut justifier de traiter différemment des situations ou faits comparables ?

Erreur manifeste d'appréciation

La notion d'erreur manifeste intervient chaque fois que la loi reconnaît un pouvoir d'appréciation large ou discrétionnaire à l'administration.

L'erreur manifeste d'appréciation s'intègre à une multiplicité de raisonnements juridiques.

Ainsi, dans le cadre du principe d'égalité, la dérogation au principe pour motif d'intérêt général n'est possible que si l'atteinte au principe ne dépasse pas manifestement ce qui serait nécessaire à la poursuite des objectifs d'intérêt général de la loi. (CC 7 janvier 1988, mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole).

L'erreur manifeste d'appréciation a été développée dans d'autres champs jurisprudentiels en vue de resserrer le contrôle du juge sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration :

- Détermination des sanctions disciplinaires dans la fonction publique ;

- En matière de fonction publique : les décisions relatives à la notation des fonctionnaires ; les nominations au tour extérieur, le classement des corps de fonctionnaires dans les catégories, etc.
- En matière de droit de l'urbanisme : les décisions relatives au contenu des POS et notamment le classement des terrains (zonage) ; les décisions relatives au contenu des schémas directeurs, etc.
- Police des étrangers

De même que l'on ne sait pas définir la notion de faute lourde, il n'y a aucun moyen de définir l'erreur manifeste d'appréciation, si ce n'est pour dire que l'erreur manifeste est plus manifeste que l'erreur simple et l'erreur simple moins manifeste que l'erreur manifeste. D'autant que l'erreur n'est pas toujours à proprement parler une erreur, mais un écart qui peut paraître exagéré par rapport à une application qui serait dite normale.

Ainsi, l'autorité administrative saisie d'une demande de permis de construire est seulement autorisée (et non contrainte) à refuser le permis si la construction projetée est de nature à porter atteinte, par exemple, au caractère des lieux avoisinants. En conséquence de quoi, l'octroi du permis, alors que la construction projetée est susceptible de porter atteinte au caractère des lieux environnants, est soumis à un contrôle restreint impliquant le recours à la notion d'erreur manifeste si le juge veut quand même contrôler la décision, ce qui peut l'amener à qualifier de manifeste une erreur qui ne l'est manifestement pas.

Le principe de proportionnalité

En réalité la portée du contrôle, et par voie de conséquence la norme appliquée, est fonction d'une part de la nature de la décision attaquée et d'autre part de la volonté du juge d'accroître ou de limiter son contrôle.

En ce qui concerne la nature de la décision, le cas du pouvoir disciplinaire est tout à fait illustratif. Le contrôle sera entier pour déterminer si l'acte répréhensible est de nature à justifier une sanction. L'intensité de la sanction sera justiciable quant à elle d'un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Par nature, la qualification juridique, dès lors qu'il s'agit d'appliquer une définition suffisamment précise est par construction un contrôle entier ou normal, c'est à dire un contrôle de proportionnalité. Toutefois, il se peut que lorsque que l'on n'est pas dans l'hypothèse de concepts précisément définissables, le principe de proportionnalité implique un contrôle du juge très étroit sur les décisions de l'administration.

Le domaine d'élection du contrôle de proportionnalité est celui de la police administrative. Le juge alors vérifiera si les limitations apportées à l'exercice d'une liberté publique sont strictement nécessaires à la satisfaction d'un intérêt général et particulièrement aux nécessités de l'ordre public. Évidemment, la « stricte nécessité » ne se laisse pas simplement définir. L'approche connexionniste peut aider à localiser les cas où la stricte nécessité est avérée et ceux où elle a été outrepassée.

Le problème se complique un peu quand il faut appliquer le principe de proportionnalité en fonction de plusieurs motifs d'intérêt général partiellement contradictoires. Nous reviendrons plus loin sur ce type de problématique qui s'illustre de manière exemplaire

dans le domaine du droit de grève, dans celui de l'urbanisme et de grandes opérations d'équipement, et dans celui de la laïcité.(cf. p. **Erreur ! Signet non défini.**)

Le contrôle de l'erreur de droit

Le contrôle de l'erreur de droit fait appel au type de raisonnement inférentiel. Indépendamment de toute vérification de la réalité et de la qualification juridique des faits, l'application qui est faite de la règle de droit est quasi-logiquement incorrecte.

