BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de

Marcel WALINE

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris

TOME CXXXV

LE JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET LA TECHNIQUE DU STANDARD

(essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)

PAR

Stéphane RIALS

Professeur agrégé de droit public
à la Faculté de Metz
Maître de conférence à l'Institut d'Etudes politiques de Paris

Préface de

Prosper WEIL

Professeur à l'Université de Droit, d'Economie
et de Sciences sociales de Paris

Ouvrage couronné par l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris

(Prix de thèse 1978)

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot - 75005

1980

LE JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET LA TECHNIQUE DU STANDARD

DU MEME AUTEUR

— *Les idées politiques du Président Georges Pompidou,* Paris, P.U.F., 1977.

— *Administration et organisation* (1910-1930), *De l'organisation de la bataille à la bataille de l'organisation dans l'administration française,* Paris, Beauchesne, 1977.

— *La Présidence de la République* (à paraître aux P.U.F., coll. Que sais-je ? en 1981).

— *Dictionnaire d'histoire constitutionnelle française* (à paraître, en collaboration avec M. Frédéric Bluche, aux éditions Cujas, en 1981).

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de

Marcel WALINE

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris
Membre de l'Institut

TOME CXXXV

LE JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET LA TECHNIQUE DU STANDARD

(essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)

PAR

Stéphane RIALS

Professeur agrégé de droit public
à la Faculté de Metz
et maître de conférence à l'Institut d'Etudes politiques de Paris

Préface de

Prosper WEIL

Professeur à l'Université de Droit, d'Economie
et de Sciences sociales de Paris

Ouvrage couronné par l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris

(Prix de thèse 1978)

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot - 75005

1980

Tous droits de traduction, de production et d'adaptation réservés pour tous pays.
© 1980, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
I.S.B.N. 2-275-01127-7.

OUVRAGES PARUS DANS LA MÊME COLLECTION

Tome 1. — ROBERT (J.) : *Les violations de la liberté individuelle soumises par l'Administration* (le problème des responsabilités). Epuisé.

Tome 2. — DURAND (C.) : *Les rapports entre les juridictions administrative et juridictionnelle.* Epuisé.

Tome 3. — ARDANT (P.) : *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle.* Epuisé.

Tome 4. — DUCOS-ADER (R.) : *Le droit de réquisition* (théorie générale et régime juridique). Epuisé.

Tome 5. — DENIS-LEVY : *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre.* Epuisé.

Tome 6. — FOURRIER (Ch.) : *La liberté d'opinion du fonctionnaire* (Essai de droit public comparé : France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, U.R.S.S., Allemagne, Suisse, Belgique, etc.). Epuisé.

Tome 7. — MOREAU (J.) : *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative.* Epuisé.

Tome 8. — CHAPUS (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée.* (Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire.)

Tome 9. — GROSHENS (J.-C.) : *Les institutions et le régime juridique des cultes protestants.* Epuisé.

Tome 10. — TOURDIAS (M.) : *Le sursis à exécution des décisions administratives,* 1957.

Tome 11. — BOURDONCLE (R.) : *Liberté d'opinion et fonction publique en Droit positif français.* Epuisé.

Tome 12. — KOECHLIN (H.-E.) : *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à* 1873 (Etude de jurisprudence).

Tome 13. — JACQUEMART (D.) : *Le Conseil d'Etat, juge de Cassation.*

Tome 14. — DUBISSON (M.) : *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir.* Epuisé.

Tome 15. — BORELLA (F.) : *L'évolution politique et juridique de l'Union Française depuis* 1946. Epuisé.

Tome 16. — DREVET (P.) : *La procédure de révision de la Constitution du 27 octobre* 1946.

Tome 17. — VENEZIA (J.-C.) : *Le pouvoir discrétionnaire.* Epuisé.

Tome 18. — CONNOIS (R.) : *La notion d'établissement public en droit administratif français.* Epuisé.

Tome 19. — SPILIOTOPOULOS (Ep.) : *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français.* Epuisé.

Tome 20. — GARREAU (R.) : *Le « Local Government » en Grande-Bretagne.* Epuisé.

Tome 21. — KORNPROBST (B.) : *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir.*

Tome 22. — BARDONNET (D.) : *Le tribunal des conflits, juge du fond.*

Tome 23. — LESCUYER (G.) : *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées.*

Tome 24. — PEUREUX (G.) : *Le Haut Conseil de l'Union Française et le Conseil exécutif de la Communauté.* Epuisé.

Tome 25. — LAMARQUE (J.) : *Recherches sur l'application du Droit privé aux Services publics administratifs.* Epuisé.

Tome 26. — GOUR (C.-G.) : *Le contentieux des services judiciaires et le juge*

Tome 27. — RUZIE (D.) : *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français.*

Tome 28. — LESAGE (M.) : *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice.*

Tome 29. — DEMICHEL (A.) : *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés,* 2 volumes. Epuisé.

Tome 30. — WOLFF (G.) : *La trésorerie britannique.* Epuisé.

Tome 31. — ROUSSEAU (G.) : *L'agent judiciaire du Trésor public.*

Tome 32. — TROTABAS (J.-B.) : *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain.* Epuisé.

Tome 33. — FROMONT (M.) : *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand.*

Tome 34. — DI MALTA (P.) : *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique.*

Tome 35. — LEFEBURE (M.) : *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français.*

Tome 36. — AZAR (A.-A.) : *Genèse de la Constitution du 4 octobre* 1958.

Tome 37. — PHILIP (L.) : *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises.*

Tome 38. — DEBBASCH (C.) : *Procédure administrative contentieuse et procédure civile.* Epuisé.

Tome 39. — DESFORGES (C.) : *La compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat.*

Tome 40. — NIZARD (L.) : *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative.*

Tome 41. — OLLE-LAPRUNE (J.) : *La stabilité des ministres sous la III^e^ République.*

Tome 42. — BERNARD (P.) : *La notion d'ordre public en droit administratif.* Epuisé.

Tome 43. — DOUC-RASY : *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français.*

Tome 44. — GILLI (J.-P.) : *La cause juridique de la demande en justice.*

Tome 45. — DUBOUIS (L.) : *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative.* Epuisé.

Tome 46. — COTTERET (J.-M.) : *Croissance et déclin du pouvoir législatif en France.* Epuisé.

Tome 47. — MAZERES (J.-A.) : *Véhicules administratifs et responsabilité publique.*

Tome 48. — ARNE (S.) : *Le Président du Conseil des Ministres sous la IV^e^ République.*

Tome 49. — LANDON (P.) : *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à* 1954.

Tome 50. — MAESTRE (J.-C.) : *La responsabilité pécuniaire des agents publics français.*

Tome 51. — CHARNAY (J.-P.) : *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires.*

Tome 52. — DAUMARD (J.) : *Les marchés industriels des départements de la Défense nationale.*

Tome 53. — DANAN (Y.-M.) : *La vie politique à Alger de 1940 à 1944.* Epuisé.

Tome 54. — TIMSIT (G.) : *La nature et le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français.*

Tome 55. — SENECHAL (M.) : *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées.*

Tome 56. — SANDEVOIR (P.) : *Etudes sur le recours de pleine juridiction.* Epuisé.

Tome 57. — CASTAGNE (J.) : *Le contrôle juridictionnel de la légalité des officiers des forces arbées.*

Tome 58. — BRETTON (Ph.) : *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles de la propriété privée.*

Tome 59. — DI QUAL (L.) : *La compétence liée.*

Tome 60. — RENARD-PAYEN (O.) : *L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux.*

Tome 61. — FAVOREU (L.) : *Du déni de justice en droit public français.*

Tome 62. — MONTAGNIER (G.) : *Le Trésorier-Payeur général.*

Tome 63. — MARTIN-PANNETIER (A.) : *Eléments d'analyse comparative des établissements publics en droit française et en droit anglais.*

Tome 64. — BAROUD (A.) : *La situation juridique des journalistes au Liban.*

Tome 65. — LACHAUME (J.-F.) : *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français.* Epuisé.

Tome 66. — EMERI (C.) : *De la responsabilité de l'Administration à l'égard de ses collaborateurs.*

Tome 67. — CATHALA (T.) : *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires.* Epuisé.

Tome 68. — BATAILLER (F.) : *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel.* Epuisé.

Tome 69. — SABOURIN (P.) : *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français.*

Tome 70. — VINCENT (F.) : *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives.*

Tome 71. — SFEZ (L.) : *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français.*

Tome 72. — KLEIN (C.) : *La police du domaine public.*

Tome 73. — RAINAUD (J.-M.) : *La distinction de l'acte réglementaire et l'acte individuel.*

Tome 74. — CHAUDET (J.-P.) : *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse.*

Tome 75. — MOURGEON (J.) : *La répression administrative.*

Tome 76. — BRAUD (P.) : *La notion de liberté publique et ses implications en droit français.*

Tome 77. — BASSO (J.) : *Les élections législatives dans le département des Alpes-Maritimes de 1860 à 1939.*

Tome 78. — LANG (J.) : *L'Etat et le théâtre.*

Tome 79. — ISAAC (G.) : *La procédure administrative non contentieuse.*

Tome 80. — CHARLES (H.) : *« Actes rattachables » et « Actes détachables » en droit administratif français.*

Tome 81. — DOUENCE (J.-C.) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration.*

Tome 82. — WEBER (Y.) : *L'Administration consultative.* Epuisé.

Tome 83. — LANDON (P.) : *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1953.*

Tome 84. — RONGERE (P.) : *Le procédé de l'Acte-type.*

Tome 85. — DELPEREE (F.) : *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique.*

Tome 86. — MESNARD (A.-H.) : *L'action culturelle des pouvoirs publics.*

Tome 87. — SALON (S.) : *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique.*

Tome 88. — DELVOLVE (P.) : *Le principe d'égalité devant les charges publiques.*

Tome 89. — AMAURY (P.) : *De l'information et de la propagande d'Etat, les deux premières expériences d'un « Ministère de l'Information » en France.*

Tome 90. — GROSDIDIER DE MATONS (J.) : *Le régime administratif financier des ports maritimes.*

Tome 91. — BECET (J.-M.) : *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers.*

Tome 92. — DENOYER (J.-F.) : *L'exploitation du domaine public.*

Tome 93. — SCHWARTZENBERG (R.-G.) : *L'autorité de chose décidée.*

Tome 94. — TAGAND (R.) : *Le régime juridique de la société d'économie mixte.* Epuisé.

Tome 95. — VALTER (G.) : *Le régime de l'organisation professionnelle de la cinématographie.*

Tome 96. — LALIGANT (M.) : *L'intervention de l'Etat dans le secteur agricole.*

Tome 97. — CHEVALLIER (J.) : *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active.*

Tome 98. — WIENER (C.) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres.*

Tome 99. — GARRIGOU-LAGRANGE (J.-M.) : *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics.*

Tome 100. — ETZION (D.) : *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Israël.*

Tome 101. — COLSON (J.-P.) : *L'Office du Juge et la preuve dans le contentieux administratif.*

Tome 102. — NEGRIN (J.-P.) : *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative.*

Tome 103. — MADIOT (Y.) : *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte-mixte en droit public français.*

Tome 104. — ESCARRAS (J.-C.) : *Les expériences belge et italienne d'unité de juridiction.*

Tome 105. — HEYMANN (A.) : *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie.*

Tome 106. — PIEROT (R.) : *Le statut de l'instituteur public.*

Tome 107. — LOSCHAK (D.) : *Le rôle politique du juge administratif français.* Epuisé.

Tome 108. — GAUDEMET (Y.) : *Les méthodes du juge administratif.*

Tome 109. — BERN (P.) : *La nature juridique du contentieux de l'imposition.*

Tome 110. — JACQUOT (H.) : *Le statut juridique des plans français.* Epuisé.

Tome 111. — BAYLE (G.) : *L'enrichissement sans cause en droit administratif.* Epuisé.

Tome 112. — BRECHON-MOULENES (C.) : *Les régimes législatifs de responsabilité publique.*

Tome 113. — BLUMANN (C.) : *La renonciation en droit administratif français.*

Tome 114. — FRANCK (C.) : *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel.* En réimpression.

Tome 115. — DU BOIS DE GAUDUSSON (J.) : *L'usager du service public administratif.*

Tome 116. — MESTRE (A.) : *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration.* Epuisé.

Tome 117. — LIVET (P.) : *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques.*

Tome 118. — LAVIALLE (C.) : *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français.*

Tome 119. — HOSTIOU (R.) : *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français.*

Tome 120. — GIROD (P.) : *Réparation du dommage écologique.*

Tome 121. — MESTRE (J.-L.) : *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des Communautés de Provence.*

Tome 122. — DELCROS (B.) : *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat.*

Tome 123. — THERON (J.-P.) : *Recherche sur la notion d'établissement public.*

Tome 124. — PY (P.) : *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux.*

Tome 125. — TRUCHET (D.) : *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.*

Tome 126. — HECQUART-THERON (M.) : *Essai sur la notion de réglementation.*

Tome 127. — PONTIER (J.-M.) : *L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences.*

Tome 128. — PAVLOPOULOS (P.) : *La directive en droit administratif.*

Tome 129. — FLAUSS (J.-F.) : *Les questions préjudicielles et principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative.* (S.P.).

Tome 130. — DI STEFANO (A.) : *La participation des fonctionnaires civils à la vie politique.*

Tome 131. — NGUYEN QUOC (V.) : *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales.*

Tome 132. — TERCINET (M.-R.) : *L'acte conservatoire en droit administratif.*

Tome 133. — FLOGAITIS (S.). : *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie.*

Tome 134. — CARBAJO (J.) : *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires.*

INDEX DES ABREVIATIONS

24.VI.1966, *Laquière*, 415	Arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 1966, *Laquière, Recueil Lebon*, p. 415.
Dijon, 2.I.1975, *S.N.C.F.*, 677	Jugement du Tribunal administratif de Dijon du 2 janvier 1975, *S.N.C.F., Recueil Lebon*, p. 677.
A.	Assemblée.
A.F.D.I.	*Annuaire français de droit international.*
A.J.	*Actualité juridique* puis *Actualité juridique, droit administratif.*
A.J.P.I.	*Actualité juridique, propriété immobilière.*
A.J.T.	*Actualité juridique, travaux.*
Ann. d'Aix	*Annales de la faculté de droit d'Aix-en-Provence.*
Ann. E.S.C.	*Annales Economie-Sociétés-Civilisations.*
Ann. Soc.	*Année sociologique.*
A.P.D.	*Archives de philosophie du droit.*
A.P.D.S.J.	*Annales de philosophie du droit et de sociologie juridique.*
Bull.	*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.*
C.D.J.-E.D.F.	*Cahiers de documentation juridique E.D.F.-G.D.F.*
C.J.E.G.	*Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.*
C.N.J.	*Cahiers de la nouvelle journée.*
c.n.q.s.	C'est nous qui soulignons.
Chron.	Chronique.
C. civ.	*Code civil.*
C.P.C.	*Code de procédure civile.*
C.G.I.	*Code général des impôts.*
Comm.	Commentaire.
C. du G.	Commissaire du Gouvernement.
C.S.C.D.G.	Commission supérieure de Cassation des dommages de guerre.
C.S.C.P.	Commission supérieure de Cassation des pensions.
Concl.	Conclusions.
Cons. Préf.	Conseil de préfecture.
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile.
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle.
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale.
D.	*Recueil Dalloz.*
D.P.	*Dalloz périodique.*
D.A.	*Droit administratif.*
Dial.	*Dialectica.*
Doctr.	Doctrine.
D.F.	*Droit fiscal.*
D.O.	*Droit ouvrier.*
Drt Soc.	*Droit social.*
E.D.C.E.	*Etudes et documents du Conseil d'Etat.*
Etudes Mestre	*L'évolution du droit public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre.*
Etudes Ripert	*Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert.*
Etudes Scelle	*La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle.*

Gaz. Pal.	*Gazette du Palais.*
G.A.J.A.	*Grands arrêts de la jurisprudence administrative.*
J.D.I.	*Journal de droit international.*
J.C.A.	*Jurisclasseur administratif.*
J.C.F.	*Jurisclasseur fiscal, impôts directs, traité.*
J.C.P.	*Jurisclasseur périodique (semaine juridique).*
Jurisp.	Jurisprudence.
Lang.	*Langages.*
L.F.	*Langue française.*
Légis.	Législation.
L.J.C.E.	*Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire publié pour commémorer son CL[e] anniversaire.*
L. & A.	*Logique et analyse.*
Mélanges Carré de Malberg	*Mélanges R. Carré de Malberg.*
Mélanges Couzinet	*Mélanges offerts à Paul Couzinet.*
Mélanges Hauriou	*Mélanges offerts à Maurice Hauriou.*
Mélanges Maury	*Mélanges offerts à Jacques Maury.*
Mélanges Stassinopoulos.	*Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos.*
Mélanges Waline	*Mélanges offerts à Marcel Waline.*
Misc. Van der Meersch.	*Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch.*
Multig.	Multigraphié.
N.	Note.
Obs.	Observations.
Recueil Eisenmann	*Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann.*
Recueil Gény	*Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény.*
Recueil Lambert	*Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert.*
Rev. adm.	*Revue administrative.*
R.C.L.J.	*Revue critique de législation et de jurisprudence.*
Rev. jurisp. adm.	Revue de jurisprudence administrative.
R.S.F.	*Revue de Science financière.*
R.S.L.F.	*Revue de Science et de législation financière.*
R.D.P.	*Revue du droit public et de la science politique.*
R.F.S.P.	*Revue française de science politique.*
R.F.S.	*Revue française de sociologie.*
R.G.A.	*Revue générale d'administration.*
R.I.D.C.	*Revue internationale de droit comparé.*
Rev. somm. jurisp.	Revue sommaire de jurisprudence.
R.P.D.A.	*Revue pratique de droit administratif.*
R.T.D. Civ.	*Revue trimestrielle de droit civil.*
R.T.D.E.	*Revue trimestrielle de droit européen.*
R.T.D.S.S.	*Revue trimestrielle de droit sanitaire et social.*
S.	Section.
S.	*Recueil Sirey.*
S.d.t.	Souligné dans le texte.
T.	Tome.
Tb.	Tables.
T.C.	Tribunal des Conflits.
T.D. 65-74	Tables décennales du *Recueil Lebon* pour les années 1965 à 1974.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE 1

PREMIERE PARTIE

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET LA NOTION DE STANDARD

TITRE PREMIER : LA DEFINITION DU STANDARD, NOTION INNOMEE DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE 13

Chapitre premier : LES INSUFFISANCES APPARENTES DES MODES CLASSIQUES DE LA DEFINITION JURIDIQUE 15

Section I : *La définition matérielle du standard est traditionnellement privilégiée* 15

Section II : *Les définitions organique et formelle du standard sont utilisées à titre accessoire* 35

Chapitre II : LES DEFINITIONS FONCTIONNELLES DE LA NOTION DE STANDARD ET LEURS LIMITES 49

Section I : *Les définitions fonctionnelles de la notion de standard* ... 50

Section II : *La nécessaire combinaison des définitions fonctionnelles avec des définitions classiques reconsidérées* 61

TITRE II : LE CHAMP D'APPLICATION DE LA NOTION DE STANDARD DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE 123

Chapitre premier : ESSAI DE TYPOLOGIE DES STANDARDS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE 125

Section I : *Les typologies matérielles* 126

Section II : *Les typologies contentieuses* 153

Chapitre II : STANDARDS ET POUVOIR NORMATIF DU JUGE ... 195

Section I : *La place du standard au sein du pouvoir normatif du juge* 195

Section II : *Les standards et le pouvoir discrétionnaire du juge* 217

DEUXIEME PARTIE

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET LA PRATIQUE DES STANDARDS

TITRE PREMIER : STANDARDS ET HYPERTROPHIE DU FAIT DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE 235

Chapitre premier : LES STANDARDS, LE FAIT ET LE DROIT 235

Section I : *Le contrôle de la mise en œuvre des standards par le juge* 237

Section II : *Critique de la conception du standard question de fait.* 260

Chapitre II : LE JUGE ADMINISTRATIF ET L'APPRECIATION DES STANDARDS 285

Section I : *Critique de la doctrine dominante du primat de l'appréciation* in concreto 286

Section II : *Les modes d'appréciation mis en œuvre par le juge administratif* 299

TITRE II : POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE ET JURISPRUDENCE POLITIQUE DES STANDARDS 355

Chapitre premier : LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DES STANDARDS 357

Section I : *La politique jurisprudentielle des mots et des chiffres* 358

Section II : *Une tentative d'interprétation de la politique jurisprudentielle des mots et des chiffres* 407

Chapitre II : LA JURISPRUDENCE POLITIQUE DES STANDARDS 419

Section I : *La politique des standards et la défense de l'administration par le juge administratif* 420

Section II : *La politique des standards et les valeurs de la société* .. 474

CONCLUSION GENERALE 498

INDEX DES NOMS 539

INDEX DES MATIERES 545

Parentibus mirabilissimis,
Uxori dilectissimae,
Puellulae jucundissimae,
Pius filius et maritus et pater
Hoc librum dedicat.

AVANT-PROPOS

Cette thèse paraît telle qu'elle a été soutenue il y a un peu plus d'un an, le 14 décembre 1978. Sauf en deux ou trois endroits, je n'ai pas jugé bon de la compléter ou de la modifier. Que l'on ne voie pas dans ce refus l'expression d'une quelconque satisfaction intime ou l'effet d'une insupportable jactance : je suis persuadé au contraire qu'ici et là j'aurais pu affiner l'analyse, marquer ou au contraire supprimer des nuances, alléger un développement, voire éviter des erreurs de détail. Mais rien de fondamental ne se serait ainsi trouvé modifié, et j'aurais accordé bien de l'importance à ce qui n'est qu'une œuvre de jeunesse que certes je ne regrette pas mais que je suis en fin de compte heureux de laisser aujourd'hui : j'espère qu'elle ouvre certaines voies; je suis certain qu'elle n'en clôt aucune encore que je souhaite pouvoir excepter de cette dernière proposition deux ou trois idées vieillies que ces pages veulent contribuer à écarter de la théorie juridique.

Toute ma reconnaissance va à M. Weil, directeur d'un grand libéralisme et vrai maître de subtilité.

Comment ne remercierai-je pas aussi mes parents et celle qui est devenue ma femme quelques semaines avant ma soutenance, tous les trois d'avoir entouré ce travail solitaire et aride de tant de chaleur et d'affection, d'avoir pardonné les humeurs parfois erratiques du « thésard », elle seule du long été passé à dactylographier ces pages, sans avoir pourtant de compétence pour ce faire, et mon père d'une aide généreuse sans laquelle cette étude, qui n'a pas reçu la plus petite subvention, n'aurait pu paraître.

Je ne veux pas enfin achever ces lignes sans dire toute ma gratitude à mon grand ami Frédéric Bluche, maître assistant d'Histoire du Droit, et à Mme Jean-François Auby, qui ont bien voulu lire et relire ces développements après leur dactylographie. Ils ne sont en rien responsables des erreurs qui y subsistent : ils ont évité qu'il y en ait davantage.

Stéphane RIALS
Metz, février 1980.

PREFACE

Etude de la jurisprudence administrative, le livrre de M. Rials constitue davantage encore une réflexion — et à quel niveau ! — sur la jurisprudence administrative. Manifestement fasciné par le nombre et l'importance des règles jurisprudentielles comportant des concepts relativement indéterminés, l'auteur a entrepris de percer ce mystère. Car si la notion de standard n'est pas aisée à cerner dès l'abord, sa pratique est omniprésente dans la jurisprudence. Et l'auteur d'en dresser un impressionnant catalogue : « normal », « exceptionnel », « particulier », « spécial », « excessif », « raisonnable », « suffisant », « sérieux », « fautif », « imprévisible », « proportionné » — et ce n'est là qu'un mince échantillonnage. Il se trouve pourtant que, si elle a été abondamment étudiée dans le cadre du droit privé, la technique de standard n'a, à quelques exceptions près, guère retenu l'attention des spécialistes du droit administratif. Phénomène surprenant, certes, mais qui permettra au lecteur de découvrir dans ces pages une face peu connue d'une jurisprudence qu'il croyait pourtant connaître.

Qu'est-ce donc que le standard, et quelle est sa fonction ? Voilà ce que M. Rials s'applique à rechercher dans la première partie de son ouvrage. Notion « innomée » de la jurisprudence administrative, son champ d'application est si vaste en effet qu'il appelle, par-delà une typologie qui en fera apparaître la diversité, une définition, qui en révélera l'unité. L'auteur définit dès lors le standard comme « une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci ». Ainsi conçue, cette technique constitue tout à la fois un « mode jurisprudentiel de formulation de la règle de droit » et un « instrument du pouvoir normatif du juge ». La notion même de standard permet, dès lors, « d'unir, dans une perspective d'ensemble, des concepts et des techniques à première vue distincts », puisque aussi bien son analyse révèle qu'à travers ses multiples incarnations le standard vise toujours « à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité ». La fonction profonde du standard apparaît ainsi comme une fonction de normalisation, de rationalisation, de régulation de l'ensemble du système juridique. Définition plus « fonctionnelle » que « conceptuelle », dirait le doyen Vedel; « notion stratégique », dit M. Rials.

Ce « travail définitoire », comme l'appelle l'auteur, une fois accompli, il restait à se pencher sur la pratique des standards dans la jurisprudence administrative. Tel est l'objet de la seconde partie de cette étude : l'auteur s'attache à examiner cette pratique au regard de la distinction classique du fait et du droit ainsi que de celle de l'appréciation *in concreto* et *in abstracto* par le juge administratif, ce qui le conduit à prendre du recul et à s'interroger sur la « politique jurisprudentielle » et la « jurisprudence politique » des standards.

Telle est, ramenée à sa plus élémentaire expression, la structure de ce livre doublement exceptionnel.

Exceptionnel, d'abord, par son projet, puisque aussi bien il lève le voile sur ce processus d'élaboration du droit à partir de l'abstrait, du général, de l'indéterminé, qui existe sans doute à un degré plus ou moins grand dans tous les systèmes juridiques, mais qui caractérise surtout ces systèmes de droit encore rudimentaires et de croissance lente — parce que trop proches du phénomène du pouvoir et de la souveraineté — que sont, à des titres différents il est vrai, le droit administratif et le droit international public. Les juristes de langue anglaise ont peut-être davantage étudié ce mécanisme du « développement » du droit que leurs collègues français : le livre de M. Rials comble à cet égard une lacune.

Exceptionnel, cet ouvrage l'est aussi par les qualités dont il témoigne. Un travail impressionnant, tout d'abord : des milliers d'arrêts dépouillés; une bibliographie de près de six cents titres; des lectures quasi exhaustives, s'étendant bien au-delà de la littérature du droit administratif, et même de la littérature juridique. Une maîtrise peu commune de la langue française, ensuite. Des facultés d'analyse, enfin, qui ne laissent échapper aucune nuance et rendent compte du moindre aspect de la réalité juridique.

Il n'est pas surprenant que lorsqu'elle a été présentée sous la forme d'une thèse de doctorat, ce soit sans hésitation que le jury ait accordé à cette étude les plus grandes distinctions. S'il a regretté un style — une écriture, dirait-on aujourd'hui — qui ne facilite pas la « communication » avec le lecteur, s'il a déploré aussi qu'une analyse aussi minutieuse ne débouche pas sur une synthèse mieux dessinée et plus stimulante, le jury a été unanime à saluer cette étude comme l'une des plus grandes thèses de ces dernières années. On peut être assuré que ce livre restera, non pas seulement comme le coup d'essai d'un jeune auteur brillamment reçu quelques semaines après son achèvement au concours d'agrégation, mais comme un maître livre de la science juridique.

Prosper WEIL,

Professeur à l'Université de droit,
d'économie et de sciences sociales de Paris.

« Le *Livre des Vers* dit :
" L'artisan qui taille un manche de cognée sur un autre manche,
" n'a pas son modèle éloigné de lui. " »

CONFUCIUS

« Les dénominations des choses qui nous affectent, c'est-à-dire qui nous plaisent et nous déplaisent, sont, dans les entretiens ordinaires des hommes, d'une signification flottante, parce que la même chose n'affecte pas de même tous les hommes, ni le même homme en des moments différents... C'est pourquoi, en raisonnant, on doit prendre garde aux mots qui, outre la signification de ce que nous imaginons de leur nature, en ont une aussi qui vient de la nature, des dispositions et des intérêts de celui qui parle. »

Thomas Hobbes, *Léviathan,* éd. Tricaud, 1971, p. 35.

INTRODUCTION GENERALE

1. *Standards et étonnement devant le droit.*

Les juristes, à l'instar de beaucoup d'autres, ne pratiquent guère cette vertu d'étonnement à laquelle les conviait M. Amselek il y a une dizaine d'années. « Comme si le banal, le familier à l'égard duquel notre faculté d'étonnement est ainsi émoussée, n'était pas lui-même aussi exceptionnel, aussi miraculeux que ce qui rompt avec lui » [1]. Et ce n'est pas un hasard si ces concepts anodins que nous baptiserons standards n'ont véritablement retenu l'attention, en tant que tels, des juristes, dans les années vingt, qu'à un moment où ceux-ci ont cru pouvoir leur assigner une mission à proprement parler exceptionnelle : celle d'accoucher d'un nouveau type de droit [2]. L'illusion morte, les petits mots sans grand relief apparent n'intéressent plus guère. Peut-être à tort si l'on s'accorde pour penser avec Wittgenstein que « les aspects des choses les plus importants pour nous sont dissimulés par la suite de leur simplicité et de leur banalité » [3].

Et, de fait, il n'y a pas de paradoxe à affirmer que la plus grande transparence de tout vocabulaire technique ou scientifique en général, et du vocabulaire juridique en particulier, est le signe de sa plus grande obscurité.

2. *Une définition provisoire du standard.*

Le travail définitoire qu'implique une étude du sujet nous retiendra assez longuement [4]. Et cela n'est pas sans poser un premier problème de méthode. C'est une proposition en effet unanimement admise aujourd'hui que l'on ne trouve que ce que l'on cherche (sauf exception) et que ce que l'on trouve

1. Amselek, « L'étonnement devant le droit », *A.P.D.,* 1968, p. 166 (les références complètes des articles et ouvrages sont en bibliographie). Point de vue comparable : Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit,* 1972, p. 68.
2. Voir *infra.*
3. *Investigations philosophiques,* § 129, cité par Bouveresse, « Langage ordinaire et philosophie », *Lang.* mars 1971, p. 36.
4. Voir *infra.*

modifie au fur et à mesure ce que l'on cherche. Or, pour ce qui est des standards, le moins que l'on puisse dire est que les cadres de la recherche initiale sont ténus.

Certes, il y a eu une véritable mode du standard juridique après la Première Guerre mondiale. Mais, on s'en apercevra, la mode, dans le domaine de la pensée, n'est guère propice à l'approfondissement de la recherche. Et cette mode-là ne pouvait, de par ses prémices idéologiques, aller à l'encontre de cette première tendance naturelle : elle s'enracinait par trop dans le terreau d'un bergsonisme et d'un sociologisme juridiques qui, quelque peu caricaturés, ne pouvaient inciter qu'au dénigrement d'un effort de définition proprement juridique.

Si bien que toute une génération de juristes, formée dans les années vingt et trente, sans doute dégoûtée d'un tumulte si vain, se dépêchera d'oublier jusqu'au terme même de standard. Voilà des questions « qui ont tant excité la curiosité des chercheurs juridiques » [5] et, pourtant, Roger Latournerie, en 1952, pourra affirmer, dans une étude au demeurant très complète, que « la notion de standard paraît étrangère à notre droit public » [6]. Voilà un terme qui, en 1927, était « en train de devenir une expression courante du langage juridique » [7] et qui, d'évidence, ne l'est plus s'il l'a jamais été.

Voilà un concept encore « familier aux juristes qu'intéressent les questions de méthode et de source du droit » [8] en 1938, dont M. Jauffret a pu dire récemment qu'alors il eût été hors de question de bâtir la moindre leçon d'agrégation sans y faire allusion [9], et dont pourtant M. Rivéro persiste à penser qu'il est « une notion essentiellement fuyante, floue, incertaine » [10]. Le standard est en bref l'arlésienne d'une abondante littérature : on en a beaucoup parlé et on ne l'a guère vu. Et, en l'absence d'un accord suffisamment unanime sur l'essentiel, deux partis furent pris : un parti très majoritaire, surtout chez les publicistes, qui fut de n'en plus parler, choix d'autant plus respectable que l'intelligence du droit ne s'en trouvait pas à première vue hypothéquée; choix très humain en tout cas puisqu'il est vrai qu'ainsi que le remarque M. Jestaz, « de même que les postulats sont, suivant une formule fameuse, la grande honte des géomètres, de même les notions indéfinies créent un malaise au sein de la science juridique » [11]. Un parti minoritaire, mieux représenté chez les privatistes et les philosophes du droit qu'ailleurs, qui fut d'en parler, mais peu et sans reprendre des problématiques qui lassaient d'autant plus que, ainsi qu'on le verra, elles n'étaient pas toujours solidement établies.

La notion, mal précisée au départ, s'affadit encore dans une certaine incohérence. Comme le dit M. Rivéro, on y mit « tantôt des références au comportement moyen des individus moyens..., tantôt une règle vague d'une essence très élevée, ... et c'est au fond le principe général, tantôt... une notion simplement floue » [12].

5. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, p. 13.
6. Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *L.J.C.E.*, p. 201.
7. Démogue, préface à Stati, *Le standard juridique*, 1927, p. 1.
8. Maury, « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », *Recueil Lambert*, 1938, t. 1, p. 421.
9. Jauffret, intervention à la suite d'une communication de M. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, 1971, t. 2, p. 121.
10. *Ibid*, p. 138. M. David, *ibid.*, p. 134 : « Chaque mot est un standard juridique. Je ne vois pas très bien la limite entre le terme juridique et le standard juridique. »
11. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, 1968, p. 9.
12. Contribution précitée.

Le débat se complique de ce que l'accord ne s'est jamais réalisé sur le point de savoir si les standards étaient véritablement du « droit », dans le sens particulier que revêt ce terme pour les juristes, point qui, implicitement, hypothèque encore la jurisprudence actuelle.

Aussi bien la définition provisoire qui nous sert de point de départ et qui ne peut être qu'une définition minimum, plus petit commun dénominateur des tendances souvent contradictoires de la doctrine, ne nous avance-t-elle guère : *le standard est un type de disposition indéterminée, plutôt utilisé par le juge, dont le caractère normatif est l'objet de contestations et qui met en jeu certaines valeurs fondamentales de normalité, de moralité ou de rationalité.* La référence, explicite ou non, à ces valeurs, dans la jurisprudence, inclinera à penser qu'il y a donc standard. L'outil, on le voit, reste grossier. Y a-t-il *a priori* quelque utilité à l'affiner ?

3. *L'intérêt d'une recherche sur la technique du standard dans la jurisprudence administrative.*

Cette recherche, cela a déjà été dit, part d'un étonnement : celui que tout lecteur du *Recueil Lebon* peut éprouver devant l'accumulation de termes tels que normal, manifeste, exceptionnel, imprévisible, sérieux, raisonnable, pour ne citer que quelques exemples. Et d'une hypothèse : celle que, par-delà les chapitres du droit administratif, ces notions ne peuvent pas ne pas présenter quelques traits de fonctionnement communs.

Il y a ainsi des raisons quantitatives et qualitatives à cette étude. Quantitatives : l'apparente prolifération des standards formels. Qualitatives : le pressentiment qu'il y a là un angle d'étude particulièrement opportun du travail du juge administratif de toute une série de points de vue; ceux notamment de son pouvoir normatif, de la distinction qu'il opère entre fait et droit, puisque, enfin, tout le monde s'accorde à voir dans les standards des notions frontalières, ceux des modes d'appréciation qu'il utilise, plutôt abstraits, ou plutôt concrets, et des politiques qu'il met en œuvre à première vue d'autant plus facilement que l'outil conceptuel est moins précis. L'étude du standard de la jurisprudence administrative n'est ainsi pas une fin en soi : elle est plutôt le moyen de confirmer, par des chemins différents, et peut-être de compléter certaines recherches récentes touchant au travail du juge administratif [13].

4. *Le choix du terme « standard ».*

Le profit escompté de la notion ne pourra être comptabilisé qu'au fil de la recherche. Mais était-il opportun, pour l'identifier, de recourir à un terme anglais, puisque, enfin, si standard fut à l'origine emprunté au français étendard, il ne fait guère de doute que ce mot n'a pas dans notre langue, en dépit de son utilisation fréquente et pluridisciplinaire, de véritables lettres de noblesse ?

Le choix du terme standard peut apparaître d'autant plus contestable que de nombreux auteurs le traduisent en français par celui de « directive » [14],

13. Voir notamment Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, 1972, Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, 1972, Mestre, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, 1974.
14. Braibant, concl. 24.IV.1964, *Villard, Drt. Soc.*, 433; Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, 1958, p. 49; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1932, t. 1, p. 221 (*Méthode...*); Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait*, 1932, p. 118; le traducteur de Hart, *Le concept de droit*, 1976, *passim;* Isaac, *La procédure administrative non conten-*

d'autres employant indistinctement les deux termes [15], d'autres encore s'attachant à lui trouver divers équivalents : « criterium » ou « critère » [16], « norme souple » [17], « paragraphes élastiques », « conceptions soupapes », « règles susceptibles de construction » [18] ou encore « type de comparaison » [19].

On pourrait à cela ajouter la subtile remarque de M. David : « Il est dommage que ce soit un mot anglais ou américain, parce que ce sont les Anglais et les Américains qui combattent le plus le standard juridique. Car, quand ils ont un standard juridique, ils s'efforcent de le réduire, petit à petit, par une masse de jurisprudence, à des règles précises. [20] »

Al Sanhoury, l'un des protagonistes du mouvement du standard dans les années vingt, estimait pourtant le terme standard intraduisible [21], encore qu'il employât lui-même parfois celui de directive.

Il est vrai que le terme de directive présente nombre d'inconvénients. Il est tout d'abord extrêmement polysémique, on aura l'occasion d'y revenir, ce qui ne favorise jamais la rigueur de l'analyse. Il est d'autre part, par les idées auxquelles il s'associe, insusceptible de rendre avec justesse la notion de standard. De fait, cette dernière est complexe, et c'est sans doute de cette complexité que sont nées les ambiguïtés qui ont toujours pesé sur elle. Elle contient, si l'on en croit les dictionnaires, les idées d'étalon, de modèle, de moyenne, de normalité, de conformité, toutes appartenant à un champ de significations assez homogène, mais néanmoins distinctes, voire elles aussi susceptibles d'acceptions diverses.

Le terme modèle, le modèle étant tantôt ce qui rend compte de ce qui est et c'est ce sens qui a le plus retenu l'attention ces dernières années, tantôt ce qui indique ce qui doit être, est probablement celui qui est le plus apte à traduire l'anglais standard [22]. Mais il est aujourd'hui trop utilisé pour ne pas être encombré d'arrière-pensées qui ne contribueraient pas en fin de compte à la clarification souhaitée.

tieuse, 1968, p. 354; Labatut, *Les restrictions conventionnelles expresses à la liberté individuelle du commerce, de l'industrie et du travail dans la jurisprudence française,* 1928, *passim*; Raux, « L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation », *A.J.,* 1967, p. 197; Rivéro, « Apologie pour les *faiseurs de système* », *D.,* 1951, chron. 23, p. 100; de Soto, Rev. som. jurisp., *R.D.P.,* 1949, 625; Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs,* 1954, p. 153; Vedel, *La notion de cause en droit administratif,* 1934, pp. 176 et 345; Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire,* 1959, p. 25.

15. Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit,* 1947, p. 218; Capitant, *L'illicite,* t. 1, 1929, p. 83; Dabin, *Théorie générale du droit,* 3e éd., 1969, p. 84; Di Qual, *La compétence liée,* 1964, p. 134; Lambert, *Introduction aux codes de la Russie soviétique,* 1932, p. 13; Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé,* 1936, p. 17; Marty, *La distinction du fait et du droit,* 1929, p. 211; Maury, contrib. précit., p. 421; Motulsky, *op. cit.,* p. 13; Roubier, *Théorie générale du droit,* 2e éd., 1951, p. 107; Weil, « Le critère du contrat administratif en crise », *Mélanges Waline,* t. 2, p. 847.

16. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise,* 1925, p. 23; Jestaz, *op. cit.,* p. 245; Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis,* 1921, p. 51; Légal, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle,* 1922, pp. 102, 113, 121, 127; Mathiot, *Les accidents causés par les travaux publics,* 1934, p. 181.

17. Di Qual, *op. cit.,* p. 134.

18. Expressions de la doctrine allemande selon Gény, *Science et technique en droit privé positif,* 1914, t. 3, p. 465 (*Science...*).

19. Mazeaud et Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* 5e éd., 1957-1960, t. 1, p. 487 ss.

20. Intervention à la suite de la communication précitée de M. Tunc, p. 134.

21. Al Sanhoury, *op. cit.,* p. 23.

22. Les sociologues traduisent standard par modèle le plus souvent. Ainsi Kellens, « La nouvelle sociologie de la déviance au R.U. », *Ann. Soc.,* 1975, p. 515.

Toutes ces considérations ont dû guider ceux des juristes qui font emploi du terme standard, parfois entre guillemets, marquant ainsi à la fois leur réticence devant un mot anglais et leur refus d'en utiliser un autre, parfois sans, attestant alors qu'ils considèrent que la probation a assez duré, quelques dizaines d'années après Lambert, Al Sanhoury et Maurice Hauriou [23]. Ainsi l'emploi du terme standard est sans doute regrettable, mais il est indispensable : il ne brille pas par la clarté, même dans sa langue d'origine, mais il ne ferme *a priori* aucune porte; surtout, il conserve un pouvoir évocateur suffisant pour la plupart des juristes, même lorsque ceux-ci ne le prennent pas en compte ou l'identifient avec difficulté.

5. Le juge administratif et la technique du standard : quel juge administratif ?

Les juridictions administratives sont nombreuses, et il serait difficile de prétendre en traiter exhaustivement. Par ailleurs, certaines juridictions peuvent n'être que partiellement administratives et leur jurisprudence s'avérer d'une fréquentation utile sur tel ou tel point.

Le choix fait ici, contestable comme tout choix, est de ne retenir au rang des juridictions étudiées que le Conseil d'Etat et les Conseils de préfecture ou tribunaux administratifs comme juridictions proprement administratives, et le Tribunal des Conflits et la Commission supérieure de cassation des dommages de guerre comme juridictions mixtes, la jurisprudence de telle ou telle juridiction, administrative ou non, pouvant bien sûr être citée ponctuellement.

Il y a peu à dire des trois premiers choix. Le quatrième, celui de la C.S.C.D.G., nécessite par contre une justification. L'édifice semi-administratif, semi-juridictionnel mis en place par la loi du 28 octobre 1946 était, pour sa partie juridictionnelle, composé de façon mixte de magistrats des deux ordres. Néanmoins, surtout au niveau suprême de la Commission supérieure des dommages de guerre, le juge administratif était prépondérant, des représentants du Conseil d'Etat, de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes se trouvant associés, et la présidence étant assumée par un membre du Conseil d'Etat [24]. D'ailleurs, lorsque la Commission supérieure fut supprimée par une loi du 28 juillet 1962, prenant effet à compter du 1er juillet 1963, les pourvois jusqu'alors portés devant elle le furent devant le Conseil d'Etat, dans les conditions du droit commun. Celui-ci exerça donc des pouvoirs de juge de cassation en la matière pendant dix ans, jusqu'à ce qu'une loi du 30 mai 1972 le fît juge d'appel [25]. Or il apparaît clairement que « le remplacement de la

23. Si certains auteurs emploient standard concurremment avec d'autres termes (*supra*), d'autres, ou les mêmes dans d'autres ouvrages, emploient exclusivement standard : Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif,* 2e éd., 1975, t. 2, p. 394. (Voir aussi Drago, n. A.2.XI.1973, *Soc. « Librairie Maspero », J.C.P.,* 1974, II, 17.642); Bernard *La notion d'ordre public en droit administratif,* 1962, p. 246; Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif,* 1935, pp. 137 ss.; Debelmas, *Les pratiques administratives comme sources du droit,* 1932, p. 83; Dejean de La Batie, *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français,* 1965, *passim;* Dorlencourt-Detragiache, *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français,* multig., 1972, p. 895; Gaudemet, *op. cit.,* p. 47; Sallé de La Marnierre, *Eléments de méthodologie juridique,* 1976, pp. 59 et 103; Moreau, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative,* 1957, pp. 111 et 126; Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique,* 1976, p. 94; Schneider, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques,* 1927, *passim;* Siorat, *Le problème des lacunes en droit international,* 1959, p. 317; Stati, *op. cit., passim*; Tanagho, *De l'obligation judiciaire,* 1965, *passim*; Tunc, contrib. précit.; Vouin, *La bonne foi,* 1939, p. 93; Zaki *L'imprévision en droit anglais,* 1930. p. 21.

24. V. Poussière, *Traité des dommages de guerre,* 1954 (extrait du *J.C.A.*), non paginé.

25. Auby et Drago, *op. cit.,* t. 1, p. 231.

défunte Commission de Cassation par le Conseil d'Etat n'a pas entraîné de profonds bouleversements de la jurisprudence » 26.

Si bien qu'en considérant *ab initio* la juridiction de cassation des dommages de guerre comme plutôt administrative, il ne semble pas que l'on trahisse la réalité.

6. *Le juge administratif et la technique du standard : quel contentieux ?*

L'ampleur de la matière aurait pu incliner au choix d'un nombre fini et restreint de contentieux. Pourtant tout choix préalable risquait d'être arbitraire dans une matière peu explorée, et de rendre plus difficiles certains développements : le standard est en effet, on le verra, de ces notions dont la pratique est plus instructive encore que la nature propre. Le passage d'un contentieux à l'autre permettra à cet égard de mieux préciser les points cruciaux du sujet.

7. *Le juge administratif et la technique du standard : quelle jurisprudence ?*

L'un des handicaps majeurs dans le cadre d'une étude jurisprudentielle du type de celle-ci, une fois effectué le choix de ne pas rejeter *a priori* tel ou tel contentieux, réside dans l'impossibilité d'un dépouillement systématique, et ce à deux titres.

Il est d'une part bien connu que les espèces ne sont que partiellement publiées. Cela est vrai pour le Conseil d'Etat, et plus encore pour d'autres juridictions. Certes, pour ce qui est de la Haute Assemblée, l'addition des publications des diverses revues à celles du *Recueil Lebon* donne un pourcentage satisfaisant. Mais certains inconvénients qui n'existent pas pour d'autres types de recherches jurisprudentielles apparaissent ici. Le premier inconvénient tient à ce que l'on peut supposer que les critères présidant au choix tendent à éliminer les décisions par trop banales ou répétitives : or, dans le cadre de l'étude du standard, la banalité, la répétition sont d'un grand intérêt. Le deuxième inconvénient réside dans la publication de simples résumés pour un grand nombre d'espèces : or, en la matière, ce n'est pas tant bien souvent la solution qui compte que la façon dont le juge y parvient.

D'autre part, et la contradiction avec la proposition précédente n'est que superficielle, le nombre des espèces publiées, disons depuis cent ans pour faire bonne mesure, est trop considérable pour permettre le dépouillement systématique qui conviendrait à une matière dispersée et parfois ignorée des abstrats. La contradiction n'est que superficielle puisqu'en effet dans la mesure où à un moment donné la publication n'est que partielle, on n'est jamais certain, en restreignant le champ chronologique de l'étude, de ne pas laisser de côté telle jurisprudence aujourd'hui résiduelle mais qui a pu marquer une étape importante pour la notion étudiée. Le cantonnement temporel condamne par ailleurs à l'ignorance de jurisprudences défuntes parce que trop liées à une époque donnée, et c'est le cas par exemple du contentieux des dommages de guerre ou de certains aspects du contentieux général ou du contentieux fiscal. Ou encore à la méconnaissance des modalités de la constitution de tel standard essentiel.

Ces contraintes et ces impératifs n'autorisent guère qu'un compromis. Celui auquel il a fallu se résoudre consiste à n'exclure *a priori* aucune période tout en privilégant la jurisprudence récente pour laquelle des dépouillements systématiques ont été faits. Les années 1963 à 1978 représentent ainsi la moitié du *corpus* d'un peu moins de trois mille décisions réuni, et seulement deux cents de ces décisions environ sont antérieures à 1920.

26. Fraisse, « Neuvième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.*, 1965, I, 1945.

Il faut enfin dire que, même pour la période la plus récente, la recherche méthodique n'a jamais visé à l'exhaustivité sauf en de rares exceptions, mais à l'absence de lacunes graves. Référencer, pour chaque sujet abordé, tous les arrêts publiés aurait alourdi sans profit la démonstration. L'excès inverse eût été aussi préjudiciable en ne permettant pas de relativiser le poids des standards cités et en n'autorisant pas la vérification. Un moyen terme à été choisi; celui de citer, lorsque cela était possible, un nombre d'exemples suffisant pour étayer chaque proposition de façon convaincante et pour marquer d'éventuelles nuances, sans donner à l'appareil critique des dimensions disproportionnées. Le même souci a poussé à ne pas citer pour chaque référence à un standard toutes les espèces dont on disposait mais seulement les plus directement utiles. L'*index* des matières permettra une rapide reconstitution de la jurisprudence afférente à chaque standard. Il est clair en effet que l'objet de cette étude n'est pas de juxtaposer une série de monographies portant sur chaque standard en particulier mais d'illustrer par des standards particuliers des propositions générales.

8. *Le choix d'un plan.*

Nous nous attacherons dans une première partie à mieux délimiter la notion de standard, en la définissant tout d'abord, puisque l'on a pu constater que beaucoup restait à faire à ce niveau très élémentaire, puis en recherchant ses subdivisions éventuelles et en la situant par rapport à la question fondamentale du pouvoir normatif du juge. Dans une deuxième partie nous essaierons de montrer que l'étude de la pratique du standard apporte les éléments d'une meilleure compréhension des modalités du contrôle juridictionnel et qu'elle favorise l'analyse du déploiement par le juge de ses politiques jurisprudentielles et de ses jurisprudences politiques.

PREMIERE PARTIE

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET LA NOTION DE STANDARD

9. *Introduction.*

La notion de standard, on l'a dit, n'a jamais été définie rigoureusement et exhaustivement. La nécessité d'une définition se trouve confrontée à deux obstacles de taille. Le premier : le standard est une notion innomée de la jurisprudence administrative, ce qui ne change rien au fait qu'il puisse y jouer un grand rôle, mais qui rend d'autant plus aigu le risque de verser dans l'arbitraire. Le second : les pratiques doctrinales sont relativement contradictoires; faire leur théorie impliquera toute une série de choix et donc un critère suffisamment solide.

Le critère adopté fut ici parfaitement finaliste : un critère de cet ordre est tout à fait condamnable lorsqu'il remodèle la réalité; il présente par contre des avantages au début d'une recherche. Le fil conducteur ou, si l'on veut, l'hypothèse des premières lectures fut donc celui-ci : puisque le standard a joué un rôle certain dans la doctrine juridique, ce sont nécessairement les interprétations les plus juridiques de cette notion qui la feront la plus adéquate à sa mission. Il eût pu advenir que cette hypothèse ne se confirmât pas, et il aurait fallu alors renoncer à la recherche, dès lors dépourvue d'intérêt pour le juriste, mais elle était la seule possible, la seule apte à faire descendre la notion de standard des brumes d'une psychosociologie du juge trop hâtivement brossée et aujourd'hui très dépassée dans les zones moins éthérées, mais de ce fait plus consistantes, du travail juridique.

A titre d'épreuve, *la définition du standard, notion innomée de la jurisprudence administrative* (*titre premier*), nécessairement un peu trop générale, sera confrontée à la réalité. Réalité interne à la notion : quelles sont ses subdivisions, est-elle véritablement homogène ? Réalité externe à la notion : y a-t-il d'autres notions auxquelles elle doive être rapportée, comment se combine-t-elle avec celles-ci, nous permet-elle de poser quelques principes concernant l'action du juge ? Bref, quel est *le champ d'application de la notion de standard dans la jurisprudence administrative* (*titre deuxième*) ?

TITRE PREMIER

LA DEFINITION DU STANDARD NOTION INNOMÉE DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

10. *Introduction.*

Trois modes de définition juridique sont classiquement mis en œuvre : la définition matérielle, la définition formelle, la définition organique. En l'espèce, de prime abord, ils apparaissent quelque peu décevants. Un quatrième mode de définition a depuis une trentaine d'années les faveurs de la doctrine : la définition fonctionnelle. De fait, elle nous apparaîtra moins nouvelle qu'on le dit parfois. Sa double caractéristique, qui est de ne pas exister à l'état pur et de jeter pourtant d'utiles lumières sur des débats usés, en fait plus un auxiliaire précieux des modes classiques de la définition juridique, qu'un véritable mode de définition. Mais ce renouvellement des perspectives anciennes n'est-il pas à soi seul un étonnant progrès ?

CHAPITRE PREMIER

LES INSUFFISANCES APPARENTES DES MODES CLASSIQUES DE LA DEFINITION JURIDIQUE

11. *Introduction.*

Une étude de l'histoire de la notion de standard montre qu'à ses origines du moins sa définition matérielle fut privilégiée. Non que les autres modes de définition fussent négligés. L'on verra même dans le deuxième chapitre les prodromes d'une définition fonctionnelle du standard dans les années vingt, surtout avec Maurice Hauriou. Mais, simplement, au début, définitions formelle et organique étaient, surtout la première, traitées de façon accessoire. Il n'y avait là au demeurant nul arbitraire, mais un choix très logique, aussi logique en tout cas que possible dans le cadre de l'étonnant creuset du mouvement du standard.

SECTION I

LA DEFINITION MATERIELLE DU STANDARD EST TRADITIONNELLEMENT PRIVILEGIEE

12. *Introduction.*

Le mouvement du standard, dans les années vingt, fut un mouvement profondément idéologique, au sens le plus ordinaire du terme qui fait référence à l'idée de systématisme. Le systématisme n'était certainement pas aux sources du mouvement : là, c'est d'éclectisme qu'il faudrait plutôt parler. Mais il était au cœur du dogme forgé à partir de ces leçons éparses.

Ce systématisme avec ses outrances ne peut guère apparaître aujourd'hui comme autre chose qu'une surprenante parenthèse dans l'histoire des doctrines juridiques. Il devait néanmoins hypothéquer durablement la notion de standard.

SOUS-SECTION I

Le mouvement du standard :

Bergsonisme, sociologisme et comparatisme juridiques dans les années vingt

§ 1. — La naissance du mouvement du standard

1° L'ENVIRONNEMENT :

13. *L'exemplarité de l'œuvre de Gény.*

Exemplaire, l'œuvre de Gény le fut dans le double sens descriptif et normatif de ce terme : exemplaire parce que tous les thèmes dominants de l'époque, qui forment le contexte du mouvement du standard, s'y trouvent et que son influence ne saurait à cet égard être assez prise en considération; mais exemplaire aussi, car cette œuvre véritablement magistrale sut limiter son apport et le garder d'excès qui sont toujours, lorsque le temps s'est écoulé, autant de rides.

Le XIX^e^ siècle se clôt, du point de vue des doctrines juridiques, par un mouvement mondial et de grande ampleur de réaction contre l'Exégèse. C'est une réaction contre un esprit : le scepticisme des positivistes quant au rôle de la raison pratique dans les disciplines juridiques. C'est une réaction contre une méthode : celle qui consiste à privilégier et même à n'utiliser que la déduction, la complétude du système juridique étant posée. C'est une réaction enfin contre un système de sources du droit qui découlait directement de cet esprit et de cette méthode : le système dans lequel la seule source admissible du droit est la loi [1].

L'œuvre de Gény [2] illustre parfaitement cette réaction dans toute son ampleur même si elle est largement tributaire des travaux d'un Ihering ou d'un Saleilles par exemple [3]. Parti d'une critique de ce qu'il appelle la « méthode traditionnelle », il parvient à la conclusion que « le système des conceptions abstraites et des constructions purement logiques apparaît impuissant à fournir à la recherche scientifique autre chose qu'un instrument de découverte, sans valeur objective, qui peut suggérer les solutions, mais incapable, à lui seul, d'en démontrer le bien-fondé; ni d'en éprouver le mérite intrinsèque et la vérité durable » [4]. Puis il fait le premier pas dans le sens du renversement des conceptions qui va être effectué par sa postérité en posant le principe de la nécessaire adaptation de « la formule rigide du texte légal » aux « situations et

1. V. Perelman, *Logique juridique, op. cit.*, pp. 51 ss. et pp. 113 ss., et Arnaud, *Les juristes face à la société*, 1975, pp. 105 ss.
2. *Méthode...* et *Science...*, précités.
3. Saleilles qui a préfacé *Méthode*, ouvrage qui d'ailleurs lui consacre des développements, pp. 12 ss. Saleilles qui ouvre surtout le mouvement dont nous allons parler avec *L'individualisation de la peine*. Cet ouvrage, 3^e^ éd., 1927, p. 4, s'ouvre par une phrase prophétique : « Il se produit aujourd'hui un mouvement général ayant pour objet de détacher le droit des formules purement abstraites qui... paraissaient le soustraire au contact de la vie » : L'idée d'individualisation du droit connaîtra une fortune considérable. On la retrouve chez Gény, chez Al Sanhoury et beaucoup d'autres (voir *infra*).
4. *Méthode*, t. 1, p. 203.

circonstances » [5]. C'est la généralisation des thèses de Saleilles sur l'individualisation du droit [6].