L'erreur de droit peut être simple ou directe s'il résulte très clairement de l'exposé des faits qu'un acte est directement contraire à la règle juridique qui le régit. Un chef d'établissement qui modifie de manière unilatérale le règlement intérieur de l'établissement alors que le statut de ce dernier prévoit explicitement que le règlement intérieur doit être approuvé par le Conseil d'administration, commet une erreur de droit.

Toutefois, un cas apparemment simple peut cacher une problématique plus complexe. Supposons que ledit règlement intérieur comporte une clause de modification prévoyant, si les circonstances le justifient, que le chef d'établissement peut modifier le règlement, la solution du problème nécessite de faire appel à une règle qui ne résulte pas directement du statut. En effet, il y a contradiction entre le statut qui ne prévoit aucune compétence du chef d'établissement pour modifier de son propre chef le règlement intérieur et la clause du règlement intérieur qui prévoit cette compétence. Il convient dès lors de déterminer si les deux règles sont également valides ou si l'une des deux est invalide. La vérification de cette validité peut être complexe. Toutefois, si le statut est invalide, le règlement intérieur pris en application du statut l'est également. Et si le statut est valide, il existe un principe général du droit selon lequel une autorité quelconque investie d'un certain pouvoir ou de certaines attributions ne peut les déléguer que si le texte institutif, c'est à dire au cas particulier le statut, le prévoit. Dans le cas contraire, il y a contradiction entre la décision prise par l'autorité bénéficiaire de la délégation, et la décision de délégation qui est de niveau supérieur. Le statut ne le prévoyant pas la délégation, le Conseil d'administration ne pouvait légalement approuver la clause du règlement intérieur permettant au chef d'établissement de modifier ce dernier. Le chef d'établissement est donc incompétent pour modifier le règlement intérieur. Le présent raisonnement comporte l'utilisation de trois règles :

- les deux règles contradictoires issues d'une part du statut, d'autre part du règlement intérieur
- le principe général du droit en matière de délégation de compétence qui permet d'invalider la clause du règlement intérieur, ce qui ramène le nombre de règles applicables à une, et nous ramène au cas simple du début.

La modification unilatérale par le chef d'établissement du règlement intérieur est donc constitutive d'une erreur de droit.

Supposons maintenant que le statut prévoit effectivement une possibilité de délégation au profit du chef d'établissement, la clause du règlement intérieur recouvre sa validité, et la question se reporte sur la qualification juridique des circonstances qui ont motivé la modification du règlement intérieur par le chef d'établissement et qui doivent être de nature à justifier que le chef d'établissement fasse usage du pouvoir qui lui est reconnu.

Donc, dans ce raisonnement, la première question qu'il fallait poser, et que tout juge se poserait avant toutes les autres dans cette circonstance, est de savoir si l'autorité dont l'acte est contesté avait bien le pouvoir de prendre cet acte. Dans l'affirmative, compte tenu de la formulation de la clause du règlement intérieur, la seconde question est de savoir si les circonstances étaient effectivement de nature à justifier la modification de règlement intérieur. Dans la négative le raisonnement s'arrête car il est possible de conclure. Mais dans l'affirmative, le raisonnement juridique peut être poursuivi en essayant de répondre à la question de savoir si les modifications apportées au règlement intérieur sont justifiées par les mêmes circonstances que celles qui ont justifié que le chef d'établissement fasse usage de son pouvoir de modifier le règlement intérieur. La première phase du raisonnement relève de l'erreur de droit, les deux phases suivantes de la qualification juridique des faits. Cet exemple ne fournit donc pas une illustration pure de l'erreur de droit, ni du raisonnement inférentiel par opposition au raisonnement référentiel, ce qui permet de soulever la question de la pertinence de cette distinction dans le cadre de la recherche que nous poursuivons et si d'autres distinctions plus opérationnelles ne devraient pas être mises en évidence.

En fait, dans cet exemple, nous avons deux types de raisonnement juridique définis par rapport à la nature de la question posée qui s'enchaînent. D'une part un raisonnement qui peut être activé chaque fois qu'une question de compétence se pose. Ce raisonnement est par nature inférentiel, c'est-à-dire qu'il est construit uniquement à partir de règles qu'il convient de valider au plan logique. D'autre part, un raisonnement qui peut être activé chaque fois que se pose une question de prise de décision conditionnée par des circonstances déterminées. Ce raisonnement est référentiel, parce qu'il postule une double qualification juridique des faits : d'abord celle des circonstances que l'on peut assimiler au contrôle des motifs, ensuite celle de l'acte lui-même au regard des circonstances et qui correspond au contrôle du dispositif. Nous nous trouvons ici exactement dans le même type de raisonnement que celui que nous avons précédemment présenté en matière d'ordre public. Donc la nature de la question posée, une fois celle-ci correctement identifiée, permet d'activer un mode de raisonnement spécifique.

Évidemment, notre exemple n'épuise pas toutes les possibilités de raisonnement chaque fois qu'une question de compétence est soulevée. Il arrive ainsi souvent que la question de la compétence soit soulevée indirectement à l'occasion de la contestation d'un acte particulier et de la requalification juridique de cet acte. L'acte relevait apparemment de la compétence de l'autorité qui l'a pris. Or cet acte par son contenu relevait d'une autre autorité et aurait du être pris dans la forme appropriée.

Dans notre exemple, par simple mesure d'ordre intérieur, le chef d'établissement aurait pu prendre une disposition concernant le fonctionnement interne de l'établissement. Dès lors que cette disposition modifiait le règlement intérieur ou était de celles qui sont normalement réglées par le règlement intérieur, question de qualification juridique, cette disposition devait être prise par la voie d'une modification du règlement intérieur, sauf circonstances exceptionnelles justifiant une dérogation temporaire à l'ordre des compétences. Donc, l'autorité qui pouvait légalement la prendre était celle qui avait pouvoir de modifier le règlement intérieur.

Un chef de bureau signe l'acte d'engagement d'un agent vacataire. Or, il apparaît qu'en réalité, bien que payé à la vacation, cet agent remplit une fonction permanente et doit être considéré, problème de qualification juridique, non comme un agent vacataire mais comme un agent non titulaire de l'administration. Dès lors, le chef de bureau ne pouvait

signer l'acte d'engagement, car seul le Directeur avait délégué de compétence pour signer l'engagement d'un agent permanent non titulaire de l'administration.

On devine ici, à peine voilés, les principes de la célèbre jurisprudence Institution Notre-Dame de Kreisker (C.E. Ass. 29 janvier 1954) relative aux circulaires réglementaires mais qui posent des principes tout à fait généraux en matière de compétence et de requalification des actes administratifs.

Que l'on change les autorités administratives concernées, que l'on substitue des actes administratifs individuels à des mesures générales et impersonnelles telles que les actes réglementaires, on constate que ce sont toujours les mêmes types de raisonnement qui sont mis en œuvre.

Un second exemple peut être fourni présentant une problématique assez semblable. Il s'agit de la théorie du retrait des actes administratifs individuels. Cette théorie jurisprudentielle a fait l'objet d'une recherche tout à fait intéressante (J.-P. Bourgois, 1996, p.434-465) qui présente une analyse comparée des différentes modélisations possibles.

Après avoir rappelé les bases de la jurisprudence Dame Cachet du 3 novembre 1922 et les divers perfectionnements que le Conseil d'Etat y a apportés, l'auteur observe que cette jurisprudence se laisse assez bien appréhender par les trois grandes catégories d'approche auxquelles il rattache (sans doute cette classification n'est-elle pas exhaustive) les différentes modélisations informatiques du droit, à savoir : l'approche procédurale ou algorithmique, l'approche déclarative et l'approche-objet.

Il ne paraît pas utile de reprendre ici la jurisprudence Dame Cachet, ni même le détail de l'analyse comparative des trois approches. Nous souhaitons néanmoins nous y arrêter rapidement pour y revenir plus tard sur certains aspects de l'approche-objet qui viennent prolonger nos remarques précédentes.

L'auteur observe que tous les langages de programmation orientée objet ont en commun de reposer à la fois sur la sémantique et la taxinomie.

"L'objet repose en effet essentiellement sur une unité de sens. On peut le définir comme une unité de connaissance recouvrant à la fois l'élément "données" mais aussi les méthodes d'exploitation de ces données. Sa particularité essentielle constitue une rupture très nette avec les conceptions traditionnelles en informatique qui distinguent données et code (logiciel) : l'objet revient sur cette distinction fondamentale en intégrant dans un même module des données et le code qui permet à ces données de communiquer avec d'autres objets. Ce n'est qu'à cette condition qu'on pourra lui appliquer éventuellement la règle de l'encapsulation, qui le rendra autonome, et réutilisable dans d'autres applications".