Dans *Science et technique*, il va plus loin encore en admettant que « la position centrale et normale de l'interprète consiste en une activité personnelle dont il importe de connaître les procédés » [7]. Activité personnelle qui ne doit pas être cependant une « influence personnelle » : l'interprète doit fonder « sa décision juridique sur des éléments de nature objective », ce que Gény appelle la « libre recherche scientifique; recherche libre puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive; recherche scientifique, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides que dans les éléments objectifs que la science seule peut lui révéler » [8].

14. *Bergsonisme et durkheimisme dans l'œuvre de Gény.*

Cet ensemble de considérations de Gény ne doit pas être dissocié, pour comprendre sa postérité, du climat intellectuel dans lequel baigne son œuvre. Ce climat peut se déterminer à partir de deux types de références : des références à des auteurs et des références plus implicites à des courants de pensée, exprimées par l'usage répété de certains termes.

Quant aux auteurs, le choix peut paraître difficile : Gény a une connaissance encyclopédique de son domaine et les citations foisonnent dans son œuvre.

C'est donc plutôt la relation de Gény à la pensée non juridique qui peut apporter des renseignements significatifs. A cet égard quelques noms doivent être retenus : celui de Ihering dont l'œuvre est autant celle d'un philosophe que d'un juriste [9], et à travers lui celui de Savigny [10]; ceux surtout de Bergson et de Durkheim. Et de Bergson plus encore, davantage cité et, semble-t-il, approuvé [11]. D'ailleurs, Gény lui emprunte la distinction du donné et du construit, si fondamentale dans son œuvre. Pour ce qui est de Durkheim et du sociologisme juridique en général, Gény se montre plus réservé. Il reproche au sociologisme sa négation trop absolue de la transcendance. Mais enfin, il estime ses apports « très précieux » et il pense qu'ils « contribueront, sans objection sérieuse, à assumer la direction de nos recherches méthodologiques dans une voie féconde » [12].

Marqué par les mouvements d'idées de son temps, Gény demeurait cependant fermement attaché à quelques cadres doctrinaux plus anciens et notamment au jusnaturalisme [13].

5. *Ibid.*, p. 212.
6. Gény parle d'ailleurs, p. 213, d'une « sorte d'individualisation judiciaire des droits privés ».
7. *Science*, t. 2, p. 75.
8. *Science*, t. 2, p. 78.
9. V. *Méthode*, t. 1^er^, pp. 8 ss., et *Méthode* et *Science, passim.*
10. V. l'hommage rendu à cet auteur, *Méthode*, t. 1^er^, p. 220.
11. Dans *Science*, t. 1, p. 77, Gény voit en lui l' « interprète le plus personnel et le plus éminent » de la réaction contre « l'hyperrationalisme »; il n'hésite pas, p. 79, à « relever, dans les résultats de la " philosophie nouvelle ", une direction riche et sûre, qui puisse et qui doive, si on l'accepte, influer sur la méthodologie du droit ». V. aussi, *ibid.*, p. 143, pp. 183 et ss., t. 3, p. 176, *etc.* Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e^ éd., 1949, p. 19, insistera sur le bergsonisme de Gény. Dans les années trente, un Argentin, Fragueira, donnera une lecture largement bergsonienne de l'œuvre de Gény. L'ouvrage de celui-ci est résumé par Toutsakovitch, « L'intuitionnisme bergsonien dans la philosophie du droit », *A.P.D.S.J.*, 1939, p. 238 ss.
12. *Science*, t. 1, p. 92 et p. 93; v. aussi t. 2, pp. 52 ss.
13. V. ainsi *Méthode*, t. 2, *passim*. Le témoignage du fils de François Gény, Bernard Gény, est par ailleurs précieux; « De la méthode et de la technique du droit privé positif

Ceci balançait cela et étayait de toute façon la critique de la méthode exégétique.

Au niveau des termes employés, l'équilibre semble cependant se rompre en faveur des implications modernistes du travail de Gény. Et celui-ci montre bien comment, au niveau de la doctrine juridique, deux pensées aussi différentes que le sociologisme durkheimien et le bergsonisme ont pu avoir des effets complémentaires et par suite renforcés. Ces deux courants initient à l'idée du nécessaire changement juridique. Le droit ne doit pas brimer le fait pour l'un et la vie pour l'autre. Le droit doit évoluer souplement et se dépouiller un peu de sa rigidité. Le vitalisme, l'évolutionnisme juridiques de Gény sont patents. Il critique vigoureusement ces « catégories logiques qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fond, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'*assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie* » [14]. Pour lui, bien souvent, « la mission du juriste se ramène à résoudre les intérêts, qu'il doit accorder, en concepts d'un maniement assez aisé et assez souple, pour enfermer la vie sociale dans un cadre accommodé à sa complexité, à sa mobilité, à sa fluidité incessante » [15]. Il dénigre l'abstraction et prêche un retour au « concret » [16], un « contact incessant avec les réalités plus sensibles qu'intelligibles que nous offre la vie morale ou sociale » [17].

15. *La modération finale de l'œuvre de Gény.*

Et pourtant Gény demeure étrangement modéré dans ses conclusions pratiques. Au cœur de son temps, il reste un classique, non sans quelques contradictions parfois peut-être, mais avec une grande fermeté. Il pressent clairement quelle boîte de Pandore s'est entrouverte et que les excès du nouveau courant risquent de dissoudre jusqu'à la notion même de droit.

Sans doute est-ce dans cette crainte qu'il faut chercher la raison de certaines de ses positions qui, avec le recul, peuvent sembler excessivement prudentes. Pour Gény, il n'est pas question de « recommander une façon d'impressionnisme dans l'application du droit » [18], ce qui tombe sous le sens, mais il ne convient pas non plus, et cela n'est pas sans surprendre dans une œuvre si souvent audacieuse, de reconnaître un véritable pouvoir prétorien à la jurisprudence. Gény fonde son point de vue sur des « raisons... essentiellement d'ordre constitutionnel » [19] qui seront maintes fois développées par la suite, et qui ne sont d'ailleurs pas indifférentes. Si pouvoir prétorien il y a, ce n'est qu'un pouvoir que nous appellerions d'*interprétation-création* par opposition à un pouvoir de *création originaire*. Gény oppose ici la nécessaire « libre recherche scientifique » à l'impossible création jurisprudentielle de « préceptes quasi législatifs [20].

à celles du droit administratif », *L.J.C.E.*, p. 279 : « ... se ralliant dans l'ensemble à la philosophie traditionnelle et largement humaniste, teintée de l'influence de Bergson et de Durkheim, il adhérait à la théorie du droit naturel ». La lecture de Gény incite à penser aussi que son œuvre a subi l'influence des grands philosophes chrétiens du XIX^e siècle et du début du XX^e, Lachelier, Boutroux, Blondel. En ce sens, v. Arnaud, *op. cit.*, p. 120, et Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 1re éd., 1968, p. 328.

14. *Méthode*, t. 1, p. 129 (c.n.q.s.). Les mots vie, vital, les expressions « exigences de la vie », « adaptation à la vie », ne cessent de revenir sous sa plume; v. aussi *ibid.*, pp. 219, 287, et t. 2, pp. 87, 188, *etc.*

15. *Science*, t. 1, pp. 163 et 164.

16. *Méthode*, t. 1, pp. 203 et 212.

17. *Science*, t. 1, p. 184.

18. *Méthode*, t. 1, p. 219.

19. *Méthode*, t. 2, p. 35.

20. *Méthode*, t. 2, p. 35.

L'inquiétude de Gény devant l'ampleur du mouvement nouveau se marque très nettement dans la seconde édition de *Méthode d'interprétation*. Il y critique les maximalistes tels que Cruet [21]. Il ne ménage pas non plus les œuvres plus tempérées d'un Planiol, pour qui « la jurisprudence se présente comme une coutume essentiellement mobile » [22], ou d'un Lambert, qui « tout en prônant avec ardeur la jurisprudence et ses résultats, n'a pas déclaré nettement s'il y voyait une source productive de droit positif au sens propre du mot » [23]. Il tremble enfin, ô combien justement, devant les incartades du « bon juge Magnaud » [24].

De fait, le cours des choses ne peut guère alors contribuer à le rassurer.

16. *La postérité de Gény et la dissolution de la notion même de droit.*

Bergsonisme et durkheimisme juridiques acquièrent, de 1900 à 1925, une ampleur considérable. La prolifération d'œuvres souvent mineures qui les prennent en compte, non sans, bien souvent, dans la polémique, les simplifier, l'atteste [25]. « La rêverie romantique est à son paroxysme » écrit Julien Bonnecase [26]. Jean Cruet rédige en 1906 et 1908 deux ouvrages qui constitueront en quelque sorte la charte de la fraction maximaliste des critiques de l'Exégèse [27]. Le premier de ces livres est encore assez modéré. Il assigne au juge la mission d' « adapter les dispositions rigides (des textes) à une réalité mouvante » [28], ce qui ne marque guère de progrès par rapport à Gény. Il reconnaît aussi un pouvoir créateur originaire au juge et notamment au juge administratif, ce qui alors n'est plus tout à fait original [29]. *La vie du droit* va beaucoup plus loin et est construite autour de l'idée que « le droit ne domine pas la société : il l'exprime » [30]. Ce sociologisme n'est pas en lui-même critiquable; ce qui l'est, c'est l'interprétation qu'en donne Cruet et qui va être celle de tout le courant sociologique du temps. Il y a en effet deux sociologismes juridiques possibles : l'un se contente de poser que le droit ne doit pas être soustrait à l'investigation sociologique, ce qui est de bon sens; l'autre, niant *a priori* toute autonomie, même partielle, de la matière juridique, toute dialectique, même limitée, entre le droit et les autres instances sociales, et délaissant l'étude du travail du juge, c'est-à-dire la sociologie judiciaire, ne tarde pas à dissoudre le droit dans le fait et à concevoir le juge sous la forme d'une simple plaque photographique qu'impressionnerait une société abusivement simplifiée et homogénéisée. C'est cette tendance, profondément idéologique, dans le mauvais sens du terme, qu'illustre admirablement Cruet dans *La vie du droit*. Elle ne présente pas qu'un intérêt historique, on le verra, puisqu'elle a des ramifications implicites jusque

21. V. *infra; Méthode*, t. 2, pp. 235 ss.

22. *Méthode*, t. 2, pp. 261 ss. (A propos de l'édition de 1899 du *Traité élémentaire de droit civil*).

23. *Méthode*, t. 2, pp. 263 ss. (A propos de *La fonction du droit civil comparé*, très volumineux ouvrage paru en 1903; par la suite, Lambert lèvera toute ambiguïté, ainsi qu'on le verra.)

24. *Méthode*, t. 2, pp. 287 ss.

25. Les travaux de Bonnecase sont un utile fil conducteur pour la période. V. notamment *Science du droit et romantisme*, 1928, surtout pp. 52 ss. et 312 ss.; et *Introduction à l'étude du droit*, 2e éd., 1931, p. 339.

26. *Science du droit et romantisme*, p. 313.

27. *Etude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif*, 1906, et surtout *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.

28. *Etude juridique...*, p. 434.

29. *Ibid.*, p. 435 ss.

30. *Op. cit.*, p. 336.

dans les grands principes qui président aujourd'hui encore au contrôle du juge administratif dans le cadre des contentieux de l'annulation [31].

La thèse centrale de Cruet est en effet que la mission du juge est « d'individualiser le droit », d'aller « de la question de fait à la question de droit », d'aller « du complexe au simple, du concret à l'abstrait », que si « la loi vient d'en haut, les bonnes jurisprudences se font par en bas ». Le droit ainsi créé « présente un caractère éminemment scientifique : un recueil d'arrêts, c'est une collection d'expériences juridiques sans cesse renouvelées, où l'on peut saisir sur le vif la réaction des faits sur les lois » [32]. Certes, la tentative de Magnaud est condamnée [33], mais il est aisé d'apercevoir l'accélération imprimée au courant nouveau.

Par la suite, le maximalisme sera représenté par d'autres noms tels que celui de Gaston Morin [34]. Et les grands thèmes du bergsonisme et du durkheimisme juridiques, incorporés à la culture juridique moyenne, feront partie de ces passages quasi obligés que chaque époque connaît et vis-à-vis desquels la critique s'émousse jusqu'à ce que la mode change. Alfred Légal, dans une thèse au demeurant excellente, s'attachera à « ces expressions qui n'ont rien de proprement juridique, qui sont empruntées à la langue de tous les jours et font appel à l'imagination, à l'intuition, beaucoup plus qu'à la raison » [35], admettant que les tribunaux, « dans la majorité des cas, se laissent guider par leur instinct de justice, plutôt que par des raisonnements abstraits » [36]. Milivoïé Markovitch posera que « le courant de la vie est une force élémentaire qui rebute les systèmes logiques et moraux artificiels » et que « c'est dans la réalité de la vie économique et sociale qu'il faut descendre pour découvrir la vraie source du droit » [37]. Schneider citera directement le Bergson de *L'évolution créatrice* [38]. Zaki louera « l'intuition » et le travail juridique qu'elle permet, « délicat et pratique à la fois, mais qui répond mieux aux réalités des choses parce qu'il puise directement aux sources de la vie » [39]. Al Sanhoury estimera que, de plus en plus, dans l'esprit du juge, « l'intuition et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique » [40].

31. On peut voir dans l' « existentialisme juridique » du président Chenot, qui n'est en fait qu'un existentialisme juridique parmi d'autres, et certainement pas le plus élaboré, une résurgence du mouvement du début du siècle. V. concl. 10.II.1950, *Gicquel*, 100; « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1950, pp. 77 ss.; « L'existentialisme et le droit », *R.F.S.P.*, 1953, pp. 57 ss.; et la magistrale critique de M. Rivéro, « Apologie pour les *faiseurs de systèmes* », *D.*, 1951, chron. 23, pp. 99 ss. D'autres théories du milieu du siècle ne semblent pas avoir parfaitement surmonté les hypothèques du sociologisme d'il y a soixante ans : ainsi la doctrine des « faits normatifs » de Gurvitch, au demeurant plus complexe et nuancée. Mais l'intérêt particulier des positions de M. Chenot provient de l'impact qu'elles n'ont pu manquer d'avoir, de par sa situation éminente, sur une Haute Assemblée dont elles confortaient, on le verra, les tendances profondes.

32. *La vie du droit*, pp. 73 ss.

33. *Ibid.*, pp. 76 ss.

34. Notamment dans son livre au titre significatif, *La révolte des faits contre le code*, 1920.

35. Légal, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle*, 1922, p. 7.

36. *Ibid.*, p. 8.

37. *Op. cit.*, p. 5.

38. *Op. cit.*, p. 57.

39. *Op. cit.*, p. 38.

40. « Le standard juridique », *Recueil Gény*, t. 2, p. 146. Les citations pourraient être faites par dizaines. Al Sanhoury, *Les restrictions...*, *op. cit.*, critique, p. 44, « l'abstraction logique » et fait, p. 50, l'éloge de « l'individualisation de la justice » et de l' « adaptation, conforme à la loi universelle d'évolution ». Dans le « standard juridique », contribution précitée, il reprend, p. 144, le thème de l'individualisation : « le droit privé, à l'instar du droit pénal, doit être individualisé : à chaque situation juridique sa solution propre, individuelle, la solution la plus appropriée aux circonstances particulières de cette situation »; Crisafulli, *De la « négligence » dans la « law of torts » du droit anglais*, 1939, p. 39, vante le « caractère casuistique et concret » du droit anglais et son éloignement « de toute tendance à l'abstraction ». L'œuvre d'un Henri de Page est aussi particulièrement significative. Dans *De l'interprétation des lois*, 1925, il part d'une critique assez vigoureuse des excès qu'il observe, p. 83 : « Qu'est-ce que le donné réel, la " vie sociale " dont parlent certains auteurs ?... La science ne peut se satisfaire de concepts pareils, dont l'extension est en raison inverse de la compréhension. » Mais, bientôt, son propos ne se distingue guère de ceux qu'il a vilipendés, il n'est plus question que de retour au « donné sociologique » (p. 100), d' « *homo socialis in concreto* » et autres concepts qui ne contribuent guère à faire la clarté. V. aussi Debelmas, *op. cit.*, p. 22, qui estime que les administrateurs et les juges ont pour mission de donner une « mobilité bienfaisante » aux textes.

Or, Légal, Markovitch, Schneider, Zaki et surtout Al Sanhoury sont parmi les protagonistes du mouvement du standard dans les années vingt et trente. La conclusion s'impose : le mouvement du standard s'est constitué, dans la postérité du maître nancéien, à partir de la frange la plus audacieuse, la plus imprégnée des pensées en vogue, du vaste courant de remise en cause de l'Exégèse. Et ce n'est nullement un hasard si parmi les juristes plus anciens, l'un des plus intéressés se trouvera être Maurice Hauriou que Duguit se plaisait à nommer le « Bergson des doctrines juridiques » [41].

Les lignes de recherche ébauchées par deux de nos contemporains, les professeurs Tunc et Weil, apparaissent ainsi fructueuses. Le premier conseillait de se tourner vers l'étude de « l'atmosphère idéologique en quelque sorte dans laquelle a été présenté le standard » [42]. Le second, évoquant le standard à l'occasion de l'arrêt *Rivière du Sant*, parlait d' « impressionnisme juridique » [43].

2° Les protagonistes :

17. *L'Ecole de Lyon : Edouard Lambert.*

On trouve bien une ébauche de théorie de la directive chez Gény lui-même. Mais ce qu'il appelle les « directives du juriste » [44] ne correspond que très imparfaitement, encore qu'elle la préfigurent, à la notion de standard que va, peu après, dégager l'Ecole de Lyon sous l'impulsion magistrale d'Edouard Lambert. La notion qu'il élabore est d'ailleurs mieux rendue par le terme directive que la notion de standard dont on a dit que ce terme français ne contribuait pas à l'éclairer. Pour Gény, les directives sont les impératifs qui enserrent l'interprétation judiciaire. Ce sont des « lisières qui limitent sa liberté et en arrêtent les excès » [45]. Lisières tenant à l' « appui formel » que doit souvent prendre le juge sur la loi. Lisières plus ténues et aux mailles plus larges

41. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. 1, 1927, p. 25. Ce jugement de Duguit doit cependant être relativisé. Dans la vaste et éclectique culture d'Hauriou, Bergson n'était probablement pas l'une des pièces essentielles. Son fils, André Hauriou, estimera que sa pensée a « été surtout influencée par Auguste Comte, Platon et Saint-Thomas », ajoutant : « de Bergson, il a retenu des positions ou des éléments de méthode ». (Préface à Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, 1966, p. VI.)

Dans le même sens, Laubadère, « Le doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », Rapport aux *journées Hauriou de Toulouse*, 1969, p. 210; de Page, *A propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit*, 1931, p. 93, croyait pourtant pouvoir parler du « vitalisme d'Hauriou ». On notera que Duguit, pourtant marqué au plus haut point par Durkheim, a toujours été très réticent vis-à-vis du courant étudié.

42. Contribution précitée, p. 108; v. aussi Roubier, *Théorie générale du droit*, 2e éd., 1951, p. 75.

43. Weil, « Le critère du contrat administratif en crise », *Mélanges Waline*, t. 2, p. 847 (à propos de 19.I.1973, *Soc. d'exploitation de la rivière du Sant*, 48).

44. *Méthode*, t. 1, p. 221 (s.d.t.).

45. *Ibid.*

tenant aux « éléments sociaux d'ordre général, puisés dans la nature des choses » auxquels le juge doit éventuellement se référer en se gardant alors de « statuer au gré de sa fantaisie » [46].

On qualifie d'Ecole de Lyon le petit groupe de juristes, très souvent étrangers, qui donna aux études comparatives en France un essor remarquable après la Première Guerre mondiale. L'Institut de droit comparé de Lyon, fondé et dirigé par Edouard Lambert, fut le lieu de cristallisation des tendances dont nous avons parlé autour de la notion de standard. Comme l'Institut disposait d'une bibliothèque qui éditera en une vingtaine d'années un nombre considérable de thèses et d'ouvrages divers, la divulgation de la théorie nouvelle bénéficia de l'effet de concentration en résultant. Tous les livres publiés n'avaient certes pas trait au problème du standard, mais c'était le cas de bon nombre d'entre eux.

Lambert lui-même ne se contenta pas d'orienter les travaux de ses étudiants en ce sens. Dans son énorme *Fonction du droit civil comparé,* ouvrage paru en 1903, il avait posé les grands principes des études comparatives et affirmé l'importance du rôle de la jurisprudence [47]. Dans *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis,* en 1921, il ouvrit le mouvement du standard en France en analysant avec précision les instruments du contrôle constitutionnel de la Cour suprême des Etats-Unis, au rang desquels le *rule of reasonableness* et le *due process of law* [48]. Le pragmatisme dans le maniement de ces outils était souligné par Lambert qui citait notamment ce *dictum* émis par le juge Day au début de ce siècle : « Que faut-il entendre par *due process of law* ? (La) Cour a eu de fréquentes occasions de l'examiner, et elle s'est toujours refusée à donner une signification précise, préférant en laisser le champ d'application à la décision judiciaire quand les cas s'élèvent de temps à autre. » [49]. Mais l'ouvrage de Lambert ne s'en tenait pas à cette pure description : il introduisait en France la théorie assez récente alors du doyen de Harvard, Roscoe Pound, visant à rendre compte de l'utilisation de plus en plus fréquente de notions mal définies dans le champ du droit [50].

18. *Roscoe Pound et la naissance de la théorie des standards.*

L'œuvre de Roscoe Pound ne doit pas être distinguée du vaste mouvement dont nous avons vu les manifestations françaises, mais dont l'ampleur fut en fait européenne et américaine. L'Allemagne notamment avait connu une activité intellectuelle intense dans les milieux juridiques en réaction à la « jurisprudence des concepts » (*Begriffjurisprudenz*) qui faisait prévaloir, à la manière de l'Exégèse en France, un formalisme excessif dans l'interprétation. Les deux mouvements, souvent mêlés, de l'*Interessenjurisprudenz* et du *Freirecht* étaient d'ailleurs bien connus dans la France des années vingt, et notamment le livre de Kantorowicz, signé de façon très significative, Gnaeus Flavius [51].

46. *Ibid.* Cette théorie de Gény n'est pas sans préfigurer dans une certaine mesure celle d'Hauriou dont il sera question *infra.*

47. *Op. cit.* Le rôle de Lambert apparaît avoir été déterminant dans l'essor des études comparatives en France. Gény n'avoue-t-il pas dans la deuxième édition de *Méthode,* t. 2, p. 267, que lors de la première, en 1899, « on soupçonnait à peine la possibilité » d'une aussi importante fonction du droit comparé ? Des études de qualité, dont il a déjà été ou dont il sera question, comme celles de Marc Ancel, Vincent Crisafulli ou Alfred Légal, n'auraient certainement pas été possibles sans ces premiers efforts.

48. *Le gouvernement des juges...,* pp. 51 ss.

49. *Ibid.,* p. 57.

50. *Ibid.,* pp. 204 ss.

51. *Der Kampf um die Rechtwissenschaft,* 1906. (La lutte pour la science du droit). Sur la connaissance que l'on avait de ces théories en France, voir la deuxième édition de *Méthode, passim.* V. aussi, pour plus de détails, Roubier, *op. cit.,* pp. 75 ss.; Brimo, *op. cit.,* pp. 348 ss.; Perelman, *op. cit.,* pp. 51 ss.; Siorat, pp. 45 ss.

Mais c'est néanmoins le monde anglo-saxon qui devait influencer le plus l'évolution des doctrines françaises des années vingt. Les raisons de cette suprématie sont, semble-t-il, au nombre de deux. La première est d'ordre général : dans tous les domaines le modèle américain tend à partir de la guerre à supplanter le modèle allemand, si important pour la France de 1870 à 1914 [52]. Dans le champ propre des doctrines juridiques, ce qui fut un ébranlement en Allemagne et plus encore en France, ne fut qu'un approfondissement dans le monde anglo-saxon, monde de *Common law* qui n'avait jamais entendu le droit à la manière continentale. Cet approfondissement disposait d'une réalité dont il visait à rendre compte et pouvait ainsi éviter les excès caractéristiques de la réaction continentale. Comme l'a écrit justement Lambert, l'essor des standards n'était dû qu'à « la préoccupation de contenir le *Statute law* dans les cadres traditionnels du *Common law* » [53]. Projet qui n'était guère révolutionnaire.

L'œuvre de Pound est importante et la théorie du standard n'en forme à vrai dire qu'un appendice [54]. Les thèses fondamentales de Pound se ramènent à l'idée que le rôle du juge est de confronter en permanence la technique juridique aux intérêts sociaux dont il doit se faire l'interprète [55]. La notion de standard a dès lors pour but d'aider à la manifestation de ces intérêts sociaux cependant que règles, principes et conceptions forment l'essentiel de ce que nous avons appelé technique juridique [56].

Cette tétralogie règles - principes - conceptions - standards, qui n'est pas toujours d'une absolue clarté, fut mal comprise par la majorité de la doctrine française du standard, ainsi qu'on le verra. Pour Pound en tout cas, il n'y avait pas d'ambiguïté : Le *rule* n'était pas la « règle de droit » au sens où on l'entend en France. Le *rule,* comme l'a fort bien vu Lambert, ce sont les solutions de détail dégagées des précédents judiciaires », les « solutions jurisprudentielles »,

52. V. notre ouvrage *Administration et organisation,* 1977, pp. 49 ss.

53. *Le gouvernement des juges...,* p. 53; v. aussi Brethe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *op. cit.,* p. 220. Sur la *Common law,* v. Ancel, *La Common law d'Angleterre,* 1927, et David, *Introduction à l'étude du droit privé d'Angleterre,* 1948; sur la notion de « raison », v. Ancel, pp. 199 ss.; David, pp. 155 ss.; Bodenheimer, *Jurisprudence, the philosophy of the law,* 1962, pp. 303 ss.; Schwartz, *Le droit administratif américain,* 1952, pp. 173 ss.; Wade, *Administrative law,* 3e éd., 1971, pp. 70 ss. et 325; Gain, « Le contrôle juridictionnel de l'interventionnisme économique; l'exemple des commissions américaines », *R.D.P.,* 1974, p. 1097; Pépy « Justice anglaise et justice administrative française », *E.D.C.E.,* 1956, p. 163; Tixier, « La règle de *reasonableness* dans la jurisprudence anglo-américaine », *R.D.P.,* 1956, pp. 276 ss.; v. aussi, du même auteur, « La clause de *due process of law* et la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis », *R.D.P.,* 1961, pp. 797 ss.

54. Aux Etats-Unis, s'apparentent au même courant, à l'époque ou un peu avant, Holmes, Brandeis, Cardozo, Lleweleyn. L'influence de William James et du pragmatisme semble avoir joué le rôle tenu en France par celle de Bergson. Par ailleurs, de même qu'en France le durkheimisme introduisait une analyse du normal et du pathologique (v. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique,* 17e éd., 1968, pp. 47 ss.) qui ne pouvait pas manquer de favoriser l'insertion de la théorie du standard, de même aux Etats-Unis l'école culturaliste naissante posait clairement les notions de « modèle social » et de « norme sociale » qui ne sont pas indifférentes au sujet (v. Castellan, *Initiation à la psychologie sociale,* 1970, p. 75); dès 1935, la synthèse de ce courant devait être d'ailleurs faite par Linton dans *The study of man.* Quant au terme standard, Stati, *op. cit.,* p. 34 ss., remarque qu'il n'était pas employé au XIXe siècle et qu'il n'apparaît dans la *Cyclopedia of law and procedure* que dans le supplément de 1918. Il ne semble pas en tout cas que Pound en ait été l'inventeur.

55. V. Brimo, *op. cit.,* pp. 350 ss.

56. Sur les conceptions de Pound concernant le standard, voir la communication qu'il a faite au congrès de l'*American Bar Association,* 1919, ainsi que *An Introduction to the philosophy of Law,* 1922, pp. 116 ss. et *Social control through law,* 1942, pp. 42 ss. V. aussi Freund, *Standards of american legislation,* 1926 et Grafton Rogers, « Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire », *Recueil Gény,* t. 2, pp. 552 ss.

« dont chacune s'explique en vertu de la force du précédent, toutes les fois que la même espèce de litige, le même point de droit se représente devant les juges » [57]. L'on est donc très loin de l'expression française « règle de droit ». Et le paradoxe est que l'expression qui rend le mieux compte en français de l'idée de *rule* est peut-être celle de directive jurisprudentielle au sens que certains auteurs lui accordent [58].

Les *principles* sont les fondements essentiels des *rules*, leur matrice en quelque sorte. Pound parle de « points de départ faisant autorité dans le raisonnement juridique » [59]. Des *rules*, on peut toujours remonter aux *principles* et, à partir de ceux-ci, il est loisible de concevoir de nouveaux *rules*.

Les *conceptions* représentent un stade encore supérieur d'abstraction. Elles opèrent une classification rigoureuse de tous les rapports juridiques individuels en catégories, dont chacune est réglée par un précepte légal qui s'applique automatiquement à tous les cas rentrant dans cette catégorie sans prendre en considération quelque caractéristique concrète ou quelque implication sociale que ce soit [60].

Face à ces trois instruments, le standard est pour Pound un type de notion dont la vocation est au contraire d'être souple et de permettre la prise en compte de valeurs non proprement juridiques. Il le définit comme une « mesure moyenne de conduite sociale correcte » [61]. Ses caractéristiques sont au nombre de trois [62] :

— Il implique un certain jugement moral sur les conduites humaines;

— Il n'exige pas un véritable savoir juridique, mais plutôt du bon sens pour ce qui est des choses de la vie courante (« *Common sense about common things* ») et une intuition bien entraînée pour ce qui est extérieur à l'expérience du commun des mortels;

— Il n'est pas formulé avec précision, ni par le législateur ni par le juge, mais varie avec le temps, le lieu et les circonstances. Il ne saurait ainsi être mis en œuvre qu'en prenant en considération les faits de l'espèce. Le standard implique une marge de discrétion (« *a margin of discretion* ») pour celui qui l'applique, encore qu'il doive être conçu en conformité avec l'idéal en vigueur à un moment donné (« *the authoritative ideal* ») [63].

Pound donne ici et là des exemples de standards : la raisonnabilité (*reasonableness*), la loyauté (*fairness*), la prudence, la diligence, la conscience, (au sens de consciencieux), la bonne foi, *etc.*

Il énonce enfin des propositions dont nous verrons le profond intérêt à la fin de cette thèse. Ainsi celle-ci : « La mise en œuvre du standard de raisonnabilité était régie par les clichés d'une société de pionniers, de ruraux, d'agriculteurs : ceux d'une société urbaine et industrielle comme l'est la société actuelle donnent des résultats bien différents. » [64]

La théorie de Pound se complique de sa prise en compte d'un phénomène propre aux Etats-Unis, mais dont les implications ne sont pas sans intérêt pour nous : celui des commissions administratives. Nombreuses aux Etats-Unis, elles ont un pouvoir à la fois réglementaire et juridictionnel. Ce nouveau type de

57. Lambert, *op. cit.*, p. 205.
58. V. *infra.*
59. *Social control...*, *op. cit.*, p. 45.
60. *Ibid.*, p. 47, et Lambert, *op. cit.*, p. 205.
61. Communication à l'*American Bar Association; Social control*, p. 48.
62. *An introduction...*, p. 118.
63. *Social control...*, p. 48.
64. *Ibid.*, p. 44.

justice, que Pound appelle administrative, lui semble présenter des avantages considérables et impliquer une utilisation particulièrement active des standards, ceux-ci devant être bien mis en œuvre par « des hommes ayant une longue expérience de la catégorie d'actes de conduite sociale qu'il s'agit de juger et de réglementer » [65].

Ces idées préfiguraient ici celles qui, en France, ont entraîné la création des ordres. Un point capital cependant : Pound n'exclut pas le moins du monde le contrôle du juge de profession sur ces standards [66]. Le bilan de l'œuvre de Pound ne semble donc pas ambigu : le standard, dont il donne une définition matérielle, est pleinement une norme juridique. Sa référence à l'idée de « marge de discrétion » ne doit pas égarer [67].

19. *L'Ecole de Lyon : les disciples et la généralisation du mouvement.*

Lambert avait ainsi, dès 1921, introduit le concept de standard et l'œuvre de Pound en France. Le sujet ne cessera jamais de l'intéresser [68]. Et il encouragera toute une génération d'élèves à se pencher sur la nouvelle notion. La thèse d'Al Sanhoury [69] ouvrait la voie à une série d'études dont le thème central était le standard [70].

Dans une seconde phase, le terme entre dans le vocabulaire juridique usuel, ce qu'attestent les ouvrages déjà cités [71]. Les plus grands auteurs de l'époque, même lorsqu'ils n'emploient pas les expressions de standard ou de directive, n'échappent pas à la problématique qu'elles supposent [72].

Et, pourtant, il n'apparaît pas que le travail français sur la notion ait contribué à l'éclaircir, bien au contraire. Le débat s'est tôt concentré sur des questions en vérité secondaires, le passage de la notion du monde anglo-saxon au droit français ne s'est pas effectué avec une suffisante rigueur, la doctrine enfin est apparue comme frappée de psittacisme à quelques nuances près.

Surtout, et même si cela n'affecte en rien la question propre de la définition du standard, il semble que le sujet ait peu passionné les publicistes français, mis à part Hauriou. Encore celui-ci, on y reviendra, engageait-il le débat sur un terrain bien particulier. La spécificité du droit administratif français a peu incité nos publicistes aux études comparatives, au moins jusqu'à une période récente, ce qui est amplement fondé d'un point de vue matériel, mais ce qui l'est moins d'un point de vue formel et organique : car, vu sous cet angle, le droit

65. *Ibid.*, p. 206.
66. *Ibid.*, p. 218.
67. Si la notion de standard n'a connu qu'une gloire éphémère en France, elle est toujours utilisée dans le monde anglo-saxon. V. Bodenheimer, *op. cit*, pp. 296 ss.; Stone, *Legal system and lawyers' reasonings*, 1964, pp. 263 ss.; Bayles, « *Legal principles, rules and standards* » *in Le raisonnement juridique*, Actes du Congrès mondial de philosophie du droit, *L. & A.*, mars-avril 1971, pp. 223 ss.
68. V. *Introduction aux codes de la Russie soviétique*, 1925; M. Attalah, au cours de la discussion suivant le rapport de M. Tunc précité, p. 117, rapporte que le Code égyptien, promulgué en 1948, est le fruit de la collaboration de Lambert et Al Sanhoury, ajoutant qu'il « contient énormément de standards ».
69. *Op. cit., supra.*
70. Ouvrages précités de Labatut, Markovitch, Schneider, Stati, Zaki. Il est intéressant de comparer les ouvrages de l'Ecole de Lyon avec, par exemple, le livre de Bonnard, *De la responsabilité des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne*, paru en 1914 : les outils conceptuels et la démarche, bien différents, attestent le rôle de Lambert.
71. V. *supra.*
72. V., par ex., Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925, p. 240 (passage consacré aux « concepts dont la souplesse fait justement le mérite... »); Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949 (paru en 1925).

administratif est celui qui, de tout temps, a le plus échappé aux traditions juridiques continentales [73].

Ainsi, les instruments d'analyse n'ont-ils pas, en France, été forgés avec une mise entre parenthèses suffisante d'apriorismes ruineux pour la recherche. Ainsi, au rang des forgerons ce ne sont pas les mieux préparés qui ont pris place.

§ 2. — L'élaboration d'une définition du standard

1° Les tentatives de définition du standard dans les années vingt et trente :

20. *L'indéfinissable standard.*

L'une des raisons de la faiblesse du travail définitoire à l'époque du mouvement du standard est quelque peu surprenante. C'est celle qui pose que le standard étant une notion indéterminée ne devrait donc pas être défini de façon précise. Stati l'estime ainsi insusceptible « d'une définition parce qu'(il) repose sur des notions... qui ne peuvent pas être définies par les méthodes exactes et certaines de la logique juridique » [74]. Et Zaki enchaîne : « En réalité, toute définition, selon les procédés de la logique auxquels nous sommes habitués dans le monde juridique continental, implique une opération rationnelle et préalable de généralisation et d'abstraction. Or le standard est essentiellement concret et, comme tel, ne saurait être conçu autrement que par rapport à certains éléments de fait déterminés » [75].

Il y a là bien sûr un sophisme grossier : le fait que les standards soient des notions indéterminées n'implique nullement *a priori* que la notion même de standard le soit. Aussi bien les auteurs des années vingt et trente donnèrent-ils dans l'ensemble des définitions du standard : définitions intrinsèques, sur lesquelles ils étaient assez peu prolixes, définitions extrinsèques, sur lesquelles ils l'étaient trop.

21. *La définition intrinsèque du standard.*

Al Sanhoury définit tout d'abord le standard comme « une directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité » [76]. Plus loin, il ajoute que le standard « se borne à donner, en termes généraux, la mesure de la conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées » [77].

Si l'on se reporte à la définition donnée par Pound [78], qui posait que le standard est une « mesure moyenne de conduite sociale correcte », l'on voit

73. V. Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, 1958, pp. 182 ss.; Pépy, art. précité, pp. 159 ss. Le fait que les administrativistes se soient peu intéressés au mouvement du standard n'implique pas que, sur tel ou tel point, ils n'aient pas poussé la recherche plus loin. Un exemple : l'abus de droit. Significativement, la notion a connu, dans les années vingt, parallèlement à celle de détournement de pouvoir, un considérable succès, tout à fait lié au déclin du formalisme exégétique et à la « moralisation » du droit (en ce sens, Markovitch, *op. cit.*, p. 17). On connaît les recherches d'Hauriou, couronnées par la théorie de la moralité administrative dont on verra *infra* ce qu'il faut en penser. Plus récemment, M. Dubouis a donné une somme sur *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, 1962.

74. Stati, *op. cit.*, pp. 36 et 37.

75. Zaki, *op. cit.*, p. 31.

76. *Les restrictions...*, p. 23.

77. *Ibid.*, p. 40.

78. V. *supra*.

qu'il n'y a guère d'innovation. L'irruption du terme « normal », notion dont on verra le rôle capital pour la définition du standard, est en réalité une fausse entrée. Sa cohabitation avec la notion de moyenne, fruit du sociologisme, en réduit en effet la portée. La normalité ici invoquée est une normalité purement descriptive, statistique, issue du fait, de la pratique effective, et non une normalité dogmatique, produit des mentalités, dotée d'une certaine transcendance, d'une certaine extériorité par rapport à la pratique effective.

Cette définition de Pound et d'Al Sanhoury est reprise telle quelle par une bonne part de la doctrine [79]. Stati seul ajoute un élément, sur un point en apparence mineur, mais en réalité important, en écrivant que « le standard juridique est le procédé qui prescrit au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'acte qu'il s'agit de juger » [80]. La formulation « procédé qui prescrit » est maladroite pour le moins, et elle traduit l'hésitation de l'auteur devant un débat central dans tout le mouvement. Stati en effet utilise le terme « procédé » pour éviter celui de règle ou de norme. Mais il le complète par la notion de prescription qui fait référence à l'obligatoriété du standard. L'obligatoire n'est plus, en général, conçu comme le critère du juridique. Mais il l'était certainement à l'époque et probablement pour Stati. Irrésistiblement, on le voit, les auteurs du temps envisagent la définition du standard non pas en soi, mais par rapport à d'autres types, l'on n'ose pas encore dire de normes juridiques puisqu'il s'agit ici de décrire le plus objectivement possible leur pensée, mais de « procédés » [81].

22. *La définition extrinsèque du standard.*

Les auteurs étudiés, devant la difficulté de découvrir la nature propre de la notion, se sont souvent tournés, à la suite de Pound d'ailleurs, vers une définition matérielle différentielle, extrinsèque, fondée sur la distinction règle/standard. Les conséquences de cette démarche furent, on va le voir, considérables.

Al Sanhoury fut le premier à transposer en France la distinction posée par Pound des *rules*, des *principles*, des *conceptions* et des *standards* [82]. L'essentiel de l'apport de cette transposition fut de traduire *rule*, qui veut dire en anglais, au moins dans le sens voulu par Pound, « solution de détail dégagée des précédents judiciaires », solution jurisprudentielle » [83], par règle, terme qui n'a véritablement pas ce sens en français [84]. Al Sanhoury précisait néanmoins qu'il entendait par « règle juridique » les cas dans lesquels « le droit (soit écrit, soit non écrit), prévoit une hypothèse déterminée et lui donne une solution fixe » [85]. Il y avait là une conception très particulière de la règle, distincte de la conception française usuelle, distincte aussi de l'anglo-saxonne.

79. V. Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 218, ainsi que la plupart des auteurs du mouvement du standard précités. Labatut, Schneider, Markovitch, qui tous citent Al Sanhoury sans l'enrichir. Zaki introduit l'idée de moralité sans que cela change quoi que ce soit, *op. cit.*, p. 33 : « une appréciation morale moyenne de la conduite »; encore que l'idée d'une appréciation moyenne de conduite initie au sens dogmatique de la normalité à l'inverse de celle d'appréciation de la conduite moyenne... Mais Zaki n'en tire nulle conséquence particulière.

80. *Op. cit.*, p. 45.

81. La définition de Stati est reprise par Maury, contrib. cit., p. 422.

82. Il ne sera plus question ici des *conceptions* qui semblent avoir peu intéressé la doctrine française.

83. Lambert, *Le gouvernement des juges...*, *op. cit.*, p. 205; Lambert, *ibid.*, n. 1, insiste longuement sur la distinction du *rule* et de la règle; mais bien souvent, par la suite, il semblera oublier cette distinction fondamentale, induisant peut-être lui-même ses disciples en erreur.

84. V. Tanagho, *De l'obligation judiciaire*, 1965, p. 159.

85. *Les restrictions contractuelles*, p. 38; v. aussi « Le standard juridique », contrib. cit., p. 145.

Il poursuivait en définissant le principe comme « une idée générale qu'on dégage de plusieurs règles liées entre elles par une certaine relation logique » [86]. « Ce qui caractérise le principe, c'est l'abstraction. On arrive à dégager de l'ensemble des règles un principe par un travail de pure induction logique, en éliminant les particularités de chaque règle, pour ne retenir qu'une conception idéale » [87].

Ainsi le standard se différencierait-il de la règle par l'absence d'automatisme de sa mise en œuvre qui requiert « l'intuition d'un expert », « le doigté d'un artisan habile » et par les résultats bien différents auxquels il aboutirait : alors qu'elle mène à « la solution invariable », il conduirait à « des solutions variées et concrètes, chacune d'elles adaptée aux particularités des faits en présence » [88].

De même, « tandis que le principe, dans son sens technique, est le résultat d'une abstraction logique et d'une généralisation schématique fort éloignées de la réalité, le standard n'a rien d'abstrait. Il se prête à une application pratique et immédiate » [89]. « Au caractère abstrait et subjectif du principe, on peut opposer le caractère concret et objectif du standard. » [90]

Bref, « c'est la logique pure qui domine le fonctionnement » de la règle et du principe, « logique inductive pour dégager le principe de l'ensemble des règles, et logique déductive pour appliquer la règle et le principe aux cas d'espèces. Les solutions auxquelles on aboutit seront ainsi des solutions abstraites... Le standard, par contre, ne se prête pas à une application mécanique... C'est l'intuition et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du standard. L'intuition et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique. » [91].

Tout cela peut apparaître au lecteur d'aujourd'hui bien peu satisfaisant. Mais il faut conserver en mémoire cependant le fait que ces conceptions furent textuellement reprises par l'ensemble du mouvement du standard, à de très rares exceptions sur lesquelles nous reviendrons [92]. L'on trouve la distinction règle/standard, posée dans les mêmes termes, chez Lambert [93], chez Stati [94], et chez beaucoup d'autres auteurs, anciens [95] ou plus récents [96].

2° L'arrière-plan des définitions du standard dans les années vingt et trente :

23. *La mise en question du caractère juridique du standard.*

Les auteurs de l'époque parlent en principe de « standard juridique ». Cela n'indique pas nécessairement qu'ils aient été persuadés que les standards étaient du droit. Juridique, entendu comme : qui a rapport au droit, a en effet plusieurs sens, selon la nature de ce rapport. Dire qu'un standard est juridique, cela

86. *Les restrictions contractuelles,* p. 39.
87. « Le standard juridique », p. 146.
88. *Ibid.*
89. *Les restrictions contractuelles,* p. 44.
90. « Le standard juridique », p. 146.
91. *Ibid.*, p. 146.
92. V. *infra,* s.s. 2, § 1.
93. Ouvrage précité et *Introduction aux codes de la Russie,* op. cit., p. 13.
94. *Op. cit.*, pp. 52 ss.
95. Ensemble des ouvrages cités à propos du mouvement du standard, mis à part celui de Labatut; Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, pp. 218 ss., Marty, *op. cit.*, p. 212 (non qu'il approuve la problématique du mouvement du standard : il se contente de se référer « à la conception la plus communément admise du standard »); Maury, contrib. cit., pp. 422 ss. (« La règle fournit une recette, la directive une méthode »).
96. Siorat, *op. cit.*, pp. 317 ss.

peut signifier qu'on conçoit qu'il est du droit, dans l'acception que les juristes donnent à ce terme, ou simplement qu'il est utilisé dans le cadre d'une activité réputée juridique. C'est ce second sens qui a dû prévaloir initialement, sans que jamais cela soit parfaitement élucidé. De là l'embarras déjà souligné d'un Stati ne sachant pas trop comment parler du standard et le qualifiant de « procédé » [97]. Les auteurs qui, comme Al Sanhoury ou Maury, préfèrent utiliser les expressions « directive générale » [98], « ligne de conduite » [99] ou méthode [100] attestent le même trouble.

Et dès lors, bien qu'en général les tenants de la doctrine du standard n'en disent rien ouvertement, il apparaît bien qu'ils aboutissent à considérer les standards comme ne relevant pas à proprement parler de ce que le juge de cassation baptise « questions de droit ». Cette interprétation peut paraître combattue par le fait qu'ils voyaient dans le standard la technique moderne par excellence de formulation du droit, mais elle est étayée par deux considérations.

La première touche à ce que, employant un terme juridique classique, celui de règle, dans un sens différent de celui qu'il revêt habituellement, Al Sanhoury et sa postérité n'aient pas jugé bon d'indiquer que le standard était une règle au sens traditionnel du terme, ou tout au moins une norme. N'insistant pas sur la fondamentale normativité du standard, encore que cette expression, on le verra plus loin, ne soit pas tout à fait adéquate, ils se sont probablement laissés entraîner par les implications classiques d'une opposition règle/standard.

Sur la seconde considération, nous serons aussi très bref, nous réservant de la traiter à fond par la suite [101]. Pour Al Sanhoury et les autres auteurs contemporains, le standard ouvre un « pouvoir discrétionnaire » au juge [102], Conception des plus contestables, encore que promise à un très brillant avenir. Conception qui plus est en contradiction avec les prémices du raisonnement du mouvement du standard qui, bien loin d'impliquer une liberté quelconque d'appréciation pour le juge, lui imposaient, jurisprudence sociologique oblige, l'esclavage des faits. Aussi bien M. Stassinopoulos ira-t-il plus loin en distinguant des « notions juridiques au sens étroit (qui sont précisées directement par la loi)..., des notions juridiques au sens large (précisées indirectement par le renvoi à l'expérience commune ou technique) » et des notions « dont le sens n'est précisé par aucune de ces expériences et que la loi, intentionnellement, n'a pas tenu à préciser [103], et en rangeant les standards dans la dernière catégorie, celle des notions non juridiques, ouvrant la voie au pouvoir discrétionnaire de l'administration ou à l'appréciation souveraine du juge du fond selon les contentieux [104].

Il demeure un point encore qui ne doit pas être négligé : le rôle assigné au standard par ses promoteurs.

24. *Idéologie du standard et théorie générale du mouvement du droit.*

Les définitions proposées par le mouvement du standard, au même titre que son refus de pousser trop avant le travail définitoire, démontrent, par leur

97. *Op. cit.*, p. 45.
98. *Les restrictions contractuelles,* p. 23 et *passim.*
99. *Ibid.*, p. 40, par ex.
100. Maury, contrib. précit., p. 422.
101. V. le dernier chapitre de cette partie.
102. *Les restrictions contractuelles,* p. 40; « Le standard juridique », p. 145; v. aussi Stati, *op. cit.*, pp. 43, 174 ss., *etc.;* Maury, contrib. précit., p. 423.
103. *Traité des actes administratifs,* 1954, p. 150.
104. *Ibid.*, pp. 185 ss.

style, par leur vocabulaire, l'efficacité de l'hypothèse formulée : celle selon laquelle le mouvement en question ne peut pas se concevoir en dehors d'une certaine idéologie, complexe dans ses sources, mais assez homogène dans ses propositions, idéologie que nous avons appelée bergsonisme et sociologisme juridiques.

Or, cette idéologie, et c'est le propre d'une idéologie de tendre vers la cohérence, de se muer en tentative d'explication globale, ne s'est pas contentée de « découvrir » le phénomène du standard : elle l'a approuvé, ce qui est une autre chose, elle a cru d'une part en son progrès et d'autre part qu'il constituait un progrès [105].

Pour expliquer que le standard était un progrès, le mouvement du standard a repris le terme « règle » dans son sens anglo-saxon de prescription ponctuelle. Où l'on voit que, dans toute cette littérature, le pôle antagoniste du standard, la règle, était doté d'une géométrie variable, selon les nécessités de la démonstration... Ainsi Al Sanhoury prend-il pour exemples de règles les *leges Barbarorum,* qui effectivement correspondent bien à l'idée anglaise de *rule.* Il cite ainsi la loi salique : « Si quelqu'un appelle un autre " renard ", qu'il paie trois sous d'or. » Il ne lui est guère difficile de poser alors que, « ce qui caractérisait toutes ces règles, c'était la simplicité, presque la naïveté » [106]. Et il lui est ensuite aisé de conclure que « ce n'est qu'à l'apogée du développement d'un système juridique qu'on peut avoir recours à un instrument d'une nature plus savante. Au lieu de traduire le droit en règles précises et en formules inflexibles et immuables, on se contente de donner de simples directives » [107]. « L'apparition du standard est donc un phénomène tout récent relativement à la règle qui est aussi vieille que le droit lui-même. C'est un phénomène qui correspond à la complexité croissante de la vie et à l'insuffisance évidente des règles pour tout prévoir et tout régir. » [108]

Ce n'est pas ici le lieu de discuter en détail cette thèse qui n'est pas aussi fausse qu'il y pourrait paraître si elle est trop absolue. Elle n'est pas infirmée par les exemples de standards du droit romain, le *bonus paterfamilias* et tous les termes du vocabulaire moral, *caritas, aequitas, humanitas, benignitas, etc.,* qui ont envahi le droit pré-justinien et justinien [109]. Car il est vrai que, si l'on prend le droit romain comme un système historiquement fermé, les notions de ce type s'y sont surtout développées dans les derniers siècles, en relation avec le renouvellement des modes de pensées à partir de la période antonine et sévérienne. Mais cette thèse est simpliste : pour rester dans le cadre de la terminologie employée, le mouvement standard/règle, la concurrence des deux modes d'expression du droit, est d'une rare complexité [110]. La période contemporaine semble ainsi marquée à la fois par un développement du rôle du standard dans la législation et par une multiplication des règles ponctuelles et tatillonnes, ce que Ripert avait cru pouvoir baptiser le « déclin du droit ».

25. *Conclusion de la sous-section.*

Cet absolutisme, ce simplisme, nous initient à une meilleure compréhension du mouvement du standard qui explique cet extraordinaire paradoxe qui fut

105. V. particulièrement caractéristique, Stati, *op. cit.,* p. 110.
106. *Les restrictions contractuelles,* p. 27.
107. *Les restrictions contractuelles,* p. 28.
108. *Ibid.,* p. 29; v. aussi Stati, *op. cit.,* pp. 78 ss., et Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité,* 2e éd., 1939, pp. 313 ss.
109. V. Thomas, « La langue du droit romain », *A.P.D.,* 1974, pp. 114 et 115.
110. Hauriou, « Police juridique et fond du droit », *R.T.D. Civ.,* 1926, p. 274 : « Les procédés du standard et de la directive nous paraissent être de tous les temps...; d'ailleurs, ils constituent des procédés du droit inférieurs à celui de la règle de droit. »

le sien. Mouvement qui se voulait de retour au réel, il fut peu à peu systématisé dans ses outrances et en vint pour finir au refus, tant critiqué, d'appréhender la réalité telle qu'il se plaisait, assez abstraitement, à la décrire, mouvante et complexe.

SOUS-SECTION II

Les insuffisances de la définition matérielle classique

§ 1. — L'hypothèque de la fausse distinction règle/standard

1° LA PERSISTANCE D'UNE DOUBLE NOTION DU STANDARD DANS LES ANNÉES VINGT ET TRENTE :

26. *La double notion du standard.*

Si l'on relit attentivement les définitions du standard précitées, on s'aperçoit que la notion décrite est en fait double. Cela n'est pas un obstacle dirimant à un projet d'étude du standard encore que cela implique un effort de typologie, ainsi qu'on le verra [111]. Mais l'absence de reconnaissance de cette dualité n'est pas sans surprendre. D'autant qu'elle explique en partie la distinction règle/standard.

Tantôt le standard est reconnu comme une « directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité » [112], tantôt il est précisé qu'il est « la mesure de la conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées » [113].

Les deux propositions se complètent peut-être, mais elles ont une portée et une ampleur bien différentes. La première fait du standard un pur outil d'administration du droit, pour reprendre le langage d'Hauriou, la seconde un terme de référence correspondant au comportement précis que l'on souhaite évaluer.

Al Sanhoury reste plutôt fidèle à la première conception dans sa thèse. Lorsqu'il estime qu'un standard de rationalité est à l'œuvre dans le domaine qu'il étudie, il veut dire que le compromis entre l'intérêt que représente la liberté du contrat et celui qu'incarne la liberté du travail est choisi par le juge parce qu'il est le plus raisonnable. Cette notion du standard est beaucoup plus ambitieuse : au lieu de se contenter de rapporter chaque élément de l'affaire à un élément-type, le comportement de l'administration par exemple au comportement jugé normal de l'administration en de telles occurrences, celui de l'administré à celui d'un administré *bonus paterfamilias,* et les circonstances elles-mêmes au modèle des circonstances réputées normales, pour prendre un schéma assez simple, ou encore, pour reprendre l'exemple d'Al Sanhoury, de délimiter une liberté contractuelle raisonnable et une liberté du travail raisonnable, le juge, investi d'un pouvoir extraordinaire, appréciera globalement ce qui doit être la solution raisonnable.

111. *Infra.*
112. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles,* p. 23; Stati, *op. cit.,* p. 146 : « une idée générale... qui guide le juge »; Marty, *op. cit.,* p. 212 : « une méthode de solution ».
113. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles,* p. 41; v. *supra* les définitions du même type données par les autres auteurs.

En vérité, les deux propositions se superposent parfois, mais pas toujours, et dans tous les cas, on le verra, il y a bien recours au standard. Mais une telle insistance sur les aspects les plus complexes de la notion de standard, parce que les plus éloignés de la possibilité d'une vérification empirique, ne pouvait pas favoriser la mise en place d'une théorie efficace.

27. *Les implications de la dualité de la notion de standard.*

Une première constatation ressort très nettement de la lecture des ouvrages du mouvement du standard. Alors que les développements théoriques s'alignent généralement sur la vision dominante chez Al Sanhoury, les illustrations données considèrent le plus souvent le standard comme l'étalon de référence propre au comportement étudié. La démarche du juge, cette façon qu'il devrait avoir selon Al Sanhoury de trancher « en raison » comme on dit parfois qu'il tranche « en équité », retient alors peu les auteurs qui s'acheminent vers une conception plus formelle du standard : ils concentrent leurs analyses non pas tant sur le caractère raisonnable de la décision que sur les mots standard toujours les mêmes, *normal, raisonnable* et quelques autres, tels qu'ils apparaissent dans le corps des décisions comme instruments de qualification.