Les objets s'intègrent dans des taxinomies composées de classes dans lesquelles les objets sont reliés les uns aux autres par la relation "sorte de..." et sont régis par le principe de l'héritage selon lequel les objets héritent des attributs de leur classe. Et de citer comme objet de base du droit administratif l'acte administratif individuel qui est une sorte d'"acte administratif unilatéral" qui est lui-même une sorte d'acte administratif. Les objets peuvent du reste relever de plusieurs taxinomies.

Les objets offrent des qualités difficilement assimilables par les autres modes de représentation :

- l'adaptabilité et l'enrichissement progressif : point n'est besoin de restructurer complètement une application pour intégrer des cas nouveaux ou des évolutions jurisprudentielles
- la réutilisabilité qui permet de réutiliser les objets une fois correctement définis dans toutes sortes de constructions juridiques et dans différents contextes juridiques.

Quant à l'approche objet :

- elle s'accommode de la complexité du droit, qu'il s'agisse de sa "complexité de taille" ou de sa "complexité de structure"¹, de sa variabilité, de son incomplétude, du "flou" de bon nombre des concepts qu'il utilise.
- elle est intégrative dans la mesure où elle peut incorporer des modules utilisant l'approche procédurale ou algorithmique, si cette approche est adaptée au problème posé (question de droit totalement résolue), ou l'approche déclarative (représentation de domaines à structures logiques fortes) ou encore l'approche connexionniste (représentation de domaines sans structures logiques fortes).

Pour accompagner l'analyse de J.-P. Bourgois, on peut faire observer qu'un objet n'est pas nécessairement une entité dotée de certaines propriétés au sens de réalité concrète telle qu'un texte normatif ou un acte juridique, mais peut être purement conceptuel. L'objet peut ainsi être une sorte d'agent intelligent capable de traiter un certain type de problèmes, par exemple les problèmes de retrait des actes administratifs individuels, les problèmes de qualification juridique, les problèmes de compétence, etc. Un objet peut être une règle ou un ensemble de règles tendant à un même but ou contribuant à un même objectif. Un objet peut être un simple concept ou une définition que l'on appelle en tant que de besoin dans un raisonnement juridique.

Au demeurant, J.-P. Bourgois note très opportunément avec J.L. Bilon² que "l'approche objet correspond à une méthode d'appréhension du droit familière au juriste. Si on admet que le concept juridique puisse revêtir les habits de l'objet, le juriste utilisera l'objet comme monsieur Jourdain faisait de la prose. La "mémoire analytique" de l'étudiant en droit apprend les objets-concepts par leurs attributs (et il existe une typologie complète d'attributs : attributs-forme, attributs-domaine du droit, attributs-fonction de concept) et cet apprentissage forme une "mémoire structurante" du réel...l'approche objet ne fait ici que réaliser (rendre réelle et réifier) une façon habituelle de chercher et de réfléchir." (opus cit. p. 462)

S'agissant de la théorie du retrait des actes administratifs individuels, il faut observer qu'elle n'est qu'une application particulière d'une théorie générale de l'application des actes juridiques dans le temps dont les éléments constitutifs existent et doivent donc seulement être assemblés : ainsi de l'abrogation des lois et règlements et des actes administratifs, de l'application rétroactive ou de l'application aux situations déjà créées. On trouve toujours dans ces jurisprudences, à la fois la volonté d'assurer à la règle sa plasticité en vertu d'un principe fondamental du service public qu'est le principe d'adaptation, mais aussi la

¹ J.-P. Aubert et P. Dixneuf, *Conception et programmation par objets*, Masson, 1991.

² J.-L. Bilon, "L'aide à la décision juridique", notamment p. 214-217, in *Institut Bull, Droit et informatique, L'Hermine et la puce*, préface de Jean Carbonnier, Coll. Frederik R. Bull, Masson, 1992.

nécessité d'assurer à chacun une sécurité juridique suffisante dont le principe de l'intangibilité des situations individuelles est une expression.