Cette tension explique probablement les doutes de la doctrine sur le caractère juridique du standard. Il ne devrait, on le verra, pas y avoir de problème pour considérer que le standard instrument de qualification relève de ce qu'on appelle communément « question de droit ». Au contraire, encore que cela puisse être discuté, on peut imaginer que l'*arbitrage* en termes de rationalité soit l'exercice d'une appréciation souveraine du juge du fond ou d'une appréciation discrétionnaire. Dans le premier cas en effet, il s'agit de rapporter un fait, une situation à un modèle, plus ou moins difficile à découvrir mais susceptible d'exister sans équivoques : ainsi si l'on parle de délai raisonnable pour une action donnée, d'entretien normal d'une voie publique, ou encore d'agissement contraire à l'honneur. Dans le second cas, la latitude d'action est plus large; il ne s'agit plus seulement de dire si tel ou tel comportement est normal ou raisonnable ou non en lui-même mais si la solution à laquelle on aboutirait en le consacrant l'est ou non. La jurisprudence de la proportionnalité est un très bon exemple de standard selon Al Sanhoury : avant sa naissance en matière d'expropriation, il suffisait que le juge se pose la question de savoir si l'opération en cause correspondait à un modèle d'opération d'utilité publique conçu comme tel par notre société; depuis 1971, la méthode du bilan permet au juge une appréciation globale du caractère raisonnable de l'opération, bien sûr beaucoup plus délicat.

Traitant de ce que nous appellerons dans le deuxième titre de cette partie les standards de fond du droit, la doctrine du standard a conçu, quant à leur juridicité des doutes qui provenaient en réalité de l'absence de distinction de ceux-ci et des standards de pure administration du droit.

2° LE STANDARD JURIDIQUE ET LA RÈGLE DE DROIT :

28. *Le standard n'est pas la règle : le standard est dans la règle.*

Encore qu'il ne s'agisse ici que d'une critique de la définition donnée du standard dans les années vingt et que ces questions fassent l'objet de développements autonomes par la suite, un autre point doit être d'emblée précisé. Si une prescription juridique comporte ce que la doctrine s'est habituée à baptiser standard — par exemple : tel acte doit être fait dans un délai raisonnable —, il est aisé de voir que la distinction de la règle et du standard

perd tout intérêt. Le standard est alors un élément de la règle dont l'impérativité ne serait pas plus forte si au lieu de viser un délai raisonnable elle visait un délai de trois mois. Lorsque, un peu plus haut, nous avons parlé de la normativité du standard, il ne s'agissait d'affirmer que son aptitude à la normativité. L'erreur du mouvement du standard, qu'on retrouvera dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, a consisté à adopter une conception matérielle du droit et à en conclure que les prescriptions imprécises étaient par nature insusceptibles d'être des règles de droit.

L'opposition règle/standard n'a pas de sens pour cette bonne raison que le standard est simplement une technique particulière d'expression de la règle. D'où le titre de cette étude : *Le juge administratif et la technique du standard.*

§ 2. — L'exacerbation des imperfections propres à toutes les définitions matérielles

1° L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES STANDARDS PRÉSENTÉS :

29. *La multiplicité des valeurs invoquées.*

Les définitions matérielles sont toujours d'un maniement délicat. Elles ne peuvent s'accrocher à ces éléments solides que sont le signe et le locuteur, objets des définitions formelle et organique, et doivent lutter avec un sens toujours fuyant. Ces défauts propres à la définition matérielle ne pouvaient manquer d'être exacerbés par le mouvement du standard : la matière s'y prêtait et l'état d'esprit du temps et de l'école l'impliquait. Aussi, lorsque, abandonnant les grandes définitions, les auteurs étudiés s'essayaient à mieux délimiter le champ matériel de leur notion, ils n'y parvenaient pas, préférant souvent recourir à une méthode qui leur était chère et qui est au demeurant très anglo-saxonne, celle des exemples, et déclarer la liste non close sans avoir mis leur lecteur en possession d'un critère de choix véritable.

Ont été ainsi identifiés comme standards par la doctrine ancienne : la rationalité ou la raisonnabilité, employés comme synonymes, ce qu'elles ne sont sans doute pas [114], la moralité [115], les bonnes mœurs [116], la conduite du bon père de famille [117], la conscience [118], la loyauté [119], la bonne foi [120], la vigi-

114. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles, passim;* Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 218; Isaac, *op. cit.*, p. 354; Lambert, *Le gouvernement des juges,* p. 53; Pound, *An introduction..., op. cit.*, p. 117; et *Social control...*, p. 44; Zaki, *op. cit.*, p. 174; Tunc, contrib. précit., p. 107.

115. Lambert, ouvrage précit., p. 206.

116. Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 220; La Marnierre, *op. cit.*, p. 59; Lambert, *Introduction aux codes..., op. cit.*, p. 13; Markovitch, *op. cit.*, p. 18.

117. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles,* p. 29; Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 220; Dabin, *Théorie générale..., op. cit.*, p. 84; Gaudemet, *op. cit.*, p. 47; La Marnierre, *op. cit.*, pp. 59 et 103; Lambert, *Introduction aux codes...*, p. 13; Pound. *An introduction...*, p. 117; Stati, *op. cit.*, p. 44; Tunc, contrib. précit., p. 107.

118. Pound, *An introduction...*, p. 118.

119. Lambert, *Le gouvernement des juges,* p. 206; Markovitch, *op. cit.*, p. 18; Stati, *op. cit.*, p. 43.

120. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles,* p. 29; Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 220; Dorlencourt-Detragiache, *op. cit.*, p. 895; Pound, *An introduction...*, p. 117; Stati, *op. cit.*, p. 44.

lance [121], la diligence [122], la prudence [123], la prévision [124], l'ordre public [125], la faute [126], le suffisant [127], le valable [128], le plausible [129], l'abusif [130], les circonstances exceptionnelles [131], l'intérêt public [132], l'utilité publique [133], et même l'opportunité [134].

Cette liste a été progressivement complétée par l'intérêt sérieux [135], l'erreur manifeste [136], les inconvénients normaux du voisinage [137], l'entretien normal de l'ouvrage public [138], la notion de biens non susceptibles de propriété privée par leur nature [139], celles de clause exorbitante [140], de régime exorbitant [141], ou enfin d'équivalence [142], *etc.*

30. *L'irréductibilité apparente des valeurs des standards.*

Que la liste soit mal bornée n'est pas grave : ce qui l'est, c'est qu'elle semble ne pas posséder de commun dénominateur précis. Il semble qu'il n'y ait guère de terme juridique un peu vague qui ne puisse, de proche en proche, y figurer. Sans critère d'inclusion ou d'exclusion, l'étude du standard devient proprement impossible.

Un seul point commun : l'appartenance de ces termes au monde des valeurs. Faudrait-il dès lors prendre une à une les valeurs principales, moralité, rationalité, *etc.*, et regrouper autour d'elles les exemples donnés ? L'opération serait délicate et manquerait probablement de rigueur car les frontières, en ces domaines, ne sont pas nettes. Au surplus, cela ne donnerait aucun principe limitatif à la notion de standard.

Certains auteurs ont cru pouvoir réduire les standards aux notions de rationalité et d'opportunité [143]. Il faut supposer qu'ils ne visaient alors que le standard instrument de pure administration du droit, le standard méthode d'analyse

121. Lambert, *Introduction aux codes...*, p. 13.
122. Lambert, *Introduction aux codes...*, p. 13; Pound, *An introduction...*, p. 118.
123. Lambert, *Le gouvernement des juges*, p. 206, *Introduction aux codes...*, p. 13; Pound, *An introduction*, p. 118.
124. Al Sanhoury, « Le standard juridique », p. 149; Gaudemet, *op. cit.*, p. 48; Zaki, *op. cit., passim.*
125. Bernard, *op. cit.*, p. 246; Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 220; Goldenberg, *op. cit.*, p. 119; Lambert *Introduction aux codes...*, p. 13; Markovitch, *op. cit.*, p. 18.
126. Dabin, *La technique de l'élaboration...*, p. 138, La Marnierre, *op. cit.*, p. 59; Lambert, *Introduction aux codes...*, p. 13.
127. Goldenberg, *op. cit.*, p. 220.
128. Lambert, *Introduction aux codes...*, p. 13.
129. *Ibid.*, p. 14.
130. Markovitch, *op. cit.*, p. 17.
131. Goldenberg, *op. cit.*, pp. 119 et 276.
132. Vedel, th. précit., p. 345.
133. Lambert, *Le gouvernement des juges*, p. 218; Raux, art. précit., p. 198.
134. Il s'agit de la traduction de l'anglais *expediency;* v. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles*, p. 45; Debelmas, *op. cit.*, p. 83; *Lambert, Le gouvernement des juges*, p. 53.
135. Tunc, contrib. précit., p. 107.
136. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, p. 394 et n. Drago sous A.2.XI.1973, *Soc. « Librairie Maspéro, J.C.P.*, 1974, II, 17642.
137. Gaudemet, *op. cit.*, p. 48; Tunc, contrib. précit., p. 107.
138. Gaudemet, *op. cit.*, p. 48.
139. *Ibid.*
140. *Ibid.*
141. Weil, contrib. précit., p. 847.
142. Attalah, contrib. précit., p. 117.
143. Pound, *Social control*, p. 48; Lambert, *Le gouvernement des juges*, p. 53, note simplement que ce sont les « deux instruments » de prédilection du judiciaire américain. V. surtout Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles*, p. 45, et Stati, *op. cit.*, p. 61.

et non le standard instrument de qualification juridique, qu'ils ne parlaient en bref que de la rationalité et du sens de l'opportunité du juge.

Car ni la rationalité ni l'opportunité n'épuisent la signification des divers standards précités. Au demeurant, l'opportunité semble la négation même du standard au sens que donnaient à ce terme les auteurs en question : elle n'est bien sûr pas mesure de conduite sociale; elle n'est pas non plus « directive » générale à l'égard du juge, car, enfin, dire que l'opportunité est une directive revient à poser que la seule directive admissible est celle qui consiste à n'en pas avoir.

2° L'AFFADISSEMENT DE LA NOTION DE STANDARD :

31. *L'assimilation progressive du standard et de la notion indéterminée.*

Pour la doctrine la plus récente, le standard n'est plus qu'une « directive imprécise » qui « laisse à l'administration une grande liberté », une « formulation vague de la règle de droit » [144], un « principe général définissant une orientation d'ensemble » [145], une « notion... dont l'extension n'est pas rigoureusement déterminée *a priori* » [146]. Rares sont les auteurs qui conservent dans leur définition la trace de la conception originelle [147].

Aujourd'hui, tous les termes un peu vagues, toutes les notions plus ou moins indéterminées sont baptisés standards. C'est là une conception singulièrement extensive et peu opératoire de la notion. Et cela suffit probablement à expliquer la relative défaveur dans laquelle elle est tombée.

SECTION II

LES DEFINITIONS ORGANIQUE ET FORMELLE DU STANDARD SONT UTILISEES A TITRE ACCESSOIRE

32. *Introduction.*

Il serait injuste d'omettre que le mouvement du standard a esquissé, ici et là, des tentatives en vue de compléter la définition matérielle un peu vague de la notion qu'il étudiait. De fait, il eût été étrange que la définition organique ne retînt pas un courant aussi attaché à la louange du travail créateur du juge, en réaction contre les simplifications de l'Exégèse. Quant à la définition formelle, elle ne pouvait manquer de sortir renforcée de l'affadissement de la définition matérielle : c'est elle qu'aujourd'hui, implicitement, utilisent la plupart des auteurs.

144. Raux, art. précit., p. 198.
145. Bernard, *op. cit.*, p. 246.
146. Dejean de La Batie, *op. cit.*, p. 1. V. aussi Dubisson, *op. cit.*, p. 49; La Marnierre, *op. cit.*, p. 59; Roubier, *Théorie générale..., op. cit.*, p. 107; de Soto, « Rev. som. jurisp. », *R.D.P.*, 1949, p. 625; Vénézia, *op. cit.*, p. 25, *etc.*
147. V. cependant Gaudemet, *op. cit.*, p. 47, et Siorat, *op. cit.*, pp. 317 ss.

SOUS-SECTION I

La définition organique du standard

33. *Standards jurisprudentiels et standards de la jurisprudence.*

Il y a eu des tentatives de définition organique du standard, mais peu nombreuses, et aucune n'a prétendu à proprement parler à l'exhaustivité, mise à part peut-être celle d'Hauriou, dont nous verrons plus loin et le particularisme et la complexité. La doctrine a toujours bien vu qu'à côté des standards proprement jurisprudentiels il y avait des standards qui, pour être mis en œuvre par le juge, n'étaient cependant pas créés par lui, en d'autres termes que tous les standards de la jurisprudence n'étaient pas des standards jurisprudentiels.

Un point de méthode : dans l'attente de la définition qui clora l'investigation du premier chapitre, force nous est de procéder de façon très pragmatique en prenant pour guide la liste des standards donnée par les utilisateurs du terme et déterminée ci-dessus. Nous retiendrons toutefois dès maintenant des cas mal vus par la doctrine en tenant compte — ce qui n'est guère une difficulté de méthode — des résultats auxquels nous parviendrons plus loin.

§ 1. — Les standards jurisprudentiels

1° LES RÉTICENCES DU MOUVEMENT DU STANDARD DEVANT LA DÉFINITION ORGANIQUE :

34. *L'éloge du travail normatif du juge et ses deux variantes.*

Au début du siècle, même au sein du mouvement de réaction contre l'Exégèse, l'unanimité ne se faisait pas pour reconnaître un effectif pouvoir de création normative au juge. Deux grands courants coexistaient. Pour le premier, le juge ne créerait du droit que par sa seule interprétation et non pas de façon autonome. Le second ajoutait à cette interprétation-création un domaine de véritable création normative originaire.

La tendance maximaliste de réaction contre l'Exégèse, au sein de laquelle on l'a vu, s'est enraciné le mouvement du standard, était bien sûr favorable à l'admission d'un véritable pouvoir normatif de la jurisprudence. Soucieuse, avec des résultats inégaux, d'étreindre le réel, elle substituait à la question de la légitimité, au sein de notre système juridique, de ce pouvoir normatif, légitimité qui fait difficulté, celle de son existence, évidente, particulièrement en droit administratif. Et elle ne manquait pas de se féliciter de cet état de choses : « *La loi faite par le juge,* suivant l'expression anglaise », ne présente-t-elle pas « un caractère éminemment scientifique » ? [148]

35. *Le standard comme procédé jurisprudentiel selon l'Ecole de Lyon.*

Le standard est né du comparatisme. Et le détour par le monde anglo-saxon avait conduit Lambert, dès sa monumentale *Fonction du droit civil comparé,* de 1903, à adopter, sur la question du droit jurisprudentiel, une

148. Cruet, *La vie du droit, op. cit.*, p. 74 (s.d.t.).

position beaucoup plus avancée par exemple que celle d'un Gény [149]. On aurait dès lors pu penser que son Ecole verrait dans le standard la technique privilégiée pour le juge de sa création normative originaire.

Cette conclusion logique se serait cependant trouvée en contradiction avec le refus implicite des disciples de trancher en faveur du caractère authentiquement juridique du standard, de sa possible appartenance à une règle de droit. Aussi bien ne se prononcèrent-ils jamais clairement sur la question de savoir si le standard ne jouait pas un rôle particulier dans les normes d'origine jurisprudentielle, se contentant d'y voir, ce qui est tout autre chose, un « procédé », éminemment jurisprudentiel, selon l'expression de Stati.

Au demeurant, ce « procédé » lui-même est antérieur au juge qui le découvre par l'intuition et l'expérience et qui « l'applique » [150].

2° LA DÉFINITION DU STANDARD COMME NORME JURISPRUDENTIELLE [151] :

36. *L'assimilation du standard et du droit jurisprudentiel.*

Peu nombreux sont les auteurs qui y ont procédé, le cas d'Hauriou devant être réservé. Au rang de ceux-ci René Capitant pour lequel la fausse opposition règle/standard « se réduit pratiquement à celle du droit écrit et du droit jurisprudentiel » [152]. Encore ne s'agissait-il pour lui que d'expliquer une doctrine, non de la faire sienne.

37. *L'efficacité de la définition organique du standard.*

Elle est pourtant certaine. La plupart des standards de la jurisprudence administrative, pour s'en tenir à celle-ci, sont en même temps des standards jurisprudentiels, quels que soient les visas légaux, souvent bien artificiels, des décisions qui les contiennent. Pour s'en tenir à quelques-uns des standards posés comme tels par la doctrine, des notions comme celles de délai raisonnable, d'entretien normal, d'erreur manifeste, de prévisibilité, de circonstances exceptionnelles ou de clause exorbitante, ont été ainsi forgées par le juge.

Nous verrons en étudiant les définitions fonctionnelles du standard et surtout en essayant de cerner les liens entre standard et pouvoir normatif du juge, les fondements de cet état de chose, de cette préférence du juge pour le standard. Mais le nombre des standards de la jurisprudence est pourtant trop important pour être considéré comme simplement résiduel.

§ 2. — Les standards de la jurisprudence

38. *Les standards textuels.*

On opposera donc aux standards jurisprudentiels les standards de la jurisprudence d'origine textuelle. Il peut s'agir de standards constitutionnels, de standards législatifs ou réglementaires, de standards des conventions internationales, de standards d'une autre origine enfin.

149. V. *supra.*
150. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles,* p. 47.
151. Répétons que ce n'est que pour faire court que nous utilisons cette formulation; comme cela a été écrit plus haut, le standard n'est pas à lui seul la norme : il n'en est qu'un élément.
152. Capitant, *op. cit.*, t. 1, p. 86.

39. *Les standards constitutionnels.*

Ils ne jouent pas le plus souvent de rôle direct dans la jurisprudence administrative, mais on en retiendra quelques exemples pour mémoire. Ainsi la « juste indemnisation » de l'artice 17 de la Déclaration des droits de l'homme, les « moyens convenables d'existence » du préambule de 1946, la « menace grave », le « fonctionnement régulier » et les « pouvoirs exceptionnels » de l'article 16 de la constitution de 1958.

40. *Les standards législatifs.*

Plus importants pour notre étude sont évidemment les standards législatifs, d'autant qu'il apparaît que leur nombre va toujours croissant, ce qui n'est d'ailleurs pas sans susciter des réserves de la part de la doctrine [153]. Cette constatation était déjà opérée par Markovitch qui estimait que, « dans la législation... moderne, s'accentue toujours davantage la tendance à recourir aux standards » [154]. Elle a été faite plus récemment par M. Cornu qui, reprenant un mot du Doyen Carbonnier, a parlé de « l'auto-scepticisme » du législateur : « Le législateur doute de lui-même, il doute de son œuvre. Il doute de sa réforme. Comment sera-t-elle reçue ? Comment sera-t-elle vécue par ceux auxquels il la destine ? » Et ce doute se traduit, dans sa production, notamment par l'utilisation de termes du type standard [155].

Il faut noter cependant que le mouvement de croissance des standards législatifs est loin d'être uniforme. Parfois, et on aura l'occasion d'en donner des exemples, le standard apparaît dans la législation comme une formule transitoire, d'expérimentation. Dans un deuxième temps, il peut être remplacé par des formules plus précises.

A dire vrai, les standards législatifs sont de tous les temps. Il suffit, pour s'en persuader, de consulter l'*Index du Code civil* élaboré par Jean Rey en 1926. Une bonne centaine d'exemples d'articles est donnée qui contiennent « grave » et « gravité », « abus » et « commodément », « grand » et « gros », « important » et « imprudence », « inadmissible » et « indispensable », « inhabitable » et « insuffisant », « bonnes mœurs » et « paisible », « bon père de famille » et « raisonnable », *etc.* [156]. Le juge administratif est parfois conduit à utiliser certains articles du Code civil ou du Code de procédure civile mettant en œuvre de tels standards. Ainsi l'article 1036 de l'ancien C.P.C., qui autorise le juge à ordonner la suppression des passages injurieux contenus dans les diverses pièces d'un procès [157]. Il peut lui arriver de créer un standard à propos de l'application d'un article qui lui-même n'en contient pas. Un exemple en est donné par la pratique de l'article 1153, al. 4, du Code civil régissant le régime des dommages-intérêts compensatoires : le juge administratif a forgé l'expression « mauvais vouloir manifeste » qu'il n'utilise d'ailleurs pas systématiquement [158] et qu'il préfère à celle de « mauvaise foi », qui n'est ici, on le verra, pas un standard, utilisée par le Code.

Les standards des textes législatifs intéressant ou ayant intéressé le juge administratif plus exclusivement sont en nombre considérable. Sans ordre particulier, on peut retenir à titre d'exemples l' « excuse valable » que doivent présenter les membres d'assemblées locales pour refuser de remplir une fonction à eux dévolue par les textes [159], le caractère d'établissement « de luxe » visé par la loi du 25 juin 1920 sur la taxe sur le chiffre d'affaires [160], le logement « convenable » dû aux instituteurs [161], le « stock normal » d'une entreprise [162], le « bénéfice normal » ou « exceptionnel » [163], les « conditions nécessaires de moralité » pour l'inscription au tableau de l'ordre des médecins [164], le local « insuffisamment occupé » [165], la « crise grave » du logement et les « mesures exceptionnelles » qu'elle autorise [166], les « manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur », qui jalonnent, avec des nuances de détail dans la formulation, nos lois d'amnistie depuis les années trente [167], les biens « somp-

153. M. Fréjaville ainsi, commentant l'ordonnance du 11 octobre 1945, estimait, à propos de l'expression « crise grave du logement », qu'une « formule aussi vague n'aurait pas dû figurer dans un texte de loi » (*D.*, 1945, Légis., p. 229).

154. *Op. cit.*, p. 17.

155. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil.* Cours de droit civil, doctorat, 1970-1971, Les cours du droit, p. 124.

156. Rey, *Index du Code civil*, 1926, *passim*. V. aussi La Marnierre, *op. cit.*, pp. 103 ss.; Saint-Cyr, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français*, 1941, pp. 112 ss.

157. 8.III.1905, *Elections de Gosier*, 239; 7.XI.1928, *Cléonie*, 1133; 28.II.1945, *Blondel*, 45; 29.VII.1953, *Tresgants*, 425; 13.VI.1958, *Castang*, 350; 25.III.1964, *Peter*, Tb. 972; 13.I.1967, *Goudal, A.J.*, 1968, 312; 12.XII.1975, *Pelletier*, 641.

158. 7.XII.1921, *Huguet*, 1023; S. 19.V.1950, *Cie d'exploit. automob.*, 304; 2.V.1962, *Caucheteux, A.J.*, 1962, 458 (chron. Galabert et Gentot); 13.VII.1963, *Soc. « L'auto-épuration », A.J.*, 1964, 64; 20.XI.1963, *Finances c/ Bauzou, A.J.*, 1964, 190 (obs. Moreau); Paris, 10.VII.1968, *Ibarrondo, A.J.*, 1970, 54; S. 20.III.1974, *Soc. France-reconstruction, A.J.*, 1974, 325; non-emploi de manifeste : 31.III.1954, *Entrep. Macquart, A.J.*, 1955.II.226; 9.XI.1956, *de Leusse, A.J.*, 1957.II.21; 25.III.1957, *de Salvagnac, A.J.*, 1957.II.265; 15.VII.1957, *Simon, A.J.*, 1957.II.373 (obs. Sillard); parfois, le juge administratif parle de « mauvaise volonté systématique » (28.VII.1951, *Delville*, 465), ou de « négligences graves et mauvais vouloir » (9.XI.1949, *Marquis*, 467) ou encore de « négligence assimilable à un mauvais vouloir » (Marseille, 15.V.1974, *Eymard*, 702).

159. L. 7.VI.1873; v. 4.VII.1884, *Intérieur c/ Catala*, 554; A. 10.I.1969, *Maire de Saint-Laurent, A.J.*, 1969, 103 (concl. Guillaume).

160. 5.I.1923, *Doin*, 12, *D.P.*, 1923.III.1 (n. Palmade, concl. Berget); 23.III.1923, *Soc. immob. exploit. hôtel Beau-Rivage*, 299; 27.II.1924, *Peysson*, 230; 3.XI.1926, *Mundwiller*, 925; 30.III. 1927, *Etasse*, 412.

161. Art. 4 L. 19.VII.1889, mod. art. 48, § 15, L. 25.VII.1893 et D. 25.X.1894, art. 1 et 2; v. 9.IV.1930, *Ville d'Ussel*, 405; 3.V.1968, *Commune de Fraize*, 270.

162. Art. 8, al. 4, L. 31.VII.1920 prévoyant les modalités d'évaluation du stock normal des entreprises. V. S. 9.V.1930, *Soc. Déchelette*, 488.

163. L. 1.VII.1916, art. 1er ss. (*D.P.*, 1916.IV, pp. 161 ss.) et L. 13.VII.1925, art. 137 (*D.P.*, 1925.IV.325) instituant une contribution extraordinaire sur les bénéfices exceptionnels et aménageant la preuve du bénéfice normal; v. 18.VI.1931, *Denis*, 655; 11.II.1931, *Lefèvre*, Tb. 1264; 14.I.1931, *Soc. étab. Pozzo di Borgo*, 43. V. aussi art. 51 *C.G.I.*, « bénéfice que l'entreprise peut produire normalement » (29.IV.1970, 78.876, *Finances c/ V...*, Tb. 1025, *D.F.*, 1971, comm. 948, concl. Mehl; 17.VI.1970, 77.383, *X...*, Tb. 1025; 18.VI.1971, 80.764, *Finances c/ X...*, 456).

164. Art. 37 L. 10.IX.1942; v. S. 4.V.1945, *Klotz*, 92. V. encore les « garanties de moralité jugées nécessaires » visées par les articles 2 et 9, O., 19.IX.1945, à propos de l'inscription au tableau de l'ordre des experts-comptables : 3.VI.1949, *Kiehl*, 265; 26.IV.1950, *Krupp*, 235. Et l'article 16 O. 4.II.1959 relative au statut général des fonctionnaires : « bonne moralité ».

165. Art. 18 O. 11.X.1945, art. 3. L. 31.XII.1949, D. 16.I.1947, art. 4, *etc.*; v. 3.I.1947, *de M...*, *A.J.*, 1947, 56; 25.II.1949, *Marie*, 95; 16.I.1956, *Aller, A.J.*, 1956, II.141; 23.XI.1960, *Isoardi, A.J.*, 1961.II.160.

166 Art. 1er O. 11.X.1945 : T.C. 24.VII.1947, *Gérony, D.*, 1947, jurisp., 415 (n. Fréjaville); 9.I.1948, *Barbedienne, J.C.P.*, 1948.II.4.132, 1re esp. (n. Fréjaville). V. l'intéressant article du doyen Carbonnier, « La notion de *crise grave du logement* au sens de l'ordonnance du 11 octobre 1945 », *J.C.P.*, 1948.I.728, et Fréjaville, art. précit.

167. Art. 9, § 2, L. 26.XII.1931 (19.VII.1939, *Forges*, 486); art. 1er, 6°, L. 13.VII.1933 (12.I.1938, *Serruau*, 15); art. 5, § 3, L. 12.VII.1937 (21.VII.1939, *Altesleben*, 505); art. 5 et 6 L. 16.VIII.1947 (21.VII.1948, *Roques*, 338); art. 32 et 33 L. 6.VIII.1953 (S. 2.III.1956, *Berson*, 104); art. 10 et 11 L. 31.VII.1959 (S. 23.III.1962, *Boileau*, 205); art. 15 L. 18.VI.1966 (13.XII. 1967, *Sarrazin*, 489); art. 13 L. 30.VI.1969 (31.III.1971, *Barbet*, 264); art. 10 L. 16.VII.1974 (A. 16.I.1976, *Dujardin, A.J.*, 1976.94; 25.II.1976, *Santé publique c/ Alcay*, 114). La notion de « fait entachant l'honneur ou la probité » est encore visée par d'autres textes, comme l'article 3 O. 4.VII.1943 et l'article 1er O. 27.I.1944, relatives à la réintégration des magistrats, fonctionnaires et agents publics (29.VII.1950, *Aouizerat*, 488).

tuaires » du contentieux des dommages de guerre [168], « l'ordre, la santé ou la moralité publics » [169], l' « insuffisance professionnelle grave » et la « faute professionnelle grave » [170], les organismes syndicaux « les plus représentatifs » [171], le « caractère licencieux ou pornographique » d'une publication [172], l' « ajournement abusif du versement de l'impôt » [173], les « besoins normaux de l'existence » [174], les « conditions manifestement insuffisantes » de logement [175], les personnels n'ayant « manifestement pas fait l'objet d'un développement de carrière » satisfaisant [176], le « prix normal » [177], la « location normale » [178], le « moyen sérieux » et les « conséquences difficilement réparables » dans la procédure du sursis à exécution [179], l'exploitation agricole « se trouvant dans une situation exceptionnelle » [180], la dépréciation d'une propriété « résultant de circonstances exceptionnelles » [181], les « circonstances exceptionnelles » permettant la modification des droits de douane [182], les « détériorations anormales » infligées par des véhicules à la voirie communale [183], les « événements extraordinaires » entraînant perte de récolte [184], les rapatriés

168. Art. 16 L. 28.X.1946 : C.S.C.D.G. 14.III.1949, *Cre Gvnt. Commis. départ. Gard c/ Coulange-Bailly, A.J.*, 1949, 188; 24.IV.1965, *Carabin de Cortès*, Tb. 1046; 24.IV.1968, *Baret de Lime*, Tb. 1079. V. Poussière, *Traité des dommages de guerre*, précité.

169. Code débits de boissons, art. L. 62 : 18.V.1973, *Intérieur c/ Navarro*, 360.

170. Art. 3 O. 4.VII.1943 et art. 1er O. 27.I.1944, précités : 29.VII.1950, *Aouizerat*, 488. V. aussi, pour l' « insuffisance professionnelle », al. 1er, art. 135 L. 19.X.1946 portant statut général des fonctionnaires (S. 19.II.1954, *Couture*, 116) et art. 52. O. 4.II.1959 relative au statut général des fonctionnaires (31.V.1968, *Duperré, A.J.*, 1968, 591).

171. Multiples dispositions tant législatives que décrétales; V. art. 5. L. 3.IX.1945 sur la composition du Conseil supérieur des transports (8.XI.1950, *Synd. nation. Cadres des compagnies de navig.*, 538).

172. Art. 14 L. 16.VII.1949 interdisant la vente à des mineurs de dix-huit ans de publications présentant un danger pour la jeunesse (5.XII.1956, *Thibault*, 463, *D.*, 1957, jurisp., 22, concl. Mosset).

173. Art. 6 L. 10.VIII.1943 (art. 1667 puis 1954 C.G.I.) : 27.VI.1958, *A.J.*, 1958.II.326.

174. Al. 2, art. 179, L 7.X.1946 autorisant la remise ou la modération des cotisations afférentes à des immeubles, lorsque les revenus que leurs propriétaires en tirent ne satisfont pas aux besoins normaux de l'existence s'ils s'acquittent desdites cotisations envers le Trésor (12.X.1960, *Demoulin, A.J.*, 1961.II.48, obs. Drago).

175. Art. 6 L. 15.VII.1954 et D. 23.VI.1956 (art. 346 ancien C.U.H.) autorisant la réquisition au bénéfice des personnes logées dans de telles conditions (14.X.1960, *Hergot, A.J.*, 1961.II.159; 25.III.1964, *Perrot*, 206; v. aussi *J.C.A.*, fsc. 350 [V.1968], n° 105).

176. Art. 4 L. 4.IV.1958 visant à permettre l'avancement de personnels ayant participé à la résistance (S. 22.II.1963, *Maurel*, 119).

177. Ancien art. 293 C.G.I. concernant le C.A. imposable à la taxe sur les transactions (12.II.1965, 42.422, *Soc. étab. Allinquant, D.F.*, n° spécial, 16.I.1970, p. 56, concl. Dufour). V. aussi l'article 273-4° ancien C.G.I. disposant que les livraisons faites à soi-même par un assujetti à la T.V.A. de produits fabriqués par lui sont imposables « sur le prix normal de vente en gros des produits similaires » (19.XII.1966, 68.403, *Finances c/ Soc. I.B.M.*, 673); et l'article 1498 C.G.I., qui parle de « locations à des conditions de prix normales » ou « anormales », *etc.*

178. L. 23.XII.1964, art. 11 (art. 30 C.G.I.) : 23.IV.1965, *Finances c/ P...*, Tb. 918.

179. Art. 48 O. 31.VII.1945, art. 54 D. 30.VII.1963 et D. 26.VIII.1975 (S. 15.IV.1966, *Pennec*, 261, concl. Rigaud).

180. Art. 69 ancien C.G.I. concernant l'assiette de la taxe proportionnelle frappant les bénéfices agricoles et plus particulièrement la dénonciation du forfait : 29.VI.1956, *X...*, *A.J.*, 1956.II.375; 14.X.1966, 68.489, *X...*, *A.J.*, 1967.356; 25.I.1967, 68.804, *X...*, 33.

181. Art. 1393 ancien C.G.I. autorisant le dégrèvement de la contribution foncière : 14.VI. 1967, *Page*, Tb. 758; 21.II.1968, *Grenier*, 125; 30.I.1970, *Le Maire*, 69.

182. Art. 9 Code des douanes : S. 23.V.1969, *Jammes*, 266, *A.J.*, 1969.566; 17.III.1971, *Féd. nation. des prod. de vin*, 215.

183. Al. 1er, art. 5, O. 7.I.1959 : 15.X.1969, *Soc. raffineries Say*, 441; S. 3.V.1974, *Soc. travaux Trindel*, 260, *A.J.*, 1974.596; 30.X.1974, *Soc. tuileries des Mureaux*, 522. V. aussi art. 14. L. 21.V.1836, qui fait mention de « dégradations extraordinaires » (sur tout ceci, Le Pennec, *L'exercice du pouvoir de police sur le domaine public en droit administratif français*, 1969, multig., t. 2, pp. 784 ss.).

184. O. 7.I.1959, art. 6 et 30 (art. 1421 puis 1398 C.G.I.) : 6.II.1970, *Soc. civ. agric. de la Josse*, Tb. 1004.

« les plus défavorisés » [185], les « revenus exceptionnels » [186], la « durée normale d'utilisation » d'un bâtiment [187], la « réserve » d'un magistrat [188], le terrain « insuffisamment bâti » [189], l'activité professionnelle pratiquée « dans des conditions normales de rentabilité » et l'instruction ou la formation de « niveau normal » [190], « les dommages non assurables d'importance exceptionnelle dus à des variations anormales d'intensité d'un agent naturel » [191], le « cas d'exceptionnelle gravité » entraînant dispense de service national malgré la renonciation à son bénéfice [192], le « recours jugé abusif » devant la juridiction administrative en matière fiscale [193], les « exigences normales de la scolarité » [194], les entreprises similaires « exploitées normalement » [195], les « biens d'usage courant » [196], la « disproportion marquée » [197], les dépenses « notoires » [198], les rémunérations de dirigeants « excessives eu égard à l'importance du service rendu » [199].

L'on citera encore les locaux d'habitation « qui présentent un caractère exceptionnel » [200], les « services exceptionnels » d'un militaire [201], la « fraction particulièrement dangereuse du matériel » de guerre [202], le « coût normal

185. Art. 1er, al. 5, L. 26.XII.1961 : 13.III.1970, *Camilléri*, 190.

186. L. 13.I.1941 (Ann. I, art. 113 *bis*) et L. 28.XII.1959, art. 3 (art. 163 C.G.I.) : 23.IV. 1971, 78.674, *J...*, 298; 26.V.1971, 78.675, *X...*, *A.J.*, 1971.618 (n. Lamarque); 9.III.1973, 80.386, *X...*, *A.J.*, 1974.154.

187. Art. 39-A, § 2, 2°, C.G.I. (L. 31.VII.1962, art. 23 et 26) : 8.XII.1971, *X...*, 748.

188. Art. 10. O. 22.XII.1958 portant L.O. relative au statut de la magistrature : S. 1er.XII. 1972, *Obrégo*, 771, *A.J.*, 1973.41 (concl. Grévisse, chron. Cabanes et Léger); A. 31.I.1975, *Exertier*, m. jour, *Volff*, 70, *A.J.*, 1975.124 (chron. Franc et Boyon). V. aussi D. 30.VII.1963 relatif au statut des membres du Conseil d'Etat et art. 7 L. 13.VII.1972 portant statut général des militaires.

189. Art. 3 L. 19.XII.1963 (art. 150 *ter* ancien C.G.I.) : S. 9.III.1973, *X...*, 211; 6.VI.1973, *X...*, 400.

190. Art. 8-I.1 L. de Finances 24.XII.1969 (art. 156.II.7° *c* C.G.I.) : 17.IV.1974, 92.970, *Finances c/ X...*, 235.

191. C'est la définition de la calamité agricole donnée par l'alinéa 1er, art. 2 L. 10.VII.1964 (4.XI.1974, *Moscato*, 527).

192. Art. L. 13 Code du Service national : 9.VII.1975, *Défense c/ Vienet*, Tb. 881; 15.X. 1975, *Défense c/ Michalowski*, Tb. 881.

193. L. 4.VIII.1956, art. 48 (art. 1016 C.G.I.) : 25.VII.1975, 94.000, *X...*, 459.

194. Art. 14, al. 5, L. 12.XI.1968, loi d'orientation de l'enseignement supérieur : 25.II.1976, *Recteur de l'Académie de Lyon*, 115.

195. Art. 57 ancien C.G.I. : 2.VI.1976, 94.758, *Soc. X...*, 289.

196. Art. 9 L. 28.X.1946 sur les dommages de guerre : C.S.C.D.G. plén. 9.V.1949, *Hourcade, A.J.*, 1949.506; 12.III.1965, *Sarrochus*, T.D. 65-74, t. VI, 186.

197. Art. 168 C.G.I. : S. 5.I.1968, 70.576, *Finances c/ X...*, 22; 5.I.1972, 82.525, *Finances c/ X...*, 10. Sur l'évolution de l'article, v. Wachsmann : « L'article 168 et l'article 180 C.G.I. », *R.S.F.*, 1976, pp. 645 ss.

198. Art. 180 C.G.I. : 21.IV.1967, 68.778, *X...*, et 69.131, *X...*, *J.C.P.*, 1968.II.15380 (obs. Tixier); 27.I.1971, 76.104, *X...*, *D.F.*, 1972, comm. 1013 (concl. Mehl). Sur les nombreux avatars de cet article, v. Wachsmann, précité, et Buisson et Maitrot, « Les avatars de l'article 180 C.G.I. », *R.S.F.*, 1975, pp. 25 ss.

199. Art. 39.I.1° C.G.I. (nombreuses rédactions depuis la L. 13.I.1941) : 7.II.1958, 40.371 et 40.372, *A.J.*, 1958.II.197; 7.XI.1960, *A.J.*, 1961.II.49 (obs. Drago); 28.IV.1965, 62.821 et 62.822, *D.F.*, n° spécial, 16.I.1970, p. 100 (concl. Poussière); 20.XII.1967, 64.387, *Soc. X...*, 515; A. 30.XI.1973, *Assoc. St-Luc*, 680; 12.XI.1975, *Finances c/ Soc. X...*, 566.

200. L. 2.II.1968, *D.F.*, 1968, comm. 227, devenue l'article 1497 C.G.I. (disposition concernant les maisons « exceptionnelles » afin de leur éviter des bases d'imposition excessives).

201. L. 30.X.1975 modifiant le statut général des militaires (al. 5, art. 47 nouveau dudit statut).

202. L. 3.V.1921 (v. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, 1974, p 64).

de reconstruction » [203], sans parler des très nombreux textes qui mettent en œuvre la notion de faute [204].

Cette liste, qui ne prétend nullement à l'exhaustivité, est sans doute un peu fastidieuse, mais elle démontre l'ampleur de l'utilisation législative du standard. L'utilisation réglementaire apparaît un peu moindre.

41. *Les standards réglementaires.*

Leur relatif moindre nombre peut s'expliquer par le fait que, si le rôle d'exécution de la loi n'a jamais, en France, été le seul du pouvoir réglementaire, il a été longtemps dominant et demeure de loin le plus important. Très souvent, le règlement n'a eu ainsi qu'à développer des standards législatifs en les précisant. On en donnera deux exemples. La loi du 19 juillet 1889 modifiée par la loi du 25 juillet 1893 prévoyait que les instituteurs devaient se voir impartir un « logement convenable ». Le décret du 25 octobre 1894 précisait que, pour un instituteur adjoint marié, par exemple, ledit « logement convenable » devrait se composer d'une « cuisine - salle à manger et de deux pièces à feu ». De la même manière, la taxe de compensation instituée par l'ordonnance du 11 novembre 1945 et la loi du 31 décembre 1949 sur les locaux inoccupés et « insuffisamment occupés » pesait, pour ce dernier cas, sur des « locaux comportant un nombre de pièces principales d'habitation supérieur à celui des personnes qui y ont effectivement leur résidence principale, augmenté d'une unité pour chacune des deux premières personnes », au terme du décret du 16 janvier 1947.

Il est cependant possible de trouver des exemples de standards réglementaires originaires, très semblables à ceux qu'utilise la loi : la « faute contre l'honneur » [205], la « moralité irréprochable » et la « bonne tenue » [206], l' « exercice normal d'une profession » [207], les « immeubles loués dans des conditions anormales » [208], les « besoins normaux d'existence » d'une troupe [209], l' « insuffisance de l'initiative privée » et la satisfaction prioritaire de « la clientèle normale » autorisant la création d'une clinique ouverte [210], la « notoriété » et l' « autorité particulière » d'un médecin [211], le litige présentant « une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse » [212], les « besoins privés normaux d'un

203. Expression utilisée dans les lois du 11 octobre 1940, du 28 octobre 1942 et dans l'O. 8.IX.1945, qui, avant la loi du 28 octobre 1946, réglementèrent la matières des dommages de guerre (v. de Baecque et *al.* « La nouvelle législation sur les dommages de guerre », *J.C.P.*, 1947.I.612).

204. V. aussi, pour l'utilisation de la notion de « circonstances exceptionnelles » par des textes législatifs, Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, 1962, pp. 26 ss.

205. D. 14.IV.1874 visant les chefs d'exclusion de la Légion d'honneur (art. R. 96 Code Légion d'honneur) : S. 26.VII.1935, *Calmon*, 900; 24.III.1965, *Fouquet*, 194.

206. Art. 3 D. 15.V.1931 (17.XII.1941, *Blanchelande*, 224).

207. D. 16.I.1947, art. 3, al. 2 (25.II.1949, *Marie*, 95; 19.IV.1950, *Gauriat*, 220).

208. Instruction 1er.X.1941, art. 5 : 10.V.1950, *Soc. habit. à bon marché Michelin*, 270; en l'espèce, texte réglementaire. Des instructions seulement interprétatives emploient parfois des standards; ainsi celle du 8 janvier 1957, celui de « changement notable » dans les conditions d'exploitation, pour l'interprétation de l'art. 1649 *septies* G. du C.G.I. : 28.II.1968, 68.599, *X...*, 145; 7.X.1970, 77.920, *X...*, Tb. 1025.

209. Art. 8 D. 2.VIII.1877 : 31.V.1950, *Olivera*, 331.

210. Art. 25 D. 17.IV.1943 mod. par D. 28.VI.1955, D. 11.XII.1958 et D. 5.IX.1960 : A. 14.V.1954, *Synd. maisons de santé du Languedoc*, 276; A. 10.X.1958, *Delarbre*, 482; A. 11.I.1963, *Santé publique c/ Léonetti*, *A.J.*, 1963.434 (obs. Paulin); v. Dran, « Un exemple de collaboration entre Service public et secteur privé : les cliniques ouvertes », *A.J.*, 1967, pp. 514 ss.

211. Art. 10 D. 4.VII.1960 : S. 24.IV.1964, 3 esp., *Villard, Delahaye* et *Travail c/ Duflot*, *Drt. Soc.* 1964.433 (concl. Braibant); S. 15.VII.1964, *Travail c/ Carrière*, *A.J.*, 1964.574; 7.VI.1967, *Rougemont*, 240, *A.J.*, 1968.48 (obs. Peiser); v. Dupeyroux et Garagnon, « Le contentieux de la notoriété médicale », *D.*, 1962, chron. 4, pp. 19 ss.

212. Art. 35 D. 26.X.1949 (art. 6 D. 25.VII.1960) : 24.VI.1966, *Laquière*, 415; S. 1er.XII. 1972, *Off. nation. des forêts*, 769; v. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 1, pp. 648 ss., et Rivéro, *Droit administratif*, 7e éd., 1975, p. 147.

consommateur » [213], le « cas social grave » emportant dispense de service national [214], les « motifs reconnus sérieux et légitimes par le préfet » et au nom desquels est refusée la vente d'H.L.M. [215], la « pièce normale » [216], les locaux « insuffisamment occupés » [217], les « conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste » [218], l'exhaussement du sol de nature à « modifier sensiblement l'état des lieux » [219], l' « activité de nature à jeter le discrédit sur la fonction » [220], la « quantité de pollution produite un jour normal » [221], la détermination du montant d'honoraires « avec tact et mesure » [222], *etc.*

A l'échelon inférieur, le standard est aussi manié par l'autorité réglementaire. Citons, à titre d'exemple, l' « inaptitude morale » invoquée par un arrêté du Haut commissaire à Madagascar [223] et « les cas exceptionnels » autorisant dérogation à un règlement sanitaire départemental [224].

42. *Les standards des conventions internationales.*

Que le rôle des standards ne soit pas négligeable dans l'ordre international est une certitude. Mais là encore, il y a, semble-t-il, davantage de standards jurisprudentiels ou coutumiers que de standards textuels [225]. Que l'on songe par exemple à l'important « *international standard of treatment* », traduit en français par « traitement international type », au terme duquel tout Etat est en droit de s'attendre à ce qu'on traite ses nationaux conformément à une pratique moyenne [225 *bis*]. Pourtant, les conventions internationales utilisent assez fréquemment le type de formulation du standard. Peut-être y a-t-il là d'ailleurs un outil privilégié du style des actes internationaux : la plupart des standards existent dans la plupart des langues et y conservent ce pouvoir d'évocation facile que le mouvement du standard s'est plu à leur reconnaître; plus encore, leur flou relatif peut faciliter l'accord des volontés. Le président Boulouis a fort bien évoqué ces questions à propos du droit communautaire : « Quel que soit le soin que l'on ait pris et que l'on prenne encore à son élaboration, il ne peut pas ne pas réceler un nombre appréciable d'insuffisances, quelquefois voulues, plus souvent inévitables, presque toujours utiles à son évolution, à son perfectionnement, à son intégration dans le droit des divers Etats membres. C'est à ce point que, faisant référence au concept de notion juridique non précisée, utilisé en droit administratif allemand, on a pu avancer que pratiquement toutes

213. Art. 5 D. 30.IV.1955 (art. 273 *bis* ancien C.G.I.) : 19.XII.1966, *Finances c/ Soc. I.B.M.*, 673; 13.V.1970, *Potier-Vandier*, 330.

214. Art. 9, al. 3, D. 26.V.1966 : Paris 15.XII.1967, *Lienhart*, 636; 31.V.1969, *Gardarein*, 55 (concl. Rigaud); 20.II.1970, *Armées c/ Lienhart*, 127.

215. Art. 5 D. 14.XI.1966 : S. 20.XI.1970, *Belz*, 693, *A.J.*, 1971.55; 1er.X.1971, *O.P.H.L.M. Manche*, 578; S. 21.VII.1972, *S.A.H.L.M. Centre*, *A.J.*, 1973.213.

216. Art. 3 Arr. 4.XI.1968 mod. Arr. 23.III.1953 relatif aux indemnités de logement et de cantonnement de troupes chez l'habitant.

217. D. 30.VI.1967, abrogé par D. 13.IX.1967 pour cette disposition (7.XI.1969; *Cerutti*, 478).

218. Art. 3 *bis* D. 30.IX.1953 (art. 1er D. 22.II.1972; art. R. 71 Code des T.A.) : 30.XI.1973, *Soc. Marchand*, Tb. 1084; 2.II.1977, *Lahouel*, *D.A.*, 1977, n° 95.

219. Art. 29 D. 31.XII.1958 relatif aux plans d'urbanisme : 21.XII.1973, *Maleville*, Tb. 1144.

220. Art. 17 D. 25.V.1955 et art. 14 D. 24.I.1968 : 22.I.1975, *Brunel*, 49.

221. Art. 3 D. 28.X.1975, *A.J.*, 1976.50.

222. Art. 10 Conv. nat. des méd. 28.X.1971, approuvée par Arr. 29.X.1971 : S. 18.II.1977, *Hervouet*, *A.J.*, 1977.271 (chron. Nauwelaers et Fabius).

223. Arr. 18.VI.1947 : S. 7.I.1955, *Andriamisera*, 13.

224. Art. 110 réglmt. sanit. Bouches-du-Rhône : 12.I.1962, *Canton*, 23.

225. V. Siorat, th. précit., pp. 317 ss.

225 *bis*. V. Thierry Combacau, Sur et Vallée, *Droit international public*, Paris, 2e éd., 1979, p. 314.

les notions juridiques contenues dans les traités européens appartenaient à cette catégorie » [226].

Il peut bien sûr arriver qu'au rang des standards de la jurisprudence administrative figurent des standards formulés par des conventions internationales ou assimilables. Ainsi l'article 13 de l'ancienne convention franco-monégasque du 23 décembre 1951 disposait-il que « lorsqu'une entreprise française consent ou impose à une entreprise monégasque, au capital ou à la gestion de laquelle elle participe, ou à toute personne physique ou morale résidant ou établie à Monaco, dans les relations commerciales ou financières qu'elle entretient avec elle, des conditions qui ne pourraient être considérées comme normales, les opérations sont rétablies dans la comptabilité de l'entreprise française, telles qu'elles auraient dû y figurer régulièrement, pour l'assiette des taxes sur le chiffre d'affaires ou de l'I.R.P.P. ou de l'impôt sur les sociétés » [227]. L'arrangement concernant les colis postaux, annexé à la convention de l'Union postale universelle, signée à Ottawa le 3 octobre 1957, prévoit que les déclarations d'un certain type, faites par l'administration, s'imposent aux parties, « sauf le cas où elles comporteraient des erreurs manifestes » [228]. Récemment sont intervenus enfin dans la jurisprudence administrative, quelques standards communautaires, à propos desquels elle a dû se demander si les normes qui les contenaient constituaient des actes clairs : les « limitations justifiées par des raisons d'ordre public » de l'article 48 du Traité de la C.E.E. [229], les « expériences particulièrement dangereuses » de l'article 34 du Traité de la C.E.E.A. [230], les « nécessités » du développement et les « besoins » de l'industrialisation de l'article 133 du Traité de la C.E.E. [231], *etc.*

43. *Les standards d'une autre origine.*

On entre ici dans une catégorie tout à fait résiduelle. Il y a en effet peu de raisons pour que le standard soit très employé dans les actes particuliers, contrats ou actes administratifs unilatéraux. Dans le contrat, les cocontractants s'attachent en principe à une suffisante précison des clauses, dans leur propre intérêt. En principe, il n'est pas dit qu'une livraison doit être faite dans un délai normal, mais à telle date. Il n'y a cependant pas de raisons pour que les nombreux standards contractuels de droit privé ne jouent aucun rôle en droit public, et il est fort probable qu'un dépouillement systématique des C.C.A.G. et des C.P.C., et à un titre moindre des C.P.S., fournirait nombre d'illustrations [232]. Nous n'avons cependant trouvé, dans le dépouillement jurisprudentiel effectué, que deux exemples : l'article 7, § *c*, du cahier des charges de la concession à la Société des chemins de fer et tramways du Var et du Gard de la ligne de Toulon à Hyères disposait que « dans les secteurs où la voie ferrée empruntera une partie de la voie publique accessible à la circulation ordinaire, les voies seront posées au niveau du sol, sans saillie ni dépression, suivant le profil normal de la voie publique » [233]; l'article 11, al. 2, de la convention passée le 1er juin 1960

226. Boulouis, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence, remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la C.J.C.E. », *Mélanges Waline*, t. 2, p. 152. V. aussi, pour le droit international général, Salmon, « La règle de droit en droit international public » *in La règle de droit*, publ. par Perelman, 1971, p. 205.
227. Cité concl. Mehl S. 24.III.1972, 73.288, *D.F.*, 1973, comm. 141.
228. Paris, 9.VII.1973, *Soc. Duvoir*, 797.
229. Paris 16.XII.1974, *Rutili*, 778.
230. A. 28.II.1975, *Herr*, 162; *R.D.P.*, 1975.1432 (n. de Soto).
231. 3.II.1975, *Rabot*, 82.
232. Le standard du « bon père de famille » est parfois utilisé, mais pas dans le contentieux contractuel; v. ainsi, dans le contentieux de la réquisition, la notion de jouissance des locaux « en bon père de famille » (28.II.1973, *Teyssèdre*, 176).
233. 1.II.1933, *Castagnino*, 145.

entre le sieur P. et le Syndicat d'électrification de la région de Dompaire que « le maître de l'ouvrage serait en droit de résilier les présentes conventions si l'ingénieur-conseil faisait preuve d'une négligence caractérisée » [234].

Les standards, encore qu'ils n'y soient pas tout à fait inimaginables, ont évidemment bien peu de raisons de figurer dans les décisions particulières unilatérales, et nous n'en avons pas rencontré.

44. *Conclusion de la sous-section.*

La définition organique du standard comme mode de formulation spécifiquement jurisprudentiel de la norme est ainsi dépourvue d'exhaustivité et, partant, d'efficacité, même si, on le pressent, elle ne peut être trop rapidement écartée.

Sous-section II

La définition formelle du standard

45. *La définition formelle comme définition de pure méthode.*

L'affadissement progressif de la définition matérielle aboutit, on l'a dit, à une promotion de la définition formelle. Au moins implicitement, beaucoup d'auteurs posent qu'il y a standard lorsqu'un certain type de signe apparaît dans la phrase. Bref, tous les mots qui renvoient à une signification assez mal déterminée sont, dès leur apparition, et non pas seulement parce qu'ils renvoient à ce type de signification, catalogués comme standards.

Nous avons vu qu'une sémantique du standard n'avait pas véritablement été élaborée et qu'elle serait au moins délicate. De même, une sémiologie du standard ne conduit pas à des résultats suffisamment exhaustifs et rigoureux pour faire de la définition formelle du standard une définition satisfaisante. La définition formelle ne peut, en dernière analyse, avoir pour vocation que de faciliter la recherche. Et elle ne peut être légitime qu'à condition qu'un second filtre fasse le départ dans les matériaux qu'elle permet de réunir.

§ 1. — Les formes privilégiées de la notion de standard

46. *Les mots standard.*

Point n'est besoin ici d'être long : pour la doctrine contemporaine qui utilise la notion, il ne fait pas de doute, à juste titre d'ailleurs le plus souvent, que l'apparition de termes comme normal ou immoral, manifeste ou sérieux, raisonnable ou exceptionnel, abusif ou notable, prévisible ou exorbitant, et la liste pourrait être allongée, est le signe de la présence d'un standard.

47. *La grammaire du standard.*

Celle-ci n'est jamais esquissée. Mais elle est latente dans la définition formelle. L'adjectif qualificatif et l'adverbe semblent les formes grammaticales essentielles du standard, assez naturellement : les adjectifs ne sont-ils pas « des

234. Nancy, 23.V.1967, *P... c/ Synd. d'électrif. de la région de Dompaire*, *A.J.*, 1968.250.

mots qui servent à caractériser une personne, une chose, sous le rapport de la qualité » [235] ? Et les adverbes, du moins pour la classe d'adverbes qui nous intéresse, se forment sur l'adjectif et « caractérisent un état, une manière d'être » [236].

§ 2. — Les insuffisances de la définition formelle

48. *La grammaire du standard n'a pas d'utilité.*

Adjectif et adverbe ne sont que les formes les plus classiques de la caractérisation, les juristes diraient de la qualification. Mais, d'une part tous les emplois juridiques d'adjectifs ou d'adverbes ne sauraient être assimilés à des standards; d'autre part ces formes ne sont pas exclusives et la souplesse de la langue fait jouer au substantif un rôle important de substitution : poser qu'un comportement est fautif ou dire qu'il constitue une faute revient au même.

La grammaire du standard ne permet pas même la moindre distinction entre standards.

49. *La définition formelle par le recours aux mots standard est à la fois trop extensive et trop restrictive.*

La définition formelle est trop extensive dans la mesure où elle inclut sous la dénomination standard des termes qui n'ont, quelle que soit sa définition, que l'apparence du standard.

Le meilleur exemple de ceci est donné par certains emplois du terme « normal ». Dans ceux-ci, il qualifie une hypothèse qui ne comporte nulle indétermination : il renvoie au contraire à une solution parfaitement précise et insusceptible d'un quelconque traitement par le juge, remplaçant simplement l'expression « de droit commun ». Ainsi dans les formules « règles de la procédure normale » [237], « règles normales de recrutement » [238], « règles statutaires normales » [239], « règles normales de compétence » [240], « pouvoirs normaux d'administration » [241], « durée normale de prolongation des sursis » [242], « durée normale du mandat » d'un conseil municipal [243], « terme normal » d'une carrière [244], « taux normal » par opposition à un taux faible et à un taux majoré [245], *etc.* L'itinéraire est, dans ces cas, inverse de ce qu'il est pour le standard : on ne passe pas de la normalité à la normativité; c'est parce que la solution est préalablement posée par la norme qu'elle acquiert la qualité de solution normale.

Dans d'autres cas, normal ne remplace pas « de droit commun », mais ne désigne néanmoins qu'une seule possibilité de façon précise. Ainsi lorsqu'il est

235. Wagner et Pinchon, *Grammaire du français classique et moderne*, 1973, p. 125.
236. *Ibid.*, p. 416.
237. En matière d'expropriation, dans les abstrats des arrêts : 10.I.1973, *Richard*, 31; 23.V.1973, *Agence foncière de la région parisienne*, 364; 4.I.1974, *Equipement c/ Brun*, 6; 26.VI.1974, *Gaubert*, 374, *A.J.*, 1975.84; 15.I.1975, *Colson*, 28.
238. 21.XII.1966, *Gaillard, A.J.*, 1967.302; 3.XI.1967, *Marailhac*, 403, *A.J.*, 1968.415; « concours normal de recrutement » et « mode de recrutement normal » : 21.XII.1966, *Vogelweith, A.J.*, 1967.301.
239. 23.VI.1950, *Prette*, 382; 4.VI.1975, *Folliet*, 339.
240. 17.VII.1950, *Delcasso, R.D.P.*, 1951.544; 29.VII.1950, *Merlin, R.D.P.*, 1951.545.
241. 6.II.1952, *Assoc. « Le comité du monument à la paix », R.D.P.*, 1952.1066.
242. 13.VII.1962, *Courolle*, Tb. 893.
243. Art. 38 C.A.C.; disposition disparue dans le nouveau Code des communes, art. L. 124.2.
244. 7.X.1966, *Asope*, 523; « limite d'âge normal » : 28.XI.1973, *Vassart*, 676.
245. 21.II.1973, *Féd. synd. des travailleurs P.T.T.*, 153.

fait mention de la « destination normale » d'une grille entourant un collège [246], de locaux « normalement affectés au public [247], d'un « immeuble normalement destiné à la location » [248], d'un « itinéraire normal » [249], des « exigences normales de la scolarité » pour une année étudiante [250]. En l'espèce, normal est redondant. De même lorsqu'un jugement précise que des fournitures « auraient dû normalement être livrées le 13 octobre 1951 » [251].

Trop extensive parfois, la définition formelle peut être aussi trop restrictive, et cette hypothèse est la plus fréquente. On verra par la suite que les standards peuvent en effet être manifestes ou implicites.

50. *La définition formelle n'est pas une définition originaire.*

La définition formelle est une pseudo-définition, une définition dérivée, fruit on l'a dit d'un certain automatisme dans la reconnaissance des standards qui s'est créé à partir de la définition matérielle initiale. Elle ne saurait ainsi en aucune manière, au moins dans sa version classique, étayer la recherche sur la notion de standard.

51. *Conclusion du chapitre premier.*

La conclusion de cette première investigation ne peut être ni parfaitement positive ni tout à fait négative.

La doctrine a finalement beaucoup disserté sur le standard et est parvenue à s'accorder sur une liste d'exemples à peu près stable. Mais aucune définition rigoureuse n'a pu être dégagée et, après soixante années de recherches, à dire vrai plus ou moins denses selon les époques, il n'existe pas de critère d'inclusion ou d'exclusion concernant la liste dont il vient d'être fait mention.

Le champ des diverses modalités classiques de la définition juridique semble cependant avoir été exploré par la doctrine et, de cet effort assez désordonné, se dégage une définition du standard qui peut se résumer ainsi :

— D'un point de vue matériel, le standard est un concept indéterminé, ayant trait aux valeurs fondamentales de la société et ayant pour objet l'analyse des comportements des acteurs juridiques par référence à un type moyen de conduite. Ce peut être aussi un outil plus complexe au service du juge, à l'aide duquel celui-ci, dans une saisie d'ensemble des situations juridiques, essaye d'apporter des solutions raisonnables aux litiges à lui soumis. Cette seconde notion du standard n'a guère tenu de place en dehors des premiers ouvrages de doctrine sur le sujet;
— D'un point de vue organique, le standard est un procédé plutôt, mais pas exclusivement, jurisprudentiel;
— D'un point de vue formel enfin, il apparaît que le standard est bien souvent identifiable par les termes qui l'expriment. Mais il n'y a là qu'une commodité à l'égard de laquelle il faut se montrer prudent car elle peut entraîner des erreurs. Elle ne fait d'ailleurs pas avancer la réflexion sur la notion de standard.

Le détour par d'autres techniques de définition s'avère ainsi indispensable.

246. 11.VII.1924, *Carabelli*, 681.
247. 19.V.1965, *Dép. de l'Allier, A.J.*, 1965.539.
248. 8.X.1969, *Cervetti*, Tb. 796.
249. 6.I.1950, *Meites* et *Latapie;* 15.II.1950, *Visot, R.D.P.*, 1950.720; 24.XI.1950, *Bennagent*, et 24.II.1951, *Lefebvre, R.D.P.*, 1951.1162.
250. 25.II.1976, *Recteur de l'Académie de Lyon*, 115.
251. Rouen, 23.II.1956, *Etab. Forestier, A.J.*, 1956.II.365; v. aussi A. 5.III.1976, *Tarlier*, 133, *A.J.*, 1976.207.

CHAPITRE II

LES DEFINITIONS FONCTIONNELLES DE LA NOTION STANDARD ET LEURS LIMITES

52. *Introduction du chapitre deuxième.*

La définition fonctionnelle retient l'attention des juristes depuis les articles demeurés célèbres du Doyen Vedel. Il n'est cependant pas certain que tous ses utilisateurs appréhendent pleinement sa nature, ses avantages et ses limites.

Le Doyen Vedel, parlant de la voie de fait, avait opposé les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles. Définissant ces dernières comme n'étant pas « un pur mot », mais comme « s'inspirant d'une idée ou d'un faisceau d'idées », bref, comme des « notions ouvertes » prêtes à s'enrichir de tout « l'imprévu du futur » [1]. Il poursuivait : « La fonction que remplit la voie de fait... est évidente : cette fonction est de retirer à l'administration et à ses agents, dans certains cas d'abus exorbitants, la protection qui résulterait du jeu normal de la séparation des pouvoirs. » [2]

Il y a dans ces développements deux idées que leur postérité n'a pas toujours parfaitement distinguées. La première est qu'existent des notions fonctionnelles ou plutôt des notions plus clairement fonctionnelles que les autres [3]. La seconde que l'on peut discerner un mode de définition fonctionnel. Le lien entre ces deux propositions : les notions fonctionnelles sont celles pour lesquelles la définition fonctionnelle est plus productive que les définitions classiques. Le standard est sans doute une notion fonctionnelle de ce point de vue : le style utilisé par le Doyen Vedel pour définir ce type de notion est d'ailleurs étrangement proche du style que nous avons vu être celui du mouvement du standard. Mais là n'est pas le problème ici : toute notion, même si elle n'est pas à proprement parler fonctionnelle, est susceptible d'une définition fonctionnelle et peut se voir appliquer avec profit le fameux conseil wittgensteinien : « *Don't ask for the meaning; ask for the use.* » M. Visser't Hooft, étudiant l'intérêt pour la recherche juridique des propositions de Wittgenstein, ne s'y est d'ailleurs pas trompé en écrivant que

1. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *J.C.P.*, 1948.I.682.
2. *Ibid.*, v. aussi « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950.I.851; Loschak, *op. cit.*, p. 138.
3. Car toutes les notions sont fonctionnelles; v. Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, 1969, p. 258.

« la philosophie du langage ordinaire peut considérablement renforcer une approche fonctionnelle du langage juridique » 4.

En réalité, la définition fonctionnelle n'est pas un mode de définition autonome : elle ne peut éviter d'intégrer des éléments de définition classique. Plus qu'une définition à proprement parler, elle est un instrument qui permet de reconsidérer d'un œil neuf les définitions traditionnelles. Il n'y a pas de pure définition fonctionnelle : il n'y a que des définitions fonctionnelle - matérielle, fonctionnelle - organique ou fonctionnelle - formelle.

L'exemple de la voie de fait, bien que cette notion n'intéresse qu'assez indirectement notre sujet, permettra d'illustrer cette proposition. MM. Auby et Drago la définissent comme « une action matérielle de l'administration entachée d'une grave irrégularité et portant atteinte à certains droits fondamentaux des individus, propriété, libertés publiques définies par la loi. En présence d'une voie de fait et par dérogation à la clause générale de compétence, la juridiction judiciaire a qualité, non seulement pour réparer les dommages causés par l'administration, mais également pour prendre les mesures propres à faire cesser la voie de fait et parfois, pour prévenir celle-ci. » 5 La première partie de la définition est une définition matérielle fort classique et indispensable : la seconde partie seule ne saurait se suffire à elle-même. Dans certains cas, c'est en effet la référence à la propriété en général et aux libertés qui distingue la voie de fait de l'emprise qui ne vise, elle, que la seule propriété immobilière, encore que cette dernière, dans la mesure où elle implique dépossession, puisse être caractérisée sans trop de difficultés. Quant à la deuxième partie de la définition, elle peut être qualifiée de fonctionnelle - organique : la fonction de la voie de fait est d'opérer, nous dit-on, un transfert de compétence.

Aussi bien nous faudra-t-il envisager non pas la mais les définitions fonctionnelles de la notion de standard, à la fois intéressantes et insuffisantes (section I), avant de voir la nécessité de leur combinaison avec des définitions classiques reconsidérées (section II).

SECTION I

LES DEFINITIONS FONCTIONNELLES DE LA NOTION DE STANDARD

53. *Introduction.*

La notion de définition fonctionnelle a été dégagée il y a peu. Ce qui n'implique pas que ce type de définition n'ait pas été pratiqué auparavant. Dans tout le mouvement du standard, de façon annexe, il y a eu une tendance à définir la notion étudiée dans cette perspective. Le Doyen Hauriou, plus nettement, a même abordé la question d'un point de vue quasi-uniquement fonctionnel. Il n'est pas certain cependant que toutes les virtualités de la définition fonctionnelle aient été bien dégagées.

4. « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, 1972, p. 282; v. aussi l'intéressante distinction entre « la statique de la définition » et « la dynamique de la définition » faite par M. Scarpelli, « La définition en droit », *L. & A.*, 1958, p. 127.
5. *Op. cit.*, t. 1, p. 551.

SOUS-SECTION I

Les définitions fonctionnelles dans le mouvement du standard

§ 1. — Les définitions fonctionnelles annexes

1° STANDARD ET JURISPRUDENTIALISATION DU DROIT :

54. *Standard et fonction d'accroissement des pouvoirs du juge.*

Al Sanhoury n'est pas parfaitement clair à ce sujet faute de partir d'une définition suffisamment rigoureuse du standard. Pour lui le standard « ne lie pas étroitement le juge » 6. Il se borne à « donner en termes généraux, la mesure de la conduite moyenne d'une personne normale » et il laisse « au juge le soin d'adapter cette mesure à chaque espèce particulière » 7. Les développements des auteurs contemporains sont comparables, à quelques nuances près 8.

Ce n'est qu'à une époque plus récente que, le faux débat règle/standard étant surmonté, l'on a vu dans le standard, même énoncé par un texte et non créé par le juge, une norme ouvrant une certaine latitude d'action au juge, ce qui fait une partie de sa spécificité 9.

2° STANDARD ET MOBILITÉ DU DROIT :

55. *Standard et mobilité synchrone du droit.*

La mobilité est un thème cher à ces adeptes du « mouvant » bergsonien que sont les protagonistes du mouvement du standard. Et cette mobilité que le standard doit assurer est, pour eux, double : mobilité synchrone qui permet l' « individualisation du droit »; mobilité diachrone du droit dans l'histoire.

La mobilité synchrone est mise en avant par cette définition d'Al Sanhoury : le standard, écrit-il, « donne une mesure de conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée » 10. Sa vocation essentielle est de régir le fait sans l'étouffer, de le suivre au plus près sans le corseter, bref d'individualiser le droit selon la formule chère à Saleilles 11. « Pour réglementer tous les rapports sociaux dans leur complexité et leur variété infinie, (le droit) a dû changer de procédé. Au lieu de donner aux juges des instructions précises et détaillées..., il se contente de leur donner... de grandes lignes de conduite, qu'ils peuvent eux-mêmes adapter aux circonstances changeantes. » 12

56. *Standard et mobilité historique du droit.*

Le standard, mobile dans l'instant, suit aussi, écrit Al Sanhoury, « des rapports sociaux incessamment changeants » 13. « Avec les progrès de la civilisation et

6. *Les restrictions contractuelles*, p. 23.
7. *Ibid.*, p. 40.
8. V. notamment Stati, *op. cit.*, pp. 54, 109 et 183, et Maury, contrib. précit., p. 423.
9. V. Dabin, *Théorie générale..., op. cit.*, p. 84; Dejean de La Batie, *op. cit.*, p. 1; Detragiache, *op. cit.*, p. 895; Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, p. 394.
10. « Le standard juridique », p. 145; v. *Les restrictions contractuelles*, p. 23.
11. V. Maury, contrib. précit., p. 423.
12. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles*, p. 23; v. Stati, *op. cit.*, p. 109.
13. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles*, p. 23.

la complexité toujours croissante de la vie sociale, le droit qui est la science sociale par excellence, a dû régler son pas sur la marche rapide de la civilisation » et « changer de procédé » [14]. Le standard permet au juge « de réaliser, sans difficulté ni artifice, les changements, les évolutions nécessaires » [15].

§ 2. — La définition fonctionnelle du Doyen Hauriou

1° Le standard, la directive et l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire :

57. La distinction du standard et de la directive par le Doyen Hauriou.

Il eût été bien étrange que cette notion-protée qu'était le standard tel que décrit par l'Ecole de Lyon ne retînt pas l'attention perpétuellement en éveil de ce protée de l'intelligence juridique que fut le maître de Toulouse. Comme l'a si justement écrit Gény, « pareil à un poste récepteur de télégraphe sans fil, l'esprit de M. Hauriou saisit toutes les ondes qui traversent l'atmosphère intellectuelle et cherche au milieu de leurs contradictions et de leurs croisements, à serrer de plus en plus près le sens de la vie. Mais son effort est constamment entravé par de nouveaux afflux, qui remettent sans cesse en question ce qui pouvait sembler acquis » [16]. Hauriou se saisit donc du standard, enrichit la notion plus qu'aucun autre en un seul, mais volumineux article, foisonnant et approximatif [17], puis s'en déprit, semble-t-il assez vite : d'autres ondes sans doute le sollicitaient-elles...

Le premier mérite d'Hauriou fut de poser avec une fermeté jusque-là inégalée que directive ne saurait être une bonne traduction pour standard et qu'il y avait deux notions là où beaucoup n'en voyaient qu'une.

Pour Hauriou, les idées de l'Ecole de Lyon doivent se comprendre dans le contexte du « vieux dualisme de la police juridique et du fond du droit », et le standard et la directive sont les procédés techniques propres à la police juridique » [18]. Cette démarche permet à Hauriou de surmonter l'ambiguïté que nous avons cru déceler chez les autres auteurs, tiraillés entre deux conceptions du standard : l'une dans laquelle il jouerait le rôle d'un guide assez vague, d'un impératif s'imposant au juge mais n'affleurant pas au niveau de la norme mise en œuvre; l'autre dans laquelle, mesure d'un comportement, il deviendrait, quelle qu'ait pu être à cet égard la pensée des promoteurs du mouvement, un étalon assez ponctuel, et finalement le simple élément d'une règle un peu plus souple que les autres. Pour Hauriou, aucune hésitation : « le standard est un élément de méthode, il est comparable à cet instrument qui permet au commandant d'un navire de faire le point en longitude et en latitude. Après quoi se définira la route à suivre. La route à suivre, c'est la directive... Un procédé de préparation

14. *Ibid.*
15. Maury, contrib. précit., p. 423.
16. *Science*, t. 2, p. 91.
17. « Police juridique et fond du droit », *R.T.D. Civ.*, 1926, pp. 265 ss.; repris dans *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, pp. 147 ss. (c'est cette seconde édition que nous citerons); v. aussi n. sous 17.VII.1927, *Assoc. personnel Banque de France, S.*, 1925. III.33; et Vedel, th. précit., pp. 179 ss., Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, 1966, pp. 103 ss.
18. « Police juridique... », p. 147; p. 175. Hauriou précise sa pensée : « L'importance de ce dualisme sera peut-être mieux comprise si, à l'opposition police juridique et fond du droit que nous avons visée jusqu'ici, nous substituons celle-ci : système des moyens d'administration du droit et système des règles de droit. »

et d'organisation juridique pour mettre sûrement en place toutes les données du problème que l'on a à résoudre, voilà ce qu'est le standard » [19].

S'attaquant toujours sans les éluder aux plus grandes difficultés de la matière, Hauriou continue en posant avec netteté que les standards sont du droit mais que la Cour de cassation n'a pas accès à leur contrôle puisque son rôle se réduit à celui de la violation de la loi. Ainsi, pour cette haute instance, « ces éléments deviennent des questions de fait, au mépris de toute vérité » [20]. Hauriou pose ainsi en principe que le standard, conçu pourtant par lui comme simple méthode, a vocation à être traité comme question de droit et que les lacunes du contrôle ne peuvent être issues que de facteurs historiques et donc contingents. Il faut supposer qu'il aurait *a fortiori* tranché en faveur de la valeur normative du standard instrument de qualification, qu'il soit contenu dans une prescription textuelle ou simplement jurisprudentielle.

58. La spécificité de la pensée du Doyen Hauriou : vers une définition fonctionnelle du standard et de la directive.

C'est à ce moment-là de l'étude que la pensée du doyen semble s'infléchir quelque peu, ou plutôt que son particularisme s'affirme avec le plus de netteté. L'on a dit qu'il adoptait une conception du standard-méthode. La directive, dans cette perspective, se situe dans l'entre-deux du standard tel que le conçoit Hauriou et de ce que les Anglais appellent *rule* et que nous appellerons nous-mêmes par la suite, avec beaucoup de bons auteurs, directive. Pour Hauriou, il semble bien que les standards soient des sources d'inspiration générales, puisées dans les valeurs fondamentales de la société ou dans les méthodes consacrées de raisonnement, et que les directives soient dégagées à partir de ces standards, facilitant leur « réalisabilité », aurait dit Ihering, leur adaptation aux situations envisagées en tenant compte des circonstances de temps et de l'idéologie ambiante. Tout cela pour aboutir en fin de compte à la décision proprement dit, administrative ou juridictionnelle.

Le mouvement du droit se situe essentiellement au niveau des directives ainsi entendues. Les directives de l'administration se heurtent parfois à celles du juge; alors il appartient à celui-ci de trancher. Un exemple donné par Hauriou lui-même rend très bien compte de cette analyse : « la décision exécutoire qui ouvre la procédure de l'expropriation, écrit-il, contient une déclaration de l'utilité publique de celle-ci et, implicitement, l'affirmation que cette utilité publique est suffisante pour justifier l'expropriation des terrains. La notion d'utilité publique elle-même peut évoluer vers l'utilité sociale, si l'administration admet cette directive nouvelle dans sa déclaration d'utilité publique et si le Conseil d'Etat n'y voit pas d'excès de pouvoir » [21]. Ce développement doit, semble-t-il se décomposer ainsi :

— standard : l'utilité publique en général;
— directives : l'utilité publique située, qui peut être par exemple l'utilité sociale;
— décision proprement dite : l'utilité de l'opération visée est suffisante.

Mais le juge peut, partant du même standard, réfuter la directive d'utilité sociale et censurer la décision.

Après quelques développements qui ne convainquent guère, notamment sur le détournement de pouvoir si cher à son cœur, mais dont la suite des événements

19. *Ibid.*, p. 151.
20. *Ibid.*, p. 154.
21. *Ibid.*, p. 160.

ne confirmera pas les espoirs qu'il plaçait en lui [22], puis un passage remarquable et synthétique d'histoire des formulations successives du droit, Hauriou en arrive à donner sa définition fonctionnelle du standard, vers laquelle tendent toutes ses premières investigations. Car on remarquera que si le grand juriste a abordé frontalement quelques problèmes cruciaux, dès les premières lignes de son étude, il s'est par contre contenté, fuyant toute définition matérielle, de définir le standard et la directive comme des « procédés techniques » ou des « éléments de méthode » : la métaphore du sextant mettait tout au plus sur la voie d'une définition instrumentale ou fonctionnelle.

Celle-ci, et il s'agit, selon la terminologie proposée plus haut, d'une définition fonctionnelle - formelle, nous est donnée dans les dernières pages de l'étude. Pour Hauriou, « le système juridique (est) constitué essentiellement par l'équilibre des règles de droit légales et des jurisprudences discrétionnaires » [23]. Nous reviendrons dans le deuxième titre de cette partie sur cette notion de jurisprudence discrétionnaire, qui ne peut engendrer qu'équivoques. Quoi qu'il en soit, Hauriou estime que le juge (ou l'administrateur), par les standards et les directives, autolimite son pouvoir discrétionnaire, que « l'autolimitation du pouvoir » est au « fondement d'une certaine espèce de droit » [24]. Ce qu'Hauriou veut dire c'est qu'en posant le standard et ses directives le juge, obligé de poser une *rule* de toute façon par l'article 4 du Code civil au cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, ou l'administrateur, dont la fonction est de trancher lorsqu'un pouvoir lui est donné à cet effet, limitent formellement leur capacité de se déterminer librement au gré de leurs caprices successifs. Quoi que l'on pense de la formulation d'Hauriou, sa construction va loin et préfigure, on le verra, directement la récente théorie jurisprudentielle de la directive.

2° Critique de la définition fonctionnelle du Doyen Hauriou :

59. *Une définition imprécise et de ce fait peu opératoire.*

Le texte d'Hauriou, remarquable d'intelligence et de finesse, dépasse de beaucoup la question initiale et embrasse trop pour bien étreindre le standard. On a dit plus haut qu'il est impossible de donner de pures définitions fonctionnelles de quelque notion juridique que ce soit : il faut toujours un brin de contenu pour limiter un champ qui sans cela risque d'être infini. Or Hauriou refuse toute définition matérielle véritable, si l'on met à part quelques rares allusions [25].

Dans la perspective d'Hauriou, tout le droit jurisprudentiel devient par définition standards et directives [26] : les conditions de recevabilité et les cas d'ouverture [27], le principe de spécialité [28], l'ensemble de la théorie jurisprudentielle édifiée par le Tribunal des Conflits et par le Conseil d'Etat en matière de responsabilité des administrations publiques pour faits de service et de responsabilité des fonctionnaires pour faits personnels » [29], *etc.*

22. Hauriou essaiera d'ailleurs par la suite, sans trop y insister, de rattacher sa théorie de la directive à sa théorie du contrôle de la moralité, contrôle complétant le contrôle de stricte légalité au sein du contrôle de l'excès de pouvoir, et se concentrant essentiellement, pour Hauriou, dans l'ouverture du détournement de pouvoir (v. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1927, fsc. 1, pp. 386 ss.).
23. *Ibid.*, p. 187.
24. *Ibid.*, p. 190.
25. Ceci avait été bien vu par MM. Goldenberg, *op. cit.*, p. 119, et Vedel, th. précit., p. 180.
26. V. Capitant, *op. cit.*, t. 1, p. 86.
27. « Police juridique », pp. 161 ss.
28. *Ibid.*, p. 166.
29. *Ibid.*, p. 168.

60. *Une définition trop restrictive et de ce fait partielle.*

Le paradoxe de la définition d'Hauriou est que, extensive, ô combien, d'un certain point de vue, elle est trop restrictive d'un autre.

Toute activité normative est autolimitation : le règlement par exemple ne se distingue à cet égard pas du standard et de la directive jurisprudentiels. Le vieux principe *Tu patere legem quam fecisti* n'a pas d'autre sens. Plus, la caractéristique de l'autolimitation jurisprudentielle est d'être plus précaire que les autres puisqu'elle est l'objet d'une création continue qui résulte de sa mise en œuvre même, au fil des décisions.

Surtout, la définition d'Hauriou exclut tout à fait la possibilité de standards émanant du législateur ou de l'autorité réglementaire [30]. Or la plupart des auteurs qui ont traité de cette question ne l'ont pas exclue et elle est de moins en moins négligée par les plus contemporains d'entre eux.

La définition fonctionnelle d'Hauriou pose donc autant de problèmes qu'elle en résout.

Sous-section II

La triple définition fonctionnelle du standard

61. *Introduction.*

Le bilan des définitions fonctionnelles données par la doctrine n'est pas dépourvu à première vue de contradictions. Pour Al Sanhoury ou Stati, le standard a pour fonction de conférer au juge une liberté, un pouvoir discrétionnaire; pour Hauriou, au contraire, il a, complété par la directive, une fonction d'autolimitation de ce même pouvoir discrétionnaire. Tout en réservant notre critique de la notion même de pouvoir discrétionnaire juridictionnel, force est de constater que cette observation n'est pas dirimante. Il n'est pas faux de dire que le standard ouvre, pour sa mise en œuvre, des possibilités diverses et, dans le même temps, qu'il en supprime d'autres, que son emploi détermine un champ des possibles.

L'erreur de nombre d'utilisateurs de la définition fonctionnelle est de partir de l'hypothèse qu'à chaque notion une définition fonctionnelle et une seule correspond. C'est l'hypothèse inverse qu'il faut adopter.

§ 1. — La définition fonctionnelle - organique du standard : le standard comme technique de délégation ou de réservation du pouvoir

1° Le standard textuel comme technique de délégation du pouvoir :

62. *L'utilisation d'un standard dans un texte équivaut à un transfert de pouvoir aux autorités d'exécution.*

Cette idée, quoique non toujours clairement formulée, est sensible à la plupart des juristes et à la juridiction elle-même. L'article 4 du Code civil, qui interdit

30. V. Goldenberg, *op. cit.*, p. 119, et Maury, contrib. précit., pp. 423 ss.

le déni de justice, n'ouvre-t-il pas au juge la possibilité d'interpréter l' « obscurité » et de suppléer à l' « insuffisance » de la loi [31] ?

M. Cornu, s'attachant aux « restrictions apportées par la loi... à son propre domaine... par l'effet d'une sorte d'autolimitation » [32], estime que c'est « intentionnellement » que le législateur « ménage... un certain nombre de vides » qu'il « laisse *en creux* dans la loi, un certain nombre de notions qui ne sont pas complètes... Bref, le législateur crée des lacunes dans la loi », « la loi se rend elle-même dépendante d'un autre facteur » [33]. Selon cet auteur, cette lacune *intra legem* doit être soigneusement distinguée de la lacune *praeter legem*, que Savigny baptisait « défectuosité de la loi » [34] et le critère de cette distinction gît dans le caractère « involontaire » de la seconde et dans celui de « lacune voulue ou consciente » de la première [35]. Et il conclut que le procédé décrit « consiste pour le législateur à placer le terrain qu'il a volontairement abandonné sous l'empire d'une autre source de droit... Dans son aspect positif, la lacune *intra legem* se solde par un comblement extérieur *secundum legem*... C'est une sorte de délégation législative » [36]. Et pour le civiliste qu'est M. Cornu, il ne fait pas de doute que c'est aux tribunaux que va cette délégation car, « en dépit de leur indétermination, ces notions légales sont des notions juridiques » [37].

On fera quelques réserves sur la notion même de lacune *intra legem* : le terme lacune fait image, mais il est en fait excessif. Comme l'a très justement écrit M. Deschenaux, « c'est encore le rôle de l'interprétation de développer le contenu virtuel de normes formulées mais imprécises » [38]. On a même parfois parlé alors d' « interprétation constructive » [39]. Néanmoins, le mérite de cette problématique est évident : elle attire notre attention sur cette fonction de délégation que peut jouer le standard textuel, quelles qu'en soient les raisons, volonté d'expérimentation d'un texte avant, dans un second temps, de le préciser ou conviction de l'impossibilité d'aller plus loin dans la précision des termes sans appauvrir le texte. Notons bien qu'il n'y a, dans notre perspective, délégation qu'en fait : en droit les autorités d'exécution doivent être réputées accomplir la volonté des autorités textuelles.

63. *Le standard textuel, délégation à l'administration ou au juge ?*

Cette question est l'une des plus complexes du droit administratif, et nous la traiterons de façon approfondie par la suite [40]. Il nous faut cependant trouver une réponse provisoire aux fins de la définition.

Quitte à nuancer cette proposition par la suite, on doit ici s'en tenir à l'ancienne théorie dite de la notion légale. Sauf signes manifestes d'une volonté contraire du législateur, il n'y a pas lieu *a priori* de poser qu'une notion un peu

31. V. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, 1974, pp. 274 ss. Sur la portée de l'article 4, v. Portalis, *Discours, rapports et travaux sur le Code civil*, 1844, p. 7 : « Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie... Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges... C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. »
32. *L'apport des réformes récentes...*, cours précit., p. 133.
33. *Ibid.*, p. 134. De tels développements sont en germe chez Gény, *Méthode*, t. 1, p. 213; *Science*, t. 3, p. 92. V. aussi La Marnierre, *op. cit.*, pp. 45 ss.
34. Savigny, *Traité de droit romain*, 2e éd., 1855-1860, t. 1, p. 214.
35. *Ibid.*, p. 135.
36. *Ibid.*
37. *Ibid.*, p. 188; v. aussi Perelman, *Droit, morale et philosophie*, 1976, p. 97.
38. *Le titre préliminaire du Code civil, in Traité de droit civil suisse*, t. 2-1, 1969, p. 91.
39. Dubisson, *op. cit.*, p. 31.
40. V. *infra*. 2e partie, titre Ier, chap. Ier.

plus indéterminée que les autres ouvre un pouvoir discrétionnaire. On démontrera le caractère erroné de cette proposition par la suite et on retiendra par provision que le standard textuel est, même si le juge en refuse parfois les conséquences, un moyen de délégation à son profit du contenu de leur pouvoir normatif de la part des autorités qui l'édictent [41].

2° Le standard jurisprudentiel comme technique de réservation du pouvoir :

64. *La création d'un standard par le juge lui permet de réserver une partie de son pouvoir.*

Si la thèse d'Hauriou selon laquelle la formulation par le juge de standards et de directives jurisprudentiels autolimite son pouvoir est fondée, elle ne l'est que partiellement et, en quelque sorte, de façon assez abstraite. Car il semble que dans la plupart des cas, l'utilisation d'un standard par le juge soit plutôt un moyen de réserver son pouvoir, de ne pas l'épuiser en une formule trop rigide. L'exemple du système anglo-saxon du précédent montre quel peut être *a contrario* le rôle des notions-standards. Ce n'est d'ailleurs pas au maître toulousain que l'on aurait pu apprendre cette vocation du standard, lui qui a un jour écrit, dans un excellent article, que « l'ascension coutumière qui a conduit les directives subjectives cachées sous les premières thémistes vers l'état de règle de droit, à la fois objective et continue, s'est produite en deux étapes : celle de l'habitude jurisprudentielle et celle de la coutume obligatoire » [42].

Le juge est au demeurant conscient de cette fonction du standard. Le commissaire du gouvernement Guillaume a ainsi écrit qu'une expression comme « le préjudice anormal » ouvrait au Conseil d'Etat « une certaine liberté d'action » en ce qu' « il lui appartenait, en fonction de l'évolution des mœurs, de déterminer dans chaque cas particulier si le dommage est de nature telle qu'il doit donner lieu à réparation » [43].

§ 2. — La définition fonctionnelle - formelle du standard : le standard explicite comme technique rhétorique

65. *Les fonctions rhétoriques du standard.*

La rhétorique, art de l'expression et de la persuasion, n'a pendant longtemps guère intéressé les juristes. Bien à tort, si l'on fait le bilan, extrêmement fructueux, de quelques recherches récentes, celles du professeur Perelman et de son Centre national de recherches logiques.

L'importance de la rhétorique dans le travail juridique tient, selon M. Perelman, à ce que « le droit s'élabore à travers les controverses et les oppositions dialectiques, les argumentations en sens divers ». De ce fait, il est « bien rare que le raisonnement juridique puisse aboutir, comme... les démonstrations mathématiques, à une conclusion contraignante » [44]. Aussi bien se pose au juge avec une particulière acuité le problème de « l'acceptabilité sociale de (sa) déci-

41. V. Dubisson, *op. cit.*, pp. 31 ss.; Nizard, *op. cit.*, p. 6.
42. « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *C.N.J.*, 1929, n° 15, p. 111; par « thémiste », Hauriou entendait « un simple précédent judiciaire posé ».
43. Concl. A. 22.X.1971, *Equipement c/ Blandin*, *J.C.P.*, 1973.II.17301.
44. *Logique juridique*, *op. cit.*, p. 7. V. aussi Villey, « Modes classiques d'interprétation du droit », *A.P.D.*, 1972, notamment pp. 86 ss.; et Miaille, *Une introduction crtique au droit*, 1976, p. 225.

sion » [45]. Bref, en dépit de sa majesté et de la force propre qui s'attache à ses décisions, le juge ne peut se passer de techniques qui rendront sa jurisprudence plus persuasive et plus légitime. Le standard jurisprudentiel semble être l'une d'elles.

1° La fonction de persuasion du standard :

66. *Le standard explicite suscite l'adhésion.*

Le juge est donc condamné à l'argumentation, pour convaincre et peut-être aussi pour se convaincre, pour rendre sa décision acceptable et en même temps pour y parvenir.

M. Perelman range les standards au rang des topiques juridiques, terme aristotélicien que l'on traduit aujourd'hui un peu restrictivement par lieu commun [46]. « Pour persuader son auditoire, il faut d'abord... connaître les thèses que l'auditoire admet au préalable » [47], ses « prénotions » disaient les stoïciens, bref, les valeurs du sens commun [48]. Les standards sont de ces prénotions. Qui, si l'on met à part une frange infime de la société, ne sera pas convaincu qu'il est mauvais que l'administration ne se comporte pas normalement, qu'il est bon qu'elle indemnise les préjudices issus de ses activités dangereuses, qu'elle agisse dans un délai raisonnable, qu'il faut enfin qu'un fonctionnaire désobéisse à un ordre manifestement illégal et qu'un particulier agisse en bon père de famille ? Bien sûr, au sein de la juridiction et des cercles spécialisés, la mise en œuvre du standard pourra entraîner des discussions : mais une fois l'affaire tranchée, la solution apportée pourra se parer du prestige propre à l'évidence, même s'il n'y a évidence qu'en trompe l'œil [49]. Les standards sont, comme l'a justement noté dans un tout autre domaine, à propos de l'idée de normalité, Georges Canguilhem, non des « concepts statiques ou pacifiques » mais des « concepts dynamiques et polémiques » [50]. Seul un petit nombre de justiciables s'inquiétera d'une si inusuelle limpidité du langage juridique. La transparence, vraie ou fausse, des standards, en fait des instruments privilégiés de ce qu'on serait tenté d'appeler une justice « à visage humain » : le recours au standard tend à résoudre un problème de communication juridique.

2° La fonction de légitimation du standard :

67. *La fonction de légitimation à proprement parler.*

Cette seconde fonction n'est en vérité qu'un aspect plus particulier de la précédente. Il ne fait pas de doute, à tort ou à raison, qu'une certaine illégitimité continue à peser sur la création normative d'origine jurisprudentielle, dans le contexte français du moins.

Pour le juge, poser directement, pour prendre un exemple parmi d'autres, qu'un trou de 4,5 cm dans la chaussée n'entraîne pas, au cas d'accident, la responsabilité de l'administration, ce serait s'exposer de plein fouet à la dénonciation de

45. Perelman, *op. cit.*, p. 9.
46. *Ibid.*, pp. 87 ss.; v. aussi les remarquables développements de Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca *in Traité de l'argumentation*, 2e éd., 1970, pp. 115 ss.
47. *Ibid.*, p. 109.
48. V. les réflexions d'Epictète sur ce problème, *Les entretiens in Les stoïciens*, éd. Pléïade, t. 1, pp. 857 ss.
49. V. l'art. précit. de H. Ph. Visser't Hooft, pp. 275 ss.
50. Canguilhem, *Nouvelles réflexions concernant le normal et le pathologique in Le normal et le pathologique*, 2e éd., 1972, p. 176.

l'arbitraire qu'une telle décision implique. Rien ne sera au fond changé si la même légère défectuosité est qualifiée d'entretien normal de la voirie. Néanmoins le rôle de médiation joué par le standard n'est pas indifférent. Le législateur et le pouvoir réglementaire sont en eux-mêmes constitutionnellement des autorités normatives. Dans leur cadre ils peuvent agir librement et une présomption de normalité pèse sur leur action. Ces pouvoirs n'ont nul besoin de fonder leurs choix. S'ils utilisent, ici et là, un standard, c'est dans le but exposé plus haut et non pour se justifier. Le juge au contraire doit s'attacher à trouver un fondement convaincant à sa création autonome : où le trouverait-il mieux qu'en le puisant dans les standards et les topiques dont ils relèvent, qui ont le prestige des grandes évidences sensibles, intellectuelles et morales et qui apparaissent comme d'incoercibles sources matérielles de droit dont il serait fâcheux qu'elles n'émergent pas à la vie juridique ? Par-delà les sources formelles de la légalité le juge peut alors arguer de ce qu'il puise aux mêmes sources matérielles que les autorités normatives consacrées. Les fondements de la force persuasive des standards ne sont pas ici très différents de ceux de celle des principes généraux, si les deux notions sont, on le verra par la suite, distinctes : comme les principes généraux, les standards doivent leur légitimité à la fiction bénigne de leur « découverte » par le juge. Eux aussi constituent ce que Hauriou baptisait la « constitution sociale » du pays.

68. *La fonction de généralisation des standards.*

La fonction de généralisation, ou encore de cohérence, des standards est étroitement liée à leur fonction de légitimation. Quoi de plus illégitime en effet que l'arbitraire de décisions se succédant sans lien dans des matières similaires. En réalité, l'absence de lien n'est qu'apparente : les applications ponctuelles se déduisent de la règle, et celle-ci ne s'induit pas de celles-là. Mais la constitution d'un lien visible ne manque pas d'accentuer la capacité généralisatrice de la règle jurisprudentielle. Par l'autolimitation qu'elle implique ainsi que l'avait vu Hauriou. Mais aussi parce que les standards, formes prégnantes au plus haut point, ont un fort pouvoir de contamination. La théorie du défaut d'entretien normal est un bon exemple de cette aptitude à l'intégration et à l'organisation de matières initialement distinctes [51].

§ 3. — La définition fonctionnelle - matérielle du standard : le standard comme technique de régularisation du droit

69. *La fonction de régularisation juridique du standard.*

Cette fonction a été mise en évidence par M. Dubouis à propos de l'abus de droit : « Dans la jurisprudence administrative comme dans la jurisprudence judiciaire, le recours à la notion d'abus de droit, écrit-il, permet de « régulariser » l'exercice des droits et des fonctions en leur imposant des limites plus étroites... La fonction régulatrice est essentiellement l'œuvre du juge. Elle permet à ce dernier d'exercer avec la plus grande liberté le contrôle qu'il estimera nécessaire » [52].

Tous les standards jouent, semble-t-il, un tel rôle, et pas seulement l'abus de droit, en permettant de rompre dans une certaine mesure avec les solutions automatiques. Certains standards cependant, au même titre que l'abus de droit, semblent être des standards de pure régularisation juridique.

51. V. *infra*, titre II, chap. II.
52. Dubouis, *op. cit.*, p. 405.

70. *Les standards de pure régularisation juridique.*

L'on ne peut prétendre ici en épuiser la liste et l'on ne retiendra que quelques exemples : les circonstances exceptionnelles, les faits imprévisibles, l'erreur manifeste, la proportionnalité et le délai raisonnable. La fonction de ces standards est en effet de « régulariser le débit du droit », si l'on nous permet cette image. L'erreur manifeste ou la proportionnalité fonctionnent ainsi très exactement sur le schéma de l'abus de droit, comme des instruments de « régularisation à la baisse ». L'administration qui jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans un domaine donné a ainsi une liberté de choix pleine et entière, sauf abus de sa part. Lorsqu'elle recourt à l'expropriation dans un but traditionnellement reconnu d'utilité publique, cet acte légitime ne doit pas porter atteinte abusivement à des intérêts tout aussi légitimes. Le délai raisonnable joue le même rôle dans nombre de cas. Le juge, convenant ainsi de ce qu'aucun délai n'est imparti à un ministre pour prendre les mesures d'application d'un décret, ajoute que c'est « sous réserve toutefois que son abstention ne se prolonge pas au-delà d'un délai raisonnable » [53].

Les faits imprévisibles, les circonstances exceptionnelles opèrent au contraire « régularisation à la hausse ». Un graphique rend fort bien compte de cette fonction des circonstances exceptionnelles. Si l'on place en abscisse une échelle croissante des obligations pour un type d'activité donné et en ordonnée une échelle des circonstances allant des circonstances normales aux circonstances les plus exceptionnelles imaginables, on obtiendra une droite indiquant le comportement juridiquement admis. Il y a là une image infidèle, car la marge de tolérance ne progresse pas régulièrement, mais par ruptures, et qu'au demeurant les choses ne sont jamais aussi simples, mais intéressante, car elle met clairement en évidence le rôle d'adaptation fine du droit que joue la théorie des circonstances exceptionnelles et qu'avait bien discerné M. Nizard en parlant de sa fonction dérogatoire [54].

Quelques exemples jurisprudentiels, au demeurant fort connus, vérifient la rigueur de la corrélation qu'impose le juge entre le niveau de l'obligation et la nature des circonstances. Les circonstances exceptionnelles permettent aux autorités administratives de sortir de leurs « attributions normales ». Elles rendent légaux des actes qui ne l'eussent pas été en temps ordinaire [55]. Elles retirent leur caractère de voie de fait à certains agissements pour les transformer en illégalités simples [56], ou en faire des actes absolument réguliers [57], selon le degré d'exceptionnalité des circonstances. Toutes les circonstances exceptionnelles n'autorisent pas en effet les mêmes transgressions de la légalité. Et le Conseil d'Etat a clairement fait référence aux « circonstances de l'époque » dans son arrêt *Canal* pour estimer qu'elles ne justifiaient pas d'aussi graves atteintes à celle-ci que celles portées par l'ordonnance du 1er juin 1962 [58].

Ainsi tous les standards un peu et certains plus particulièrement ont-ils pour fonction d'être la molette de la clef de la légalité ou de la responsabilité, ajustant en permanence leur champ d'application en considération du possible et du raisonnable.

53. S. 11.XII.1964, *C.A.V.O.M.*, 633.
54. *Op. cit.*, p. 7.
55. 28.VI.1918, *Heyriès*, 651 (*G.A.J.A.*, 137); 31.III.1954, *Baudet* (2e esp.), 196; 18.XI.1971, *Affaires étrangères c/ Mourer*, 465; 16.VI.1972, *Le Marre*, *A.J.*, 1973.94.
56. T.C. 27.III.1952, *de La Murette*, 626 (*G.A.J.A.*, 382); T.C. 13.II.1961, *Nanjod*, *A.J.*, 1961.II.261.
57. T.C. 28.III.1955, *Traka*, *A.J.*, 1955.II.319; S. 24.V.1968, *Mencière*, *A.J.*, 1968.597.
58. 19.X.1962, *Canal*, 552 (*G.A.J.A.* 521). V. aussi 3.V.1946, *Goguet*, *R.D.P.*, 1948.102; A. 12.VII.1969, *Chbre de comm. St-Etienne*, *A.J.*, 1969.565 (chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc).

SECTION II

LA NECESSAIRE COMBINAISON DES DEFINITIONS FONCTIONNELLES AVEC DES DEFINITIONS CLASSIQUES RECONSIDEREES

71. *Introduction.*

Ces multiples définitions fonctionnelles du standard jettent une certaine clarté sur la notion en montrant sa nécessité. Elle est nécessaire au législateur qui ne doit pas trop et qui parfois ne peut verser dans le détail. Elle est nécessaire au juge qui se soucie de rendre, dans le silence des textes, acceptables ses décisions et qui, à cette fin, se trouve dans l'obligation de les doter d'une suffisante force de persuasion et d'une légitimité que seuls l'effort vers la généralisation et le refus de l'impressionnisme peuvent leur donner. Nécessaire au juge encore en ce qu'elle lui laisse tout de même une certaine latitude d'action. Elle est nécessaire enfin au droit tout entier auquel elle fournit les instruments du plus élémentaire réalisme.

Mais les définitions fonctionnelles ne tiennent pas davantage que ce qu'elles promettaient : elles ne parviennent pas à parfaitement individualiser la notion de standard et n'ont d'ailleurs pu être expérimentées que dans la mesure où préexistait une définition classique approchée de la notion. Elles ne font que chasser les brumes de l'idéologie du standard : mais en cela elles autorisent la reprise d'un effort définitoire plus traditionnel.

SOUS-SECTION I

Standard et normalité : l'efficacité de la définition matérielle.

72. *Introduction.*

La liste traditionnelle des standards a révélé qu'ils possédaient quelques propriété communes. Mais ont-ils un contenu commun ? Une réduction matérielle des divers standards précités laisse apparaître très nettement que oui : la normalité est le commun dénominateur de tous les standards, la normalité, dans toute la polysémie du terme, dans toute l'amphibologie de l'idée, car la normalité, c'est à la fois, si l'on en croit les dictionnaires, ce qui sert de règle et de modèle et ce qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, ce qui est conforme au type le plus fréquent.

Le terme standard ne contient-il pas d'ailleurs, dans la langue anglaise, ces deux significations d'étalon et de moyenne, de norme de référence qui sert à juger les comportements et de norme simplement induite des comportements les plus nombreux et, de ce fait, en principe, dépourvue de toute transcendance ?

Un approfondissement de la recherche suscitée par l'idée même d'étalonnage montrera ainsi que le standard juridique est un pur instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité.

§ 1. — Les standards identifiés et l'idée de normalité

73. *Standards substituables et standards inclusifs.*

La présence de l'idée de normalité sera tenue, sauf exceptions déjà visées, pour le signe de la présence d'un standard [59]. Le déploiement de cette notion dans la jurisprudence administrative est tout à fait considérable. Surtout si l'on s'aperçoit bien que les notions de normalité et d'anormalité ne sont pas rendues par les seuls termes normal et anormal mais par une infinité d'autres qui leur sont substituables. On entendra donc, pour faire court, par standards substituables ces concepts qui expriment à l'état pur l'idée de normalité [60]. Seront dits standards inclusifs ceux qui n'expriment pas la seule idée de normalité mais qui ne peuvent se concevoir autrement qu'en termes de normalité. Ce n'est qu'au terme de cette première expérimentation de l'hypothèse, à partir du *corpus* des standards identifiés qu'il sera possible dans le paragraphe 2 de formuler la définition matérielle de la notion et de vérifier sa fécondité en délimitant une liste des principaux standards de la jurisprudence administrative.

1° Les standards substituables :

74. *L'idée de normalité.*

Un rapide recensement de son emploi dans la jurisprudence n'est pas sans surprendre. On rencontre dans les décisions du juge administratif les expressions « diligence normale » [61], « caractère anormal de la distance entre le domicile et le lieu de travail » [62], « risque excédant les risques normaux du voisinage » [63], « risque anormal » [64], obstacle auquel les « usagers doivent normalement s'attendre » [65], défaut « d'entretien normal » [66], caractère « anormalement lent » de travaux publics [67], « destination normale » [68], « usage normal » d'un ouvrage public [69], « sujétions normales » que doivent supporter les riverains de la voirie [70], « accès normal » à la voie publique [71], « usage normal du

59. Hypothèse déjà esquissée par Yves Gaudemet, *op. cit.*, p. 48.
60. La notion de substituabilité a été préférée à celle de synonymie, car les termes dont il va être question ne sont pas toujours exactement synonymes : c'est le juge qui leur fait jouer un rôle identique. La notion de substituabilité n'est d'ailleurs pas originale. V. Dubois, *Le vocabulaire politique et social de la France de 1869 à 1872*, 1973, *passim;* Mounin, *Clefs pour la sémantique*, 1974, pp. 68 ss., et Harris, « La structure distributionnelle », *Lang.*, déc. 1970, p. 30.
61. 4.XI.1959, *Cmne de Bollène*, 575; 1.VI.1962, *Finances c/ X...*, 367.
62. 20.III.1970, 74.655, *X...*, 212; 8.V.1970, 76.859, *X...*, 317; Poitiers, 10.V.1972, *X...*, 877; 16.I.1974, 90.158, *X...*, 31; 23.X.1974, 92.936, *X...*, Tb. 963.
63. 26.III.1920, *P.L.M.*, 354; 16.III.1945, *S.N.C.F.*, 54, *R.D.P.*, 1947.105.
64. 12.V.1942, *Soc. gaz de Nice*, 154; 16.V.1952, *Soc. manufactures de Saint-Gobain, R.D.P.*, 1953.742; Marseille, 1.VI.1960, *Blanc, A.J.*, 1960.II.359.
65. 11.VII.1944, *Bachelerie*, 199; 13.IV.145, *Taillefer*, 75; 29.XI.1961, *Déptnt des Bouches-du-Rhône, A.J.*, 1962.384.
66. 5.XI.1975, *Leguem*, 544; A. 9.I.1976, *Aménagement du territoire c/ Berkowitz*, 21 (concl. Théry); 26.VI.1976, *Duffau*, 335; 9.II.1977, *Ville de Limoges, D.A.*, 1977, n° 125.
67. 22.I.1964, *Etab. Houdry, A.J.*, 1964.453 (obs. Laporte).
68. Clermont-Ferrand, 21.VI.1957, *Sauret, A.J.*, 1958.II.31.
69. 3.I.1958, *Cmne de Lonçon, A.J.*, 1958.II.62.
70. 20.X.1976, *Cmne de Treigny, D.A.*, 1976, n° 385; 1.X.1976, *Equipement c/ Momenceau, A.J.*, 1976.640; 29.IV.1977, *Soc. Vallet-Saunal, D.A.*, 1977, n° 202; 6.V.1977, *Soc. grands travaux de Marseille, D.A.*, 1977, n° 197.
71. Marseille, 27.II.1959, *Leron, A.J.*, 1959.II.116.

droit de propriété » [72], « préjudice anormal » [73], « usage normal » du domaine public [74], « usage anormal » de la route [75], « stationnement excédant l'usage normal » du domaine ou des voies [76], « fonctionnement normal d'une station d'épuration » [77], travaux sur le domaine public « exécutés dans des conditions anormales » et pouvant de ce fait entraîner l'indemnisation des bénéficiaires d'autorisations d'occupation privative du domaine public [78], terrains impraticables pendant « un laps de temps anormal » [79], « délai normal » [80], « retard anormal » [81], « durée anormalement longue » [82], « résultat d'exploitation net d'amortissements normaux » comme base d'évaluation de la valeur liquidative dans les nationalisations [83], « jeu normal » d'une clause de révision [84], « conditions anormales d'exécution » d'un marché de travaux [85], « aléas normaux » [86], « marche normale » des services hospitaliers [87], limitation, « dans des conditions anormales » du droit d'accès des usagers au service public postal [88], « trafic normal » de la route [89], « circulation normale » [90], « conditions anormales d'exploitation » de bidonvilles [91], « perte de recettes anormale » [92], « fonctionnement normal » d'une entreprise [93], « exercice normal » pratiqué dans un lycée dans le domaine sportif [94], « situation privilégiée anormale » en matière de

72. 11.V.1883, *Chamboredon*, 480 (concl. La Vavasseur de Précourt); 21.XII.1906, *Ville de Carpentras*, 958; 13.XII.1908, *Blay*, 277; 30.IV.1909, *Cmne de Nucourt*, 444; 26.I.1921, *Ville de Clermont-Ferrand*, 97.
73. 2.III.1966, *Rabeux*, 155; 10.XII.1975, *Soriano*, Tb. 1263.
74. S. 3.V.1963, *Travaux publics et Cmne de Saint-Brévin*, 259; A. 30.III.1973, *Aménagement du territoire c/ Schwetzoff*, 264; v. aussi : 2.XII.1910, *Syndicat des marchands forains*, 860; 19.IV.1944, *Travaux publics c/ Assoc. pour la défense des plages*, 117; A. 16.XI.1956, *Désaveine*, 440; « occupation anormale de la voie publique » : 18.V.1928, *Laurens, R.D.P.*, 1928.524 (concl. Rivet); « utilisation anormale du domaine public » : Rennes, 6.IV.1966, *Caous-Lenormand, A.J.*, 1966.319; « modalité normale de la gestion du domaine public » : S. 21.VII.1939, *de Polignac*, 510; Caen, 10.V.1960, *Soc. normande immob.*, 784; « affectation normale » d'une dépendance du domaine public : S. 2.XI.1956, *Biberon*, 403 (concl. Mosset); « opération d'aménagement normal » du domaine public : S. 22.II.1961, *E.D.F. c/ Bousquet, C.J.E.G.*, 1961, jurisp., 169 (n. Dufau) : 8.XII.1967, *Caubet*, Tb. 810; *C.J.E.G.*, 1968, jurisp., 135 (n. Carron).
75. 15.IV.1910, *Travaux publics c/ Soc. Brasier*, 321; 30.X.1974, *Soc. tuileries des Mureaux*, 522; v. aussi « dégradations de caractère anormal » : 16.VI.1950, *Ville de Belfort*, 378, *R.D.P.*, 1951.537; « dégradations anormales des voies » : S. 3.V.1974, *Soc. travaux Trindel*, 260, *A.J.*, 1974.596.
76. 26.II.1969, *Féd. des Clubs automobiles*, 121; 22.II.1974, *Idée*, 141.
77. 19.XI.1975, *Cmne de Ramonville*, 578.
78. 23.VI.1976, *Cmne de Plabennec, D.A.*, 1976, n° 265; v. aussi 8.III.1935, *Ville de Nantes, R.D.P.*, 1935.613; 27.VII.1935, *Soc. électr. de Strasbourg*, 920; 13.VII.1962, *Travaux publics c/ G.D.F.*, 508.
79. S. 7.IV.1967, *Entrep. Bouhana, A.J.*, 683.
80. 7.V.1947, *Soc. brasseries de la Meuse*, 180; 12.V.1954, *Etab. Méry*, 266; 25.II.1957, *Cazalas*, 127; 6.I.1961, *Perret*, 4; S. 16.XII.1966, *Intérieur c/ Caillat*, 666; « délai dont l'administration disposait normalement » : 29.I.1947, *O.P.H. Seine, A.J.*, 1947.361; A. 10.II.1961, *Intérieur c/ Chauche*, 108.
81. 4.VIII.1905, *Saffrey*, 765; 9.IV.1954, *Faïs*, 230; A. 22.VI.1963, *Soc. B.P.*, 388; 14.I.1970, *E.D.F., A.J.*, 1970.254.
82. S. 14.III.1975, *S.C.I. Vallée de Chevreuse*, 197 (concl. Dondoux); « durée normale » : 12.III.1930 *Travaux publics c/ Chevallier*, 287; « durée anormale » : 7.XI.1973, *Soc. « Bourse-Coiffure »*, Tb. 1142; « laps de temps absolument normal » : 30.VI.1905, *Laumond*, 600.
83. S. 9.V.1952, *Houillères du bassin de Lorraine*, 238.
84. 11.VI.1947, *Guerre c/ N..., A.J.*, 1947,309.
85. 3.V.1907, *Guerre c/ Guillot*, 414.
86. Cons. préf. Toulouse, 30.VI.1948, *Soc. Lyonnaise des eaux, A.J.T.*, 1950.356.
87. Cons. préf. Marseille, 18.XII.1936, *Farel, R.D.P.*, 1937.379.
88. 25.VI.1969, *Vincent*, 334.
89. 10.III.1965, *Caisse lyonnaise de S.S.*, 164.
90. 5.XI. 1948, *Raynaud*, 418.
91. S. 26.IV.1968, *Morel, A.J.*, 1968.480.
92. 6.V.1977, *Soc. grands travaux de Marseille, D.A.*, 1977, n° 197.
93. C.S.C.D.G. plén., 5.XII.1955, *Nicolaï, A.J.*, 1956.II.211 (obs. Poussière).
94. 21.I.1925, *Frapin*, 59; 10.V.1933, *Albeau*, 501.

police [95], « exploitation normale » d'une voie ferrée [96], défaut de « ressources normales » [97], utilisation de son « droit dans des conditions normales » par l'administration [98], stand de tir « normalement aménagé » et dans lequel on utilise des armes « de type normal » [99], « développement normal » d'une carrière dans le contentieux des reconstitutions de carrières [100], « avancement anormalement rapide » pendant l'occupation, qui laisse transparaître une activité de collaboration [101], « circuit normal d'hébergement » dans un hôpital [102], « proportion anormalement élevée » d'électeurs votant par correspondance [103], « fonctionnement normal » d'un service public [104], « clientèle normale » d'un hôpital [105], « besoins normaux d'existence » d'une troupe [106], ou « de l'existence » d'un contribuable [107], utilisation de documents « à des fins personnelles, étrangères à l'usage normal de service » [108], « voies normales » permettant de pourvoir à l'occupation d'un local [109], « valeur locative normale » [110], bail [111], ou loyer [112] de « caractère normal », « cours normal des loyers » [113], prix de location « anormalement élevé » [114], « rabais normal » [115], « acte de gestion normal » et charges « étrangères à la gestion commerciale normale » [116], « bénéfice que l'entreprise

95. 26.II.1969, *Chabot*, 120, *A.J.*, 1969.318.