A cet égard l'arrêt Barras de 1974 est tout à fait éclairant. Il corrige la jurisprudence Cachet en permettant le retrait d'un acte administratif individuel (qualification juridique) irrégulier ou non (qualification juridique) ayant créé des droits (qualification juridique) au-delà du délai de recours contentieux, lorsque le retrait est demandé par le bénéficiaire de l'acte et lorsque cet acte n'a pas créé de droit (qualification juridique) au profit des tiers. Pour comprendre l'arrêt Barras, il faut comprendre le sens véritable de la jurisprudence Dame Cachet et non seulement les règles de son dispositif que l'approche procédurale prend seul en compte. Lorsque la sécurité juridique est en jeu, ce qui est le cas dans la théorie du retrait du fait de la rétroactivité du retrait (dans le cas contraire il s'agirait d'une abrogation), il est néanmoins possible de prendre une mesure rétroactive lorsque celle-ci est favorable à la situation des administrés. Le Conseil d'Etat conclut donc à l'erreur de droit, cette erreur étant fondée non sur la lettre, fut-elle jurisprudentielle, de la règle, mais sur la méconnaissance des finalités même de la jurisprudence. Au résultat, la constatation de cette erreur de droit induit la création d'un additif à lettre de la règle.

Or, l'arrêt Barras dans ses motifs a les mêmes fondements que la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en ce qui concerne l'effet rétroactif des lois pénales, lequel est accepté quand il est favorable aux justiciables, alors qu'il est écarté sur la base de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (selon lequel "nul ne peut puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée"), lorsque cet effet est défavorable, c'est-à-dire lorsqu'il induit une sanction plus sévère. Comme pour l'arrêt Barras, le résultat de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel est d'introduire un quasi-additif rédactionnel à l'article 8 de la DDHC.

Il en va de même des limitations imposées par le Conseil Constitutionnel (CC 10-11 octobre 1984) quant à l'application de la loi nouvelle aux situations en cours, et selon lesquelles le législateur ne peut, s'agissant des situations existantes intéressant les libertés publiques (qualification juridique), les remettre en cause que dans deux hypothèses : celle où ces situations auraient été illégalement acquises, celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi (qualification juridique).

Les limitations quant à l'abrogation des lois anciennes (CC 29 juillet 1986) obéit à une logique voisine, dans la mesure où le pouvoir qu'a le législateur d'abroger les lois ordinaires ne saurait aboutir à une absence de garanties juridiques répondant à des exigences constitutionnelles.

Et si nous rapprochons cette jurisprudence de la doctrine administrative en matière d'abrogation des actes administratifs, nous rencontrons la même préoccupation de sécurité juridique. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE Sect. 10 avril 1959, Fourré et Cormeray, CE Sect. 28 avril 1967, Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques et autres) en effet, si la décision a fait naître des droits au profit d'un administré, son abrogation n'est possible que par la voie d'un acte "contraire" répondant à des conditions de compétence particulières, de procédure et de fond, prévues par les textes et dont la raison d'être est d'assurer une protection suffisante des situations juridiques.

Notons au passage, pour y revenir plus tard, l'importance dans ces raisonnements de l'argument téléologique, ou si l'on préfère, la précellence de l'esprit des lois sur la lettre.

La complexité du contrôle de l'erreur de droit peut également résulter du fait que la règle ne découle pas immédiatement du texte mais repose elle-même sur la combinaison de deux ou plusieurs règles nécessitant une interprétation.

Un exemple nous est fourni par l'article 146-4-II du code l'urbanisme déjà cité et plus particulièrement par la combinaison des premiers alinéas de cet article qu'il convient de citer in extenso.

"L'extension limitée de l'urbanisation des espaces proches du rivage ou des rives des plans d'eau intérieurs désignés à l'article 2 de la loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 précitée doit être justifiée et motivée, dans le plan d'occupation des sols, selon des critères liés à la configuration des lieux ou à l'accueil d'activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau.

"Toutefois, ces critères ne sont pas applicables lorsque l'urbanisation est conforme aux dispositions d'un schéma directeur ou d'un schéma d'aménagement régional ou compatible avec celles d'un schéma de mise en valeur de la mer".

L'interprétation la plus spontanée que l'on peut donner de ces deux alinéas est que, hormis les cas où les POS sont couverts et compatibles ou conformes à un schéma directeur, un schéma d'aménagement régional ou un schéma de mise en valeur de la mer, les POS doivent justifier et motiver l'extension limitée de l'urbanisation.

Une autre lecture a été donnée par le Conseil d'Etat, qui semble la seule interprétation linguistiquement correcte, à savoir que, en tout état de cause, dans les espaces proches du rivage, l'urbanisation ne peut qu'être limitée et que, en présence d'un schéma directeur, un schéma d'aménagement régional ou d'un schéma de mise en valeur de la mer avec lequel le POS est compatible ou conforme, le POS est dispensé d'exposer les motifs de l'urbanisation limitée. Dans le cas contraire, et l'existence d'un POS est indispensable, le POS doit justifier et motiver par des argument tirés de la configuration des lieux ou de l'accueil d'activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau.