96. 5.VI.1918, *Cousteix*, 540.

97. 3.II.1975, *Intérieur c/ Pardov*, 83.

98. 7.VIII.1905, *Guerre c/ Dubois*, 787.

99. Lille, 13.VI.1956, *Sénéchal, A.J.*, 1956.II.374.

100. 26.XII.1925, *Rodière*, 1065, *R.D.P.*, 1926.44 (concl. Cahen-Salvador) (*G.A.J.A.*, 186); 22.I.1971, *Lucas, A.J.*, 1971.494; 16.II.1973, *Santé publique c/ Barat*, 148; la reconstitution doit tenir compte des « promotions normales » : S. 20.IV.1951, *Chinaud, R.D.P.*, 1952.562; S. 13.I.1961, *Premier Ministre c/ Bestaux*, 35; de « l'avancement normal » : A. 4.I.1952, *Lhomme*, 15; S. 13.VII.1956, *Barbier, A.J.*, 1956.II.386; des « avancements au choix auxquels il aurait pu normalement prétendre » : 4.I.1960, *Guillot*, 4; 7.VI.1961, *Saint-Prix*, 378; 10.XI.1961, *Marne, A.J.*, 1962.309.

101. 16.V.1950, *Constancin*, 291.

102. Nice, 18.VII.1975, *Arcaleni*, 757.

103. 13.II.1974, *Elections de Campile*, 104.

104. S. 8.VI.1962, *P.T.T. c/ Frischmann, A.J.*, 1962.443.

105. A. 11.I.1963, *Santé publique c/ Léonetti*, 21, *A.J.*, 1963.434 (obs. Paulin). En l'espèce, il ne s'agit au demeurant pas d'un standard, car la notion n'est nullement indéterminée *a priori* : sont visés les malades soignés gratuitement (v. Dran, « Un exemple de collaboration entre service public et secteur privé : les cliniques ouvertes », *A.J.*, 1975.516).

106. 31.V.1950, *Olivera*, 331.

107. 12.X.1960, *Demoulin, A.J.*, 1961.II.48 (obs. Drago).

108. 28.II.1964, *Carbonnel, A.J.*, 1964.631.

109. 29.VII.1950, *Tournemelle*, 494.

110. 26.V.1976, 98.816, *X...*, 278.

111. 28.IV.1965, *Soc. Moulins de Courville*, 247; 13.VII.1967, *Mondon*, 323.

112. 26.II.1975, *Gindre*, 156.

113. 23.I.1967, *César*, 28.

114. 29.IV.1970, *Darrasse*, 287. V. aussi dans des contentieux divers : « immeubles loués dans des conditions anormales » (10.V.1950, *Soc. habitat. Michelin*, 270; « loyer normal » (3.III.1971, *Labrunye*, 180; 9.VII.1971, *Quitte*, 538; 5.I.1972, 71.745, *Soc. X...*, 14; 13.III.1974, *Vénière*, 182); « loyer normalement exigible » (25.VII.1975, 96.008, *Finances c/ Soc. X...*, 465), *etc.*

115. C.S.C.D.G. plén. 16.III.1953, *J.C.P.* 1953.II.7783 (obs. Poussière).

116. V. 25.I.1965, 51.882, *C...*, Tb. 913; 8.XII.1965, 55.001, *X...*, Tb. 912; 23.I.1970, 71.420, *X...*, 42; 13.II.1974, *X...*, 97; 6.XI.1974, 89.562, *Soc. X...*, Tb. 954; 28.I.1976, 94.929, *Soc. X...*, 67, « opération entrant dans le cadre normal » des activités de la société : 15.I.1965, 62.009, *D.F.*, n° spécial du 16.I.1970, p. 23 (concl. Poussière); « gestion commerciale normale » : 10.I.1966, 60.900, *Soc. X...*, Tb. 946; 10.III.1971, *Soc. S...*, *D.F.*, 1972, Comm. 428 (concl. Mehl); 4.X.1972, 83.422, *Soc. X...*, 606; 18.XII.1974, 93.538, *Finances c/ S.A.R.L. X...*, 641; 15.I.1975, 90.303, *Soc. X...*, Tb. 995; 26.II.1975, 85.563, *Soc. X...*, Tb. 998; 3.XII.1975, 89.412, *Soc. X...*, 620; 28.I.1976, 94.929, *Soc. X...*, 67; « avantages anormaux consentis » : 4.XII.1974, 92.009, *Soc. X...*, Tb. 954, *D.F.*, 1975.675, Comm. 1002 (concl. Schmeltz).

peut produire normalement » [117], « rémunération normale » [118], « charges normales d'exploitation » non susceptibles de faire l'objet de provisions [119], « durée normale d'utilisation » d'une construction [120], « dépenses d'habillement excédant celles qui correspondraient normalement au niveau » de revenus du requérant [121], ristourne excédant celle que l'on rencontre « normalement » [122], « infirmité empêchant de se livrer dans des conditions normales de rentabilité à une activité professionnelle » [123], réserves facultatives dont le montant est supérieur à celui d'une « couverture normale des risques assurés » [124], « exercice normal d'une profession » [125], « prix normal » [126], locaux correspondant « aux besoins normaux de l'exploitation industrielle » d'une société [127], évaluation d'un préjudice au jour « où la décision aurait dû normalement intervenir » [128], *etc.*

Cette liste un peu ennuyeuse, tous contentieux mêlés, atteste que le juge administratif ne se lasse pas de faire des variations sur la notion de normalité. Mais le terme normal n'est pas le seul, dans la jurisprudence, à la mettre en œuvre.

75. *Les substituts du terme normal.*

Les principaux substituts concernent anormal. Il s'agit d'exceptionnel, de particulier, de spécial et, dans une moindre mesure, d'excessif, d'exagéré, d'abusif, d'extraordinaire, et même d'exorbitant qui n'a pas d'autre sens.

117. 13.I.1965, 58.123, *G...*, Tb. 917; 13.V.1966, 66.152, *X...*, Tb. 938; 10.V.1967, 68.595, *B...*, Tb. 775; 29.IV.1970, 78.876, *Finances c/ V...*, Tb. 1025, *D.F.*, 1971.7, comm. 948 (concl. Mehl); 17.VI.1970, 77.383, *X...*, Tb. 1025; 8.VII.1970, 78.907, *Finances c/ X...*, 474; 18.VI.1971, *Finances c/ X...*, 456. V. aussi la notion de « bénéfice normal » pour la mise en œuvre de la loi du 1.VII.1916 : 30.I.1924, *Les fils de L. Curtat*, 106; 18.VI.1924, *Soc. Levesque*, 568; 15.I.1930, *Clemenson*, 53; 22.I.1930, *Geismar*, 82; 11.IV.1930, *Cohen*, 443; 15.V.1930, *Cie des mines de Graissesac*, 507; 2.VII.1930, *Soc. boulonneries de Bogny-Broux*, 678; 18.VI.1931, *Lefèvre*, 655; 11.II.1931, *Denis*, Tb. 1264; 14.I.1931, *Soc. Pozzo di Borgo*, 43; 25.II.1932, *Barthélémy*, Tb. 1230; 16.III.1932, *S.A. de navigation sur les canaux*, 314 *etc.*

118. 5.V.1967, 69.439, *Finances c/ Soc. X...*, Tb. 772; 14.IV.1970, 75.687, *Soc. X...*, Tb. 1021; 3.VII.1970, 72.767, *Soc. X...*, Tb. 1020; 20.VII.1971, *Mallard*, Tb. 1040; 21.I.1972, 80.374, *Soc. X...*, Tb. 1056; 18.VII.1973, 79.340, *X...*, 520; « rémunérations anormalement élevées » : 10.X.1962, 49.708, *Soc. X...*, 525; 19.V.1965, 52.806, *Soc. X...*, Tb. 912; 23.XII.1970, 79.432, *Soc. X...*, 793; « rétribution normale » : 23.XII.1970, 79.432, *Soc. X...*, 793; rémunération n'atteignant pas un « niveau anormal » : 9.VII.1971, *Soc. X...*, 526; dans le contentieux général : 5.VII.1974, *Devillers*, Tb. 1056.

119. 13.VII.1965, 64.364, *D...*, Tb. 911; 27.X.1965, 61.815, *Soc. X...*, Tb. 911, *A.J.*, 1965.115; 22.II.1967, 65.454, *Soc. X...*, Tb. 771; 6.II.1970, 71.851, *Soc. X...*, 94, *D.F.*, 1970.11, Comm. 536 (concl. Delmas-Marsalet); Strasbourg, 27.VI.1975, *Soc. X...*, 734; v. aussi, dans le contentieux général, « charge normale de l'entreprise » : 3.III.1950, *Cie Omnibus de Lyon, R.D.P.*, 1950.717.

120. 8.XII.1971, *Soc. X...*, 748; 21.II.1973, 85.084, *D.F.*, 1973.11, Comm. 1236 (concl. Mehl).

121. 8.V.1970, 76.859, *X...*, 317; 4.II.1974, 91.961, *X...*, Tb. 963.

122. 6.XII.1965, *Finances, A.J.*, 1966.425.

123. 17.IV.1974, 92.970, *Finances c/ X...*, 235.

124. 5.VI.1950, 90.736, *Finances c/ Soc. « la Mutuelle X...* », 341.

125. S. 29.X.1971, 80.766, *X...*, 645; 15.XI.1972, 83.132, *X...*, 730; Paris, 31.V.1974, *X...*, 715; ces espèces visent un risque non nécessité par l'exercice de la profession et faisant courir un « risque anormal »; 3.I.1973, 83.240, *X...*, Tb. 964, vise explicitement « l'exercice normal de la profession ».

126. Standard fiscal le plus souvent : 12.II.1965, 42.422, *Soc. étab. Allinquant, D.F.*, n° spécial 16.I.1970, 56 (concl. Dufour) (mise en œuvre de l'article 293 ancien C.G.I.); « prix normal de vente en gros » de l'article 273-4° ancien C.G.I. : 19.XII.1966, 68.403, *Finances c/ I.B.M.*, 673; « prix normal » de l'art. 266 C.G.I. : 19.II.1975, *Finances c/ S.A.R.L. Bonafous*, 142. Parfois, standard du contentieux non fiscal : ainsi dans le cadre de la procédure de révision des marchés de la reconstruction (17.II.1954, *Delhommeau*, 105; 17.II.1954, *Soc. bretonne de construction*, 107).

127. 11.I.1967, *Finances c/ Radiotechnique*, 8.

128. 21.III.1947, *Aubry*, 122 (*G.A.J.A.* 305); v. aussi, 10.II.1950, *Lafourcade*, 104; 5.V.1952, *Baratelli*, 223; v. une formulation proche à propos du calcul des honoraires d'un architecte pour un projet exécuté tardivement : 8.III.1950, *Merlin*, 148, *R.D.P.*, 1952.215.

I. *Exceptionnel.* Ce terme exprime, dans la jurisprudence administrative comme dans la langue courante, une anormalité très forte. Son rôle dans les arrêts est considérable. D'abord, bien sûr, à cause de la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles au sens strict [129]. Mais, même en dehors de ce cadre, le juge y recourt volontiers. Dans le cadre de la théorie de l'imprévision, où il marque que les « risques nés de circonstances exceptionnelles » dépassent « les aléas normaux du contrat » [130]. Dans le cadre de la mise en œuvre de la théorie de la force majeure, il est question de pluies [131], de vent [132], de tempête [133], de crue [134] d'une « violence exceptionnelle ». Dans un domaine un peu différent, des « difficultés exceptionnelles » font obstacle à ce que des travaux soient effectués au cours de l'exercice pendant lequel ils auraient dû « normalement l'être » [135]. Pour admettre l'interventionnisme économique des communes, le juge vise des « circonstances exceptionnelles » [136] ou une « situation exceptionnelle » [137] et atteste bien le rôle de substitut d'anormal que joue ce terme dans sa jurisprudence, des « hausses anormales » constituant cette dernière [138]. Le juge fait encore mention d'un « ouvrage exceptionnellement dangereux » [139], d'un « risque exceptionnel » [140], de « dommage exceptionnel » de voisinage [141], de « situation de fait exceptionnelle » entraînée par des travaux publics [142], d'une « faute d'une exceptionnelle gravité » [143] ou « exceptionnelle et d'une particulière gravité » [144], de « souffrances exceptionnelles » [145] ou « d'une gravité exceptionnelle » [146], de « perturbations météorologiques exceptionnelles » pour la délimitation du domaine public maritime [147], d'exploitation agricole se trouvant « dans une situation exceptionnelle » [148], de « revenu exceptionnel » [149], *etc.*

II. *Particulier.* On a parfois considéré que particulier définissait une anormalité moins flagrante qu'exceptionnel. Ce point de vue apparaît confirmé par la jurisprudence de l'interventionnisme économique des communes. Quoique restrictif par rapport à ce que prévoyaient les décrets-lois de 1926, l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers,* préférant l'expression « circonstances particulières de temps et de lieu » à celle de « circonstances exceptionnelles », attestait, semble-t-il, une inflexion de la jurisprudence, perceptible dans les années vingt, en faveur d'une plus facile admission du « socialisme municipal » [150].

En réalité, les deux termes semblent le plus souvent pleinement équivalents. Dans ce domaine comme dans d'autres, le juge emploie indifféremment « situation exceptionnelle » et « circonstances particulières » [151]. Plus même, dans le cadre de la théorie des circonstances exceptionnelles, il a récemment visé les « circonstances particulières » qu'auraient constituées les événements de mai 1968 [152]. On retiendra parmi d'autres les expressions « composition particulière » de la population d'une agglomération utilisée par certains arrêts de la jurisprudence *Films Lutétia* [153], « risque particulier » [154], faute « manifeste et de particulière gravité » [155], ou simplement « de particulière gravité » [156], ou encore « manifeste et particulièrement grave » [157], infirmité ayant « un caractère de particulière gravité » [158], « difficultés particulières de la circulation automobile » à Paris [159] et caractère « particulièrement dangereux » de la circulation automobile en général [160] ou d'un étalon [161], « précautions particulières » [162], nécessité d'exercer une « surveillance particulière » sur un très jeune enfant dans un contexte dangereux [163], « mesures particulières de surveillance » vis-à-vis d'un malade mental [164], état d'une route « particulièrement aggravé » [165], « danger particulier » présenté par une chaussée défoncée [166], éviction de marchands ambulants d'un marché ne s'imposant pas « avec une urgence particulière » [167], conséquences dommageables d'une décision « d'une particulière gravité » [168], « particulière vigilance » lorsqu'on emploie des techniques nouvelles de construction [169], *etc.*

129. S. 24.V.1968, *Mencière,* 329.
130. Cons. préf. Toulouse, 30.VI.1948, *Soc. lyonnaise des eaux, A.J.T.,* 1950.356. V. formulations proches : 30.III.1916, *Cie gén. d'éclairage de Bordeaux,* 125 (*G.A.J.A.,* 130); 8.VIII.1924, *Soc. d'éclairage de Brive,* 817; 28.III.1930, *Cie Chemins de fer du Midi, R.D.P.,* 1930.733 (concl. Josse); Lille, 28.I.1975, *Soc. europ. de patinoires,* parle, non sans redondance, d' « événement exceptionnel et anormal ».
131. 6.VII.1938, *Ville de Millau,* 641.
132. 29.III.1933, *Dalang,* 376.
133. S. 31.I.1930, *Travaux publics c/ Mérienne,* 135.
134. 17.IV.1942, *Synd. des digues du Reyran,* 129.
135. 13.VII.1965, 64.364, *D...,* Tb. 911; v. aussi, 13.V.1966, *Soc. X...,* 324.
136. 29.III.1901, *Casanova,* 333, *S.,* 1901.III.73 (n. Hauriou) (*G.A.J.A.* 31).
137. S. 22.XII.1944, *Couturier,* 329.
138. 30.V.1952, *Conféd. nation. des product. de fruits et légumes,* 289.
139. 11.IV.1975, *Déptnt de la Haute-Savoie,* 230, *D.,* 1976.II.178 (n. Horrut).
140. 21.V.1920, *Calas,* 532; 24.VI.1949, *Lecomte,* 307 (*G.A.J.A.* 325); 26.V.1950, *Bonnet,* 327, *R.D.P.,* 1951.536; 16.III.1951, *Amphoux, R.D.P.,* 1951.1160; 1.VI.1951, *Jung,* 312; 27.VII.1951, *Aubergé, D.* II.110, *R.D.P.,* 1952.1070; 4.V.1956, *Ben, A.J.,* 1956.II.257; Dijon, 4.XII.1963, *Ramier, A.J.,* 1964.510; S. 19.X.1962, *Perruche, A.J.,* 1962.689; Paris, 19.X.1965, *Laynet,* 783; 16.X.1970, *Martin, J.C.P.,* 1971.II.16577 (concl. Braibant); 4.II.1976, *Lai Cong Phuoc,* 81.
141. 23.XI.1923, *Cie du P.O.,* 759.
142. 24.VII.1933, *Cie P.L.M. c/ Chirpas,* 864.
143. 29.VII. 1925, *Avellan,* 737.
144. 20.IX.1944, *Finidori,* 254.
145. A. 24.IV.1942, *Morell,* 136.
146. 1.XII.1971, *Déptnt de l'Aveyron,* Tb. 1205.
147. A. 12.X.1973, *Kreitmann,* 563.
148. 14.X.1966. 68.489, *G...,* 542 (art. 69 ancien C.G.I.).
149. Art. 163 C.G.I. : 26.VI.1968, 71.575, *X...,* 937; 23.IV.1971, 78.674, *J...,* 298; 26.V.1971, 78.675, *X., A.J.* 1971.618 (n. Lamarque); 9.III.1973, 80.386, *X..., A.J.,* 1974.154; 27.VI.1973, 85.547, *X...,* 439; S. 3.III.1976, 87.324, *X...,* 127.

150. 30.V.1930, *Chbre synd. du commerce en détail de Nevers,* 583 (*G.A.J.A.* 198); v. Nizard, *op. cit.,* p. 11, et notre ouvrage, *Administration et organisation,* 1977, p. 222.
151. Ainsi, à propos de l'article 69 ancien C.G.I. : 25.I.1967, 68.804, *X...,* 33; dans le contentieux de la responsabilité le juge précise souvent pour reconnaître la faute de l'administration « qu'il n'est justifié... d'aucune circonstance particulière par celle-ci » (S. 3.VII.1953, *Roussel-Pantin,* 353); il a posé récemment qu'en l'absence de « circonstances particulières » les affaires concernant les débits de boissons n'intéressent pas l'ordre public (S. 23.I.1976, *Le Muzic,* 55, concl. Rougevin-Baville).
152. A. 12.VII.1969, *Chbre de commerce de Saint-Etienne, A.J.,* 1969.565 (chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc). V. aussi « circonstances particulières » susceptibles de s'opposer à l'ouverture d'un concours : S. 21.XI.1969, *Idoux,* 523, *A.J.,* 1970.306.
153. A. 19.IV.1963, *Ville de Senlis, A.J.,* 1963.374.
154. 5.II.1954, *Régie départ. des chemins de fer et tram. des Bouches-du-Rhône,* 85; 22.VI.1938, *Travaux publics c/ Fontaine,* 573.
155. 31.X.1928, *Pernot,* 1106.
156. S. 9.VII.1943, *Laffitte,* 183.
157. 4.I.1918, *Zulémaro,* 9.
158. C.S.C.P. 8.I.1965, *Anciens combattants c/ Gouy,* 13.
159. Paris, 23.III.1966, *Synd. nation. des automob., A.J.,* 1966.439; A. 23.III.1973, *Assoc. « Les droits du piéton », A.J.,* 1973.267.
160. 2.XII.1949, *Leroy, R.D.P.,* 1950.457; 17.VII.1950, *Soc. « La mutuelle Richelieu », R.D.P.,* 1951.530. V. aussi épave « particulièrement dangereuse » : 27.XI.1957, *Port autonome du Havre, A.J.,* 1958.II.293.
161. 26.XII.1951, *Magniez, R.D.P.,* 1952.1067.
162. Montpellier, 23.XII.1974, *Aurand,* 783; Toulouse, 8.VII.1975, *Lagrange,* 742.
163. 17.XI.1961, *Edme,* 644.
164. 18.XII.1974, *Ichterz,* Tb. 1181.
165. 15.VII.1958, *Meunier, A.J.,* 1958.II.413; chaussée « particulièrement glissante » : Bordeaux, 17.VI.1961, *Preziosi, A.J.,* 1961.II.654 (concl. Luce).
166. Lille, 15.IV.1959, *Oliviez, A.J.,* 1959.II.337.
167. Nantes, 11.III.1960, *Delacroix, A.J.,* 1961.II.98.
168. 24.V.1967, *C.A.P.I.A.,* Tb. 925, *A.J.,* 1968.45 (obs. Moreau).
169. 16.X.1968, *Palazzi, A.J.,* 1969.61.

III. *Spécial.* Plus délicat est le problème posé par le terme spécial, qui accompagne souvent, dans les formules jurisprudentielles, anormal, mais qui parfois est utilisé seul. Spécial est en principe un substitut du terme anormal pris dans son sens le plus descriptif, le plus quantitatif, le plus statistique. Dire qu'un préjudice anormal est spécial, c'est dire qu'il est non seulement anormal soit en lui-même, soit par ses effets, mais encore qu'il l'est par le petit nombre de gens qu'il touche [170]. La spécialité ainsi entendue joue un rôle important dans la jurisprudence de la responsabilité du fait des décisions légales qui vise une charge qui n' « incombe pas normalement » aux intéressés et un « préjudice spécial suffisamment grave » [171], un « préjudice exceptionnel et spécial » [172], un préjudice « spécial » et présentant ou non un « caractère de gravité » suffisant [173], un préjudice présentant un « caractère de spécialité et de gravité » suffisants [174], ou encore le « caractère anormal et spécial du préjudice subi » [175]. On retrouve des formules similaires dans certains arrêts du contentieux de la responsabilité du fait des travaux publics, notamment dans le contentieux des allongements de parcours où la spécialité ne va pas d'elle-même [176]. Ainsi que dans la jurisprudence qui admet la réparation des dommages encourus par l'enfant à naître d'une mère exposée aux dangers de la contagion de la rubéole [177].

Dans d'autres cas, spécial est un pur et simple substitut d'anormal au plein sens de ce terme. Ainsi dans les arrêts qui réparent les dommages causés par les pensionnaires de certains établissements d'éducation surveillée pratiquant des méthodes nouvelles de rééducation [178] et par les malades mentaux en « sortie d'essai » [179], en se fondant sur le « risque spécial pour les tiers » qu'engendrent les techniques modernes de traitement. Spécial remplace encore exceptionnel, anormal ou particulier dans les expressions « conditions spéciales de la circulation sur les autoroutes imposant aux personnes responsables de leur entretien

170. V. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée,* 1954, p. 340; Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques,* 1969, pp. 317 ss.; Girod, *La réparation du dommage écologique,* 1974, pp. 66 ss.; Henriot, *Le dommage anormal,* 1960, p. 71; Moreau, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative,* 1957, pp. 106 ss.; certaines espèces précisent nettement le sens de spécial; S. 25.I.1963, *Intérieur c/ Bovero, A.J.,* 1963.124 (chron. Gentot et Fourré) : « que le préjudice constitue... une charge spéciale, par rapport aux charges normales incombant à l'ensemble des propriétaires »; dans 24.V.1967, *C.A.P.I.A., A.J.,* 1968.45 (obs. Moreau), spécial a pour substitut exceptionnel : « le préjudice causé..., n'a pas, en raison de sa généralité, présenté un caractère exceptionnel »; dans Bordeaux, 23.VI.1967, *Laborie,* 584, *A.J.,* 1967.563, spécial a pour substitut particulier : « un préjudice particulier qui, en raison de sa gravité, ne saurait être regardé comme une charge leur incombant ».

171. 21.I.1944, *Caucheteux, R.D.P.,* 1945.379.

172. 6.I.1956, *Manufacture de Saint-Etienne,* 3.

173. S. 26.X.1962, *Olivier, A.J.,* 1963.122; 22.II.1963, *Cmne de Gavarnie, A.J.,* 1963.229 (chron. Gentot et Fourré); S. 29.X.1976, *Affaires étrangères c/ Burgat,* 452, *R.D.P.,* 1977.223 (concl. Massot); 7.V.1971, *Finances c/ Sastre,* 334 (concl. Gentot).

174. 20.V.1966, *Hautbois,* 346; 3.III.1976, *Girouard,* 119.

175. 5.II.1969, *Synd. du Canal de Raonel,* 66.

176. 22.II.1961, *Soc. « fabriques Honnorat »,* 140; 25.X.1961, *Armées c/ Soc. Vogel,* Tb. 1208; 11.V.1962, *Armées c/ de Tauzia,* 324; 30.I.1963, *Chauvet,* 61; 30.X.1970, *G.D.F.,* 626; dans les troubles de voisinage, la spécialité est généralement évidente et n'est en principe pas invoquée (v. cependant : 2.VI.1967, *Equipement c/ Damerval,* Tb. 953, *A.J.,* 1968.185; 31.I.1968, *S.E.M.A.E. de la Bretagne,* 83; S. 22.X.1971, *Blandin,* 631, *A.J.,* 1971.687 (chron. Labetoulle et Cabanes); 28.IV.1976, *Equipement c/ Audibert,* 221; 20.X.1976, *Cmne de Treigny, D.A.,* 1976, n° 385). V. aussi concl. Braibant 26.V.1965, *Travaux publics c/ Tebaldini,* 309; Vedel, *Droit administratif,* p. 404, Chapus, « Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics », *Mélanges Waline,* pp. 315 et 316.

177. Orléans, 7.III.1967, *Saulze, A.J.,* 1968.129; A. 6.XI.1968, *Education nationale c/ Saulze,* 550, *A.J.,* 1969.117; S. 29.XI.1974, *Gevrey,* 600 (concl. Bertrand).

178. 9.III.1966, *Justice c/ Trouillet,* 201, *A.J.,* 1966.520; 19.XII.1969, *Etab. Delannoy,* 596, *A.J.,* 1970.125.

179. S. 13.VII.1967, *Déptnt de la Moselle,* 341, *A.J.,* 1968.419.

une vigilance particulière » [180], « utilisation spéciale » permettant de soustraire un immeuble au remembrement [181], « conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale » [182], « aménagement spécial » en vue de l'utilisation par le public [183] ou de l'adaptation au service public [184] caractérisant le domaine public, encore qu'ici le sens de spécial se soit beaucoup affadi.

IV. *Excessif.* Le terme excessif joue, on le verra, un rôle dans la mise en œuvre de la théorie de la proportionnalité. Plus ordinairement, le juge parle de « retard excessif » [185], de « vitesse excessive » d'une automobile [186], de bombement « excessif » d'une chaussée formant une « saillie anormale » [187], de « négligence excessive » [188], de « prix excessif » demandé par un médecin [189], d' « honoraires excessifs » [190] qu'il oppose aux « honoraires normaux » [191], de « rémunérations excessives » des dirigeants d'une société [192], entre autres formules.

V. *Exagéré.* Ce terme apparaît dans les mêmes situations que le précédent : rémunérations « manifestement exagérées » [193], « vitesse exagérée » [194], « importance exagérée » d'un logement requis [195], « caractère exagéré » d'un rehaussement du bénéfice imposable par le fisc [196], « dépenses exagérées » [197].

VI. *Abusif.* Le juge vise parfois le délai ou retard « abusif » [198], l' « ajournement abusif de l'impôt » [199], l' « usage abusif d'un titre » [200], l' « usage abusif du droit à dépassement » d'honoraires par un médecin [201], l' « usage abusif » du

180. 21.X.1970, *Soc. Nessi-Bigeault, A.J.,* 1971.316.

181. 31.X.1950, *Lequineg,* 522.

182. 8.II.1918, *Soc. d'éclairage de Poissy, R.D.P.,* 1918.248 (n. Jèze).

183. 22.IV.1960, *Berthier,* 264; 30.V.1975, *Gozzoli,* 325, *A.J.,* 1975.348 (chron. Franc et Boyon); S. 28.XI.1975, *O.N.F. c/ Abamonte,* 602, *D.,* 1976.II.355 (n. Auby), *A.J.,* 1976.148 (n. Julien-Laferrière).

184. 11.V.1959, *Dauphin,* 294; 17.III.1967, *Ranchon,* 131; 9.I.1974, *Noebes,* 15. V. Sandevoir, « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *A.J.,* 1966, pp. 84 ss.

185. S. 19.V.1950, *Cie d'exploitation automob.,* 304 (« le retard excessif... est anormal »); 13.V.1955, *Féraud, A.J.,* 1955.II.362; « retard nettement excessif » : 27.VI.1951, *Ottoni, R.D.P.,* 1951.1157; 26.VII.1951, *Pitti-Ferrandi, R.D.P.,* 1952.1068.

186. 14.VI.1950, *Péronne,* 364; 17.III.1950, *Travaux publics c/ Torta,* 174; 15.VII.1957, *Lambert, A.J.,* 1957.II.417; S. 11.X.1963, *Cmne de Seichamps,* 482; 3.III.1971, *Equipement c/ Etab. R. Style, A.J.,* 1971.436; S. 26.XI.1976, *Déptnt de l'Hérault, A.J.,* 1977.266.

187. 5.V.1943, *Jacquard,* 117.

188. S. 29.VII.1953, *Lebourg,* 428.

189. 9.III.1960, *Jourdan, A.J.,* 1960.II.189.

190. 12.V.1905, *Ville de Troyes,* 429.

191. 10.V.1939, *Cmne de Chassieu,* 310.

192. 17.II.1965, 62.396, *Soc. X...,* Tb. 912; 22.XII.1969, 75.726, *D.F.,* 1970.12, Comm. 294 (concl. Dufour); 10.1.1973, 82.904, *Soc. X...,* Tb. 959; 4.XII.1974, 89.375, *Soc. X...,* Tb. 954; 11.XII.1974, 88.347, *X...,* Tb. 954; 19.III.1975, 91.859, *X...,* 208; 2.VII.1975, 95.003, *X...,* Tb. 1001; 15.X.1975, 90.414, *Soc. X...,* Tb. 1002; dans nombre d'espèces, la « rémunération excessive est opposée à la rémunération normale » : 31.II.1966, *Finances c/ Soc. X...,* Tb. 933; 21.I.1972, 80.374, *Soc. X...,* Tb. 1056; 14.XI.1973, 82.071, *Soc. Laboratoire X...,* 638.

193. 17.XII.1956, *A.J.,* 1957.II.127.

194. S. 16.XII.1938, *Travaux publics c/ Cozé,* 951.

195. 5.VII.1946, *C...,* *A.J.,* 1947.21 (obs. Strats).

196. 25.XI.1966, 66.681, *Soc. X...,* 625.

197. En place de l'expression « dépenses excessives » de l'article 39-5 C.G.I. : 6.II.1970, 71.851, *Soc. X...,* 94, *D.F.,* 1970.11, Comm. 536 (concl. Delmas-Marsalet).

198. 26.III.1926, *Renard,* 354; 4.VI.1935, *Desmoulliez,* 655; 25.X.1967, *Maillard,* Tb. 926; Strasbourg, 4.XI.1975, *Soc. Stenger,* 769.

199. 27.VI.1958, *A.J.,* 1958.II.326.

200. A. 9.VI.1950, *Daver,* 355, *A.J.T.,* 1950.411.

201. Nantes, 30.I.1975, *Hervouet,* 684; S. 18.II.1977, *Hervouet, A.J.,* 1977.271 (chron. Nauwelaers et Fabius).

droit de grève 202, l' « usage abusif du pouvoir de police » 203, le « recours abusif » au juge fiscal 204.

VII. *Ordinaire et extraordinaire.* Termes que l'on rencontre dans les expressions « dégradations extraordinaires » causées à la voirie 205, « aléas extraordinaires » dans le cadre de la théorie de l'imprévision 206, « risques ordinaires de la circulation » 207, perte de récolte sur pied due à un « événement extraordinaire » 208. La substituabilité de ces termes avec les autres précédemment étudiés ressort de formulations de ce type : ouvrage d'importance « exceptionnelle » sortant « manifestement du cadre des ouvrages qui sont ordinairement et normalement entrepris sous la voie publique » 209.

VIII. *Exorbitant.* La notion de clause exorbitante, en déclin dans la jurisprudence récente, appellera dans la suite de ces pages de longs commentaires : mais il n'est pas contestable que l'exorbitance est l'équivalent de l'anormalité, la question demeurant de savoir de quelle anormalité, purement statistique (la clause exorbitante est alors la clause inusuelle) ou franchement dogmatique (la clause exorbitante est alors la clause impossible), il s'agit 210.

2° LES STANDARDS INCLUSIFS :

76. *Les concepts qui ne peuvent s'apprécier qu'en termes de normalité.*

Pour s'en tenir à la liste provisoire de standards élaborée par la doctrine, il n'est pas difficile de vérifier qu'ils supposent pour la plupart l'idée de normalité, qu'ils l'incluent au moins dans le cadre des disciplines juridiques. On ne retiendra ici que deux exemples pour l'expérimentation (un effort plus systématique devant être mené dans le paragraphe suivant), la moralité et la rationalité, tenues

202. 7.VII.1950, *Dehaene,* 426 (*G.A.J.A.,* 339); 5.I.1962, *Bernadet, A.J.,* 1962.310; 9.VII.1965, *Pouzenc,* 421, *A.J.,* 1966.179; A. 4.II.1966, *Synd. unifié des techniciens de la R.T.F.,* 82.

203. Abondante jurisprudence qui ne fut plus utilisée après 1933 : 13.VI.1913, *Castillon du Perron,* 659; 22.IV.1921, *Soc. L'autotraction,* 390; 29.I.1926, *Soc. Plâtriers de Bagnolet,* 97; 5.VII.1933, *Soc. Etab. Boisforêts,* 731; v. Dubouis, *op. cit.,* pp. 26 ss.; cet ouvrage donne d'ailleurs de multiples exemples d'emplois du terme abusif; v. aussi Mourgeon, *La répression administrative,* 1967, pp. 328 ss., et Richer, *Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilité,* 1976, multig., pp. 58 ss. et 219 ss.

204. 25.VII.1975, 94.000, *X...,* 459.

205. 10.V.1950, *Corniller,* 270.

206. 8.II.1918, *Soc. d'éclairage de Poissy, R.D.P.,* 1918.248 (n. Jèze); 9.XI.1921, *Soc. comm. des carbures, R.D.P.,* 1921.494 (concl. Corneille); Caen, 14.XII.1954, *Cordeau, A.J.,* 1956.II.8.

207. 4.V.1948, *Travaux publics c/ Dernelle,* 198; 24.IV.1963; *Soc. d'assurances « Les travailleurs français », A.J.,* 1963.571.

208. Mise en œuvre de l'article 1421 ancien C.G.I. devenu article 1398 : 6.II.1970, *Soc. civ. agric. de la Jasse,* Tb. 1004.

209. 24.XI.1905, *Cie parisienne de l'air comprimé,* 863.

210. « Clause exorbitante » : 12.VII.1949, *Perez,* 350; 14.XII.1951, *Glaunès,* 597; 10.V.1963, *Soc. coop. « La prospérité fermière », R.D.P.,* 1963.597 (concl. Braibant, 584 : les clauses visées relèvent d' « un ensemble de dispositions qui peuvent être regardées comme exceptionnelles »). La jurisprudence précise très clairement la substituabilité; v. T.C. 28.III.1955, *E.D.F.,* 615 : « clauses spéciales »; T.C. 19.VI.1952, *Soc. combustibles et carburants nationaux,* 628, *R.D.P.,* 1953.192 (« Rev. jurisp. adm. » de M. Auby) : « situation réciproque des contractants » qui « n'était pas celle qui normalement serait résultée d'un accord conclu conformément au droit commun ». V. aussi, la récente notion de « régime exorbitant » : S. 19.I.1973, *Soc. d'exploitation électr. de la Rivière du Sant,* 48, *A.J.,* 1973.383 (chron. Léger et Boyon), et contrib. précit. du prof. Weil aux *Mélanges Waline.*

par beaucoup d'auteurs pour les deux valeurs essentielles que les standards mettent en cause 211.

I. *Moralité et normalité.* Lorsque le juge administratif met en œuvre un décret qui impose aux candidats à un poste « une moralité irréprochable et une bonne tenue » 212, lorsqu'une loi exclut de l'inscription au tableau les individus qui ne réunissent pas les « conditions » ou les « garanties requises de moralité » 213, lorsqu'une autre loi exclut du bénéfice de l'amnistie les « manquements à la probité, aux bonnes mœurs et à l'honneur » 214, lorsqu'un « manquement grave à la moralité » entraîne l'application d'une sanction disciplinaire 215, lorsqu'un homme, accusé de collaboration, se voit opposer une « lettre manquant de dignité » par lui écrite 216, lorsqu'un film, « La jument verte », est censuré par un maire « à raison (de son) caractère immoral » 217, au nom de quelle moralité le juge administratif peut-il exercer son contrôle ? Ce ne peut être au nom de la sienne propre, si elle est trop janséniste, ni au nom de celle de ceux qu'il juge, si elle est trop laxiste. La moralité juridique ne peut être mise légitimement en œuvre que par référence à ce qui est tenu pour normal en matière de moralité à un moment donné, le juge étant bien sûr en dernière analyse l'interprète des mentalités de son temps. Mettre en œuvre un standard de moralité consiste donc à juger d'un comportement moral donné dans des circonstances données par référence au modèle considéré comme normal par la société ou par la fraction de la société apte à élaborer le terme de référence, car les valeurs des sociétés particulières qui composent la société globale doivent ici et là nuancer, affiner ou

211. Sur les divers aspects de l'utilisation contentieuse de la notion de moralité, v. Chérigny, *Le juge administratif, gardien de la moralité des administrés,* 1968, 2 vol. multig.; v. aussi Saint-Cyr, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français,* 1941; Sioufi, *Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites,* 1925; Dorat des Monts, *La cause immorale,* 1956.

212. 17.XII.1941, *Blanchelande,* 224; v. aussi 25.X.1968, *Régnier, A.J.,* 1969.305; et l'article 16 du statut général de la fonction publique et le commentaire qu'en a fait R. Catherine, *Le fonctionnaire français, droits, devoirs, comportements,* 1961, pp. 87 ss.

213. 7.IV.1944, *Marty,* 112; 14.II.1945, *Beurekdjian,* 32; S. 14.VI.1946, *Van den Veegaete,* 167; 16.IV.1947, *Lambla de Sarria,* 145, *A.J.,* 1947.177; 27.XII.1947, *Pinelli-Monnet,* 498; 21.VII.1948, *Riss,* 666; 3.VI.1949, *Kiehl,* 265; 26.IV.1950, *Krupp,* 235; A. 9.VI.1950, *Daver,* 355, *A.J.T.,* 1950.411; 8.IV.1970, *Tarral,* 225.

214. 3.V.1961, *Pouzelgues, A.J.,* 1961.356 (chron. Galabert et Gentot) et jurisp. très abondante sur laquelle nous reviendrons souvent; v. Debbasch, « L'amnistie en matière disciplinaire », *D.,* 1963, chron. 39, pp. 259 ss.; Savoye, « La notion de manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs », *D.,* 1968, chron. 18, pp. 103 ss.; v. aussi l'art. 68 de l'O. 19.X.1945 ne permettant la naturalisation que pour les personnes « de bonne vie et mœurs » (21.X.1953, *Salomonoff, R.D.P.,* 1954.569; le juge administratif met aussi en œuvre l'honneur en dehors du domaine de l'amnistie : 30.III.1906, *Parly,* 264; 13.XII.1968, *Finances c/ Gomard, A.J.,* 1969.367; notamment à propos du pouvoir du Président de la République d'exclure de l'ordre de la Légion d'honneur pour faute contre l'honneur (S. 26.VII.1935, *Colmon,* 900; 24.III.1965, *Fouquet,* 194).

215. S. 20.II.1953, *Armelin,* 88; v. la jurisprudence cit. par Mourgeon, *La répression administrative, op. cit.,* p. 324.

216. 16.III.1951, *Kurtzmann, R.D.P.,* 1951.1148; la dignité est, dans la jurisprudence, un élément de la moralité professionnelle : « que l'action commerciale du sieur Klotz était contraire à la dignité de la profession médicale et, par suite, aux règles de la moralité professionnelle » (S. 4.V.1945, *Klotz,* 92); v. aussi 10.II.1960, *Pernaud,* 99; 24.X.1962, *Hugues, A.J.,* 1963.165; S. 13.I.1965, *Caisse des écoles du X^e arrond.,* 27.

217. S. 9.III.1962, *Soc. Etab. Gaumont, A.J.,* 1962.372 (concl. Gand); v. aussi : S. 18.XII.1959, *Soc. « Films Lutétia », A.J.,* 1960.II.127, *D.,* 1960.II.171 (n. Weil), *Rev. adm.* 1960.31. (n. Joret) (*G.A.J.A.,* 491); 14.X.1960, *Soc. « Films Marceau » et Union gén. cinématog., A.J.,* 1961.II.105 (chron. Galabert et Gentot), *R.D.P.,* 1961.140 (n. Waline); S. 4.V.1962, *Ville de Montpellier, A.J.,* 1962.447; A. 19.IV.1963, *Ville de Saverne, A.J.,* 1963.375 (et nombreuses autres décisions du même jour); 15.I.1965, *Soc. « Films Marceau »,* Tb. 863; 26.II.1966, *Soc. « Franco-London films »,* Tb. 886; 25.II.1966, *Soc. Etab. Gaumont,* Tb. 886; S. 25.III.1966, *Soc. « Films Marceau », A.J.,* 1966.256 (concl. Rigaud); et se reporter à Chérigny, *op. cit.,* t. 2, pp. 41 ss.

se substituer aux valeurs de cette dernière. La normalité, dans toute la complexité de ce terme sur laquelle nous allons revenir, est donc l'étalon nécessaire de toute moralité juridique.

II. *Rationalité et normalité.* Pour la rationalité ou la « raisonnabilité », puisque les auteurs ne les distinguent pas, il en va de même [218]. De quoi parle le juge lorsqu'il fait référence à ce qu'une partie « avait pu raisonnablement envisager » en passant un contrat [219], aux pare-avalanches que l'administration aurait dû « raisonnablement mettre en place » [220], au « délai raisonnable » d'exécution par l'administration à la suite d'une annulation contentieuse [221] ? Il ne peut s'agir que de la raison normale d'un contractant *bonus paterfamilias* ou d'un administrateur responsable, que de la patience normale d'un justiciable qui n'ignore pas les difficultés de l'action administrative et de la célérité normale d'une administration qui ne se les exagère pas. On pourrait citer encore les expressions où le juge pose que la victime de renseignements erronés de l'administration ne « pouvait raisonnablement ignorer » leur fausseté [222], que les médecins autorisés à dépassement doivent procéder à une « majoration raisonnable » du tarif conventionnel [223], qu'une automobile doit rouler à une « allure raisonnable » [224], *etc.*

Vérification faite du caractère opératoire de l'hypothèse posée, il est possible de généraliser la définition matérielle du standard et d'élaborer un *corpus* de standards de la jurisprudence administrative suffisamment exhaustif pour autoriser la poursuite de l'étude sur des fondements solides.

§ 2. — Le standard, pur instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité

1° Le standard, pur instrument de mesure :

77. *Le standard est d'abord un étalon.*

Le standard est donc avant tout un instrument de mesure qui peut être mis en œuvre de façon plus ou moins évidente. Cette définition ne suffit cependant

218. A tort sans doute : la « raisonnabilité » est infiniment plus inductive, plus expérimentale. Rationnel, bien souvent, n'est pas un standard, car il implique une unique possibilité *a priori* déterminée; ainsi dnas 23.II.1973, *Equipement c/ Soc. Entrepr. Tomine,* 168 : la « manœuvre rationnelle » de vannes ne laisse bien sûr aucune place au débat.

219. Cons. préf. Versailles, 20.IV.1945, *Aff. entrep. X... c/ Ville de Melun, A.J.,* 1947.349; le juge parle ainsi, dans le cadre de la théorie de l'imprévision de la « prévision raisonnable » des parties, de ce qu'elles ont « pu raisonnablement prévoir », de ce qui « pouvait raisonnablement entrer dans (leurs) prévisions », *etc.* : 9.XI.1921, *Soc. comm. carbures, R.D.P.,* 1921. 494 (concl. Corneille); 11.VI.1947, *Guerre c/ N..., A.J.,* 1947.309; 10.III.1948, *Hospices Ville de Vienne,* 124; 2.II.1951, *Défense c/ Soc. Grands Travaux de Marseille, A.J.T.,* 1951.165; S. 23.VI.1959, *Cmne d'Huez,* 67; 1.XII.1961, *Cmne de Sedrata, A.J.,* 1962.173; Dijon, 17.VII. 1967, *Entrep. Frot,* 602; Lille, 28.I.1975, *Soc. europ. de patinoires,* 683; « interprétation raisonnable du contrat » : 30.XII.1921, *Cie genevoise de l'ind. du gaz,* 1129.

220. Grenoble, 7.VII.1971, *Tixier, A.J.,* 1972.178.

221. 1.VII.1974, *Gobillot,* Tb. 1148; v. aussi S. 24.VII.1936, *Synd. défense des grands vins de la Côte-dOr,* 861; 15.VII.1955, *Renteux,* 446; délai raisonnable pour l'exécution d'un texte : A. 27.XI.1964, *Finances c/ Renard,* 590 (concl. Galmot); S. 11.XII.1964, *C.A.V.O.M.,* 633; 9.VI.1967, *Ruben,* Tb. 846; 4.IV.1973, *Claudel,* 276; délai raisonnable pour remettre en état les lieux à l'expiration d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public : S. 21.XI.1969, *Koeberlin, A.J.,* 1970.160; délai raisonnable pour parer à un défaut d'entretien normal : S. 4.XII.1970, *Défense nationale c/ Starr,* 733, *A.J.,* 1972.112 (n. Moderne); délai raisonnable pour faire cesser les inconvénients causés par un ouvrage public : A. 13.II.1942, *Cmne de Sarlat,* 49; v. aussi, dans d'autres domaines, 21.XI.1973, *Equipement c/ Gobard,* 660; 12.XII.1973, 87.413, *X...,* 720.

222. 12.III.1954, *Weickert,* 152; 22.I.1964, *Quenza, A.J.,* 1964.450.

223. Nantes, 30.I.1975, *Hervouet,* 684.

224. 12.IV.1930, *Travaux publics c/ Barrière,* 479.

pas, car il est classique de définir la règle juridique elle-même comme instrument de mesure. L'étymologie ramène à cette interprétation : la règle guide la main qui trace le trait et permet de mesurer celui-ci, et la *norma* est une équerre romaine. Ne dit-on d'ailleurs pas, comme le fait justement remarquer M. Amselek, que l'autorité qui édicte une règle prend une mesure ? [225]. Le même auteur précise d'ailleurs que « tout jugement, toute évaluation, toute mesure, par quelque biais, sur quelque plan qu'elle intervienne, implique, de la part du sujet, la mise en œuvre d'un instrument de mesure » [226]. Ce que Mme Goyard-Fabre complète en écrivant que les faits ne deviennent « juridiques que par une sorte de pesée, de mesure », et que « la qualification juridique est une évaluation des faits », au sens fort du terme évaluation [227].

Le juge lui-même est conscient de cette dimension de la règle juridique. Ne vise-t-il pas le « terme de comparaison » qui lui permettra d' « apprécier l'importance des rémunérations susceptibles d'être normalement allouées » à un dirigeant [228] ou les inconvénients excédant « la mesure de ceux que les riverains sont tenus de supporter sans indemnité » [229], ou encore le fait qu'une disposition ne peut porter atteinte aux droits de la défense « que dans la mesure où, compte tenu des circonstances de l'époque, il était indispensable de le faire » [230].

Ce qui caractérise le standard, ce n'est donc pas à proprement parler qu'il soit un instrument de mesure : toute qualification implique la mesure mais toute qualification n'implique pas la mise en œuvre d'un standard. La spécificité du standard tient à ce qu'il est pur instrument de mesure en termes de normalité. Cet instrument a vocation à être accouplé avec des concepts variés et dès lors ceux-ci doivent être nommés standards. Par exemple, le standard de prudence pour une activité donnée est la mesure de la prudence normalement requise pour cette activité, le standard de prévisibilité dans un contexte donné la mesure de ce qui pouvait normalement être prévu par un individu normalement avisé, *etc.* On retrouve ici les intuitions des auteurs du mouvement du standard lorsqu'ils définissaient le standard comme « mesure de la conduite... d'une personne normale » [231] ou comme « modèles et toises de conduite » [232].

78. *Le choix du titre de cette étude.*

Cette propriété du standard a dicté le titre de l'étude : parler dès l'abord des standards, c'eût été d'emblée admettre la pluralité irréductible de ceux-ci. Or la technique du standard, technique d'élaboration de la règle, est fondamentalement une : elle consiste à adjoindre à une situation ou à un comportement un étalon, la référence à la normalité, que celle-ci soit formellement identifiable, comme dans l'entretien normal ou les circonstances exceptionnelles, ou non, comme dans la prudence, la moralité ou la prévisibilité.

225. *Méthode phénoménologique et théorie du droit,* 1964, p. 66.

226. *Ibid.,* p. 51; v. aussi Virally, « Le phénomène juridique », *R.D.P.,* 1966, p. 14.

227. *Essai de critique phénoménologique du droit,* 1972, p. 69.

228. 7.XI.1960, *A.J.,* 1961.49 (obs. Drago).

229. 4.VI.1875, *Ville de Paris,* 553; 12.XII.1884, *Ville de Saint-Etienne,* 907; 15.VI.1888, *Jary,* 532; 16.XI.1900, *Colarossi,* 630; 29.I.1904, *Ville d'Orléans,* 79; 5.VIII.1911, *Charabot,* 956; 9.IV.1913, *Ville de Grenoble,* 382; 17.XII.1915, *P.L.M.,* 356; 3.VIII.1928, *Poiret,* 1049; 17.II.1965, *Ville de Sarcelles,* 117.

230. A. 19.X.1962, *Canal,* 552 (*G.A.J.A.,* 521).

231. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles, op. cit.,* p. 40.

232. Lambert, *Introduction aux codes de la Russie soviétique, op. cit.,* p. 13; notons l'heureuse formule de P. Voirin qui, dans *De l'imprévision dans les rapports de droit privé,* écrivait, p. 158, que le juge s'attache à « mesurer l'imprévisibilité au mètre de la normalité ».

2° LE STANDARD, PUR INSTRUMENT DE MESURE DES COMPORTEMENTS ET DES SITUATIONS :

79. *Le standard est à titre essentiel instrument de mesure des comportements humains.*

Initialement, le terme comportement valait aussi bien pour les personnes, et le monde animé en général, que pour les choses. Mais le terme, petit à petit, a vu son usage se spécialiser sous l'effet de connotations restrictives : à un titre moindre, et en impliquant une appréciation moins subjective que le terme conduite (la conduite étant l' « action de se diriger soi-même »), le terme comportement est aujourd'hui en principe appliqué à l'homme et à l'animal.

Qu'il soit question d'entretien normal ou d'usage normal du droit de propriété, de retard anormal ou de besoins normaux d'existence, de vitesse excessive ou de rémunérations exagérées, de prudence, de diligence, de faute, entre autres exemples, le standard apparaît bien comme un instrument de mesure des comportements humains.

80. *Le standard est aussi instrument de mesure des situations.*

Il ne faut pas accorder à la distinction comportements/situations une valeur supérieure à celle qui est la sienne. Elle vise simplement à montrer que la définition du standard comme mesure de comportement serait trop restrictive [233]. Le droit doit prendre en compte des facteurs naturels, ainsi dans le cadre de la théorie de la force majeure, ou des facteurs humains collectifs, qui, pour l'acteur juridique, ne se distinguent guère des phénomènes naturels, la guerre par exemple ou la grève, que les théories des circonstances exceptionnelles ou de la force majeure visent à concilier avec les impératifs propres au droit. En réalité, ces situations n'intéressent le droit qu'autant qu'elles concernent le comportement des acteurs juridiques. La jurisprudence comporte des topiques plus ou moins explicites qui l'attestent :

— L'exceptionnel est imprévisible, le normal est prévisible [234];

233. Chez El Gammal, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques,* 1967, p. 229, on trouve l'ébauche d'une distinction « événement » / « activité ».

234. Le juge parle ainsi, dans le cadre de la théorie des sujétions imprévues, de « sujétions exceptionnelles excédant manifestement les prévisions du devis » (16.III.1906, *Martin,* 239; v. aussi 6.VII.1906, *Fayol,* 635) ou encore de « sujétions dépassant celles auxquelles (on) pouvait normalement s'attendre » (19.V.1943, *Caisse des dépôts et consignations,* 126), de « difficultés exceptionnelles » excédant les « communes prévisions des parties » (29.IV.1953, *Cmne de Moissac,* Tb. 724); dans le cadre de la théorie de l'imprévision, le juge emploie souvent l'expression de « circonstances exceptionnelles et imprévues » ou « imprévisibles », c'est-à-dire imprévisibles parce qu'exceptionnelles (8.VIII.1924, *Soc. d'éclairage de Brive,* 817; 24.VI.1936, *Soc. d'entreprise de Gobertange,* 697); cette formulation se retrouve aussi dans la théorie des sujétions imprévues (10.XII.1938, *Gvnt gén. de l'Indochine,* 937; 30.VII.1948, *Guerre c/ Soc. Rol Lister,* 359) et dans la théorie de la force majeure (27.VI.1963, *Calkus,* 401; 12.III. 1975, *Cmne de Boissy,* Tb. 1303); toujours dans la théorie de l'imprévision, le juge vise des « événements exceptionnels et anormaux » qui ne peuvent « être raisonnablement dans les prévisions des parties » (S. 23.I.1959, Cmne d'Huez, 67) ou la « durée raisonnablement prévisible, donc normale » des intempéries pour une période donnée, intervertissant ici les places logiques des deux éléments (Dijon, 17.VII.1967, *Entrep. Frot,* 602); une « sécheresse exceptionnelle » sera encore qualifiée de « circonstance imprévisible » (9.III.1928, *Cie des scieries africaines,* 344); dans le cadre de la théorie de la force majeure, des pluies « d'une violence et d'une durée exceptionnelles » sont supposées excéder « les prévisions des parties » (29.VII. 1943, *Villemaine,* 219); l'exceptionnel est cependant, maladresse de style peut-être, réputé prévisible dans 10.IV.1974, *Ville de Cannes c/ Soc. Ricordel,* 227, et même jour, *id. c/ Soc. Institut d'héliothérapie,* 232. V. El Gammal, *op. cit.,* pp. 137 ss. (p. 231 : « la condition de l'imprévisibilité se ramène à une condition de normalité ou d'anormalité de l'événement »); Hadjidinas, *La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs,* 1966, dactyl., pp. 439 ss., 645 ss., 687 ss.; Hachich, *La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs,* 1962, p. 214. Dans le cadre de la théorie des troubles de voisinage, l'on admet que la victime qui s'installe près d'un ouvrage public gênant après sa mise en service ne peut réclamer d'indemnisation. Les choses sont néanmoins différentes si le préjudice excède « notablement les inconvénients résultant du fonctionnement normal » d'un tel ouvrage, car alors les victimes « ne pouvaient s'attendre à ce que les conditions d'habitation de leur propriété soient aussi gravement modifiées » (17.V.1974, *Cmne de Bonnieux,* 295; v. aussi 8.III.1935, *Ville de Nantes, R.D.P.,* 1935.613; 20.III.1968, *P.T.T. c/ Scalia,* Tb. 1134). Il y aura enfin défaut de conception d'un ouvrage public lorsque l'administration « aurait dû prévoir que les orifices aménagés dans le mur » ne pourraient pas « évacuer les débris de toutes sortes qui pouvaient normalement se trouver sur la surface drainée » (Lyon, 8.I.1960, *Couturier, A.J.,* 1960.II.70).

235. Ce qui est prévisible doit être paré, et le comportement qui consiste à ne pas le faire est anormal. Aussi y a-t-il défaut d'entretien normal à ne pas prendre des mesures pour éviter les inconvénients que peut engendrer un arbre présentant « des signes extérieurs susceptibles de faire présager sa chute » (3.XII.1958, *Joulin, A.J.,* 1959.II.9; v. aussi 17.VI.1936, *Dobel,* 664; 11.II.1953, *Travaux publics, R.D.P.,* 1953.1087; 11.I.1963, *Travaux publics c/ Soc. Hamaide-Henry, A.J.,* 1963.312); par contre, l'administration n'a pas commis de défaut d'entretien normal en ne prenant aucune mesure contre des événements imprévisibles, excavation s'ouvrant brutalement dans la chaussée (8.II.1967, *Ville de Marseille c/ Rivaux, A.J.,* 1967. 567), chute d'un rocher « qu'aucun indice ne permettait de prévoir » (12.VI.1970, *Equipement c/ Chevallier,* 407; 29.X.1974, *Quoirez,* 520); passage d'animal sur une voie (6.V.1970, *Viollet,* 831) à moins qu'il ne soit prévisible (2.IV.1971, *Soc. des autoroutes du Nord,* 282); l'absence de mesures pour éviter un accident prévisible est en effet un défaut d'entretien normal (Lille, 31.III.1958, *Franchomme, A.J.,* 1958.II.190; S. 23.XI.1966, *Houillères du Bassin des Cévennes,* 621, *A.J.,* 1967.307); l'usager de la voie publique doit parer aux dangers prévisibles, « ceux auxquels les usagers de la voie publique peuvent normalement s'attendre » (S. 27.I.1967, *Zemmour,* 48); v. aussi, pour l'usager d'une rivière : 26.II.1969, *Gravier,* Tb. 760; 11.VI.1969, *Cmne de Cournon,* Tb. 760. Dans un domaine tout différent, il n'y a pas de faute à laisser un aliéné dans une pièce à propos de laquelle « la possibilité d'une fuite ne pouvait raisonnablement être envisagée » (S. 5.I.1966, *Hawezack,* 6; v. aussi 21.XI.1973, *S.N.C.F. et Kaercher,* Tb. 1104), ou, lorsqu'on surveille des enfants, à ne pas parer à un coup donné « de façon soudaine et imprévisible » (9.XI.1973, *Ville de Marseille c/ Chergani,* 632; v. aussi 20.IV. 1966, *Rivière,* 270; 16.I.1970, *Ville de Lomme, A.J.,* 1970.255; 3.III.1971, *Portal, A.J.,* 1971. 435).

236. Certains arrêts emploient des formulations particulièrement nettes; 18.VI.1971, *Affaires étrangères c/ Maurer,* 465 : « il existait dans ce pays des circonstances exceptionnelles faisant obstacle à l'organisation normale des opérations électorales ».

237. 24.XI.1905, *Cie paris. de l'air comprimé,* 863 : « que la construction du chemin de fer métropolitain, à raison de la nature et de l'importance même exceptionnelle de cet ouvrage, sort manifestement des limites de cette prévision »; de la même manière, l'anormal est notable et le juge administratif parle souvent de gêne notable pour exprimer l'idée de sujétion anormale du voisinage de la voie publique : 1.VIII.1914, *Chabaud,* 1008.

238. V. Rey, « Usages, jugements et prescriptions linguistiques », *L.F.,* XII.1972, pp. 4 ss., et Robert, « La criminologie, entre une sociologie du passage à l'acte et une sociologie de la réaction sociale », *Ann. Soc.,* 1973, p. 475.

— Il est normal de parer au prévisible et de ne pas parer à l'imprévisible, topique qui complète le premier [235];
— Des circonstances exceptionnelles impliquent un comportement administratif exceptionnel [236];
— L'exceptionnel est manifeste [237], *etc.*

Et l'on pourrait multiplier les exemples de ces truismes si utiles à la constitution du droit.

Quoi qu'il en soit, il est probablement plus juste de ne pas négliger l'aspect mesure des situations, même s'il ne jouit que d'une autonomie très relative.

3° LE STANDARD, PUR INSTRUMENT DE MESURE DES COMPORTEMENTS ET DES SITUATIONS EN TERMES DE NORMALITÉ :

81. *L'ambiguïté de la normalité et l'ambiguïté du standard.*

Normal, on y a déjà fait allusion, a deux sens : un sens dogmatique et un sens descriptif [238]. Cette équivocité fondamentale, qui n'est autre que celle de l'être et du devoir être, de l'immanence et de la transcendance, pèse sur tous

les débats, nombreux dans les disciplines extra-juridiques, que suscite le mot [239]. En droit, la question se pose dans les mêmes termes et on ne saurait l'escamoter, ni la trancher trop rapidement en ne retenant que l'une des faces de la normalité [240].

C'est pourtant à cette dernière solution que, par un sociologisme mal compris, s'est rallié massivement le mouvement du standard, qui inlassablement a ramené le standard à la pure et simple idée de moyenne des conduites tenues effectivement par les justiciables. A l'opposé, on pourrait imaginer que soit adoptée une vision purement dogmatique de la normalité mise en œuvre par le standard, selon cette idée que « ce qui se fait n'est pas forcément ce qui doit se faire » [241].

Une première réflexion s'impose : si les tenants de la normalité descriptive avaient raison, le problème ne serait pas résolu pour autant, car la notion de moyenne n'est pas la seule envisageable. Il semble même que le plus souvent la notion de mode serait la plus adéquate, ce *quod plerumque fit* bien connu des juristes [242].

L'idée, par ailleurs, d'une transcendance absolue de la normalité juridique ne semble plus de nature à convaincre aujourd'hui un grand nombre de juristes, revenus que sont la plupart de certaines convictions anciennes à la suite de l'essor du comparatisme et des fluctuations de notre siècle.

De fait, ainsi qu'on le verra dans le chapitre premier du titre suivant, les diverses formes de normalité sont mises en œuvre par les standards. Coexistent des standards purement descriptifs, notamment dans le contentieux fiscal, et des standards dogmatiques, la plupart des standards se tenant dans l'entre-deux en promouvant une normalité dogmatique en ce qu'elle ne transcrit pas ce qui est et néanmoins descriptive en ce qu'elle peut être tenue pour le produit des mentalités de l'époque et non pour un choix solitaire du juge [243].

Si tous les standards sont instruments de mesure en termes de normalité, il peut ainsi ne pas toujours s'agir de la même normalité. Plus même, certains standards peuvent se trouver obscurcis si ce clivage les traverse. On retiendra ici, à titre de simple illustration, la notion de clause exorbitante du droit commun. Dire qu'une clause, dans un contrat passé par l'administration, est exorbitante, cela veut dire qu'elle serait anormale dans une convention passée entre simples particuliers. Mais de quelle anormalité s'agit-il, d'une anormalité descriptive ou d'une anormalité dogmatique ? Si l'on tranche en faveur de la première réponse, on adoptera une conception extensive de la clause exorbitante puisque l'on réputera telle toute stipulation simplement inhabituelle dans les conventions privées. Si l'on tranche en faveur de la seconde, seules seront exorbitantes les

239. V., dans le domaine médical, Canguilhem, *op. cit.*, pp. 90 ss., et Durkheim, *op. cit.*, pp. 47 à 66.

240. Voir une totale confusion entre les deux aspects de la normalité chez Légal, *op. cit.*, p. 103. Ch. Blaevoët glisse sur la question (« De l'anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives », *J.C.P.*, 1946.I.560; « Normalité, sécurité et garde », *D.*, 1955, Chron. 7, pp. 37 ss.; « De la notion d'anormalité en matière de travaux publics et de ses conséquences », *C.J.G.E.*, 1957, Doctr., pp. 57 ss.; « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz. Pal.*, mars-avril 1966, Doctr., pp. 65 ss.). V. aussi Gonseth, « La notion du normal », *Dial.*, 1947, pp. 243 ss.

241. Flour, *Cours de droit civil*, licence, 2e année, 1964-1965, Les cours du droit, p. 265. V. aussi Le Tourneau, *La règle* nemo auditur..., 1970, pp. 142 ss.; Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. 1, p. 488.

242. Perelman et Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 96 : « C'est le mode... que nous trouvons à la base de tous les raisonnements sur le comportement » et non la moyenne.

243. Le terme dogmatique a été préféré au terme normatif pour éviter une possible confusion : les standards descriptifs mis en œuvre par une règle de droit sont tout aussi normatifs que les standards dogmatiques; v. à ce sujet la critique d'Engisch opérée par Perelman, *Logique juridique*, p. 165.

clauses impossibles dans un contrat entre particuliers, les clauses à proprement parler dérogatoires du droit commun.

La doctrine a adopté à cet égard des points de vue divers [244]. La jurisprudence ne permet guère de faire un choix [245]. Parfois elle semble en tenir pour une conception restrictive, en considérant qu'une stipulation « inhabituelle dans un contrat » n'est néanmoins pas exorbitante [246] ou en définissant la clause exorbitante comme conférant « aux parties des droits », ou mettant « à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » [247], ou des « sujétions débordant le cadre des règles du droit privé » [248], ou encore « dérogatoires au droit commun » [249]. Parfois, au contraire, les formules sont plus souples et permettent plusieurs interprétations : les clauses exorbitantes d'un contrat sont définies comme « des clauses qui ne permettent pas de l'assimiler à un contrat privé » [250], les « clauses usuelles » dans les contrats privés sont réputées non exorbitantes [251]. Le commissaire du gouvernement Galabert, à propos d'une clause, s'exprime en ces termes : « A supposer qu'elle y soit possible, une telle clause est certainement assez exceptionnelle dans un contrat entre particuliers pour que l'on y voie une clause exorbitante. » [252]

Quel qu'ait été le sens de son évolution, la jurisprudence n'est donc pas parfaitement claire. Il semble que le point de vue dogmatique l'ait emporté en formules; mais l'analyse plus fine révèle qu'en pratique, et le Doyen Vedel le relevait déjà dans son étude précitée, la conception descriptive a souvent prévalu.

L'ambiguïté de la normalité affecte donc le standard et favorise sans doute un jeu subtil du juge. Mais avant de pousser plus avant l'analyse, il convient dans les pages qui suivent, si rébarbatives qu'elles puissent s'en trouver, de délimiter avec une suffisante précision le champ du standard à l'aide de l'idée de normalité, retenue comme constitutive de la notion.

82. *Les deux types de standards inclusifs.*

Le nombre des standards substituables est, on l'a dit, limité. Par contre, la liste des standards inclusifs, au sens donné à ce terme plus haut, est longue. Il y a en réalité deux grands types de standards inclusifs :

— le premier type est constitué par des termes qui sont de purs instruments de mesure, de purs étalons, eux-mêmes étalonnés en termes de normalité. Comme purs instruments de mesure, ils sont susceptibles, dans la jurispru-

244. En grande majorité cependant, les auteurs tranchent en faveur de la définition extensive. V. notamment Himario, *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, 1933, pp. 71 ss.; Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *Etudes Mestre*, pp. 527 ss., et *Droit administratif*, p. 233.

245. V. Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », *A.J.D.A.*, 1961.I, pp. 123 ss.; « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *Mélanges Waline*, t. 2, pp. 197 ss.; Waline, note sur 26.II.1965, *Soc. du Vélodrome du Parc des Princes*, *R.D.P.*, 1965, pp. 1175 ss.

246. Cass. soc. 13.I.1955, *J.C.P.*, 1956.II.9488 (n. G. B.).

247. S. 15.II.1935, *Soc. française de constructions mécaniques*, 201; 30.IV.1948, *Cie des produits chimiques*, Tb. 640; S. 29.VI.1951, *Soc. minière Cap Corse*, 383; T.C. 28.III.1955, *E.D.F.*, 615; 26.II.1958, *Cie des mines de Falémé-Gambie*, 128.

248. 9.VI.1948, *Cousin*, 254; 18.1.1950, *S.A. des procédés Fouque*, 35; 18.1.1952, *Kissin*, *R.D.P.*, 1952.513.

249. S. 14.V.1948, *Jacquin*, 213; 4.X.1967, *Trani*, 352.

250. 8.I.1965, *Da Fonseca*, 7; 16.IV.1969, *S.N.C.F.*, 194.

251. T.C. 14.XI.1960, *Soc. coop. agric. de stockage d'Ablis*, *A.J.*, 1961.II.89.

252. Concl. 29.VI.1966, *Soc. pour le traitement des bois*, *A.J.*, 1966.564.

dence, de recevoir des affectations variées, très proches en cela des standards substituables;

— le deuxième type est constitué par des termes dont le contenu est plus riche, qui sont étalonnés en termes de normalité, mais qui n'ont pas vocation eux-mêmes à devenir des étalons à multiples applications.

Par convention, les standards inclusifs du premier type, par exemple suffisant ou manifeste, seront appelés, pour faire court, standards inclusifs primaires, et les standards du deuxième type, par exemple le besoin ou l'injurieux, standards inclusifs secondaires. Cette distinction n'a rien d'absolu et il y a nombre de cas limites. Mais outre le fait qu'elle facilite la présentation, elle permet de marquer une différence entre des types de standards dont l' « épaisseur » sémantique, si l'on ose dire, est assez inégale.

83. *Les standards inclusifs primaires.*

I. *Le suffisant et l'insuffisant.* Le suffisant ne peut bien sûr s'appréhender qu'en termes de normalité. Si le juge emploie ainsi l'expression de « délai suffisant » dans le cadre des droits de la défense, il se réfère au délai qui suffit à un homme normal pour prendre connaissance de son dossier ou de pièces nouvelles, par exemple, et préparer sa défense [253]. La notion de suffisance serait tout à fait désincarnée sans cet étalonnage en termes de normalité. Ailleurs, significativement, le juge estime que la « signalisation suffisante » constitue l' « entretien normal » [254] et « l'insuffisance de l'éclairage » le « défaut d'entretien normal » [255]. Le dommage anormal subi par un tiers du fait d'un ouvrage public peut être dit « pas suffisant » [256]. L' « insuffisance d'un logement » autorisant la réquisition au profit de certains chefs de famille n'a de sens que par rapport à l'idée que la société se fait du logement normal minimum [257]. De même que la notion de « local insuffisamment occupé » et de ce fait réquisitionnable ou taxable [258]. On retiendra encore les expressions : « insuffisance de l'initiative privée » comme condition d'ouverture d'une clinique ouverte [259], « insuffisance professionnelle » [260], « terrain insuffisamment bâti » [261], « surveillance

253. Les espèces qui suivent concernent toutes la notion de délai suffisant, mais certaines sont extérieures à la question des droits de la défense : 6.VII.1927, *Kissler, S.*, 1928.III.101; S. 22.VI.1955, *Hassim Trad, A.J.*, 1956.II.281; S. 20.I.1956, *Nègre*, 24; S. 13.III.1959, *Nègre, A.J.*, 1959.II.99 (obs. V.S.); 18.X.1961, *Parmentier, A.J.*, 1962.186; 11.X.1963, *Assoc. « Les amis du site de Clagny »*, *A.J.*, 1964.56 (concl. Braibant); 2.II.1966, *Torrès*, 70; 4.XII.1968, *Affaires sociales c/ Lamare, A.J.*, 1969.366; 28.X.1970, *Delande*, 620, *A.J.*, 1971.367; 10.V.1972, 80.715, *Soc. X...*, 353; S. 18.V.1973, *Ville de Paris c/ Djian*, 361, *A.J.*, 1973.609; 7.V.1975, *Lejeune*, 282; 20.I.1975, *Peigné*, 41; 23.IV.1975, *Aménagement du territoire c/ Pradier*, Tb. 1203; « communication insuffisante » d'un dossier : 9.I.1963; *Broca, A.J.*, 1963.373; v. Hostiou, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, 1975, pp. 126 ss.; Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, 1968, pp. 480 ss.; l'administration peut être déclarée avoir disposé d'un « temps suffisant » pour parer à un défaut d'entretien normal (S. 26.IV.1968, *Ville de Cannes, A.J.*, 1968.653).

254. 12.X.1966, *Viretto*, Tb. 1129.

255. 12.VI.1968, *Ville de Louviers, A.J.*, 1968.600; v. aussi 15.VII.1957, *Lambert, A.J.*, 1957.II.417; 20.X.1961, *Travaux publics c/ Schaechtelin, A.J.*, 1962.194; 17.IV.1963, *Travaux publics c/ Gauthier, A.J.*, 1963.570; 11.X.1963, *Ravier, A.J.*, 1964.119; 20.XI.1974, *Servant, A.J.*, 1975.145; chaussée de « largeur suffisante » : 29.IV.1963, *Navarro, A.J.*, 1963.572.

256. 30.X.1970, *Pedersol, A.J.*, 1971.181.

257. 21.IV.1950, *Duval*, 233; 14.X.1960, *Hergot, A.J.*, 1961.II.159; 25.III.1964, *Perrot*, 206.

258. 3.I.1947, *de M..., A.J.*, 1947.56; 25.II.1949, *Marie*, 95; 12.VI.1950, *Finances c/ Ragot*, 358; même jour, *Finances c/ Wydemans*, 358; 26.VI.1950, *Finances c/ Champonnier*, 390; 16.I.1956, *Aller, A.J.*, 1956.II.141; 23XI.1960, *Isoardi, A.J.*, 1961.II.160; 26.IV.1967, *Marinthe*, Tb. 765; 7.XI.1969, *Cerutti*, 478.

259. 2.II.1949, *Brésard*, 45; A. 10.X.1958, *Delarbre*, 482; S. 10.IV.1964, *Clinique du Chablais*, 215; v. Dran, art. précit., p. 515.

260. S. 19.II.1954, *Couture*, 116; 28.II.1962, *Léandri, A.J.*, 1962.633; 31.V.1968, *Duperré, A.J.*, 1968.591.

261. S. 9.III.1973, 82.540, *X...*, 211; 6.VI.1973, 85.691, *X...*, 400.

suffisante » de travaux [262], d'une plage [263], « garanties suffisantes » que l'on doit présenter pour exercer certains métiers [264], imprudence constituée par un défaut d' « attention suffisante » [265], » faute suffisamment grave » [266], « chance suffisante d'aboutir » pour un lotissement municipal [267], « appréciation insuffisante du préjudice indemnisable » [268], jugement « insuffisamment motivé » ou entaché d' « insuffisance de motifs » [269], requête « suffisamment motivée » [270], « effectifs suffisants » d'un syndicat permettant de le considérer comme représentatif [271], efforts de perfectionnement « suffisants » donnant à un médecin le droit à dépassement permanent des honoraires [272], lorsque, dans le cadre d'une adjudication, les intéressés « n'ont pas été normalement avisés », le juge dit que la « publicité... ne saurait être regardée comme ayant été suffisante » [273], *etc.*

II. *Satisfaisant.* Assez rarement utilisé. Voir cependant la notion d' « accès satisfaisant » à une parcelle dans le contentieux du remembrement rural [274].

III. *Défectueux.* Ce terme joue un rôle dans le cadre de la théorie du défaut d'entretien normal : une « excavation anormale » sera ainsi considérée comme caractérisant un « ouvrage défectueux » [275], [275 *bis*].

IV. *Courant.* Le juge administratif range les « frais d'entretien et réparations courantes » dans les « charges annuelles et normales » d'une entreprise [276]; il oppose, dans le contentieux des dommages de guerre le bien d'usage courant au bien somptuaire, lui-même défini par son anormalité [277]. Il considère comme « affaires courantes » que peut expédier un gouvernement démissionnaire « les décisions qui sont tous les jours préparées automatiquement par les bureaux, sur lesquelles les ministres se bornent habituellement à exercer en fait un simple contrôle », bref les affaires tout à fait dépourvues d'exceptionnalité [278].

262. 7.VIII.1909, *Préfet de la Creuse*, 837; S. 17.III.1967, *Imbert, A.J.*, 1967.565.

263. 9.II.1972, *Edel*, Tb. 998.

264. S. 8.I.1960, *Intérieur c/ Rohmer*, 12; même jour, *Intérieur c/ Faist*, 13.

265. 11.VI.1969, *Phélipon*, 305; absence de « précautions suffisantes » : 26.VI.1957, *Cmne de Rethel, A.J.*, 1957.II.417; A. 25.I.1974, *Centre hospit. Sainte-Marthe*, 64, *A.J.*, 1974.220 (chron. Franc et Boyon); fait de n'avoir pas « suffisamment ralenti son allure » : 4.I.1963, *Synd. canal de Carpentras, A.J.*, 1963.312; 25.VI.1965, *Peyre, A.J.*, 1966.58; alors surtout qu'il n'y avait pas une « luminosité suffisante » : 16.II.1977, *Equipement c/ Forgeot, D.A.*, 1977, n° 120.

266. S. 17.VII.1931, *Liénard*, 802; « faute caractérisée et d'une gravité suffisante » : S. 21.X. 1966, *Benne, A.J.*, 1967.114 (concl. Baudouin); 3.XI.1967, *Soc. Petton*, Tb. 855; Strasbourg, 21.II.1968, *Berst, A.J.*, 1968.538.

267. 21.XI.1973, *Equipement c/ Goband*, 660.

268. 3.III.1976, *Renaudin*, 131.

269. S. 7.VII.1967, *Elections de Guagno*, 303; 16.III.1960, *Landau*, 199; S. 13.VI.1969, *Moinard*, 310; S. 10.IV.1974, 88.134, *X...*, 231, même jour, 88.037, *X...*, 229.

270. A. 23.I.1970, *Neel*, 44.

271. 11.IV.1962, *C.F.T.C.*, 275.

272. 16.II.1973, *Gassenc*, Tb. 1086.

273. Nancy, 13.II.1975, *Rongvaux*, 687; v. aussi 28.V.1975, *Environnement c/ Pinot*, 314.

274. 4.XI.1966, *Agriculture c/ Nardin*, Tb. 1069.

275. 23.X.1970, *Soc. Renaudin, A.J.*, 1971.316.

275 *bis*. V. aussi : « organisation défectueuse du service » (29.VII.1949, *Hay, R.D.P.*, 1950.458; « fonctionnement défectueux de l'ouvrage public » (9.VII.1975, *Finances c/ Ascinter-Otis*, 414).

276. 13.VII.1965, 64.364, *D...*, Tb. 911; 27.X.1965, 61.815, *X...*, Tb. 911, *A.J.*, 1965.115; « travaux de peinture excédant les travaux d'entretien courant » : 22. V. 1974, *Finances c/ Soc. d'industrie hôtelière « Hôtel Prince-de-Galles »*, 304.

277. C.S.C.D.G. 13.II.1950, *C. du G. Maine-et-Loire c/ Moreau, A.J.T.*, 1950.276; v. concl. Chavanon C.S.C.D.G. 11.V.1949, *C. du G. Indre-et-Loire c/ Lemarie, J.C.P.*, 1949.II.5145; sur le somptuaire, v. *infra*.

278. Concl. Galmot S. 22.IV.1966, *Féd. nation. synd. police, A.J.*, 1966.358; v. Lachaze, « L'expédition des affaires courantes en période de crise ministérielle », *D.* 1952, chron. 4, pp. 65 ss.

V. *Grave.* Ce terme et les divers termes dérivés, tels que gravité et gravement, tiennent une place importante dans la jurisprudence administrative. L'étalonnement en termes de normalité est souvent explicite, le juge visant un « cas d'exceptionnelle gravité » entraînant dispense du service militaire [279], une infirmité de « particulière gravité » [280], une « faute d'une gravité suffisante » [281], ou d'une « exceptionnelle gravité » [282], un préjudice d'une « gravité suffisante » [283], des « dommages (qui) excèdent par leur gravité, les charges qui doivent être normalement supportées » [284]. La jurisprudence utilise encore les formules « crise grave du logement » [285], « faute professionnelle grave » [286], « difficulté grave » opérant transfert de compétence du président du tribunal administratif à ce dernier, en matière de référé [287], « gravité des manquements » à une obligation [288], « manquements graves à la moralité » [289] ou à une convention [290], « danger grave » présenté par un immeuble menaçant ruine [291], « cas social grave » [292], « imprudence grave » [293], comportement qui n'a pas « le caractère d'une négligence d'une gravité suffisante » [294], « atteinte grave à l'ordre public » [295], dissensions, au sein d'un conseil municipal, ayant « atteint un degré de gravité tel » que la gestion administrative de la commune en ait été mise en péril [296], « gravité des atteintes » portées à la propriété ou à une liberté, caractérisant la voie de fait [297], ordre de nature à « compromettre gravement un intérêt public » [298], *etc.*

VI. *Manifeste.* Le rôle du manifeste est considérable dans la jurisprudence administrative, et ce depuis longtemps [299]. Pour le juge administratif, comme pour le dictionnaire, le manifeste c'est l'évident [300]. Ainsi utilisera-t-il à la

279. 9.VII.1975, *Défense c/ Vienet,* Tb. 881; 15.X.1975, *Défense c/ Michalowski,* Tb. 881.
280. C.S.C.P. 8.I.1965, *Anciens combattants,* 13.
281. S. 29.VI.1973, *Equipement c/ Soc. paris. industrie électr.,* 457, *A.J.,* 1974.108 (n. Moderne).
282. 29.VII.1925, *Avellan,* 737; v. aussi « faute grave » (1.V.1925, *Coulon,* 417; 29.III.1946, *Caisse départ. d'ass. sociales de Meurthe-et-Moselle, R.D.P.,* 1946.501; 18.II.1970, *Centre hospit. Félix-Guyon, A.J.,* 1970.627), « faute manifeste de nature par sa gravité » (10.XI.1950, *Desjardins, R.D.P.,* 1951.1156), « faute manifeste et grave » (28.VI.1950, *Bonhomme, R.D.P.,* 1951.530), « faute suffisamment grave » (S. 17.VII.1931, *Liénard,* 802), « faute manifeste et particulièrement grave » (4.I.1918, *Zulémaro,* 9); « faute d'une particulière gravité » (27.X. 1948, *Ritz,* 396); « faute d'une gravité exceptionnelle » (1.VII.1927, *Demoreuil, D.P.,* 1928. III.21, n. Trotabas).
283. A. 30.III.1966, *Cie gén. radioélectrique, A.J.,* 1966.381 (*G.A.J.A.,* 535); v. aussi 24.I.1969, *Dalloz,* 41, *A.J.,* 1969.323.
284. 24.VI.1949, *Lecomte,* 307 (*G.A.J.A.,* 325).
285. T.C. 24.VII.1947, *Gerony, D.,* 1947.II.415; 9.I.1948 (1re esp.), *Barbedienne, J.C.P.,* 1948.II.4132 (n. Fréjaville).
286. 24.X.1962, *Hugues, A.J.,* 1963.165.
287. Marseille, 22.II.1961, *André Cheillan, A.J.,* 1961.II.571.
288. 16.X.1968, *Palazzi, A.J.,* 1969.61.
289. S. 20.II.1953, *Armelin,* 88.
290. S. 25.VI.1971, *Soc. Etab. Marius Sériès, A.J.,* 1973.97.
291. S. 14.III.1958, *Fleury, A.J.,* 1958.II.159.
292. 31.I.1969, *Gardarein,* 55 (concl. Rigaud); 20.II.1970, *Armées c/ Lienhart,* 127.
293. 23.II.1973, *Cmne de Chamonix,* 170, *A.J.,* 1973.159 (chron. Cabanes et Léger); 17.VI.1974, *Vignals,* 345; Toulouse, 8.VII.1975, *Lagrange,* 742; 16.II.1977, *Equipement c/ Forgeot, D.A.,* 1977, n° 120.
294. 21.V.1953, *Gauthier,* 240.
295. 5.I.1962, *Bernardet, A.J.,* 1962.310; v. aussi 7.VII.1950, *Dehaene,* 426 (*G.A.J.A.,* 339); A. 4.II.1966, *Synd. nation. des fonctionnaires du group. des contrôles radio-électriques,* 80.
296. 22.I.1964, *Fruteau, A.J.,* 1964.483.
297. T.C. 27.VI.1966, *Guigon, A.J.,* 1966.547; 13.VII.1966, *Guigon,* 476.
298. 27.V.1949, *Arasse,* 249; 28.XI.1951, *Luccioni,* 558; 30.X.1968, *Ponama,* 538.
299. Sous sa forme adverbiale manifestement, voir, dans le cadre des diverses théories des faits imprévisibles : 24.XI.1905, *Cie parisienne de l'air comprimé,* 863; 16.III.1906, *Martin,* 239.
300. V. Wiederkehr, *Le défaut manifeste de fondement devant la Commission européenne des droits de l'homme,* 1965, multig., notamment pp. 123 ss.

place de l'expression « acte manifestement illégal » la formule acte présentant « de toute évidence un caractère illégal » [301] ou disposera-t-il qu'un agissement « manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire ne constitue de toute évidence qu'une simple voie de fait » [302]. L'évidence semble à première vue mal s'accommoder de la notion de standard, puisque sa caractéristique est d'être accessible à qui ce soit. Le manifeste juridique postule en réalité des capacités normales d'observation et d'intellection, on aura l'occasion d'y revenir. Parfois même, le manifeste mis en œuvre apparaît ne pouvoir l'être que pour des spécialistes : ainsi dans la notion de demande manifestement insusceptible de se rattacher à un litige relevant de la juridiction administrative. Il faut supposer alors que le type de référence n'est pas l'homme normal, mais le juge administratif normal. Aussi bien le manifeste est-il un standard.

Parmi les nombreux recours à ce terme, on peut retenir les formules : « mauvais vouloir manifeste » de l'administration entraînant la condamnation au paiement d'intérêts compensatoires [303], « erreur manifeste » dans le cadre du contrôle minimum [304] « erreur manifeste » du contentieux des dommages de guerre [305], décision « manifestement illégale » à laquelle pour peu qu'elle compromette gravement un intérêt public, le subordonné non seulement peut mais doit désobéir [306], acte « manifestement insusceptible de se rattacher » à l'exercice d'un pouvoir conféré à l'administration et ainsi constitutif d'une voie de

301. S. 10.XI.1944, *Langneur,* 288; 3.V.1961, *Pouzelgues, A.J.,* 1961.II.356 (chron. Galabert et Gentot).
302. 12.V.1949, *Dariès,* 599; v. aussi T.C. 4.VI.1940, *Soc. Schneider,* 248; T.C. 17.II.1947, *Perrin,* 501; T.C. 17.III.1949, *Soc. « Rivoli-Sébastopol »,* 594 (*G.A.J.A.,* 315); 10.XII.1956, *Guyard,* 590; T.C. 28.V.1962, *Guériel,* 820.
303. 7.XII.1921, *Huguet,* 1023; S. 19.V.1950, *Cie d'exploit. automob.,* 304; 2.V.1962, *Caucheteux, A.J.,* 1962.458 (chron. Galabert et Gentot); 13.VII.1963, *Soc. « L'auto-épuration », A.J.,* 1964.64; 20.XI.1963, *Finances c/ Bauzou, A.J.,* 1964.190 (obs. Moreau); Paris, 10.VII.1968, *Ibarrondo, A.J.,* 1970.54; S. 20.III.1974, *Soc. France-Reconstruction, A.J.,* 1974. 325.
304. A. 28.V.1976, *Centre technique de conserves, A.J.,* 1977.94 (n. Moderne); A. 13.V. 1977, *Perregaux,* 216; « appréciation manifestement erronée » : S. 27.V.1977, *Pagoaga Gallastegui,* 244 (concl. Genevois); v. jurisp. citée *passim* dans la suite de cette étude et Kornprobst, « L'erreur manifeste », *D.,* 1965, chron. pp. 121 ss.; Vincent, « L'erreur manifeste d'appréciation », *Rev. adm.,* 1971, pp. 407 ss.; Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif,* 1977, pp. 233 ss.; Py, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux,* 1976, pp. 129 ss.
305. C.S.C.D.G. A. 7.XI.1955, *Binet, J.C.P.,* 1956.II.9405 (obs. Poussière), *A.J.,* 1956.II.210 (obs. Poussière); C.S.C.D.G. A. 29.X.1956, *Dudouit, id.,* 8.X.1956, *Dumont, id.,* 23.III.1953, *Bordérès, A.J.,* 1957.II.190 (obs. Poussière); depuis que le C.E. a remplacé la C.S.C.D.G. : 12.II.1964, *David,* 100; 12.V.1965, *Mueller,* 276; S. 28.IV.1967, *Soc. Express-rapide,* 185; même jour, *C. du G. Metz c/ Morin,* 184; 7.II.1968, *C. du G. Bordeaux c/ Bureau,* 102; 27.VI.1969, *Soc. des affréteurs indochinois,* 350; 5.II.1975, *C. du G. près de la Commission nationale des d. de g. c/ S.A. Danel,* 94; manifeste a ici un sens assez particulier, plus proche de « radical » que de « grossier » selon Poussière, obs. sous C.S.C.D.G. A. 25.II.1956, *Rochefort, J.C.P.,* 1956.II.9389; pour l'ensemble de la jurisprudence des dommages de guerre, se reporter à Poussière, *Traité des dommages de guerre,* 1954 (extraits du *J.C.A.*) et, du même auteur, à la série des « Tableaux de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre » (*J.C.P.,* 1951.I.909; 1952.I.987; 1953.I.1087; 1954.I.1197; 1956.I.1286; 1957.I.1360; 1958.I.1455; 1962.I.1705); le 9e tableau a été rédigé par M. Fraisse (*J.C.P.,* 1965.I.1945).
306. 27.V.1949, *Arasse,* 249; 28.XI.1951, *Luccioni,* 558; 2.XII.1959, *Sinay,* 643; 31.V.1961, *Intérieur c/ Maccario, A.J.,* 1962.55; 8.XI.1961, *Coutarel, A.J.,* 1962.366 (obs. Silvéra); S. 4.I.1964, *Intérieur c/ Limonier, A.J.,* 1964.447; 3.VI.1964, *Manssano, A.J.,* 1965.117; 10.II. 1965, *Morati,* 91; 2.XI.1966, *Dessendier,* 580; 1.II.1967, *Cuny,* 52; 3.XI.1967, *Frémont, A.J.,* 1968.411; 30.X.1968, *Panama,* 538; v. Catherine, *op. cit.,* p. 104; Mourgeon, *La répression administrative,* 1967, pp. 321 ss. et 422 ss.; Chérigny, « Le devoir de désobéissance à l'ordre illégal », *R.D.P.,* 1975, pp. 867 ss.

fait [307], litige « manifestement insusceptible de se rattacher à un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative » [308], action [309] ou conclusions [310] entachées d'une irrecevabilité manifeste, rémunération « manifestement exagérée » [311], conditions « manifestement insuffisantes » de logement [312], autorisation d'occupation privative du domaine public « manifestement incompatible » avec sa destination [313], « imprudence manifeste » d'une jeune victime [314], réparations « manifestement insuffisantes » effectuées sur un avion militaire [315], appréciation du coût d'une opération d'utilité publique, « manifestement très inférieure à son coût réel » [316], médecin s'exprimant en termes « dépassant manifestement les bornes du droit de critique » [317], « hostilité manifeste » [318], impropriété d'un chemin et d'un pont à la circulation des poids lourds révélée « d'une manière manifeste par leur aspect même » [319], « défaut manifeste d'imputabilité » d'un accident au service [320], local qui n'est pas « manifestement trop exigu » [321], expertise « manifestement inutile » [322].

VII. *Nettement.* Ce terme, dont le sens est proche de celui de manifestement est peu utilisé en dehors de l'expression « retard nettement excessif » [323].

VIII. *Clair.* Ce mot et ses dérivés, clarté et clairement, occupent une place centrale dans la théorie dite de l'acte clair dont les utilisations sont nombreuses [324]. Le clair est tel, en principe, pour un juriste normal, « un esprit éclairé » écrivait Laferrière [325]. Le juge administratif invoque la clarté (ou l'absence d'obscurité) d'un acte dont l'interprétation appartient au juge judiciaire [326], au ministre des Affaires étrangères [327] ou encore à la Cour de justice des Communautés européennes [328]. Le juge applique parfois même la théorie dans le cadre du recours direct en interprétation [329] [330].

IX. *Notable.* Dans un champ de signification assez proche des termes précédents, le notable, c'est-à-dire ce que le type de référence normal ne manquera pas de remarquer, est employé dans les expressions « amélioration notable » que le juge administratif met en œuvre dans le cadre de la théorie dite de la « compensation de plus-value » qui lui permet de diminuer ou de supprimer une réparation pour sujétions anormales résultant du voisinage de la voie publique [331], « préjudice notable » [332], « gêne notable » [333] et autres formules similaires [334] employées, dans le domaine des dommages de travaux publics, pour exprimer l'idée de sujétion anormale, appliquant ici le topique selon lequel l'anormal est notable, pour l'homme normal. Topique encore appliqué dans les premiers temps de la théorie du défaut d'entretien normal, lorsque le juge qualifiait une saillie de « notable » [335]. Ou lorsque le juge considère qu'un délai anormal excède notablement le délai normal [336]. Dans le cadre de la théorie de l'imprévision, il peut arriver que le juge estime que les difficultés ont « notablement excédé par leur importance ce que les parties avaient pu raisonnablement prévoir » [337]. Le juge fiscal enfin met en œuvre la notion de « changement notable dans les conditions d'exploitation » [338], ou parfois de changement notoire, ce qui surprend un peu, car les deux termes, s'ils sont des standards, n'ont plus le même sens aujourd'hui [339]. Notable exprime l'aptitude à être connu, notoire le fait de l'être largement.

X. *Notoire.* Notoire est ainsi utilisé dans deux sens qui en font tous les deux un standard. Dans un premier sens, il remplace purement et simplement notable, on vient de le voir. On citera encore les expressions « insuffisance notoire » de la signalisation d'un danger sur une voie publique [340] et réparations excédant « notoirement les dépenses d'entretien entrant dans les charges annuelles et normales de l'entreprise » [341]. Alors, notoire est une simple version de manifeste, ce qu'avaient bien vu les travaux parlementaires préliminaires à l'article 180 du C.G.I. [342] qui a finalement retenu l'expression « dépenses personnelles, ostensibles ou notoires » [343]. Dans un deuxième sens, qui est le

307. V. note 302 et A. 18.XI.1949, *Carlier*, 490; S. 6.IV.1951, *Sainteau*, 180; T.C. 13.VI.1955, *Soc. industr. de transp. automob.*, 621; 14.XII.1956, *Baudin*, 478; 10.XI.1965, *Soc. Parana*, 597; T.C. 27.VI.1966, *Guigon, A.J.*, 1966.547; 13.VII.1966, *Guigon*, 476; S. 10.X.1969, *Muselier*, 432; v. Debary, *La voie de fait en droit administratif*, 1960, pp. 77 ss.; Basse-Terre, 7.III.1975, *Bernard*, 696, reprend la formule, mais fait l'économie du « manifestement ».

308. 15.VII.1964, *de Pollack*, 409; 8.XI.1972, *Environnement c/ Soc. sylvicole de Saint-Jean-de-Thurigneux*, 712; 5.I.1973, *S.A. Bureau Véritas*, 15, 4.VI.1976, *Bosch*, 294.

309. 3.VII.1970, *Santé publique c/ Heurté*, 467; v. 13.VII.1956, *Reconstruction c/ Piéton-Guibout*, 338 (concl. Chardeau) (*G.A.J.A.* 453); 15.VII.1959, *Matherey*, 467; v. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, p. 47.

310. 30.XI.1973, *Marchand*, Tb. 1084; 2.II.1977, *Lahouel, D.A.*, 1977, n° 95.

311. 19.VI.1959, *A.J.*, 1959.II.233; v. aussi 18.III.1963, *Nemegyel*, Tb. 822.

312. 25.III.1964, *Perrot*, 206.

313. S. 19.VI.1931, *Sarreguemines*, 657.

314. 3.XII.1948, *Bucciéro*, 457.

315. 15.XI.1950, *de Peretti, R.D.P.*, 1951.1152.

316. 11.V.1951, *Le Marchand, R.D.P.*, 1951.1131.

317. 9.XI.1951, *Fischer*, 523.

318. S. 13.I.1965, *Caisse des écoles du X^e arrondissement*, 27.

319. 8.XI.1968, *Fayemendy*, 555; v. aussi 11.XI.1971, *S.A. Rhin et Rhône*, Tb. 1201.

320. 16.V.1973, *P.T.T. c/ Dumestre*, 353.

321. 26.IV.1974, *Hayat, A.J.*, 1974.455.

322. 15.XI.1957, *A.J.*, 1958.II.33.

323. 27.VI.1951, *Ottoni, R.D.P.*, 1951.1157; 26.VII.1951, *Pitti-Ferrandi, R.D.P.*, 1952.1068; v. aussi couche de glace « nettement visible » : Cons. préf. Orléans, 1.XII.1950, *La Providence, A.J.T.*, 1951.66.

324. V. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 1, p. 864; Granjon, « Les questions préjudicielles », *A.J.*, 1968, pp. 75 ss.

325. *Traité de la juridiction administrative*, 1re éd. 1887, t. 1, p. 451.

326. 6.III.1972, *Fèvre*, 946; S. 11.X.1974, 92.921, *Finances c/ X...*, 482; v. Odent, *Contentieux administratif*, éd. 70.71, fsc. 1, pp. 101 ss.

327. S. 30.V.1975, *Peacock*, 324; 17.XI.1975, *C.F.P.*, 799; v. Roffignac, *Le Conseil d'Etat, juge administratif et les conventions internationales*, 1971, pp. 170 ss.; Odent, *op. cit.*, pp. 134 ss.; Dubouis, « Le juge administratif français et les règles du droit international », *A.F.D.I.*, 1971, pp. 9 ss.; Questiaux, « L'application du droit international conventionnel par le Conseil d'Etat », *in L'application du droit international par le juge français*, 1972, pp. 63 ss.; Reuter, « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel », *ibid.*, pp. 17 ss.; Virally, « Le Conseil d'Etat et les traités internationaux », *J.C.P.*, 1953.I.1098.

328. 28.II.1975, *Herr*, 162, *R.D.P.*, 1975.1432 (n. de Soto); 20.X.1976, *Synd. nation. des ind. de l'aliment. animale*, 426; v. Auby et Drago, *op. cit.*, p. 63; Berr, « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *J.C.P.*, 1967.I.2060; Ruzié, « Le juge français et les actes des organisations internationales », *in L'application du droit...*, pp. 103 ss.

329. A. 7.VII.1950, *Sec. d'Etat Prés. du Conseil*, 427.

330. Le juge se réfère de plus à la notion de « manifestation claire de volonté » en dehors de la théorie de l'acte clair à proprement parler : 29.VII.1950, *Tournemelle*, 494; 12.XII.1973, 87.413. *X...*, 720.

331. 21.VII.1870, *Cmne de Bezonce*, 934.

332. 15.XII.1916, *Le Roussel*, 549.

333. 1.VII.1914, *Chabaud*, 1008; 6.I.1937, *Moyot*, 15; 7.VI.1944, *Delmas*, 166; 6.VI.1962, *P.T.T. c/ Moussa*, Tb. 1146.

334. « Que cette circonstance a notablement diminué les facilités d'accès audit magasin » (19.I.1927, *Deleval*, 78).

335. 9.VII.1924, *Prin-Clary*, 663; 27.XI.1930, *Cie des tram. de Béziers*, 994; v. aussi 11.IV.1924, *T.P. c/ Chapuis*, 400.

336. 6.VII.1945, *Lucas*, 147.

337. 11.VI.1947, *Guerre c/ N...*, *A.J.*, 1947.309.

338. 28.II.1968, 68.599, *X...*, 145; 7.X.1970, 77.920, *X...*, Tb. 1025.

339. 7.II.1973, 85.255, *X...*, 115.

340. Pau, 15.XI.1972, *Raffaele, A.J.*, 1973.274.

341. 27.X.1965, 61.815, *S.A...*, Tb. 911, *A.J.*, 1965.115.

342. V. Buisson et Maitrot, « Les avatards de l'article 180 C.G.I. », *R.S.F.*, 1975, p. 40.

343. 8.I.1965, 56.960, *X...*, Tb. 924, *A.J.*, 1965.248, *R.S.F.*, 1966.516 (chron. Lalumière); III.1976, *X...*, 129

sens juste, le notoire est ce qui est connu par une fraction suffisamment large de la population concernée. Ce sens débouche aussi sur un standard lorsque, par exemple, le juge estime qu'il y a eu imprudence de l'habitant d'une commune à se rendre sur un lieu « notoirement interdit » : le notoire est alors ce que l'homme normal dans les circonstances décrites ne peut en aucun cas ignorer [344]. Dans le cadre d'une autre utilisation, ce deuxième sens implique que l'on détermine raisonnablement ce qu'est un fait notoire, fait connu de la plus grande partie de la population d'un quartier comme les services « notoirement insuffisants » d'une pharmacie [345], fait connu d'une population plus restreinte, comme « l'insuffisance professionnelle notoire » d'un fonctionnaire [346], fait connu d'une population très spécialisée, ainsi la notoriété médicale [347].

XI. *Sensiblement*. Equivalent à notablement, ce terme est rarement utilisé. Voir les formules : travaux « ne modifiant pas sensiblement l'état des lieux » [348], bénéfices « sensiblement plus élevés » [349], rémunérations non « sensiblement supérieures » à celles perçues pour des emplois équivalents [350], activité d'une entreprise ayant « sensiblement diminué » à la suite d'un détournement de la circulation [351].

XII. *Sérieux*. Le sérieux est ce qui doit être pris en considération par un esprit normalement constitué. L'intervention de ce terme est fréquente dans la jurisprudence administrative : « moyen sérieux » du sursis à exécution [352], « difficulté sérieuse » présentée par l'acte qui n'est pas clair [353], sursis à statuer prononcé par une autorité administrative si l'affaire présente un caractère « suffisamment sérieux » [354], procédure de renvoi au Tribunal des Conflits s'il y a « difficulté sérieuse » quant à la compétence [355], « contestations sérieuses » impliquant que l'on procède à expertise [356], exclusion de l'urgence d'une mesure qui peut être différée sans « inconvénient sérieux » [357], chances

344 S. 21.I.1948, *Tison*, 29; 9.XII.1949, *Godfroy*, 811.
345. S. 19.II.1965, *Lagrange*, 122.
346. 21.II.1973, *Education nationale c/ Larribe*, 162.
347. Voir les réflexions de MM. Dupeyroux et Garagnon, art. précit., p. 20, sur la détermination de la population de référence pour l'établissement de la notoriété.
348. 21.XII.1973, *Maleville*, Tb. 144.
349. 29.VI.1956, *X...*, *A.J.*, 1956.II.375.
350. 19.VI.1959, *A.J.*, 1959.II.233.
351. S. 2.VI.1972, *Soc. bateaux de la Côte d'Emeraude* (« *les vedettes blanches* »), 414, *A.J.*, 1972.357 (chron. Labetoulle et Cabanes), *R.D.P.*, 1973.497 (n. Waline).
352. A. 23.XII.1976, *Perrault*, *A.J.*, 1977.161; le juge administratif emploie souvent, on y reviendra, des tournures plus elliptiques; v. cependant Nice, 17.II.1965, *Déptnt. de la Corse*, *A.J.*, 1965.305 (obs. Weil); Dijon, 27.I.1967, *Martinet*, *A.J.*, 1967.191; 13.VII.1968, *Education nationale c/ Institut Saint-Dominique*, 466; Lyon, 18.XII.1968, *Pupier*, *A.J.*, 1969.262; 22.XI.1972, *Synd. copropriétaires rue de l'Amiral-Mouchez*, 751; Nice, 6.VI.1975, *Michelini*, *A.J.*, 1976.97; Dijon, 25.IX.1973, *Bramard*, 811; Orléans, 19.XII.1975, *Kervadec*, 787; S. 12.XII.1973, *Robinet*, 722; S. 20.III.1974, *Assoc. sauvegarde Saint-Martin-du-Touch*, 191; S. 28.VI.1974, *Gallet*, 382; S. 23.VII.1974, *Sultan*, 458; A. 19.XII.1975, *Préfet de Paris c/ Marché Saint-Germain*, *A.J.*, 1976.425 (concl. Franc); 6.VII.1977, *Adjali*, *R.D.P.*, 1978.292; v. Tourdias, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, 1957, pp. 110 ss.; Lavau, « Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs », *R.D.P.*, 1950, notamment pp. 786 ss.; Gleizal, « Le sursis à exécution des décisions administratives », *A.J.*, 1975, pp. 381 ss., notamment, p. 392; dans le cadre du référé, le juge relève parfois que la demande présente un « caractère sérieux » (5.III.1971, *Cmne de Saint-Etienne-de-Tinée*, *A.J.*, 1971.304, chron. Labetoulle et Cabanes).
353. 9.V.1975, *Bersoulle*, 295; v. aussi 13.VII.1965, *Gué*, 445; A. 14.IV.1967, *Assoc. L'école de l'enfant Jésus*, 163; 1.III.1968, *Elections de Papeete*, 154; 5.VII.1972, *Santé publique*, 512.
354. 2.II.1977, *Charpentier*, *D.A.*, 1977, n° 101.
355. 24.VI.1966, *Laquière*, 415; v. Rivéro, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 147; Auby et Drago, *op. cit.*, t. 1, pp. 648 ss.; Auby, « Le décret du 25.VII.1960, portant réforme de la procédure de conflits », *A.J.*, 1961, I, pp. 1 ss.
356. 17.I.1973, *S.A. Entrep. Saudemont*, 43.
357. Nantes, 11.III.1960, *Delacroix*, *A.J.*, 1961.II.98.

sérieuses d'obtenir une fonction ou de réussir dans un concours, dans le contentieux des reconstitutions de carrière [358], absence de menaces de « troubles sérieux » du fait de la projection d'un film [359], « risques sérieux de désordre » du fait d'un festival de pop-music [360], « présomptions sérieuses » [361], « dégradations sérieuses » subies par un édifice [362], « danger sérieux » résultant de l'aménagement de locaux administratifs [363], caractère « sérieux et légitime » des motifs invoqués par un préfet pour autoriser un office d'H.L.M. à refuser la vente de telles habitations [364].

XIII. *Valable*. La délimitation du valable, terme dont le sens est proche de celui du terme sérieux, tient aussi de très près à ce qui est, à un moment donné, conçu comme normal. Le nouvel article L. 121-23 du Code des communes, reprenant l'article 37 C.A.C., dispose ainsi que « tout membre d'un conseil municipal qui, sans excuse valable, a refusé de remplir une des fonctions qui lui sont dévolues par les lois, est déclaré démissionnaire », standard que le juge administratif doit mettre en œuvre [365].

XIV. *Légitime*. Ce mot sert parfois de pendant au terme sérieux, ainsi dans l'expression motifs « sérieux et légitimes » invoqués par un préfet pour autoriser le refus de vente d'H.L.M., dont il vient d'être question [366], et au terme valable; ainsi, dans le Code des communes, à l' « excuse valable » de l'article L. 121-23, font écho les « motifs reconnus légitimes » de l'article L. 121-22 : « Tout membre du conseil municipal qui, sans motifs reconnus légitimes par le conseil, a manqué à trois convocations successives peut... être déclaré démissionnaire » [367].

En réalité, il peut arriver que légitime ne soit pas un standard, lorsque ce terme exprime la simple idée de conformité à la loi. Mais son emploi comme standard, en dehors des cas précités, est assez fréquent. Ainsi lorsque le juge estime qu'un entrepreneur, induit en erreur par l'attitude ambiguë d'une commune, « a pu légitimement penser que cette collectivité publique n'entendait pas poursuivre l'exécution (de) travaux » [368], ou lorsque, reconstituant une carrière,

358. 5.II.1958, *Zermati*, 64; S. 13.I.1961, *Premier ministre c/ Bestaux*, 35; S. 21.XI.1969, *Idoux*, 532, *A.J.*, 1970.306; 3.XI.1971, *Défense nationale c/ Cannac*, 650; le juge parle encore de « chances sérieuses » pour évaluer la certitude du préjudice causé par un renseignement erroné donné par l'administration à une société qui souhaitait savoir si elle avait droit à un agrément (20.II.1974, *Sucrerie coop. de Vic-sur-Aisne*, 121), et de « chances sérieuses » d'obtenir une exonération fiscale si l'administration, tenue de le faire, avait pris un règlement d'application (S. 10.III.1967, *Soc. « Les ardoisières d'Angers »*, 116, *A.J.*, 1967.399).
359. 18.XII.1959, *Soc. « Films Lutétia »*, 693 (*G.A.J.A.*, 491); S. 14.X.1960, *Soc. « Films Marceau »*, *A.J.*, 1960.II.351; S. 9.III.1962, *Soc. « Etab. Gaumont »*, *A.J.*, 1962.372 (concl. Gand); A. 19.IV.1963, *Soc. « Films Marceau »*, *A.J.*, 1963.374; même jour, *Ville de Saverne*, *A.J.*, 1963.375; 15.I.1965, *Soc. « Films Marceau »*, Tb. 863, *etc.*
360. 21.VI.1972, *Mallisson*, 472.
361. 26.X.1960, *Rioux*, *A.J.*, 1961.II.169; « allégations jetant un doute sérieux »; 22.VI.1963, *Poncin*, 393; « éléments d'information auxquels l'administration n'apporte pas de contradictions sérieuses » : 21.VI.1968, *Agriculture c/ Sauvant*, Tb. 848.
362. 19.VI.1963, *E.D.F. c/ Géraud*, *A.J.*, 1963.715.
363. S. 28.II.1964, *Armées c/ Kankowsky*, *A.J.*, 1964.580.
364. S. 20.XI.1970, *Belz*, 693, *A.J.*, 1971.55; 10.III.1978, *O.P.H.L.M. Région parisienne c/ Eitelvein*, *D.A.*, 1978, n° 127.
365. A. 10.I.1969, *Maire cmne de Saint-Laurent*, *A.J.*, 1969.103 (concl. Guillaume); v. Bénoit, *Collectivités locales*, t. 1, pp. 188 ss.; même disposition pour les conseillers généraux (art. 1 L. 7.VI.1873 et D. 17.III.1970) : v. Bénoit, *op. cit.*, t. 2, pp. 1635-7 ss.; et anciennement pour les conseillers d'arrondissements (L. 1873 précit.) : 4.VII.1884, *Intérieur c/ Catala*, 554; 18.V.1923, *Intérieur c/ Degrémont*, 421.
366. V. note 364 et S. 21.VII.1972, *S.A.H.L.M. Centre c/ Ranchée*, *A.J.*, 1973.213; même jour, *id. c/ Dedenis*, 587; Nancy, 6.XII.1973, *O.P.H.L.M. Vosges*, 833; Paris, 8. V.1975, *S.A.H.L.M. « La sablière »*, 702.
367. Art. 36 de l'ancien C.A.C.; v. 22.XI.1963, *Vidal*, 564, *A.J.*, 1964.29 (n. J. S.).
368. 23.I.1952, *Cmne de Saint-Rémy*, 49.

il considère que le requérant aurait pu « légitimement compter » sur certaines chances d'avancement [369]. On retiendra encore des expressions du type : administration se refusant « sans cause légitime et par un mauvais vouloir manifeste » à acquitter une dette [370], parents ne justifiant pas de « raisons légitimes » empêchant leur fille de participer à des épreuves scolaires [371].

La doctrine parle souvent de la nécessité que l'intérêt pour agir soit légitime, entendant par là deux choses : la légitimité visée peut être l'absence d'illégalité et alors il n'y a pas standard; elle peut être aussi par-delà les textes, conformité à la morale ou à la raison communes ; l'intérêt légitime sera alors l'intérêt que la morale ne réprouve pas ou celui que la raison admet [372]. Mais le juge ne fait pas référence à ce standard, qui est le fait d'une pure construction doctrinale, et il sort donc du champ de l'étude.

XV. *Convenable.* Ce qui est convenable, c'est ce qui est adapté, et cette adaptation est étroitement dépendante de ce qui est conçu comme normal. Ainsi, le logement convenable dû aux instituteurs, standard, on l'a dit, explicité par les textes, n'est autre chose que le logement estimé normal, suffisant, pour cette catégorie de population [373], logement qui doit d'ailleurs se trouver dans un état d'entretien normal et dans des conditions de confort suffisantes [374].