Considérer que la conformité à ou la compatibilité avec un schéma directeur, un schéma d'aménagement régional ou d'un schéma de mise en valeur de la mer, affranchit de toute limite dans l'urbanisation des espaces proches du rivage constitue une erreur de droit.

Prégnance de l'argument téléologique

La présentation de la méthodologie de l'interprétation que nous avons faite donnerait à penser que l'argument téléologique, celui qui permet d'interpréter la règle de droit au regard du but qui est sensé lui être assigné n'est qu'un argument secondaire. Ce qui importe au juge, comme à tout praticien, et même à tout citoyen, c'est la précision du dispositif déterminé par la loi qui seule lui permet d'exécuter le droit de la manière exactement conforme à la volonté du législateur. Ce que souhaite celui qui exécute le droit, c'est que la règle soit sans ambiguïté et limite au maximum sa propre marge d'interprétation. Il souhaite pouvoir se référer à la lettre plus qu'à l'esprit de la loi. L'interprétation implique en effet une subjectivité dans l'application de la règle, puisqu'il y a, d'après la théorie du langage, autant d'interprétations virtuellement possibles que de personnes se livrant à l'interprétation. La jurisprudence a précisément pour objet principal d'introduire de l'objectivité dans l'interprétation des lois et de faire prévaloir l'interprétation du juge sur toutes les autres. La question est d'abord une question de sécurité du système juridique.

Or, contrairement à l'apparence, le but de la règle est toujours présent, et il est même vraisemblable que le but, la finalité de la règle soit l'élément déterminant de toute interprétation, et donc de toute application de la règle.

En fait, la composante téléologique de toute règle est généralement cachée pour des raisons pratiques évidentes. Mais, d'une part le but de la règle est toujours présent, et le juge ne se fait pas faute de la rappeler à l'occasion, d'autre part la règle est parfois complètement dépouillée de son dispositif pour ne comporter que l'expression de son but.

De sorte que l'on peut représenter l'expression de la règle à partir de deux axes, l'un représentant la composante téléologique, l'autre la composante formelle. La composante téléologique correspond à l'esprit de la règle, à l'élément dynamique dégageant un espace pour l'interprétation et pour l'adaptation aux circonstances et à l'évolution des valeurs sociales. La composante formelle correspond à la lettre et se caractérise par son caractère répétitif.



Ainsi, toute règle dans sa formulation comporte dans une proportion variable une composante formelle et une composante téléologique. Parfois, seul le but est exprimé. Parfois, c'est le contraire, seul le dispositif est exprimé, mais le but est sous-jacent, et il appartient au juge de le rappeler en cas de besoin.

Deux exemples permettent d'illustrer le propos.

Le premier exemple est tiré du commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat Gomel, 4 avril 1914 (Grands Arrêts de la jurisprudence administrative p. 174). "Il arrive même au juge d'exprimer des motifs qui, sans être contraires à la loi, en limitent étroitement l'application. Ainsi, la loi du 16 novembre 1940 avait subordonné les mutations immobilières à une autorisation préfectorale, les préfets la refusaient estimant qu'il fallait réserver cette acquisition aux agriculteurs. Le Conseil d'Etat a décidé que la loi avait seulement voulu éviter la spéculation et l'accaparement et qu'un motif tiré de ce que la demande émanait d'industriels n'étaient pas au nombre de ceux qui pouvaient légalement justifier son rejet (C.E. Ass. 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche).

Le second exemple est tiré de la jurisprudence Dame Cachet et a été déjà évoqué...

Nous pouvons généraliser ces deux commentaires et constater que l'ensemble de la jurisprudence relative au détournement de pouvoir ou de procédure, au contrôle des motifs, au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, est entièrement gouvernée par la volonté de soumettre l'administration au respect des buts qui ont présidé à l'élaboration des règles et non seulement au seul respect formel des dispositions législatives ou réglementaires. (voir à cet égard l'ensemble du commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat Pariset du 26 novembre 1875 dans les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative).

D'une manière générale, chaque fois que l'on trouve dans la jurisprudence des formules du type, "cette disposition ne saurait avoir ni pour objet, ni pour effet de ...", ou "le législateur n'a pas pu vouloir...", nous sommes en présence d'un argument téléologique employé pour corriger les déviations qu'entraîne parfois l'application littérale des textes.