XVI. *Impropre.* Lorsque le juge, pour mettre en œuvre l'article 1792 du Code civil, parle d'un ouvrage qui se « révèle impropre à sa destination » [375], il ne veut rien dire d'autre que ceci, en accord avec les dictionnaires : l'ouvrage en question n'est pas convenable du point de vue des fonctions qui lui sont assignées. S'il s'agit d'un logement ou de bureaux, l'impropriété tend à la limite vers l'inhabitabilité, autre standard qu'utilise parfois le juge administratif dans un tout autre domaine [376]. Si l'inadaptation aux fonctions doit être radicale, de simples malfaçons, des défectuosités auxquelles des travaux appropriés peuvent remédier ne constituant pas l'impropriété [377], l'idée d'exigence normale que l'on peut avoir par rapport à un ouvrage a pour conséquence la modulation de la notion d'impropriété selon les types d'ouvrage : ruissellement et infiltrations rendent impropres des habitations [378], mais non des préaux d'école [379]; un décollement du plancher rend impropre une salle de sport [380], mais non un

369. 26.XII.1925, *Rodière,* 1065 (*G.A.J.A.,* 186).
370. 7.XII.1921, *Huguet,* 1023.
371. 29.XI.1961, *Lefebvre, A.J.,* 1962.251.
372. V. Laligant, « La notion d'intérêt pour agir et le juge admnistratif », *R.D.P.,* 1971, pp. 43 ss., et notamment pp. 61 et 62; v. aussi Vedel, *Droit administratif,* p. 390; Auby et Drago, *op. cit.,* t. 2, p. 229; Morange, « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité », *D.,* 1953, chron. pp. 27 ss.
373. 9.IV.1930, *Ville d'Ussel,* 405; 3.V.1968, *Cmne de Fraize,* 270.
374. *Cmne de Fraize,* précité.
375. 29.III.1950, *Ville de Bischwiller, A.J.T.,* 1950.320.
376. 14.X.1960, *Hergot, A.J.,* 1961.II.159; 23.III.1966, *Sauvan,* Tb. 925; 24.X.1966, *Finances c/ Touplain,* Tb. 926.
377. 25.VII.1933, *Cmne de Hambye,* 885; 12.II.1969, *Soc. La Garonnaise, D.A.,* 1969, n° 96; 29.III.1950, *Ville de Bischwiller,* précité (fuites d'une adduction d'eau; si elles avaient été importantes, il y aurait eu impropriété : 21.VII.1950, *Cmne d'Asches, A.J.T.,* 1950.575); 30.III.1966, *Soc. ind. foncière,* 254; 13.II.1967, *Bernez,* Tb. 858; 17.I.1969, *Delavault,* 31; 20.VI.1969, *O.P.H.L.M. Nord,* Tb. 883; 19.II.1971, *Ville du Havre,* 1114. Certains vices sont par contre si graves qu'ils entraînent toujours l'impropriété, ainsi ceux qui compromettent la solidité de l'immeuble : 3.I.1968, *Lebreton,* 8; 8.V.1968, *Playoult,* 292; 11.II.1970, *Bortuzzo,* 107; 21.II.1971, *Besnard-Bernadac, A.J.,* 1971.429; 17.I.1973, *S.A. « Entrep. Saudemont »,* 43.
378. 13.VII.1968, *O.P.H.L.M. Saint-Quentin,* 462; 24.III.1971, *Entrep. Martinot,* 249.
379. 5.VII.1967, *Debergue,* Tb. 858.
380. 10.V.1967, *Auffret,* Tb. 858.

bureau [381]. Et l'impropriété évolue avec l'idée, de plus en plus exigeante, que l'on se fait d'une construction normale [382]. La notion de propriété est encore utilisée dans le cadre de la théorie du défaut d'entretien normal : pour le juge, « l'entretien normal des ouvrages publics » est celui qui assure au public « un usage de l'ouvrage propre à sa destination » [383].

XVII. *Proportionné.* Ce terme ne figure pas dans la jurisprudence administrative, mais certains de ses dérivés y tiennent une certaine place, et l'idée de proportionnalité y joue un rôle essentiel, trop souvent réduit par la doctrine à quelques exemples classiques. Standard plus complexe que ceux jusqu'ici étudiés, le proportionné ne vise pas à mesurer en termes de normalité un comportement ou une situation, saisis intrinsèquement, mais à juger globalement de ce qu'ils sont dans un juste rapport. Comme tous les standards, mais plus que tous les autres, le proportionné requiert un arbitrage entre valeurs concurrentes, au nom d'une certaine conception de leur hiérarchie, réputée normale à une époque donnée. Comme l'écrit le dictionnaire Robert, le proportionné est « ce qui est dans une proportion convenable, normale, avec quelque chose » [384].

L'application la plus régulière de la notion se trouve dans la théorie dite de la « compensation de plus-value », utilisée dans le contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique [385] et dans le cadre de la jurisprudence des sujétions normales du voisinage de la voie publique [386]. Il y a là une théorie équivalente à celle baptisée par les économistes, et notamment Pigou, théorie des externalités et nous y reviendrons dans le dernier chapitre de cette étude. Le bilan entre le coût pour un riverain de la voirie des travaux que l'on y effectue et les avantages qu'il en retire conduit à estimer ou non qu'il y a proportion entre les deux [387]. Même si les travaux ne procurent aucun avantage particulier au requérant, la théorie s'applique implicitement : le voisinage de

381. 8.III.1968, *Dekytspotter,* Tb. 1013; des décollements de 1 250 mètres carrés dans une école sont cependant, « en raison de leur importance et de leur généralisation » des désordres de nature à rendre impropre l'ouvrage : 21.VII.1970, *Lachaud,* 510; mais pas des décollements partiels dans un appartement : 23.X.1970, *Clot,* 617, *A.J.,* 1971.312.
382. La perméabilité des murs d'un immeuble n'a ainsi pas toujours été considérée comme constitutive d'impropriété : 6.I.1961, *Soc. Mobil-Oil,* 10, *A.J.,* 1961.II.517; 15.II.1967, *Bennez,* précité; à moins d' « importantes infiltrations » : 8.VII.1966, *O.P.H.L.M. Hérault,* 459; 13.VII.1968, *O.P.H.L.M. Saint-Quentin,* précité; 24.III.1971, *Entrep. Martinot,* précit.; A. 2.II.1973, *Trannoy, A.J.,* 1973.159; aujourd'hui cependant le juge estime que les infiltrations sont constitutives de l'impropriété sans relever qu'elles sont importantes : S. 17.III.1967, *Imbert, A.J.,* 1967.565; 16.X.1968, *Soc. entrep. Medina,* Tb. 1013; 4.VII.1975, *Soc. nation. de construc.,* 407; des infiltrations dans des caves ont même été retenues : 5.III.1969, *de Richemont, A.J.,* 1969.313; ou dans des salles d'hydrothérapie, où elles laissaient des dépôts sur les plafonds : 23.IV.1969, *Soc. Bouclier, A.J.,* 1969.314 (chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc). Cette jurisprudence comporte cependant des nuances : v. 19.II.1971, *Soc. Ruberoïd,* Tb. 1113 et 21.II.1973, *Cmne de Selommes,* Tb. 1038; par contre, curieusement si l'on considère l'évolution des mentalités, les défectuosités purement esthétiques ne sont toujours pas retenues : 30.I.1974, *Cmne de Créon,* Tb. 1059.
383. 9.III.1932, *Bos,* 288; Versailles, 23.III.1956, *Régie Renault, A.J.,* 1956.II.179; l'expression usage « conforme à sa destination » est cependant plus fréquente : 3.I.1934, *Travaux publics c/ Michenot,* 18; S. 2.XI.1934, *Menu,* 999; ou encore la formule « correspondant à sa destination normale » : 7.IX.1945, *Laurent,* 190.
384. Robert, t. 5, p. 508. Il faut nuancer ce qui vient d'être dit sur la relative prudence de la doctrine : M. Braibant a donné une étude sur les divers aspects de la proportionnalité, « Le principe de proportionnalité », *Mélanges Waline,* t. 2, pp. 297 ss.
385. Laubadère, *Traité,* t. 2, 6e éd., pp. 248 et 341.
386. V. Delvolvé, *op. cit.,* pp. 316 ss.; Latournerie, « De la faute et du risque », art. cit., pp. 67 ss.; Moreau, *op. cit.,* pp. 113 ss.
387. 13.IV.1870, *Désaligny,* 452; même jour, *Chauvier,* 453; 21.VII.1870, *Cmne de Bezonce,* 934; 2.X.1870, *Boucher,* 990; 5.I.1906, *Blanchot,* 18; 18.II.1932, *Travaux publics c/ Beghin,* 201; 6.IV.1935, *Soc. salinière de l'Ouest,* 466; 11.V.1962, *Travaux publics c/ Duboul de Malafosse,* 321, *A.J.,* 1962.591 (concl. Combarnous); 5.XII.1962, *Soc. « Les gorges de Pont du Diable »,* 658.

la voirie est un avantage en soi et les riverains « sont tenus de supporter sans indemnité » les sujétions qui ne dépassent pas « la mesure » [388], bref les « sujétions normales résultant du voisinage de la voie publique, lesquelles sont compensées par les avantages résultant dudit voisinage » [389] [390].

A côté de cette matière inépuisable, la proportionnalité a traditionnellement trouvé un domaine d'élection dans le contentieux de la police administrative, et ce bien avant la classique jurisprudence *Benjamin*. Le principe selon lequel il doit y avoir proportion entre l'atteinte portée à une liberté, le coût, et l'avantage retiré pour l'ordre, le gain, est né à l'occasion de l'application de la théorie des circonstances exceptionnelles [391], avant de connaître un développement général dans le cadre du contentieux de la police [392].

Autre contrôle classique, celui de l'adéquation de la sanction à la faute dans le contentieux de la déchéance du concessionnaire de service public. Seul le juge peut la prononcer et il ne le fait, s'agissant d'une sanction d'une exceptionnelle gravité, que s'il l'estime proportionnée à la faute du concessionnaire [393]. Il y a là une procédure très particulière, puisque le juge administratif a refusé avec constance « d'apprécier si la sanction prise » à l'égard d'agents publics « était proportionnée à l'importance des infractions constatées » [394], malgré les propositions en ce sens de ses commissaires du Gouvernement [395], avant d'admettre récemment en ce domaine le contrôle de l'erreur manifeste [396].

Serait à rapprocher de cette question celle du contrôle de la proportionnalité en matière de dissolution des conseils municipaux : la matière est proche car il faut considérer, ainsi que l'a justement noté le professeur de Laubadère, qu'il y a là l'exercice d'un véritable « pouvoir disciplinaire » [397]. Le juge administratif vérifie en ce domaine si la sanction constituée par la dissolution n'est pas

388. 4.VI.1875, *Ville de Paris c/ Godin*, 533; 12.XII.1884, *Ville de Saint-Etienne c/ Fillon*, 907; 29.I.1904, *Ville d'Orléans c/ Cahen*, 79; v. l'abondante jurisprudence ancienne citée par Michèle Gombeaud, *La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics, de l'an VIII à 1920*, 1967, multig., pp. 205 ss.

389. 24.VII.1931, *Cmne de Vic-Fézensac*, 861, *D.P.*, 1931.III.51 (n. P. L. J.); 20.I.1937, *Loewel*, 84; 15.I.1965, *Travaux publics c/ Bauer*, 36; 22.XI.1968, *Anicet*, Tb. 1133; 8.I.1969, *Armanet*, Tb. 982.

390. Indemnisation au contraire si la gêne, les sujétions, les inconvénients, excèdent la normale : 15.III.1940, *Travaux publics c/ Lacote*, 111; 22.III.1941, *Soc. carrières de Békëira*, 46.

391. 4.III.1921, *Chauvelon*, 248; A. 19.X.1962, *Canal*, 552 (*G.A.J.A.*, 521).

392. Voir notamment 19.V.1935, *Benjamin*, 541 (*G.A.J.A.*, 214); 29.X.1935, *Vromet*, 995; 26.I.1944, *Cie nouvelle des sucreries*, 32, *R.D.P.*, 1946.182; 22.VI.1951, *Daudignac*, 362 (*G.A.J.A.*, 361); 6.II.1952, *Assoc. « Le comité du monument de la paix » et Bankowsky*, *R.D.P.*, 1952.1066; S. 19.VI.1953, *Houphouët-Boigny*, 298; 24.II.1961, *Isnardon*, *A.J.*, 1961.II.229; S. 15.X.1965, *Préfet de police c/ Alcaraz*, 516; 13.VII.1963, *Ville d'Alès*, *A.J.*, 1963.707; 13.III.1968, *Intérieur c/ Leroy*, 179; Paris, 23.III.1966, *Synd. nation. des automob.*, *A.J.*, 1966.439; S. 26.IV.1968, *Morel*, 264, *A.J.*, 1968.480; Paris, 9.VII.1968, *Bottechia*, *A.J.*, 1969. 580; 26.II.1969, *Chabrot*, 120, *A.J.*, 1969.318; même jour, *Féd. nation. des clubs automob.*, 121; 1.VII.1970, *Doppler* 448; S. 20.VII.1971, *Méhu*, 568; 21.VI.1972, *Mallisson*, 472; 1.XII. 1972, *Lassieur*, 769; S. 8.XII.1972, *Ville de Dieppe*, 794, *A.J.*, 1973.53; A. 23.III.1973, *Assoc. « Les droits du piéton »*, *A.J.*, 1973.267; 22.II.1974, *Idée*, 141; 5.VII.1974, *Synd. patronal du photo-filmage*, 399; 23.VII.1974, *Cmne de Génissac*, 445; 9.X.1974, *Chodron de Courcel*, Tb. 1089; 4.XII.1974, *Barrois*, 607; A. 24.I.1975, *Information c/ Soc. Rome-Paris films*, 57, *A.J.*, 1975.144 (chron. Franc et Boyon); Pau, 2.X.1975, *Puyo*, 760.

393. 10.VIII.1923, *Soc. d'éclairage de la ville d'Oloron*, 682; 22.III.1929, *Brandt*, 356.

394. Le C.E. avait semblé, par trois arrêts de 1929, infléchir sa jurisprudence : 24.IV.1929, *Molinier*, 405; 12.VI.1929, *Raineri*, 571; 16.VII.1929, *Chaffot*, 730 (v. Richer, *op. cit.*, pp. 217 ss.); mais son refus a depuis été constant : 2.XI.1951, *Giniès*, 513; 22.XI.1967, *Chevreau*, *D.O.*, mars-avril 1968, 113 (concl. Kahn); A. 11.VII.1973, *Anciens combattants c/ Bajot*, 496; 1.X.1976, *Soucasse*, 386, *A.J.*, 1977.390, *D.*, 1977.II.552 (n. Pacteau).

395. Concl. Kahn précitées. V. aussi les efforts des tribunaux administratifs : Lyon, 10.IV.1975, *Dutrieux*, 704.

396. Voir S. 9.VI.1978, *sieur Lebon*, *J.C.P.*, 1979.II.19159, avec notre note.

397. *Traité...*, t. 1, 7e éd., p. 173.

excessive par rapport au « degré de gravité » atteint par la crise d'un conseil municipal [398].

Nombre d'applications de l'idée de proportion sont moins complexes. Le juge administratif vise ainsi des honoraires « hors de proportion avec l'importance du travail » [399], des « risques exceptionnels » excédant « les charges qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contre-partie des avantages résultant pour eux de l'existence » du service public de la police [400], le fait de savoir si le coût de reconstruction de certains biens n'est « pas excessif eu égard à leur utilité » et s'ils ne sont pas, de ce fait, somptuaires [401], la « disproportion marquée entre le train de vie d'un contribuable et les revenus qu'il déclare » [402], le fait de savoir si des rémunérations « ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu » [403]. Dans le cadre de la théorie de l'imprévision, le juge répute qu'il n'y a pas bouleversement de l'économie du marché si un changement des taux de change ne l'a pas « modifié dans une proportion suffisante » [404]. Pour déceler une fraude électorale, le juge se réfère à la « proportion anormalement élevée » d'électeurs votant par correspondance [405]. Il se fonde sur ce qu'un syndicat groupe « une proportion suffisante » de membres d'une profession pour le déclarer représentatif [406]. Enfin, le critère de distinction entre taxes fiscales et redevances gît dans ce que les secondes sont « proportionnelles au coût réel du service rendu aux usagers » [407]. On remarquera cependant que, dans ces derniers exemples, la notion de proportionnalité s'appauvrit. Il semble même que ce soit à tort que M. Braibant ait rapproché des jurisprudences dites de la proportionnalité celle concernant la notion de redevance [408]. Celle-ci, d'application automatique, ne met pas en effet en œuvre un standard.

Le regain d'intérêt pour ce mode de raisonnement classique, on le voit, que constitue la proportionnalité, est dû au succès au moins quantitatif, peut-être qualitatif, de la jurisprudence *Ville nouvelle Est*. L'emploi de la théorie était, dans les domaines qu'elle a investis, latent depuis un certain temps déjà [409].

398. 22.I.1964, *Fruteau*, *A.J.*, 1964.483; 9.XII.1964, *Rosan-Girard*, 626; parfois le raisonnement est moins net, ce qui ne veut pas dire qu'il ne soit pas mis en œuvre : 18.XII.1968, *Durand*, 657; v. Chaumont, « Etude juridique sur la dissolution des conseils municipaux par le pouvoir exécutif », *R.D.P.*, 1939, pp. 38 ss.; Madiot, « La dissolution des conseils municipaux », *R.D.P.*, 1974, pp. 373 ss.; Bénoit, *Collectivités locales*, t. 1, pp. 157-13 et ss.

399. 27.I.1905, *Ville de Paris c/ Vigreux*, 84; 20.III.1908, *Ville de Paris*, 307; même jour, *Cie des eaux*, 307; 26.VI.1908, *Ville de Paris*, 700.

400. 24.VI.1949, *Lecomte*, 307, *J.C.P.*, 1949.II.5092 (concl. Barbet) (*G.A.J.A.* 325); 26.V.1950, *Bonnet*, 327, *R.D.P.*, 1951.536; M. Delvolvé a cependant montré que le bilan coût - avantage était ici quelque peu superflu, *op. cit.*, p. 317; la même formulation se retrouve dans un jugement antérieur à la jurisprudence *Dame Saulze* dans le contentieux des dommages consécutifs à une rubéole contractée en service (Paris, 19.X.1965, *Laynet*, 783).

401. C.S.C.D.G. 17.XII.1957, *Mortier*, *A.J.*, 1958.II.229.

402. Art. 168 C.G.I., 5.I.1968, 70.576, *Finances c/ X...*, *A.J.*, 1969.46 (n. Gaudemet); 12.VII.1974, *Finances c/ X...*, 427; 1.X.1975, 92.526, *X...*, 485; A. 3.X.1975, 91.395, *Finances c/ X...*, 494; 20.X.1976, *X...*, 433.

403. Art. 39-I-1° C.G.I. 10.X.1973, 82.906, *Soc. X...*, 554; 13.II.1974, *Soc. X...*, 97; 19.III.1975, 91.859, *X...*, 208; dans cette jurisprudence, le juge vise parfois une « forte disproportion » (15.X.1975, 90.414, *Soc. X...*, Tb. 1002).

404. 7.X.1970, *Lavigne*, *A.J.*, 1971.314.

405. 13.II.1974, *Elections de Campile*, 104.

406. 4.X.1961, *Féd. gén. des fonctionnaires C.G.T.-F.O.*, *A.J.*, 1962.108.

407. S. 16.XI.1962, *Synd. intercom. d'électr. de la Nièvre*, 612.

408. Contrib. précit., p. 300.

409. Dans le domaine du contrôle de la déclaration d'utilité publique, dans le cadre de l'expropriation, deux espèces ont constitué des étapes vers le contrôle de proportionnalité : 4.III.1964, *Borderie*, *A.J.*, 1964.624 (mais il s'agissait en l'espèce, en soulignant la disproportion, d'établir un détournement de pouvoir); A. 23.I.1970, *Neel*, *A.J.*, 1970.298 (obs. Homont), qui semblait instituer un lien entre le montant de la dépense et le caractère d'utilité publique de l'opération; v. aussi Nice, 11.II.1970, *Soc. « La Valmasque »*, 809.

Mais l'arrêt de 1971 a marqué le signe d'une formidable extension avec la mise en œuvre de la formule aujourd'hui devenue banale, en dépit de quelques variantes : « Considérant qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente [410]. L'extension s'est opérée dans trois domaines distincts : expropriation pour cause d'utilité publique [411], dérogations d'urbanisme lors de l'octroi du permis de construire [412], création de servitudes administratives [413, 414].

84. *Les standards inclusifs secondaires.*

Moins polyvalents que les précédents, encore que la distinction soit assez ténue (mais répétons qu'elle a surtout pour vocation de rendre plus facile la présentation), ces standards sont tout aussi nombreux [415].

I. *La faute.* S'il y a parfois réticence à considérer la faute comme un standard, c'est surtout parce que la réduction de la faute au comportement anormal n'a pas gagné tous les esprits. Sans doute la doctrine administrative estime-t-elle dans l'ensemble, à la suite de M. Defrénois, « que la question que le juge administratif doit résoudre » est celle de savoir « si le fonctionnement du service a été conforme à ce qu'on peut normalement attendre de lui » [416],

Dans le domaine du contrôle des dérogations d'urbanisme : S. 17.XII.1965, *Planty*, 695, *A.J.P.I.*, 1966.604 (concl. Baudouin) : « qu'ainsi les requérants ne sont fondés à invoquer ni le caractère anormal et disproportionné, par rapport à la règle de base de ladite dérogation ».

410. A. 28.V.1971, *Equipement c/ Féd. défense des personnes concernées par le projet « Ville nouvelle Est »*, 410 (concl. Braibant), *A.J.*, 1971.420 (chron. Labetoulle et Cabanes, concl. Braibant), *R.D.P.*, 1972.454 (n. Waline) (*G.A.J.A.* 562).

411. 11.VI.1971, *Synd. déf. des familles du quartier des Charmettes*, 440; 2.VII.1971, *Contet*, 507; A. 20.X.1972, *Soc. civ. Sainte-Marie-de-l'Assomption*, *A.J.*, 1972.590 (chron. Cabanes et Léger); 1.VI.1973, *Abraham*, 384; S. 26.X.1973, *Grassin*, 598, *A.J.*, 1974.37 (concl. Bernard, n. J. K.); A. 22.II.1974, *Adam*, 145, *A.J.*, 1974.212; 4.I.1974, *Equipement c/ Brun*, 6; Toulouse, 21.VI.1974, *Tarlier*, 736; 26.VI.1974, *Weyl*, *A.J.*, 1975.84; A. 23.VII.1974, *Gaulier*, 453, *A.J.*, 1975.39; S. 4.X.1974, *Grimaldi*, 466, *A.J.*, 1975.39; 21.II.1975, *Intérieur c/ Mamet*, 149; A. 7.III.1975, *Assoc. amis de Fontevraud*, 179, *A.J.*, 1976.208 (n. Hostiou); Nantes, 7.V.1975, *Assoc. « Les amis des sites de Mesquer »*, 718; 22.X.1975, *Assoc. riverains de la R.N. 158 Le Mans-Mulsanne*, 527; Poitiers, 29.X.1975, *Beau de Loménie*, 766; A. 28.XI.1975, *Pourtier*, 603; A. 5.III.1976, *Tarlier*, 133, *A.J.*, 1976.207, *J.C.P.*, 1977.II.18650 (n. Truchet); 13.X.1976. *Aménagement du territoire c/ Cognet*, 4, *R.D.P.*, 1977.893; même jour, *Gastaldi, ibid.;* 13.XI.1974, *Teuma*, 552; 3.XI.1976, *Rauscht*, *R.D.P.*, 1977.891; 22.XII.1976, *Lejeune, ibid.;* même jour, *Blanc, ibid.;* 21.I.1977, *Peron Magwan*, *R.D.P.*, 1977.892; 9.II.1977, *Comité déf. quartier Cardinal, ibid.;* 18.V.1977, *Assoc. propriétaires concernés par la Z.A.C. Autier*, *R.D.P.*, 1978.279; même jour, *Comité central d'entrep. B.N.P.*, *R.D.P.*, 1978.280; 7.X.1977, *Synd. des paludiers*, *D.A.*, 1977, n° 389, S. 9.XII.1977, *Equipement c/ Weber*, *D.A.*, 1978, n° 26, *A.J.*, 1978.340.

412. A. 18.VII.1973, *Ville de Limoges*, 530, *R.D.P.*, 1974.559 (concl. Rougevin-Baville), *A.J.*, 1973.480 (chron. Cabanes et Léger), *J.C.P.*, 1973.II.17575 (n. Liet-Veaux); 26.V.1976, *Assoc. « S.O.S. Paris »*, 281; 20.X.1976, *Legrand*, *R.D.P.*, 1978.894; 8.XII.1976, *Equipement c/ Guihur, ibid.;* 15.XII.1976, *Kaufman*, *A.J.*, 1978.172 (n. Balmond et Luchaire); 23.II.1977, *Lahellec*, 114, *R.D.P.*, 1978.895.

413. A. 24.I.1975, *Gorlier et Bonifay*, 54, *A.J.*, 1975.142 (chron. Franc et Boyon); 5.I.1977, *Cmne de Saint-Ouen*, *R.D.P.*, 1977.893; v. aussi S. 8.XII.1977, *Rié*, *A.J.*, 1977.641 (chron. Nauwelaers et Dutheilhet de Lamothe).

414. Parmi les nombreuses études consacrées au sujet, v. Braibant, contrib. précit., Laubadère, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », *Mélanges Waline*, t. 2, pp. 531 ss.; Lemasurier, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe bilan coût - avantage », *ibid.*, pp. 551 ss.

415. On ne reprendra pas les exemples donnés *supra* concernant la moralité et la rationalité; v. n° 76.

416. Defrénois, *La faute du service public*, 1937, p. 30; Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, 2e éd., 1938, p. 25; Mathiot, *op. cit.*, pp. 179 ss.; Lucchini, « Le fonctionnement de l'ouvrage public », *A.J.*, 1964, p. 365; Richer, *op. cit.*, pp. 10 ss. (analyse de diverses positions antagonistes); Couzinet, « La notion de faute lourde administrative », *R.D.P.*, 1977, pp. 283 ss. (p. 289).

et se rallie-t-elle ainsi à une conception parfaitement objective de la faute, comme d'ailleurs une bonne partie de la doctrine privatiste [417].

Deux observations doivent toutefois être faites. Tout d'abord, il n'est probablement pas possible d'abandonner tout à fait la notion plus subjective que présente M. Chapus, et selon laquelle la faute est la « violation consciente d'une obligation » [418]. Cette conception est loin de rendre compte de l'ensemble des fautes du contentieux administratif, fautes de l'administration ou des administrés, mais la faute subjective tient cependant une certaine place en droit administratif [419]. La faute subjective n'est pas un standard pour ce qu'elle a de subjectif : la détermination de l'obligation peut bien sûr recourir à l'idée objective de comportement normal, mais la question de savoir si la violation a été ou non consciente est une pure question de fait qui n'implique aucunement la mise en œuvre de cette mesure en termes de normalité qu'est le standard.

Deuxième observation : la détermination de l'obligation dont la violation constitue la faute n'implique pas toujours la mise en œuvre de la technique du standard. Si la faute consiste dans la violation d'une prescription textuelle d'une grande précision, la qualification de ce comportement comme fautif est tout à fait automatique et n'implique nulle indétermination *a priori*, nul effort constructeur du juge.

La notion de standard ne rend donc pas compte de tous les aspects de la notion de faute : n'est standard que la faute objective, violation d'une obligation qui n'est pas ponctuellement prédéterminée par un texte détaillé. Il faut ajouter que, dans le cadre de la jurisprudence administrative, la plupart des emplois de la notion de faute répondent à ces caractères, ce qu'attestent les expressions jurisprudentielles qui posent qu'un « fait anormal » est un fait fautif [420].

Ce qui vient d'être dit vaut bien sûr pour tous les standards auxquels ces propositions sont applicables.

II. *Imprudence, négligence, inattention et diligence.* Imprudence, négligence, défaut d'attention, diligence et autres concepts similaires sont des standards. Les trois premiers constituent d'ailleurs dans de nombreux cas la faute cependant que la constatation de la dernière suffit souvent à l'écarter [421].

Le juge est si conscient de ce que la diligence se mesure en termes de nor-

417. A la suite notamment de MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, 5e éd., t. 1, pp. 476 ss.; v. Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation*, 1968, pp. 112 ss.; Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, 1966, pp. 90 ss.; c'est le point de vue du juge anglais selon Légal, *op. cit.*, pp. 121 ss.

418. *Op. cit.*, n° 347.

419. *Op. cit.*, pp. 52 ss.

420. Lille, 24.I.1973, *Marescaux*, *A.J.*, 1974.331; dans la mesure où l'on considère, et c'est le point de vue de la plupart des auteurs, auquel nous nous rallions, que le défaut d'entretien normal est une faute dans le cadre d'un système de responsabilité pour faute présumée, toute cette jurisprudence pourrait être citée ici; on notera que, dans la période de maturation de la théorie, le terme de faute était d'ailleurs souvent utilisé (11.IV.1924, *Travaux publics c/ Chapuis*, 400, et tous les arrêts cités par Mathiot, *op. cit.*, pp. 122 ss.); cela est moins fréquent aujourd'hui (v. cependant 22.X.1956, *Bollecker*, 769; 7.III.1958, *Piel*, 154; S. 23.XI.1966, *Houillères des Cévennes*, 621, *A.J.*, 1967.307); de même, le juge parle indistinctement de retard « anormal », de retard « fautif », de « retard anormal constitutif d'une faute de service », de « retard anormal et fautif » : 20.XI.1963, *Finances c/ Bauzou*, *A.J.*, 1964.190 (obs. Moreau); 13.VII.1966, *Soc. Pomona*, 474; 13.VII.1968, *Menou*, Tb. 1100, *A.J.*, 1969.189; S. 21.XI.1969, *Idoux*, 523, *A.J.*, 1970.306; 22.I.1971, *Lucas*, *A.J.*, 1971.494.

421. Il arrive d'ailleurs souvent que le juge vise directement la faute à propos d'un comportement, sans passer par la médiation de l'un de ces termes-relai; v. par exemple à propos du comportement des usagers de la voie publique : 14.VI.1950, *Laumer*, 363; 18.V.1966, *Sourbe*, Tb. 1127; Châlons, 11.III.1975, *Marceux-Hincelin*, Tb. 1303; A. 9.I.1976, *Aménagement du territoire c/ Berkowitz*, 21 (concl. Théry).

malité qu'il vise fréquemment une « diligence normale » [422]. L'imprudence est définie comme le fait de n'avoir « pas pris les précautions que comportait normalement » une activité donnée [423], de n'avoir pas « prêté une attention suffisante » [424], de circuler avec un « pneu anormalement usé » et en ne « réduisant pas suffisamment sa vitesse » dans les virages [425], de faire monter dans une embarcation « un nombre de personnes au moins double de celui qu'elle pouvait normalement contenir » [426]. Imprudences encore la « manœuvre anormale » [427] ou le « comportement anormal » [428].

Le juge prend aussi en compte la négligence [429], souvent dite « excessive » [430], « fautive » [431] ou « grave » [432], le manque ou le défaut d'attention [433], ou simplement l'inattention [434, 435].

III. *Aptitude.* L'aptitude et l'inaptitude, par exemple professionnelles, s'apprécient par rapport à un type jugé normal [436].

IV. *Besoin.* Comment un tel terme aurait-il vocation a être inséré dans la matière juridique sans subir un traitement qui puisse, non pas le rendre le plus déterminé possible *a priori* (cela ne serait pas possible), mais le plus objectif imaginable ? Aussi bien le besoin ne peut-il, dans la jurisprudence administrative, s'apprécier qu'en termes de normalité, normalité écartelée entre ce qui est et ce qui est pensé devoir être, normalité nécessairement assez éloignée du souhaitable. Dans certaines expressions, la jurisprudence précise d'ailleurs cette mesure du besoin en termes de normalité en parlant des « besoins normaux d'existence » d'une troupe, dans la matière des réquisitions militaires [437], de revenus ne permettant pas de satisfaire aux « besoins normaux de l'existence » [438], de locaux correspondant aux « besoins normaux de l'exploitation industrielle » d'une société [439], de « besoins privés normaux d'un consommateur » [440]. Mais il s'agit là de la reprise pure et simple de formulations textuelles qui ne sont pas pour autant moins significatives quant à la lecture qu'il convient de faire du terme besoin.

L'inscription de la notion de besoin dans le champ du standard est confirmée par la transformation qu'a parfois opérée le juge administratif de la première condition d'ouverture d'une clinique ouverte, « l'insuffisance de l'initiative privée », selon le décret du 17 avril 1943, « l'initiative privée... quantitativement ou qualitativement insuffisante », selon le décret du 28 juin 1955, par ses soins devenue initiative privée « insuffisante pour assurer la satisfaction des besoins hospitaliers » [441].

Le juge doit encore mettre en œuvre les expressions « besoins du pays » forgée par l'article 22 de la loi du 11 juillet 1938 en matière de réquisitions [442], et « besoins de la population » permettant de déroger au *numerus clausus* institué par le barème légal qui détermine le rapport qui doit exister entre le nombre de pharmacies et le chiffre de la population susceptible de s'y approvisionner [443]. Le sens de la notion de besoin ressort ici aussi des formules de la jurisprudence qui vise par exemple le fait que les services d'une pharmacie « étaient notoirement insuffisants et compromettaient gravement le ravitaillement de la population » [444].

Retenons encore les formules « besoin de la circonscription » légitimant l'extension d'un établissement sanitaire privé [445], que le juge transforme volontiers en « besoins de la population » [446], nécessité de « faire face » à certains « besoins » communaux légitimant l'interventionnisme économique municipal [447], « besoins de la population » autorisant la création d'un cabinet secondaire de chirurgien-dentiste [448] ou de médecin [449].

V. *Utilité publique.* Utile aurait pu figurer parmi les standards primaires, car ce terme est utilisé dans de nombreuses jurisprudences : théorie des « travaux

422. 4.XI.1959, *Cmne de Bollène,* 575; 29.XI.1961, *Lefebvre, A.J.,* 1962.251; 1.VI.1962, *Finances c/ Soc. X...,* 367.
423. 10.IV.1935, *Cmne de Saint-Savin,* 499.
424. 14.VI.1950, *Péronne,* 364.
425. 29.XI.1967, *Vocanson,* Tb. 950.
426. S. 11.V.1951, *Delamotte,* 258.
427. 4.XII.1959, *Verdier, A.J.,* 1960.II.36.
428. 7.I.1970, *Cmne de Cassis,* 10, *A.J.,* 1970.255.
429. 8.I.1958, *Batz de Tranquelléon, A.J.,* 1958.II.72; 5.X.1973, *Mogin,* 552; 26.V.1976, *Soc. normande de construction,* 275.
430. S. 29.VII.1953, *Lebourg,* 428.
431. 20.XI.1953, *Melani, R.D.P.,* 1954.811.
432. 15.VI.1956, *Ville de Louviers, A.J.,* 1956.II.373; Paris, 30.VIII.1957, *Reynes, A.J.,* 1957.II.459.
433. 16.XI.1957, *Ville de Marseille, A.J.,* 1957.II.458; 14.III.1962, *Cie d'assur. « Le Phénix », A.J.,* 1963.49; 3.IV.1968, *Flanchart,* Tb. 1135; 11.VI.1969, *Phélipon,* 305; 2.X.1970, *Blasco, A.J.,* 1971.313; 17.XI.1971, *Travail c/ Villegas,* Tb. 1224.
434. Versailles, 23.III.1956, *Régie Renault, A.J.,* 1956.II.179; 28.VI.1957, *Guinlé, A.J.,* 1957.II.417; 13.XI.1964, *Ville de Marseille, A.J.,* 1965.311; A. 9.VI.1972, *Soc. d'électr. pour la lumière et la force (S.E.L.F.), A.J.,* 1972.421 (concl. Kahn); 1.II.1974, *Portelli,* Tb. 1201; 19.IV.1974, *S.A. des sondages « Entrep. Bachy »,* 241, *A.J.,* 1974.451.
435. On notera que les expressions en « défaut de... » sont en principe des standards; non seulement dans défaut d'entretien normal (31.V.1974, *Ville de Paris c/ Pastural,* 332; 26.VI.1974, *Port autonome de Marseille,* 370, *A.J.,* 1975.38; 9.VII.1975, *Soc. étab. Hillairin,* 420). mais, par exemple, dans « défaut de surveillance » (25.I.1918, *Guillemin,* 70; S. 13.XI.1935, *Olive,* 989; 6.IV.1949, *Bouillot,* 170; 24.XI.1965, *Gauthé,* 641; 5.IV.1974, *Allieu,* 216).
436. Aptitude physique : 10.V.1957, *Terraux,* 928; S. 25.III.1960, *Génand,* 220; 31.X.1962, *Gravas,* 581; aptitude professionnelle au sens propre · S. 22.II.1963, *Maurel,* 119; aptitude à poursuivre des études : 10.I.1969, *Gauthier,* 21.
437. 12.XI.1948, *Chatard,* 426; 31.V.1950, *Olivera,* 331.
438. 12.X.1960, *Demoulin, A.J.,* 1961.II.48 (obs. Drago).
439. 11.I.1967, *Finances c/ Radiotechnique,* 8.
440. 19.XII.1966, *Finances c/ I.B.M.,* 673; 13.V.1970, *Pottier-Vandier,* 330.
441. A. 11.I.1963, *Santé publique c/ Léonetti,* 21, *A.J.,* 1963.434 (obs. Paulin); S. 10.IV.1964, *Clinique du Chablais,* 215; l'on notera que la seconde condition posée par ces textes emploie, elle, le terme besoin, originairement, dans l'expression « satisfaction des besoins de la clientèle hospitalière normale ».
442. (Repris par l'art. 2 de l'O. 6.I.1959); v. : 25.II.1944, *Corbeil,* S. 1945.III.27, 29.XII.1944, *Desvaux,* 419; 9.II.1966, *Féd. nation. aviation civile,* 101; 24.III.1971, *Equipement c/ Mallard,* 252.
443. Art. L. 571 Code de la santé publique; 4.IV.1962, *Synd. pharmaciens Haute-Saône,* Tb. 1081; 3.IV.1968, *Affaires sociales c/ Boichard,* Tb. 1071; 5.III.1971, *Magnin,* 139; 27.XI.1970, *Comiti Bouillin,* 720; 20.VII.1971, *Roume,* 569; 2.X.1974, *Chbre synd. pharmacies Alpes-Maritimes,* Tb. 1129; même jour, *Santé publique c/ Champagnac,* Tb. 1118; 22.I.1975, *Santé publique c/ Cons. Ordre pharm. Rhône-Alpes,* 50; 25.VII.1975, *Bosc,* Tb. 1230; 15.X.1975, *Rodier,* Tb. 1230; 10.II.1978. *Cons. région Ordre pharm. région parisienne, R.D.P.,* 1978, p. 895 (n. Soto); 28.IV.1978, *Gomez, D.A.,* 1978, n° 158.
444. S. 19.II.1965, *Lagrange,* 122.
445. Art. L. 734-3 Code de la santé publique.
446. 30.X.1970, *Santé publique c/ Constantin,* 631; 6.XII.1972, *Soc. clinique de l'Oasis,* T.D. 65-74, t. 6, 624; 19.X.1973, *Santé publique, R.T.D.S.S.,* 1973.517 (concl. Rougevin-Baville).
447. S. 17.IV.1964, *Cmne de Merleville-Franceville,* 231.
448. Expression forgée sur celle d' « intérêt des malades » de l'article 63 du D. 22.VII.1967 : 8.XI.1972, *Ageron,* 720.
449. 21.I.1976, *Préjean,* 49.

utiles » 450, notion de « délai utile » 451, de « précautions utiles » 452, de « dispositions utiles » 453. Proche d'utile est « nécessaire » qui joue un rôle dans la théorie, voisine mais distincte de celle des « travaux utiles », des « travaux nécessaires » 454, et qui est utilisé dans les expressions « temps nécessaire » 455, « délai nécessaire » 456, « laps de temps nécessaire » 457, « précautions nécessaires » 458, « mesures nécessaires » 459.

Mais la notion d'utilité publique est trop importante pour être laissée sur un pied d'égalité avec les autres emplois du terme utile 460. Elle ne peut bien sûr se concevoir qu'en termes de normalité : il n'y a pas d'utilité publique en soi, mais seulement en fonction d'un monde de valeurs situé, ce qui explique assez les inflexions historiques de la notion. Pour ne retenir ici qu'un exemple dans une matière inépuisable sur laquelle nous reviendrons, il semble ainsi qu'à l'époque du *Rapport Nora*, le juge accepte plus volontiers qu'autrefois de reconnaître l'utilité publique d'opérations qui profitent au premier chef à une entreprise privée, l'intérêt privé pouvant devenir un élément de l'utilité publique bien entendue 461.

VI. *Urgence*. Si l'on écarte la fameuse formule de Wattine, selon laquelle « l'urgence ne se définit pas, elle se constate et elle s'affirme » 462, on peut trouver dans cette notion l'idée de la nécessité d'une action rapide, d'un préjudice dans le retard à agir. M. Jestaz a justement défini l'urgence comme une notion proprement juridique 463, objective, et comme un standard 464. Ce dernier peut se découvrir à deux niveaux distincts. L'urgence est d'abord mesurée en termes de normalité, au sens le plus descriptif du terme, en tant qu'elle caractérise une situation qui normalement, selon toutes probabilités, statistiquement, doit entraîner un préjudice. L'urgence est encore mesurée en

450. 15.III.1944, *Pelon*, 88; 19.IV.1944, *Cmne de Vayres*, 436; S. 17.X.1975, *Cmne de Canari*, 516.

451. L'expression « délai utile » veut souvent dire, dans le langage juridique, délai prescrit; il n'y a alors pas de standard; mais ce n'est pas toujours le cas et le délai utile, délai suffisant pour une fin donnée, est souvent un standard; ainsi dans l'expression délai permettant de « présenter utilement » des observations (21.XII.1951, *Lemelle*, 612; 10.V.1972, 80.715, *Soc. X...*, 353); v. aussi 4.VI.1965, *Intérieur c/ Chatin*, Tb. 1054; v. Hostiou, *op. cit.*, pp. 126 ss. et Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse* 1967, p. 410.

452. 4.V.1948, *Travaux publics c/ Dernelle*, 198; 24.X.1952, *Michot*, *R.D.P.*, 1953.739; 15.VII.1952, *Soc. des routes économiques*, *A.J.*, 1957.II.375; 16.V.1958, *Vincenti*, *A.J.*, 1958.II.272; 20.X.1961, *Travaux publics c/ Schaechtelin*, *A.J.*, 1962.194; 19.X.1963, *Bouchet*, *A.J.*, 1964.119; 31.III.1965, *Travaux publics c/ Guilbert*, Tb. 1080; 30.X.1970, *Ville de Troyes*, *A.J.*, 1971.181.

453. Lyon, 23.XII.1959, *Soc. chimique de Gerland*, *A.J.*, 1960.II.75; 4.I.1963, *Caisse primaire S.S. Allier*, *A.J.*, 1963.311.

454. Ou encore indispensables; v. 18.IV.1945, *Soc. Oréfice*, 78; S. 15.X.1975, *Cmne de Canari*, précité; v. Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 2, pp. 228 ss.

455. 29.I.1958, *Sancerni*, *A.J.*, 1958.II.70.

456. 7.XI.1973, *Paoli*, 620.

457. 1.III.1967, *Ruban*, *A.J.*, 1967.567.

458. 2.XII.1955, *Bertrand*, *A.J.*, 1956.II.39; même jour, *Barba*, *A.J.*, 1956.II.40; 28.VI.1957, *Guinlé*, *A.J.*, 1957.II.417; 14.II.1958, *Cmne de Nay*, *A.J.*, 1958.II.63 (concl. Long).

459. 4.X.1957, *Déptnt Basse-Alpes*, *A.J.*, 1957.II.409.

460. V. Belin, *La notion d'utilité publique en droit adminstratif français*, 1933.

461. V. *infra*, 2e partie, 2e titre, 2e chapitre, 2e section; et 20.VII.1971, *Ville de Sochaux*, 561, *A.J.*, 1972.227 (n. Homont); 21.XI.1973, *Aménagement du territoire c/ Soc. Romain*, 662; 26.II.1974, *Weyl*, *A.J.*, 1975.84; v. aussi Homont, *J.C.A.*, fsc. 400 (août 1976), pp. 12 ss.; Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, 1977, pp. 308 ss.

462. Que M. Grévisse a faite sienne (concl. S. 14.III.1958, *Reconstruction*, *A.J.*, 1958.II..186).

463. Jestaz, *op. cit.*, p. 9.

464. *Ibid.*, p. 245.

termes de normalité en ce que la situation qu'elle caractérise est une situation que les valeurs de la société conduisent à reconnaître comme digne d'être défendue, en ce que l'intérêt menacé est jugé normalement essentiel 465. L'urgence est ainsi un standard *bifrons*, extrêmement descriptif d'un côté et plus dogmatique de l'autre (ou tout au moins plus descriptif des mentalités) 466. Le juge, au demeurant, développe l'urgence par d'autres standards : dans le cadre du référé, qui implique l'urgence, le Conseil d'Etat estimera ainsi que les mesures étaient « nécessaires » pour prévenir une situation risquant de devenir « irréparable » 467; à propos de l'article 44 du Code de la santé publique, la Haute Assemblée définira l'urgence par un « danger imminent » ou « grave » 468; le juge parle encore, pour justifier l'exécution d'office, « d'une menace grave et immédiate » 469; il peut enfin significativement, dans le contentieux des réquisitions, poser l'équivalence de l'urgence et des « circonstances exceptionnelles » 470. Bien souvent en effet, comme le note M. Nizard, « l'urgence constitue un cas particulier de la notion de circonstances exceptionnelles » 471. Proposition parfois fondée, encore que nombre d'auteurs se plaisent à voir dans l'urgence un degré d'anormalité de la situation décrite inférieur à celui des circonstances exceptionnelles. Et à condition de ne pas oublier que l'urgence est dans nombre de cas une notion plus riche, puisqu'elle ajoute, répétons-le, à un jugement sur la situation un jugement sur l'intérêt menacé. La jurisprudence du sursis à exécution, procédure d'urgence même si les arrêts n'emploient pas le terme, atteste cette richesse. La plupart des espèces visent traditionnellement un « préjudice irréparable » 472 ou « difficilement réparable » 473, standard qui peut recouvrir les deux termes de l'urgence. Mais d'autres décisions insistent plus explicitement soit sur l'aspect plus descriptif de l'urgence en posant par exemple que l'absence de sursis pourrait entraîner des changements qu'il serait « difficile de modifier à nouveau » 474, soit d'avantage sur l'intérêt menacé en faisant référence à un « préjudice grave » 475. En réalité, même si nombre de décisions insistent exclusivement sur l'imminence du danger, les fortes probabilités de sa survenance 476, il faut bien voir que l'élément essentiel demeure

465. *Ibid.* pp. 233 ss.

466. Dupond, « Les conditions de la légalité de l'exécution forcée par la voie administrative », *R.D.P.*, 1925, p. 365 : « L'urgence, c'est la nécessité absolue et immédiate de faire face à une situation d'un intérêt essentiel pour la collectivité, de conjurer un péril, de prévenir un danger imminent. »

467. 15.VII.1957, *Assoc. synd. de reconstr. de Flers*, *R.P.D.A.*, 1957, n° 344.

468. 18.III.1970, *Bila*, *A.J.*, 1971.57; même chose pour l'application de l'article 101 combiné avec l'article 97-6° de l'ancien C.A.C. (S. 5.III.1971, *S.N.C.F.*, *A.J.*, 1971.311).

469. Basse-Terre, 7.III.1975, *Bernard*, 696.

470. 4.VI.1947, *Chemin*. 246; 9.VI.1950, *Daulon*, 357; 7.VI.1961, *Ville d'Agen*, *A.J.*, 1961.II.702.

471. *Op. cit.*, p. 78.

472. Nice, 17.II.1965, *Déptnt de la Corse*, *A.J.*, 1965.305 (obs. Weil).

473. Dijon, 27.I.1967, *Martinet*, *A.J.*, 1967.191; Dijon, 25.IX.1973, *Bramard*, 811; Orléans, 19.XII.1975, *Kervadec*, 787.

474. 24.IV.1963, *Construction et Dares c/ Poulhies*, *A.J.*, 1963.418 (concl. Nicoley); 31.I.1964, *Caffort*, *A.J.*, 1964.385; la notion de « risque grave » fait plutôt référence à ce sens : 22.VI.1956, *Reconstruction c/ Abadie*, *A.J.*, 1956.II.314.

475. Marseille, 7.X.1955, *Soc. comm. des riz et légumes secs*, *A.J.*, 1955.II.442 (concl. Heurté); v. aussi 31.I.1964, *Caffort*, précité.

476. Ainsi en matière de référé : v. art. 24 L. 22.VII.1889 et art. 1er L. 28.XI.1955; et 13.XII.1946. *Soc. Etab. R...*, *A.J.*, 1947.125 (obs. anon.); 10.V.1957, *Marine marchande c/ Cmne de Saint-Brévin*, *A.J.*, 1957.II.246 (concl. Lasry); Lyon, 15.I.1959, *Mazet*, *A.J.*, 1959.II.89; Lyon, 6.II.1961, *Damichel*, *A.J.*, 1961.II.286; v. aussi art. 18 L. d'orientation enseignt sup. 12.XI.1968 : le ministre de l'Education nationale « consulte le CNESER au préalable ou, en cas d'urgence, l'informe dès que possible » (S. 9.IV.1976, *Synd. gén. de l'Education nation.*, 198); on notera d'ailleurs que, même dans le cadre du référé, s'il y a nécessité d'une expertise rapide lorsque les murs d'un immeuble sont perméables, ce n'est pas

toujours, en filigrane ou de façon évidente, la nature de l'intérêt en cause car la plus claire imminence du péril menaçant une valeur jugée secondaire ne saurait constituer l'urgence. Comme M. Jestaz l'a bien vu, la mesure de l'intérêt donne souvent celle du caractère pressant de sa protection [477]. Cela est très net dans les procédures spéciales d'expropriation dites d'urgence et d'extrême urgence : l'intérêt est dans tous les cas important lorsqu'il y a utilité publique mais le juge s'attache à contrôler l'adéquation de la procédure exceptionnelle à la fois à l'importance et au caractère pressant de l'intérêt en cause [478]. Cela est net aussi dans la décision bien connue *Commune de Saint-Just-Chaleyssin* : l'esthétique d'un cimetière n'est pas un intérêt normalement jugé essentiel et par suite il n'y a aucune urgence qui autorise l'exécution d'office d'un acte aussi grave que l'exhumation des dépouilles [479].

Si tout intérêt pressant ne constitue pas l'urgence, tout intérêt important ne constitue pas pour autant un intérêt pressant. Ainsi l'exécution d'office d'une réquisition civile en vue du relogement des nécessiteux met en jeu un intérêt normalement jugé important de nos jours. Mais si les prétendus nécessiteux n'ont toujours pas occupé les locaux au bout de trois mois, c'est que les conditions de l'urgence n'étaient pas réunies [480]. De même, bien que l'intérêt en cause soit primordial, il n'y a pas urgence à ordonner des mesures d'expertise à propos des conséquences médicales d'un accident dix-huit mois après celui-ci et alors que lesdites conséquences sont stabilisées [481].

VII. *Dangereux*. Le dangereux est nécessairement l'anormalement dangereux. Un objet ou une activité ne sont pas, pour la jurisprudence, dangereux du seul fait qu'ils ont entraîné un dommage, mais du fait qu'ils comportent, intrinsèquement, des risques anormaux. Le juge administratif précise d'ailleurs souvent qu'il vise des « dangers exceptionnels » [482], des activités ou des situations « comportant des risques exceptionnels » [483] ou de caractère « exceptionnellement » [484] ou « particulièrement dangereux » [485], ou encore un « danger excé-

parce que le fait est précaire, il ne l'est malheureusement pas, mais parce que l'intérêt est essentiel : S. 14.III.1958, *Reconstruction, A.J.*, 1958.II.186 (concl. Grévisse); de même, dans la jurisprudence concernant les collaborateurs bénévoles de l'administration, le caractère pressant de la situation à laquelle il faut faire face vient notamment de l'éminence de l'intérêt en cause : 17.IV.1953, *Pinguet*, 177; 11.X.1957, *Cmne de Grigny*, 524, *R.D.P.*, 1958.306 (concl. Kahn); Besançon, 6.III.1970, *Belle, A.J.*, 1970.566; 9.X.1970, *Gaillard, A.J.*, 1971.61 (chron. Cabanes et Labetoulle).

477. *Op. cit.*, pp. 8 et 235.

478. 17.XI.1965, *Desmaroux, A.J.*, 1966.237; 3.XII.1965, *Pastré*, 654, *A.J.*, 1966.241; v. Jacqué, « Les procédures spéciales d'expropriation », *R.D.P.*, 1972, pp. 1019 ss.

479. T.C. 25.XI.1963, *A.J.*, 1964.42; pressants en quelque sorte par nature parce que touchant à des intérêts essentiels, le recouvrement d'une redevance (5.III.1971, *Cmne de Saint-Etienne-de-Tinée, A.J.*, 1971.304 (chron. Labetoulle et Cabanes), une mesure visant à éviter l'interruption de travaux publics (Dijon, 2.I.1975, *S.N.C.F.*, 677); il faut supposer que si l'article 1er de la L. 28.XI.1955 exclut que le président du T.A. puisse connaître de référés « intéressant l'ordre et la sécurité publique » c'est qu'aucun intérêt normalement reconnu comme légitime ne se situe, dans la hiérarchie des intérêts admis, plus haut que ceux-là.

480. 22.XI.1946, *Mathion, R.D.P.*, 1947.216; v. aussi 28.IV.1950, *de Persan*, 244; 7.VI.1950, *de Montréal*, 350, *R.D.P.*, 1951.549; Nantes, 11.III.1960, *Delacroix, A.J.*, 1961.II.98.

481. 12.V.1965, *Soc. de Belly, A.J.*, 1966.126 (obs. Paulin).

482. 16.III.1956, *Domenech*, 124 (concl. Mosset), *A.J.*, 1956.II.258; 7.III.1958, *Piel*, 154; Bordeaux, 17.VI.1961, *Preziosi, A.J.*, 1961.II.654; 4.X.1961, *Travaux publics c/ Cie d'assur. « Seine et Rhône »*, *A.J.*, 1962.195; 20.X.1961, *Soler, A.J.*, 1962.194; 19.X.1963, *Bouchet, A.J.*, 1964.119.

483. 24.VI.1949, *Lecomte, J.C.P.*, 1949.II.5092 (concl. Barbet) (*G.A.J.A.*, 325).

484. A. 6.VII.1973, *Equipement c/ Dalleau*, 482; S. 11.IV.1975, *Déptnt Haute-Savoie*, 230, *D.*, 1976.II.178 (n. Horrut).

485. 17.VII.1950, *Soc. « Mutuelle Richelieu »*, *R.D.P.*, 1951.530; Lille, 15.IV.1959, *Oliviez, A.J.*, 1959.II.337; 26.XII.1951, *Magniez, R.D.P.*, 1952.1067; 27.XI.1957, *Port autonome du Havre, A.J.*, 1958.II.293.

dant ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement, par leur prudence, se prémunir » [486].

Sont ainsi réputés dangereux, avec les effets de droit que cela comporte [487], certains ouvrages, les réseaux de distribution d'électricité [488], ou de gaz [489], les substances explosives [490], la circulation automobile, jurisprudence qui n'a plus qu'un intérêt historique [491] et plus récemment certaines armes à feu [492], à l'exclusion d'autres [493], et même, à titre exceptionnel, une route soumise à éboulements rocheux [494]. On ajoutera qu'a encore été considérée comme dangereuse la circulation d'un étalon [495] et que la théorie des choses et activités dangereuses marque certaines jurisprudences dont il a déjà été question à la rubrique « risque spécial » et notamment celles connues au titre des arrêts *Trouillet* et *Département de la Moselle* d'une part et *Dame Saulze* d'autre part [496].

En dehors de la théorie des choses dangereuses, le dangereux joue, ponctuellement, un rôle dans le cadre de la mise en œuvre de la notion de défaut d'entretien normal, dans des expressions du type « danger exceptionnel » [497], « danger particulier » d'un ouvrage [498], « dénivellations dangereuses » d'une chaussée [499] [500], et, dans d'autres domaines, dans des formules telles que « danger que présente un produit pour la santé publique » [501] ou « sujet dangereux » sur lequel il convient d'exercer une surveillance particulière [502].

Au dangereux doit être assimilé le périlleux [503], et ces deux notions jouent, avec d'autres standards, l'incommodité et l'insalubrité, un rôle dans la matière

486. 26.II.1969, *Gravier*, Tb. 760.

487. V. Sfez, *La notion de chose dangereuse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, 1956; Chapus, *op. cit.*, pp. 270 ss.; Latournerie, « De la faute et du risque... », art. précit., pp. 167 ss.; Lucchini, « Le fonctionnement de l'ouvrage public », art. précit., p. 364.

488.. 25.I.1929, *P.T.T., D.*, 1929.III.35 (concl. Latournerie); même jour, *Etat c/ Cie du gaz de Beauvais*, 94; ces deux premiers arrêts de principe n'emploient pas le terme dangereux qui n'apparaît qu'avec 12.I.1934, *S.A. forces motrices du Haut-Rhin*, 68; 17.V.1934, *Soc. Sud-Lumières*, S. 1934.III.81 (n. Mathiot).

489. 9.II.1940, *Cie europ. du gaz*, 57; 1.V.1942, *Soc. gaz. de Marseille*, 142.