L'ensemble de l'observation faite ici est à rapprocher de la conception fonctionnelle du droit héritée de Maurice Hauriou et développée par G. Vedel, notamment dans sa thèse soutenue en 1934 et dans deux articles datant de 1948 et 1950³. Nous reprenons l'analyse qu'en a faite Lucien Sfez dans "Critique de la Décision" p. 285. Le doyen Vedel pense que le droit administratif, plus peut-être que tout autre discipline juridique, comporte, à côté de notions proprement conceptuelles, des notions fonctionnelles. Les premières sont indépendantes de ce à quoi elles servent, ou, selon nous, ont acquis cette indépendance. Il en va ainsi de la notion de "fonctionnaire" au sens du statut général de la fonction publique, de celle de commune ou de département, etc. "Ces notions peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes....Les secondes, dites "notions fonctionnelles" procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité. Georges Vedel en donne pour exemple la théorie de l'acte de gouvernement. Il est en effet impossible de définir conceptuellement l'acte de gouvernement au sens administratif du mot. Quel caractère commun trouver à la répartition de l'indemnité accordée par un Etat étranger à des nationaux français, la grâce d'un condamné, le brouillage d'émissions radiophoniques andorranes? On peut dresser une énumération des actes de gouvernement, mais il n'est pas possible de définir la catégorie des actes de gouvernement sinon en indiquant ce à quoi elle sert, la "fonction"."

Le doyen Vedel souligne que ces notions fonctionnelles ne sont jamais achevées et que leur contenu ne peut être épuisé par une définition. "De plus les notions fonctionnelles sont appelées à disparaître en se résorbant au moins en partie "dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle". Georges Vedel donne ici l'exemple des actes discrétionnaires. On s'est aperçu qu'il n'existait pas d'actes discrétionnaires, nous ajoutons d'actes discrétionnaires purs, mais que tout acte administratif comportait une part plus ou moins grande d'opportunité laissée à l'appréciation de l'administration et une part plus ou moins grande de légalité relevant du contrôle du juge.

Lucien SFEZ observe que la théorie des actes discrétionnaires, entendus comme des actes contre lesquels le recours pour excès de pouvoir ne sera pas recevable, a disparu tout en s'intégrant dans la théorie générale selon laquelle le juge dans son examen au fond se trouve limité par l'interdiction de connaître de la pure opportunité.

³ "De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein", JCP, 1948, I, 682, et "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", JCP, 1950, I, 851.

Lucien SFEZ propose une explication du fait que les notions fonctionnelles soient particulièrement utilisées en droit administratif sans être exclues pour autant du droit privé. "Parce que le droit administratif, beaucoup plus jeune, beaucoup plus mouvant et moins achevé y fait nécessairement un plus large appel : en effet, le rôle du juge administratif est à la fois de créer très souvent des règles de droit et en même temps de feindre de tout tirer des lois et des règlements".

Nous nous permettons d'apporter à cette analyse deux observations complémentaires.

La première est que, effectivement, l'évolution de la jurisprudence relative aux actes discrétionnaires a incorporé dans la légalité les buts de la législation. Le pouvoir discrétionnaire n'est en rien synonyme d'arbitraire. Le législateur reconnaît ne pas pouvoir régler tous les détails pratiques d'une action pour lesquels il s'en remet à la compétence technique de l'administration. L'administration ne peut faire usage de son pouvoir d'appréciation que dans les limites des buts poursuivis par le législateur. C'est ainsi que l'on doit interpréter les jurisprudences célèbres *Maison Genestal* (CE, 26 janvier 1968) et *Crédit Foncier de France* (CE, 11 décembre 1970). Le juge se reconnaît le droit d'apprécier les motivations de l'administration et ne saurait se satisfaire de formules vagues et stéréotypées. Si l'administration s'est fixé à elle-même des règles pour l'analyse des dossiers, elle doit à la fois faire la preuve qu'elle a procédé à une analyse individuelle de chaque affaire et justifier des raisons qui l'ont amenée le cas échéant à s'écarter des règles qu'elle s'est fixée à elle-même.

La seconde observation est relative à ce que l'on pourrait appeler la généalogie de la règle. La règle, qui a essentiellement une finalité instrumentale consistant à déterminer des comportements sociaux, à mettre en place des structures et à en définir les règles de fonctionnement, est principalement déterminée par un but. Ou bien, les modalités adaptées à la réalisation du but de la loi sont relativement aisées à déterminer, et, dans ce cas, la règle comporte un dispositif clair ne prêtant qu'à une interprétation restreinte. Ou bien, au contraire, les modalités ne peuvent être construites que progressivement, et, dans ce cas, la règle prendra corps progressivement. Elle restera éventuellement jurisprudentielle. Ou bien, encore, les lois et règlements, reprenant éventuellement des règles jurisprudentielles, consacreront, en les corrigeant éventuellement, les pratiques administratives ou sociales qui se sont développées.

Nous n'envisageons pas dans le cadre de la présente thèse d'approfondir ce point. Notons simplement, au passage, que quand le doyen Vedel s'interroge sur la question de savoir si le droit administratif doit rester indéfiniment jurisprudentiel (1979-80, p. 31), il s'inscrit dans un processus selon lequel dès lors que la règle atteint un degré de stabilité suffisant, on peut envisager son élévation au niveau normatif adéquat, qui peut être, selon le cas, constitutionnel, législatif ou réglementaire, voire sa codification pure et simple.

Nous souhaitons nous limiter aux conséquences à tirer des précédentes considérations du point de vue de la modélisation du droit.

La première conséquence, c'est qu'au delà de l'expression littérale des règles, le but est un attribut de leur description.

Or, le but de la règle est la plupart du temps implicite, et lorsqu'il est exprimé, il l'est de façon très variable. Traditionnellement, l'interprète va rechercher le but dans les travaux préparatoires. Ceux-ci ne se laissent pas toujours aisément interpréter, et l'intention du

législateur tend à devenir l'idée que le juge se fait de l'intention d'un législateur idéal. Toutefois, de plus en plus l'intention du législateur ou de l'autorité réglementaire se trouve exposé dans le texte lui-même ou dans un exposé des motifs. De façon systématique, aujourd'hui, les délibérations des assemblées délibérantes des collectivités locales comportent un exposé des motifs. Mais il convient également de souligner la tendance moderne consistant à exprimer dans le corps des textes législatifs et réglementaires, des principes généraux, l'objet du texte ou son objectif. La doctrine est généralement perplexe quant à la portée juridique de ces dispositions, mais on doit considérer que cette présentation des textes normatifs rend explicite les buts de la législation ou de la réglementation et en facilite l'interprétation.

Quoi qu'il en soit, le but n'est que très exceptionnellement exprimé en même temps que la règle. Quand il est exprimé, il l'est à part et s'applique de façon globale à l'ensemble d'un texte ou d'une législation. Le but assure à ladite législation son unité, sa cohérence et fournit une base solide à l'interprétation. Le but n'est pas la caractéristique d'une disposition particulière mais s'applique à une ensemble de disposition tendant au même résultat.

Contrairement à une tendance qui voudrait réduire la juridicité de la norme à ses éléments purement opératoires, le but poursuivi par le législateur fait partie intégrante de la norme et si le législateur ne s'est pas prononcé de manière précise sur le dispositif, c'est pour en déléguer la charge au juge. Il est compréhensible que celui-ci trouve cette délégation, qu'il assimile à bon droit parfois à une démission, trop lourde. On peut observer au demeurant que le Conseil Constitutionnel se montre généralement assez regardant en ce qui concerne les délégations au pouvoir réglementaire qui se révéleraient contraire à sa conception de l'article 34 de la Constitution, et exige du pouvoir législatif qu'il exerce la plénitude de ses attributions. Cependant, quand le législateur pose des principes généraux sans indiquer de façon directe et immédiate les conséquences précises qu'il en tire, il n'y a pas délégation illégitime au pouvoir exécutif mais délégation virtuelle au juge que celui-ci exercera ou n'exercera pas selon sa propre appréciation sur la législation qu'il est chargée d'appliquer.

Par conséquent, toute modélisation qui voudrait faire abstraction du but de la loi, voire de ses buts multiples, et réduire la règle à son seul dispositif, serait gravement fautive. Évidemment, la modélisation qui veut intégrer les buts de la règle ne saurait être réduite à un enchaînement de "règles de production" du type "si...alors". L'intégration du but de la règle suppose une structure de description complexe.

Il apparaît que seule une approche orientée objet permet de traiter de manière adéquate le but d'une disposition particulière qui s'inscrit dans les buts plus généraux d'une législation se rapportant à un domaine donné.