490. La jurisprudence n'emploie pas là le terme dangereux; v. 27.V.1914, *Ville de Nantes*, 660; 28.III.1919, *Regnault-Desroziers*, 329 (*G.A.J.A.*, 154); A. 21.X.1966, *Armées c/ S.N.C.F.*, 557; v. Bénoit, « La responsabilité de la puissance publique du fait des explosions », *J.C.P.*, 1953.I.1072.

491. 22.XII.1924, *Soc. « Les travailleurs français »*, *S.*, 1926.III.1 (n. Hauriou); 2.XII.1949, *Leroy, R.D.P.*, 1950.457; 17.VII.1950, *Soc. « Mutuelle Richelieu »*, précité; 3.XI.1954, *Cmne de Saint-Louis-du-Sénégal, A.J.*, 1955.II.27 (obs. Coulet).

492. 24.VI.1949, *Lecomte*, précité; citent le terme dangereux : 2.XI.1951, *Bernard*, et 14.XII.1951, *Roth, R.D.P.*, 1952.1071; 27.IV.1953, *Nicol, R.D.P.*, 1953.1090.

493. 16.III.1956, *Domenech* (grenades lacrymogènes), précité; S. 8.VII.1960, *Petit*, 463 (matraques).

494. Réunion, 9.XII.1970, *Dalleau, A.J.*, 1971.558 (obs. Moderne); A. 6.X.1973, *Equipement c/ Dalleau*, précité; application unique de la théorie des choses dangereuses à la matière (v. en sens inverse S. 11.IV.1975, *Déptnt de la Savoie*, précité).

495. 26.XII.1951, *Magniez*, précité.

496. V. *supra*, jurisprudence citée *in* notes 177 ss.

497. 7.III.1958, *Piel*, précité; 19.X.1963, *Bouchet*, précité; 4.X.1961, *Travaux publics c/ « Seine et Rhône »*, précité; 20.X.1961, *Soler*, précité; 3.III.1971, *Equipement c/ Etab. R. Style, A.J.*, 1971.436.

498. 27.XI.1957, *Port autonome du Havre*, précité; Lille, 15.IV.1959, *Oliviez*, précité.

499. 2.XII.1970, *Soc. des eaux de Marseille, A.J.*, 1971.245 (n. Moderne).

500. V. aussi 5.IV.1974, *Allieu*, 216; et 9.X.1957, *S.N.C.F. c/ Bordier, A.J.*, 1957.II.411; 31.V.1938, *Cie des chemins de fer du Nord*, 500.

501. S. 25.IV.1958. *Soc. « Lab. Geigy »*, 236.

502. 13.VII.1963, *Ferlay, A.J.*, 1963.709; v. aussi la périphrase « activité de nature à compromettre la sûreté publique » (Paris, 11.I.1971, *Féd. internat. des archives du film*, 809; dans un tout autre domaine, voir la notion de jeu dangereux, exprimée par la formule jeu comportant des « risques comparables » à ceux de la boule (14.X.1970, *Soc. d'exploit. des eaux et thermes d'Enghien, A.J.*, 1971.244.

503. V. Gabolde, *J.C.A.*, fsc. 360 et 365.

des édifices menaçant ruine et dans celle des établissements dangereux, incommodes et insalubres [504]. Ces contentieux extrêmement réglementés laissent cependant, en dépit des apparences, une place assez faible au jeu propre du standard [505].

Enfin, l'article 101 du Code d'administration communale, devenu art. L. 131-7 du nouveau Code des communes, donne des pouvoirs au maire en cas de « danger grave ou imminent » [506], et l'article 97, devenu L. 131-2, lui assigne la mission de maintenir la sécurité, ce que la jurisprudence traduit par la mission de parer aux dangers [507].

VIII. *Imprévisible.* Cette notion forme la pièce centrale des théories des faits imprévisibles. L'imprévisible n'est bien sûr tel que pour le type normal de référence, ce que la jurisprudence ne se lasse pas de souligner en précisant qu'elle prend en compte, notamment dans le cadre de la théorie de l'imprévision, la « prévision raisonnable » des parties et autres formules similaires [508], ou en visant des « sujétions dépassant celles auxquelles » les parties pouvaient « normalement s'attendre » [509]. Souvent les formules sont plus sobres, le juge se contentant de parler d'un fait « imprévisible » ou estimant au contraire que les parties auraient dû « faire entrer » telle situation « dans leurs prévisions », et ceci tant dans le cadre de la théorie de l'imprévision [510] que dans celui de celles des sujétions imprévues [511], de la force majeure [512] ou du fait du prince, encore que, pour cette dernière, la condition d'imprévisibilité soit plus rarement invoquée par les décisions [513]. Notons que la notion de sujétion imprévue qui a donné son nom à la théorie ainsi identifiée est erronée encore qu'employée par la jurisprudence ancienne, soit seule [514], soit accouplée avec imprévisible [515]. La notion de fait imprévu est en effet une notion de pur fait qui ne permet pas

504. Les expressions « danger grave » et « péril » sont tenues pour équivalentes par 29.XI.1963, *Ecarot, A.J.*, 1964.189 (obs. Moreau).

505. V. cependant : le « danger pour la sécurité de ses occupants » d'un immeuble frappé d'un arrêté de péril (1.II.1961, *Picon, A.J.*, 1961.II.265); la notion de « péril imminent » (14.IV.1961, *Lemaistre, A.J.*, 1961.II.547); les espèces dans lesquelles le « danger grave pour la sécurité » est distingué des « simples dégradations » (Paris, 10.II.1964, *Préfet de police, A.J.*, 1965.122); le « danger permanent » (Paris, 3.III.1964, *Terrassier, A.J.*, 1965.122); dans la jurisprudence des établissements dangereux, incommodes et insalubres, v. la notion de « grandes incommodités » (3.II.1967, *Soc. forges de Chelles, A.J.*, 1967.478); celle d'insalubrité (31.I.1973, *Touche*, 89); n'est pas insalubre le local « normalement occupé » dont les pièces sont de « dimension correcte » et disposent d'une « élévation suffisante », la toiture étant de « tuiles saines » (Lille, 8.VII.1975, *Sion*, 740).

506. S. 5.III.1971, *S.N.C.F., A.J.*, 1971.311; 4.XII.1974, *Bonneau*, 608.

507. 26.II.1969, *Gravier*, Tb. 760; 11.VI.1969, *Cmne de Cournon, ibid.;* 5.III.1971, *Le Fichant*, 185.

508. 10.III.1948, *Hospices de Vienne*, 124; S. 23.VI.1959, *Cmne d'Huez*, 67; 1.XII.1961, *Cmne de Sedrata, A.J.*, 1962.173; v. aussi 9.XI.1921, *Soc. comm. carbures, R.D.P.*, 1921.494 (concl. Corneille); 11.VII.1947, *Guerre c/ N..., A.J.*, 1947.309; 2.II.1951, *Défense c/ Soc. Grands Travaux de Marseille, A.J.T.*, 1951.165; Lille, 28.I.1975, *Soc. europ. patinoires*, 683.

509. 19.V.1943, *Caisse des dépôts et consignations*, 126 (théorie des sujétions imprévues).

510. 25.VI.1958, *Cie gén. des bois manufacturés, A.J.*, 1958.II.406; 20.II.1959, *Industrie c/ Soc. des parcs d'attraction de l'exposition de 1937, A.J.*, 1959.II.131.

511. 10.XII.1938, *Gvnt gén. de l'Indochine*, 937; 17.I.1958, *Défense nationale c/ Soc. Rol Lister, A.J.*, 1958.II.59.

512. 4.I.1922, *Duros, R.D.P.*, 1922.532 (concl. Corneille); 15.II.1922, *Brasseur, R.D.P.*, 1922.536; 20.VI.1947, *Soc. des forges de..., A.J.*, 1947.443; S. 25.VI.1971, *Soc. Etab. Marius Sérès, A.J.*, 1973.97; 10.IV.1974, *Ville de Cannes c/ Ricordel*, 227; même jour, *id. c/ Soc. « Institut d'héliothérapie »*, 232, *A.J.*, 1974.494; Rouen, 15.XI.1974, *Cie gén. de marée*, 770; 19.II.1975, *Défense nationale c/ Entrep. Campenon-Bernard*, 143; 7.I.1976, *Yannakakis*, 2.

513. V. cependant 19.XI.1909, *Cie gén. Transatlantique*, 891; et la jurisprudence citée par Hadjidinas, *op. cit.*, pp. 439 ss.

514. 6.VII.1906, *Favol*, 635; 23.XI.1906, *Ville de Baume-les-Dames*, 850; plus récemment, v. cependant : 30.X.1963, *Port autonome de Bordeaux, A.J.*, 1963.706 (obs. Montmerle).

515. Cons. préf. Toulouse, 31.III.1947, *Soc. X..., A.J.*, 1947.355.

l'évaluation du comportement en termes de normalité qui forme l'essence des théories des faits imprévisibles [516].

IX. *Irrésistible.* L'irrésistibilité, condition de la force majeure, est aussi, en dépit de sa signification en apparence absolue, un standard. Le juge ne vise en effet qu'une irrésistibilité relative en référence à un individu normal mettant en œuvre des moyens normaux. Lorsque « insurmontable » ou « impossible » remplacent irrésistible, ils ne sont pas entendus différemment et doivent donc eux aussi être rangés parmi les standards [517].

De signification proche, impérieux est très rarement utilisé [518].

X. *Luxueux, somptuaire.* Luxueux et somptueux sont des synonymes, et somptuaire, dans la législation des dommages de guerre, a été pris dans son sens second de somptueux, encore que la loi de 1946 puisse être dite somptuaire au sens antique puisque, justement, elle visait à ne pas permettre l'indemnisation de la partie de biens ainsi qualifiés.

Le terme même de luxueux n'a guère joué de rôle qu'indirect, à travers la notion d'établissement de luxe de l'article 63 de la loi du 25 juin 1920 instituant une taxe sur le chiffre d'affaires [519].

Le somptuaire, au sens de somptueux, ne peut bien sûr s'entendre qu'en termes de normalité. L'argent des mines du Potosi était si abondant qu'un juge de ce qui est aujourd'hui la Bolivie n'aurait peut-être pas considéré, à l'époque précolombienne, qu'était trop fastueux l'emploi d'un tel métal pour la fabrication de certains objets. Le juge de la Commission supérieure ne s'y est d'ailleurs pas trompé, estimant qu' « en excluant d'une manière générale... des éléments servant de base au calcul de l'indemnisation, les aménagements ou éléments purement somptuaires que pouvait comporter le bien détruit, sans en donner une définition précise, le législateur a entendu laisser au juge le soin de discerner si tel aménagement ou tel élément du bien sinistré rentrait dans la catégorie ainsi dénommée, eu égard, notamment, à sa destination, son utilité économique ou sociale, son *caractère normal*, son prix » [520].

516. Sur ces théories, v. les ouvrages précités de Hachich et Hadjidinas, et Badaoui, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, 1955; Bosc, « De la nature du régime juridique des pénalités dans les marchés de fournitures », *R.D.P.*, 1921, pp. 215 ss.; Jacquemard, *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, 1928; Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1928-1936, t. 4, 2e vol., pp. 504 ss.; *Les contrats administratifs*, 1927-1934, t. 3, pp. 31 ss.

517. Irrésistible : Grenoble, 3.VII.1974, *Lopez*, 746; Strasbourg, 4.XI.1975, *Soc. Stenger*, 769; impossible : 7.VI.1939, *Pichol*, 379; S. 24.III.1950, *Debost*, 197; 24.IV.1968, *Cie de navigation Denis*, 257; 6.V.1970, *Viollet*, 831; insurmontable : 29.I.1909, *Cie des messageries maritimes*, 120 (*G.A.J.A.* 78); 20.VI.1947, *Soc. des forges de..., A.J.*, 1947.443; Rouen, 23.II.1956, *Etab. Forestier, A.J.*, 1956.II.365 (obs. Sillard); en fait, les formules de la jurisprudence sont en l'espèce très laconiques, surtout celles du Conseil d'Etat; v. Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956, t. 2, pp. 46 ss.

518. V. cependant l'application de la convention d'établissement franco-allemande du 4 septembre 1959, n'autorisant l'expulsion d'un ressortissant de l'une des parties contractantes qu'après respect des droits de la défense, sauf « motifs impérieux touchant à la sécurité de l'Etat » (S. 11.XII.1970, *Benz*, 763).

519. 5.I.1923, *Doin*, 12, *D.P.*, 1923.III.1 (n. Palmade et concl. Berget); 23.III.1923, *Soc. immob. d'exploit. de l'Hôtel Beau-Rivage*, 299; 27.II.1924, *Peysson*, 230; 3.XI.1926, *Mundwiller*, 925; 30.III.1927, *Etasse*, 412.

520. C.S.C.D.G., 14.III.1949, *C. du G. Gard c/ Coulange-Bailly, A.J.*, 1949.188 (c.n.q.s.); v. aussi C.S.C.D.G. 9.V.1949, *Hourcade, A.J.*, 1949.506; C.S.C.D.G. 11.V.1949, *C. du G. Indre-et-Loire c/ Lemarie*, et *id. c/ Masson, J.C.P.*, 1949.II.5145; ces deux espèces sont accompagnées de conclusions de M. Chavanon, dans lesquelles celui-ci précise : « Nous croyons utile, pour dégager par contraste la notion de bien somptuaire, de faire appel à celle du bien d'usage courant et familial (art. 9 de la loi) et de déterminer à cet effet ce qu'est le bien normal dans un foyer normal, nous allions dire dans le foyer du Français moyen »; v. encore : C.S.C.D.G.

XI. *Injurieux.* Mis en œuvre fréquemment dans le cadre de l'application de l'article 1036 du Code civil [521], ce vocable est assez régulièrement utilisé dans les divers contentieux disciplinaires [522].

XII. *Licencieux.* Terme utilisé par l'art. 14 de la loi du 16 juillet 1949 qui vise les publications de « caractère licencieux » [523].

XIII. *Représentatif.* Ce terme a été utilisé un grand nombre de fois depuis 1945 dans l'expression organisation syndicale représentative. Ce n'est en réalité que partiellement un standard car, selon une formulation habituelle, un syndicat ne peut être dit représentatif qu' « eu égard à son ancienneté, à ses effectifs, à son indépendance et à son expérience » [524], conditions auxquelles sont parfois ajoutées les cotisations [525] et « l'attitude patriotique pendant l'occupation » [526]. En réalité les effectifs tendent à avoir de plus en plus, une importance prépondérante et de ce fait représentatif joue largement comme un standard [527].

XIV. *Réserve.* La réserve du fonctionnaire, qui est la nécessité pour lui « ou bien de se taire sur un problème ou bien d'observer, soit dans l'expression des opinions, soit dans la vigueur de critique, une certaine mesure » [528], se conçoit mal en dehors d'une certaine conception de ce qu'est l'attitude normale d'un fonctionnaire d'un type donné. Notion d'abord dégagée par la jurisprudence [529] puis reprise par certains textes [530], le rattachement de la réserve au champ de signification des standards est bien mis en évidence par certaines formulations

23.VII.1949, *Chainey, A.J.T.*, 1950.36; C.S.C.D.G. 13.II.1950, *C. du G. Maine-et-Loir c/ Moreau, A.J.T.*, 1950.276; C.S.C.D.G. 7.XII.1950, *Devaux, A.J.T.*, 1951.24; le C.E., depuis qu'il s'est vu confier ce contentieux, ne reprend pas la longue formule traditionnelle, mais tout aussi net, opposant par exemple un outillage d'entretien de voiture de « caractère somptuaire » à la « valeur de l'outillage normalement nécessaire à l'entretien » des voitures automobiles (23.IV.1965, *Carabin de Cortes*, Tb. 1046), tirant de la « nature particulière » d'un édifice, particulier ayant ici le sens vu *supra*, la conséquence de son caractère somptuaire (20.X.1965, *Etab. Poliet et Chausson*, 539), estimant que des biens « présentent le caractère de biens somptuaires, à raison soit de leur nature, de leurs caractères et de leur qualité, soit de leurs quantités dépassant celles qui sont normalement nécessaires aux besoins normaux d'un foyer » (24.IV.1968, *Baret de Lime*, Tb. 1079; v. bibliog. *supra*, note 305, et art. anon. « La notion de biens somptuaires pour l'application de la législation sur les dommages de guerre », *A.J.T.*, 1951, pp. 23 ss.

521. V. *supra* jurispr. cit., chap. I[er], n. 157; et, à titre d'exemple récent : 12.XII.1975, *Pelletier*, 641.

522. « Termes violents et injurieux » : 9.XI.1951, *Fischer*, 523; art. « injurieux » : Paris, 17.I.1956, *Pastré*, 505; « injures proférées sur un ton violent » : 9.VII.1965, *Pouzenc, A.J.*, 1966.179; doit être rapproché d'injurieux diffamatoire : 8.XII.1948, *Brustlau*, 465; 23.XI.1960, *Mignon, A.J.*, 1961.II.154; ainsi qu' « atteinte à la réputation » : 12.XI.1965, *Poncin, A.J.*, 1966. 312.

523. 5.XII.1956, *Thibault*, 463, *D.*, 1957.II.22 (concl. Mosset).

524. 28.II.1951, *Féd. nation. des cadres de l'assurance, R.D.P.*, 1951.1143.

525. 16.VI.1960, *Confed. autonome du travail, A.J.*, 1961.II.113; 11.IV.1962, *C.F.T.C.*, 275.

526. S. 26.X.1973, *Féd. nation. des synd. indép. des ind. chimiques*, 599, *A.J.*, 1973.608.

527. 8.XI.1950, *Synd. nation. des cadres des compagnies de navgation*, 538; S. 28.II.1958, *Denis, A.J.*, 1958.II.204 (« nombre important d'entreprises »); 4.X.1961, *Féd. gén. des fonctionnaires C.G.T.-F.O., A.J.*, 1962.108 (« proportion suffisante de fonctionnaires »); 11.IV.1962, *C.F.T.C.*, 275 (« effectifs suffisants »); A. 2.XI.1973, *Travail c/ Confed. nation. chauffeurs routiers*, 614 (*id.*); 6.II.1974, *Synd. nation. journalistes*, 87, *A.J.*, 1974.448; 10.X.1975, *Féd. nation. détaillants de chaussures*, 505.

528. Piquemal, *Le fonctionnaire : devoirs et obligations*, 1976, p. 164. V. la complexité de la notion bien analysée par M. Rivéro, « Sur l'obligation de réserve », *A.J.*, 1977, pp. 580 ss. V. aussi Bourdoncle, « De l'obligation de réserve qui s'impose au fonctionnaire français », *D.*, 1960, chron. 37, pp. 237 ss., Bréchon-Moulènes. « Obligation de réserve et liberté syndicale », *A.J.*, 1973, pp. 339 ss.

529. 31.I.1919, *Terrisse*, 108.

530. Art. 10 O. 22.XII.1958 portant statut de la magistrature, *D.*, 30.VII.1963, relatif au statut des membres du Conseil d'Etat, art. 7 L. 13.VII.1972 portant statut général des militaires.

jurisprudentielles : « documents... n'excédant pas les limites que les fonctionnaires et leurs organisations syndicales doivent respecter en raison de la réserve à laquelle ils sont tenus » [531]; « comportement témoignant d'une absence totale de dignité » [532]; la signature d'un accord entre syndicats européens qui entraverait « le fonctionnement normal » du service est aussi un manquement à la réserve [533].

Autre standard du contentieux de la fonction publique, la discrétion professionnelle qui se distingue de la réserve en ce qu'elle consiste, non dans le fait de ne pas manifester une opinion, mais dans celui de ne pas révéler une information [534]. En réalité, la jurisprudence ne fait pas toujours une telle distinction, et elle adopte trop souvent une conception exagérément extensive de la notion de réserve [535].

XV. *Autres exemples.* Les illustrations données ci-dessus des principaux standards et de quelques standards de moindre importance débusqués au passage n'épuisent pas, tant s'en faut, toutes les possibilités. Il aurait fallu parler encore, entre autres, de « visible » [536], de « tardif » [537], d' « important » [538], de « difficile » [539], d' « inexcusable » [540], de la notion de « rapatriés les plus défavorisés » [541], d' « exploitation voisine » [542], de la navigabilité et de la flottabilité d'un cours d'eau, critères effectifs de leur domanialité publique autrefois [543], *etc.*

531. 25.V.1966, *Rouve, A.J.*, 1966.561.

532. 21.II.1968, *Aubertin, A.J.*, 1968.478.

533. S. 8.VI.1962, *P.T.T. c/ Frischmann, A.J.*, 1962.443 (chron. Galabert et Gentot).

534. V. Piquemal, *op. cit.*, pp. 142 ss.; Ayoub, *La fonction publique*, 1975, pp. 199 ss.; Plantey, *Traité pratique de la fonction publique*, 3[e] éd., 1971, t. 1, pp. 466 ss.; la discrétion est visée par de nombreux textes, et notamment par l'article 10 de l'O. 4.II.1959 relative au statut général des fonctionnaires.

535. 4.XII.1968, *Affaires sociales c/ Lamare, A.J.*, 1969.366. V. cependant 6.III.1953, *Faucheux, R.D.P.*, 1953.1035 (n. Waline); 13.V.1959, *Yacoubi*, T.D. 55-64, t. 4, 528.

536. Le fait qu'une tranchée soit « visible » (sous-entendu : pour un chauffeur normalement attentif) marque l'imprudence du chauffeur qui y tombe : Lyon, 30.X.1959, *Soc. étab. Giraud, A.J.*, 1960.II.189; v. Conseil préf. Orléans, 1.XII.1950, « *La Providence* » *c/ Ville de Briare, A.J.T.*, 1951.66; 2.XII.1955, *Barba, A.J.*, 1956.II.40; 4.VI.1958, *Béziau, A.J.*, 1958.II.355; A. 9.VI.1972, *Soc. pour la lumière et la force, A.J.*, 1972.421 (concl. Kahn); 26.I.1973, *Beinat*, 79.

537. Les abstrats contiennent souvent le standard de la « communication tardive » à propos de la jurisprudence des droits de la défense; les arrêts disposent alors que le défendeur n'a pas joui d'un « délai suffisant » (S. 18.V.1973, *Ville de Paris c/ Djian*, 361, *A.J.*, 1973.609) ou « nécessaire » (7.XI.1973, *Paoli*, 620); v. encore « suppléments d'acomptes insuffisants et tardifs » (31.III.1954, *Entrep. Macquart, A.J.*, 1955.II.226), indemnité réglée à une « date tardive » (25.III.1957, *de Salvagnac, A.J.*, 1957.II.265); souvent tardif n'est pas un standard, car le juge renvoie ainsi à un délai légalement quantifié et donc pré-déterminé (10.I.1973, *Scharr*, 21; 22.XII.1972, *Montpillié*, 831; 17.XI.1972, *Boisgard*, 739).

538. « Importantes infiltrations » : 8.VII.1966, *O.P.H.L.M. Hérault*, 459; nombre « important » d'entreprises groupées dans un syndicat par suite reconnu représentatif (S. 28.II.1958, *Denis, A.J.*, 1958.II.204).

539. V. *supra*, n. 473.

540. « Caractère inexcusable » d'une absence de précautions de l'autorité de police (Grenoble, 14.X.1964, *Franchi, A.J.*, 1965.173).

541. Art. 1[er], al. 5, L. 26.XII.1961; 13.III.1970, *Camilleri*, 190; 8.I.1971, *Intérieur c/ Gremades*, Tb. 1166.

542. Le voisin, ce qui est à une distance relativement petite, selon les termes du Robert, est un standard qui joue un rôle dans le contentieux agricole : deux exploitations situées à 28 kilomètres l'une de l'autre ne sont pas voisines au sens de l'article 13 du D. 26.IV.1968 (12.XII.1973, *Costes*, 714).

543. V. les concl. Corneille 28.I.1920, *Wells, D.*, 1922.III.44; et 2.III.1923, *Jobez*, S. 1925.III. 39; depuis la loi de finances 8.IV.1910 (art. 128), confirmée par le D.-L. 28.XII.1926 et la L. 16.XII.1964 (art. 29) qui a modifié les articles 1 à 9 du Code du domaine public fluvial, il n'y a plus de standard puisque la navigabilité et la flottabilité résultent d'un pur critère formel, la présence sur une nomenclature; v. Dufau, *J.C.A.*, fsc. 405-1 (nov. 1975) et 405-2 (*id.*), ainsi que, du même auteur, *Le domaine public*, 1977, pp. 82 ss. et 114 ss.; v. aussi 19.XI.1975, *Cmne de Ramonville*, 578.

85. *Quelques concepts parfois identifiés comme standards font difficulté.*

I. *La bonne foi.* Cette notion est apparue d'emblée à la doctrine, on l'a dit, comme le type même du standard. Bien que le juge administratif ne soit pas un très grand utilisateur de la bonne foi, il convient de marquer ici que cette notion n'est pas en principe un standard : plus précisément, elle ne l'est que dans une acception très particulière et que l'on pourrait dire objective.

Dans une thèse récente, Mlle Zoller distingue une bonne foi qui serait cet « esprit de loyauté, d'honnêteté, de sincérité, qui doit présider à l'élaboration et à l'exécution de tous les actes juridiques » — cette bonne foi-là « s'oppose à la fraude, au dol, elle exclut toute intention malveillante » — et une bonne foi qui résiderait dans « la croyance erronée à l'existence d'une situation juridique » : en effet, « les comportements et les attitudes des sujets de droit peuvent créer des apparences qu'il importe de respecter... En ce sens, la bonne foi détermine une confiance légitime dans l'existence d'un droit ou dans la régularité d'une situation » [544]. Bref, il faut opposer une bonne foi subjective et une bonne foi objective, encore que les deux soient souvent intriquées puisque la seconde est en réalité une présomption de bonne foi subjective fondée, comme toutes les présomptions, ainsi qu'on le verra par la suite, sur le *plerumque fit,* sur la normalité.

Dans un cas, la bonne foi est absente de tromperie ou de déloyauté. Dans l'autre, elle est croyance légitime, erreur excusable [545].

La mauvaise foi subjective est sans doute un comportement anormal, fautif. Mais elle est une question de pur fait, au demeurant fort complexe. Il n'y a aucune mesure de cette bonne foi-là en termes de normalité : elle est ou elle n'est pas [546].

La bonne foi objective s'intègre à la vaste théorie de l'apparence [547], définie par le Doyen Auby comme la théorie qui donne à des actes ou à des situations juridiques qui « se présentent avec des caractères qui ne correspondent pas à leur nature réelle et peuvent entraîner une méprise sur celle-ci... les mêmes effets juridiques qu'auraient les actes réguliers dont ils ne sont qu'une imitation » [548]. La bonne foi, dans son sens objectif, devient la mesure du comportement normal d'un individu devant une situation qui a tous les dehors de la normalité. Il faut, pour que la théorie de l'apparence joue et que celle-ci se substitue légitimement à la réalité, que la victime ait été en quelque sorte normalement prudente et éclairée en ne voyant pas la réalité derrière la façade de l'apparence.

Ainsi, dans la théorie des fonctionnaires de fait, faut-il, selon l'expression de Jèze, que l'investiture soit « plausible » [549], qu'il y ait des « apparences sérieuses » en ce sens [550, 551]. Si cela a été, l'administré sera réputé avoir agi

544. Zoller, *La bonne foi en droit international public,* 1975, multig., p. 7; v. l'esquisse d'une telle distinction chez Stati, *op. cit.,* pp. 184 ss.; par contre, Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français,* 1939, ne marque pas une telle nuance et ne traite que de la bonne foi subjective qu'il considère à juste titre, pp. 93 ss., comme n'étant pas un standard.

545. V. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel,* 1971, p. 100.

546. C'est ainsi à tort selon nous que Mme Dorlencourt-Detragiache considère la bonne foi de l'article 1134 Code civil comme un standard (*op. cit.,* p. 895).

547. V. Jouve, « Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français », *R.D.P.,* 1968, pp. 283 ss.; Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial,* 1961; Le Tourneau, *La règle* nemo auditur..., 1970, pp. 193 ss.

548. Auby, *L'inexistence des actes administratifs, étude de contentieux administratif,* 1951, p. 236.

549. *Les principes généraux..., op. cit.,* t. 2, p. 301.

550. « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *R.D.P.,* 1914, p. 57.

551. La théorie des fonctionnaires de fait peut se fonder soit sur la nécessité, soit sur l'apparence : seule cette seconde branche nous intéresse ici.

légitimement, en ne s'apercevant pas de la réalité et en se fiant aux apparences : la bonne foi, qui est ici croyance légitime, excusable, couvrira son erreur [552].

Cette question est cependant résiduelle aujourd'hui. Plus importante est la situation dans laquelle un fonctionnaire de droit utilise des compétences apparentes dont il ne dispose pas en réalité. L'exemple le plus fréquent est celui du contrat conclu par un agent incompétent à cet effet. La théorie de l'apparence ne s'applique pas pleinement ici dans ses conséquences les plus radicales puisqu'il y aura annulation du contrat. Néanmoins, le cocontractant pourra obtenir une indemnité, la responsabilité quasi-contractuelle (ou éventuellement quasi-délictuelle) de l'administration se trouvant engagée, à la condition qu'il ait été de bonne foi au sens subjectif bien sûr, mais aussi au sens objectif, qui correspond au standard : c'est-à-dire à la condition qu'il ait pu légitimement croire à la compétence de l'autorité avec laquelle il a contracté [553]. Cela vaut pour l'ensemble de la matière multiforme des renseignements erronés, des promesses non tenues, des attitudes équivoques qui induisent l'administré en erreur [554].

La notion d'apparence, qui fonde la caractérisation de la bonne foi objective comme standard, a d'autres emplois, qui supposent toujours la mise en œuvre d'un standard, en dehors du domaine propre de la bonne foi; ainsi dans les théories des faits imprévisibles [555] ou dans la jurisprudence des chutes d'arbres sur la voie publique [556]. Apparent utilisé seul dans la jurisprudence, est par

552. Jurisprudence dans l'ensemble assez ancienne et qui ne mentionne pas la bonne foi qui ne joue qu'implicitement; v. notamment T.C. 16.XII.1888, *Moreau,* 986. En fait, la plupart des espèces sont complexes car si la bonne foi objective couvre l'erreur, la bonne foi subjective peut intervenir aussi : il est bien évident en effet que la mauvaise foi subjective, dans un cas où la théorie de l'apparence pourrait s'appliquer, en exclut la mise en œuvre.

553. Ainsi, dans l'affaire 26.VII.1944, *Ali Tur,* 217, le requérant ne pouvait-il pas ignorer de bonne foi (le terme n'est cependant pas utilisé) le décret dont la violation a entraîné la nullité du contrat; ailleurs, « l'attitude de l'administration était de nature à faire regarder comme assurée la conclusion des marchés dont la non-passation a donné lieu au litige » (11.V.1932, *Travaux publics c/ Soc. des travaux du Sud-Ouest,* 480; bien qu'aient été signés des projets de contrats comportant des délais d'exécution très brefs et impliquant la mise en œuvre immédiate de sa prestation par le cocontractant, sa croyance dans la conclusion définitive du contrat n'était pas pleinement légitime et il a commis une imprudence en n'attendant pas celle-ci pour commencer sa prestation d'où indemnisation partielle (S. 9.XI.1934, *Soc. Smith Premier Powers,* 1040; un ingénieur ne « pouvait pas ignorer » la disproportion entre son projet et les moyens financiers de la commune et n'a donc pu commencer de bonne foi ceux-ci dès après acceptation du conseil municipal, mais avant approbation de l'autorité de tutelle (13.IV.1945, *Cmne de Thierville,* 74); à la suite de l'adjudication d'un marché par une commune, le bénéficiaire de celle-ci devant présenter un devis descriptif dans les quinze jours, ne l'ayant pas fait, et la commune ayant eu recours à un autre entrepreneur sans mise en demeure préalable, la première société « a pu légitimement penser en fait que cette collectivité publique n'entendait pas poursuivre l'exécution des travaux » (23.I.1952, *Cmne de Saint-Rémy,* 49; v. aussi 10.V.1939, *Cmne de Chassieu,* 310; 17.V.1963, *Cmne de Monein,* 305; 5.VII.1974, *Devillers,* Tb. 1056.

554. Des incitations, des engagements unilatéraux en fait illégaux peuvent « donner à croire » certaines choses à l'administré dans la mesure du moins où celui-ci « pouvait raisonnablement ignorer » ce qu'il en était (12.III.1953, *Weickert,* 152; 25.VI.1954, *Otto,* 380; v. aussi 11.V.1956, *Soc. Lesieur Afrique,* 194; S. 24.IV.1964, *Soc. des huileries de Chauny;* même jour, *Finances c/ Soc. moulins Pont-à-Mousson, A.J.,* 1964.318 (chron. Fourré et Puybasset), *R.D.P.,* 1964.799 (n. Waline); 4.X.1967, *Synd. intercomm. d'électrif. de Pont-Saint-Esprit,* Tb. 931; S. 5.IV.1974, *Education nationale c/ Cmne d'Onnaing,* 217, *J.C.P.,* 1976.II.18347 (n. J. M.); 13.X.1976, *Rossel-Calva,* 409. Nous aurons l'occasion de revenir plus longuement sur cette question par la suite ; v. André, « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration », *A.J.,* 1976, pp. 20 ss.; Di Malta, « Les renseignements administratifs », *D.,* 1964, chron. 33, pp. 225 ss.; Richer, *op. cit.,* pp. 203 ss. et 299 ss.; Vedel, *Droit administratif,* pp. 243 ss.

555. Elles postulent que ceux des faits qui étaient apparents ne permettaient pas à une personne normalement avisée de prévoir les situations engendrées par la réalité des faits.

556. La chute d'un arbre sur la voie publique ne révèle un défaut d'entretien normal de ladite voie que dans la mesure où les défectuosités de cet arbre étaient apparentes. L'apparence,

ailleurs bien évidemment un standard [557]. Ainsi, dans le cadre de la responsabilité biennale ou décennale. L'action en responsabilité contractuelle, on le sait, ne peut s'exercer que pour les vices cachés, car la réception des travaux met fin à toute responsabilité du fait des vices apparents. Comme l'ont justement écrit MM. Malinvaud et Jestaz, « la jurisprudence définit le vice apparent comme celui qui peut être décelé par un profane » [558]. Le vice apparent est ainsi celui qui l'est pour un homme normal dont on peut présumer que la bonne foi a été surprise. Ainsi seront retenues comme vices cachés des fuites dans le système d'adduction d'eau [559], sauf bien sûr si ces désordres « étaient apparents et s'étaient manifestés dans toutes leurs conséquences à la date à laquelle lesdits ouvrages ont été définitivement reçus » [560], des variations de la nappe aquifère régionale entraînant inondation des caves [561], des fissures masquées par un enduit appliqué par les architectes et entrepreneurs juste avant la réception [562]. Un vice apparent mais dont les conséquences ne peuvent être imaginées par le type de référence normal sera aussi réputé caché [563]; le juge dispose parfois qu'il fait sentir ses effets d'une « façon imprévisible » à la réception [564].

Ainsi la bonne foi n'est-elle que secondairement un standard. De plus, comme telle, la jurisprudence administrative ne l'emploie pas sinon, on vient de le voir, implicitement, dans le cadre d'une théorie de l'apparence qui au demeurant, si elle l'englobe, la dépasse.

C'est la notion subjective de la bonne foi, celle qu'on ne peut analyser comme un standard, qu'utilise explicitement le juge administratif français. Et notamment en matière de dommages-intérêts compensatoires, dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 1153, al. 4, du Code civil qui dispose que « le

ici, exonère une administration normalement attentive, mais non extra-lucide, de sa responsabilité. Ainsi, si un arbre « était atteint d'une pourriture interne que ne révélait pas (son) aspect extérieur et que l'examen minutieux du tronc, suivi d'un sondage attentif, eut seul permis de constater » (20.III.1933, *Dalang*, 376), si un arbre était « sain et droit et que rien ne permettait de présager sa chute » (13.VI.1934, *Travaux publics c/ Nabal*, 679); v. aussi 13.II.1935, *Prunet*, *R.D.P.*, 1935.612 (« aucun signe apparent »); 11.II.1953, *Travaux publics*, *R.D.P.*, 1953.1087; 28.VI.1957, *Caisse prim. S.S. Maine-et-Loire*, *A.J.*, 1957.II.418; et encore 29.XI.1933, *Travaux publics c/ Pergola*, 1116; 3.I.1934, *Travaux publics c/ Michenot*, 18; 7.VI.1939, *Tempez-Lebas*, 380; 28.IV.1958, *Travaux publics c/ Bourgean*, *A.J.*, 1958.II.260; 11.I.1963, *Travaux publics c/ Soc. Hamaide-Henry*, *A.J.*, 1963.312; 6.III.1964, *Quedec*, 1029; 20.IV.1966, *Travaux publics c/ Perrier*, 273; 8.XI.1968, *Equipement c/ Connac*, 566; 6.X.1971, *Equipement c/ Perrot*, *D.A.*, 1971, n° 353; au contraire, si la défectuosité était évidente, il y a responsabilité : S. 5.V.1933, *Lévy*, 493; 9.VI.1937, *Benne*, 580; S. 16.XII.1938, *Travaux publics c/ Cozé*, 951; 17.VI.1936, *Dobel*, 664; 3.XII.1958, *Joulin*, *A.J.*, 1959.II.9; 14.III.1969, *Ville de Paris c/ Rainteau*, Tb. 976, *A.J.*, 1969.711 (« lésions profondes... depuis plusieurs mois apparentes ») : cette jurisprudence est tout aussi bien appliquée pour l'effondrement d'un immeuble (S. 6.X.1944, *Soc. Streichenberger*, *R.D.P.*, 1946.333, concl. Detton), l'éboulement de rochers « qu'aucun indice ne permettait de prévoir » (12.VI.1970, *Equipement c/ Chevallier*, 407; 28.X.1974, *Quoirez*, 520), l'affaissement d'une chaussée « qu'aucun indice extérieur » ne permettait de prévoir (2.II.1957, *Cie d'assurance « Le Phénix »*, *A.J.*, 1957.II.215; 19.V.1965, *Lenfant* 290; 8.II.1967, *Ville de Marseille*, *A.J.*, 1967.567) ou la chute d'une croix (12.II.1971, *Verger*, *A.J.*, 1971.317).

557. V. par exemple 11.IV.1924, *Travaux publics c/ Chapuis*, 400; Lyon, 23.XII.1959, *Soc. chimique de Gerland*, *A.J.*, 1960.II.75; 26.V.1967, *Morille*, 226.

558. *Droit de la promotion immobilière*, 1976, p. 95; il ne semble pas qu'il faille suivre à cet égard M. Gabolde, concl. Caen, 13.VI.1961, *Gallot*, *A.J.*, 1961.II.448, lorsqu'il estime que les vices apparents sont les vices « décelables par un homme de l'art averti ».

559. 21.VII.1950, *Cmne d'Asches*, *A.J.T.*, 1950.575.

560. 8.V.1968, *Assoc. synd. de reconstruction de Dunkerque*, 286.

561. 5.III.1969, *de Richemont*, *A.J.*, 1969.313.

562. 21.IV.1971, *Besnard-Bernadac*, *A.J.*, 1971.429.

563. Caen, 13.VI.1961, *Gallot*, précité; 3.I.1968, *Lebreton*, 8; 31.V.1968, *Soc. Sainrapt et Brice*, Tb. 1012; 13.VII.1968, *O.P.H.L.M. de Saint-Quentin*, 462; 17.I.1969, *Delavault*, 31; 23.IV.1969, *Bouclier et Chatagnat*, *A.J.*, 1969.314 (chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc); 17.I.1973, *S.A. « Entrepr. Saudemont »*, 43.

564. 16.X.1968, *Soc. entrep. Medina*, Tb. 1013.

créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ». Bien souvent, on l'a vu, le juge administratif prend, comme en tant d'autres domaines, une certaine liberté avec la lettre du texte [565]. Ce faisant, il tend à rendre objectif le critère d'allocation des dommages-intérêts compensatoires en passant de la notion subjective de mauvaise foi, parfois délicate à démontrer, au système plus objectif qui consiste à tirer d'une carence systématique, observable, la conclusion que la mauvaise volonté de l'administration est manifeste. Sans doute d'ailleurs, et une analyse plus serrée de cette jurisprudence le montrera dans la suite de cette étude, cette méthode laisse-t-elle en réalité une place plus importante qu'il y paraît de prime abord à l'analyse subjective de l'état d'esprit de l'administration (ou plutôt de ou des administrateurs). Quoi qu'il en soit, la notion même de mauvaise foi, dans la plénitude de sa subjectivité, demeure employée par le juge administratif, soit seule [566], soit couplée avec celle de mauvais vouloir [567].

La mauvaise foi subjective joue encore un rôle dans le cadre de la jurisprudence en matière de reversement de sommes irrégulièrement perçues par un agent public. L'administration peut ordonner à celui-ci de reverser les sommes. Mais si elle-même a commis une faute en induisant en erreur cet agent, et si celui-ci n'a pas été de mauvaise foi, il pourra obtenir une indemnité [568].

II. *L'ordre public.* La notion juridique d'ordre public, elle aussi souvent identifiée comme standard par la doctrine, est complexe. Dans le cadre d'expressions du type texte, moyen, recours, délai d'ordre public, elle renvoie purement et simplement, d'un point de vue matériel, à l'idée d'intérêt général. Mais cela n'a de toutes façons aucune importance, car dire d'un texte, d'un moyen, d'un recours, d'un délai qu'il est d'ordre public a surtout un intérêt fonctionnel : cela affirme sa priorité et lui donne les moyens de se réaliser éventuellement par la transgression de certaines règles ou principes jugés moins importants. Rien alors qui rappelle le standard quant à la pratique.

Autre chose est la référence à l'ordre public accompagné ou non des bonnes mœurs [569]. Ainsi lorsque l'article 97 du C.A.C., devenu article L. 131-2 du nouveau Code des communes, dispose que « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ». Le bon ordre, matériel ou moral, la sûreté, la sécurité, la salubrité, ne pouvant se concevoir qu'en termes de normalité, autrement dit de façon relative, l'ordre public

565. V. *supra* jurisp. citée n. 303 pour les arrêts utilisant la formule « mauvais vouloir manifeste »; « mauvais vouloir » : 31.III.1954, *Entrep. Macquart*, *A.J.*, 1955.II.226; 9.XI.1956, *de Leusse*, *A.J.*, 1957.II.21; 15.VII.1957, *Simon*, *A.J.*, 1957.II.373 (obs. Sillard); « négligence assimilable à un mauvais vouloir » (Marseille, 15.V.1975, *Eymard*, 702); le juge se contente parfois même de dire qu' « aucune circonstance exceptionnelle » (9.IV.1919, *Ville de Montargis*, 361) ou « aucune circonstance » ne justifie allocation de dommages-intérêts compensatoires (20.I.1919, *Fargeaudon*, 98); comme l'avait écrit Jèze, « Droit du cocontractant à la rémunération pécuniaire inscrite dans le marché de travaux publics », *R.D.P.*, 1933, pp. 555 ss., l'article 1153 n'est qu'un appui, et le juge administratif se réserve de chercher au-delà « les principes de justice » qui l'ont inspiré.

566. 22.VI.1906, *Mille*, 574; 10.XII.1947, *Bonabeau*, 701; 14.IV.1948, *Barbe*, 159; 9.II.1951, *Armées*, 81.

567. 25.III.1957, *de Salvagnac*, *A.J.*, 1957.II.265.

568. La notion de bonne foi est utilisée explicitement dans la plupart, mais pas dans toutes les espèces. V. 21.XI.1919, *Barluet*, 835; S. 12.XI.1937, *Delevoye*, 927; 12.IX.1934, *Gouverneur gal. de l'A.E.F.*, 1172; 12.XII.1941, *Debauchez*, 215; 30.IX.1942, *Frayon*, 266; S. 19.XII. 1947, *Geneau*, 481; 1.III.1950, *Brisemur*, 134; 13.V.1959, *Pieux*, 299, *A.J.*, 1959.256; S. 6.III. 1964, *Lemetois*, 167; 2.II.1966, *Thévenon*, *T.D.*, 65-74, t. 4, p. 659; A. 20.III.1974, *Bourges*, 192; même jour, *Spénale*, 197, *A.J.*, 1974.382 (concl. Guillaume); 10.II.1978, *Education c/ Koehl*, *D.A.*, 1978, n° 104.

569. V. Rivéro, *Droit administratif*, p. 412.

apparaît ainsi comme un standard, quelque peu composite mais véritable. Ce que le doyen Vedel rend par une définition significative : « L'ordre public, au sens administratif du terme, est constitué par un certain minimum de conditions essentielles à une vie sociale convenable. » [570] Viole en dernière analyse, dans cette perspective, l'ordre public, toute situation ou tout comportement qui s'éloigne des situations ou des comportements jugés normaux dans les domaines traditionnels de l'article 97 du Code d'administration communale ou éventuellement dans d'autres [571], de façon suffisante pour créer un trouble de quelque nature qu'il soit. Met en œuvre l'ordre public, en sens inverse, toute mesure qui tend à faire prévaloir à l'encontre d'un comportement jugé déviant ou d'une situation ressentie comme peu convenable une norme tirée d'une certaine conception de ce qui est normal en l'occurrence.

Les exemples dans lesquels l'ordre public fonctionne comme standard dans la jurisprudence sont nombreux, ainsi lorsque le juge annule un arrêté interdisant la vente d'un journal, car « aucune menace particulière à l'ordre public » ne peut être relevée [572], ou lorsqu'il estime que des limitations peuvent être apportées au droit de grève « en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public » [573], qu'il vise les inconvénients que peut présenter la profession de photographe-filmeur pour la « circulation et l'ordre public » [574], ou qu'il considère comme justifiée par les « menaces pesant sur l'ordre public » une mesure d'interdiction [575]. Mais dans l'ensemble, le juge préfère viser en particulier ces démembrements de la notion d'ordre public que sont la salubrité, la sécurité, la tranquillité et autres notions. Il prend ainsi en considération la salubrité [576], la tranquillité [577], le bon ordre [578], seuls, ou, ensemble, la salubrité et la sécurité [579], la sécurité et la tranquillité [580], la sécurité, la commodité et l'agrément [581], l'ordre, la santé et la moralité publics [582], la sécurité et l'ordre publics [583], *etc.*

L'analyse demeure cependant insuffisante : il est encore un emploi de la notion d'ordre public qui ne constitue pas un standard. Lorsque l'article 9 du décret du 30 septembre 1953 disposait qu'un tribunal administratif « ne peut prescrire qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision intéressant le maintien de l'ordre, la sécurité et la tranquillité publique », formule remplacée par le décret du 28 janvier 1969 par celle de « décision intéressant l'ordre public », il ne faisait pas référence à l'ordre public comme un état normal des choses, mais à des matières en quelque sorte par nature afférentes à l'ordre public, matières innombrables et conçues d'ailleurs comme telles pendant longtemps par le Conseil d'Etat [584].

570. *Droit administratif*, p. 23.
571. Sur le débat à propos des buts de l'ordre public, v. la récente synthèse du Doyen Auby sous 25.VII.1975, *Chaigneau*, *R.D.P.*, 1976.342 ss.
572. 10.I.1968, *Assoc. Enbata*, 28.
573. 17.VII.1950, Dehaene, 426 (*G.A.J.A.*, 339); 5.I.1962, *Bernardet*, *A.J.*, 1962.310; A. 4.II.1966, *Synd. nation. des fonctionnaires du groupement des contrôles radioélectriques*, 80.
574. 22.VI.1951, *Daudignac*, 362 (*G.A.J.A.*, 361).
575. 24.V.1967, *Cie aérienne de publicité* (*C.A.P.I.A.*), *A.J.*, 1968.45 (obs. Moreau).
576. 9.II.1973, *Rousseau*, 127.
577. 17.VI.1970, *Combault*, 408; 27.XI.1974, *Cmne de Villenave-d'Ornon*, 586.
578. S. 5.I.1968, *Préfet de police*, 14.
579. 1.XII.1972, *Lassieur*, 769; 9.X.1974, *Chodron de Courcel*, Tb. 1089.
580. 5.VII.1974, *Synd. patronal du photo-filmage*, 399.
581. S. 8.XII.1972, *Ville de Dieppe*, 794; 12.XI.1969, *Caillon*, 484.
582. 18.V.1973, *Intérieur c/ Navarro*, 360 (expression tirée de l'article 62 Code des débits de boissons).
583. S. 26.IV.1968,*Morel*, 264, *A.J.*, 1968.480; 13.I.1971, *Planchon*, 33.
584. 26.XI.1954, *Van Peborgh*, *D.*, 1955.II.89 (n. C. G.); 19.II.1960, *Berthaut*, 128; 1.II.1963, *Industrie c/ Rollet*, *A.J.*, 1963.300 (obs. Paulin); *Lyon*, 23.I.1970, *Construction immob. rhodanienne*, *A.J.*, 1970.179; A. 23.VII.1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, 448; 19.III.1975, *Comité défense riverains de la Communauté urbaine de Lyon*, 206; S. 23.I.1976, *Le Muzic*, 55 (concl. Rougevin-Baville).
585. *Op. cit.*, p. 22.
586. V. notre ouvrage, *Administration et organisation*, 1977, pp. 225 ss.
587. T.C. 22.I.1921, *Soc. Comm. de l'Ouest africain*, 91, *D.P.*, 1921.III.1 (concl. Matter) (*G.A.J.A.* 161).

III. *L'intérêt général.* Le problème posé par cette notion n'est pas pleinement soluble en l'état de la recherche. A première vue, il n'y a aucune raison de lui refuser le statut de standard. L'intérêt n'est-il pas, selon Robert et Littré, ce qui convient, ce qui importe, ce qui est bon ? Et M. Truchet n'a-t-il pas, en suivant d'ailleurs le juge, pu tenir pour équivalents des termes comme intérêt général, intérêt public, intérêt national, d'une part, et utilité publique, d'autre part, dont nous avons plus haut cru pouvoir affirmer le caractère de standard [585] ?

Il y a peut-être à partir de cette dernière proposition la possibilité d'élucider la raison qui pousse la doctrine à toujours faire un sort spécial à la notion d'intérêt général. Lorsque l'on posait traditionnellement qu'une opération était d'utilité publique, on affirmait son adéquation aux valeurs de la société en la considérant en elle-même. Lorsque le juge aujourd'hui met en balance l'utilité et la désutilité d'une opération, par le contrôle de la proportionnalité, il tend à montrer en quelque sorte qu'une opération d'utilité publique peut ne pas être d'intérêt général. La notion d'intérêt général apparaît plus globale, plus vague aussi peut-être, que la plupart des standards, plus fondamentale en tout cas.

Si bien que pour beaucoup d'auteurs, la mise en œuvre de l'intérêt général serait affaire de pouvoir discrétionnaire, la notion revêtant ainsi une importance particulière et une spécificité accentuée. Nous ne partageons pas ce point de vue, et nous nous en expliquerons longuement dans des développements ultérieurs. L'intérêt général est un standard dans la mesure où il ne peut se concevoir qu'en termes de normalité. Tout au plus est-il possible d'ajouter selon nous que ce standard, lorsqu'il est mis en œuvre, ne livre pas, de par sa richesse conceptuelle, très aisément les limites de son contenu à la différence de ce qu'il en est, en dépit des apparences, pour la plupart des autres.

IV. *Le privé et le public.* Pour en terminer avec cet essai de délimitation de la notion matérielle de standard, il est possible de donner un exemple de jurisprudence qui, quoique ne mettant plus exactement en œuvre un standard, s'est initialement fondée sur un raisonnement qui incluait un standard : celle qui concerne la notion de service public industriel ou commercial.

A première vue, il n'y a pas de problème. Les activités industrielles sont celles qui visent à l'extraction ou à la production de biens. Les activités commerciales sont celles qui se fondent sur l'achat et la vente de produits. Si un service public se livre à ce type de travail, il n'y a pas lieu de ne pas le dire industriel ou commercial. Pourtant, pour des raisons historiques très profondes, la notion juridique de service industriel ou commercial est apparue à son origine indissolublement liée à l'idée qu'il y avait des activités normales de l'Etat et des activités normalement privées [586]. Dès la décision du *Bac d'Eloka*, cette idée est précisée par une autre : le privé et le public ont des modes d'existence différents, le premier étant normalement fondé sur la recherche intéressée du profit et le second sur la gratuité. Si bien que l'administration, « en effectuant, moyennant rémunération », une activité « exploite » son service « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire » [587]. Par la suite se sont affrontées

conceptions objectives diverses [588] et conceptions subjectives [589] de la notion. Mais on ne doit pas oublier le raisonnement initial qui apparaît très proche de celui suivi par exemple dans le cadre de la notion de clause exorbitante : l'anormalité de la clause dans un contrat entre particuliers rend le contrat qui la contient administratif; de même, initialement, l'anormalité, l'exorbitance de certains buts poursuivis par l'administration, par rapport à ses fonctions traditionnelles, a engendré la notion de S.P.I.C., avec pour conséquence une gestion particulière plus proche de celle du secteur privé.

Le critère de l'objet du service a sans doute perdu du terrain [590], celui tiré des conditions d'organisation et de fonctionnement apparaissant plus important dans la jurisprudence récente, mais ce n'est finalement ainsi que la notion de mode de gestion administratif normal qui se substitue à celle de fonction normale de l'Etat [591], et si cette jurisprudence apparaît aujourd'hui menacée à plus ou moins brève échéance [592], elle atteste l'importance du raisonnement en termes de normalité.

D'autant que la notion de fonction normale du secteur public joue un certain rôle dans deux autres domaines :

— La jurisprudence *Entreprise Peyrot* est fondée, au moins en partie, sur l'idée qu'il est des activités qui relèvent « par nature » de l'Etat, qu'elles soient assurées « de manière normale par l'Etat ou à titre exceptionnel par un concessionnaire » [593];

— La jurisprudence de l'interventionnisme économique municipal postule l'existence d' « activités économiques normalement réservées à l'initiative privée » [594].

V. *D'autres notions,* beaucoup moins importantes, font difficulté. On n'en retiendra qu'une, à titre d'ultime exemple, celle du rentable. Lorsque l'on pose qu'une activité est rentable, on peut vouloir dire deux choses : qu'elle rapporte une rente, un bénéfice, en bref plus qu'elle ne coûte; ou qu'elle rapporte de façon convenable, qu'elle est raisonnablement lucrative. Le premier sens, qui est le sens originel du terme, n'est pas un standard : si une activité rapporte 1 franc par an, on doit la qualifier de rentable de ce point de vue; c'est une question de pur fait. Le deuxième sens, qui est celui de la langue courante,

588. Par exemple, Chavanon, *Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel et commercial,* 1939.

589. V. l'analyse des diverses positions par M. de Corail, *La crise de la notion juridique de service public,* 1954.

590. Le but d'intérêt général est cependant l'indice d'un « service proprement administratif » (22.I.1954, *Loubie, R.D.P.,* 1954.565); v. aussi dans le sens du maintien de l'importance du critère de l'objet : T.C. 23.XI.1959, *Soc. de meunerie c/ O.N.I.C., A.J.,* 1960.II.102; 20.I.1960, *Coop. agric. de Clermont-d'Oise,* 38; v. aussi la jurisprudence des services publics « à double visage » : 17.IV.1959, *Abadie,* 239 (concl. Henry); 26.VI.1974, *Port autonome de Marseille,* 369.

591. Bénéfices : 30.VI.1950, *Travaux publics et soc. Merrienne,* 408, *R.D.P.,* 1951.534, *A.J.,* 1950.424; S. 8.II.1963, *Finances c/ Chbre de comm. de Châlon, A.J.,* 1963.291 (obs. Drago); mais le lien bénéfice-nature I & C n'est plus évident : Bordeaux, 4.V.1962, *Cie « Les tuyaux bleus », A.J.,* 1962.678 (n. Auby). Sur le critère du fonctionnement et de l'organisation, v. T.C. 24.VI.1968, *Préfet du Doubs, A.J.,* 1969.173 (affaire Ursot), et Lemasurier, « A propos du service des P.T.T. », *A.J.,* 1969, pp. 139 ss.

592. V. Lachaume, « Remarques sur quelques aspects récents du renforcement jurisprudentiel de la compétence administrative », *Mélanges Waline,* t. 2, pp. 479 ss.; Sandevoir, « Les vicissitudes de la notion de S.P.I.C. », *Mélanges Stassinopoulos,* pp. 317 ss.

593. T.C. 8.VII.1963, *R.D.P.,* 1963.787 (concl. Lasry) (*G.A.J.A.,* 527); v. Mazères, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Soc. Entrep. Peyrot ?* », *Mélanges Couzinet,* pp. 475 ss.

594. Abstrats de S. 17.IV.1964, *Cmne de Merleville-Franceville,* 231; v. Hauriou, n. sous 1.II.1901, *Descroix, (Notes d'arrêts publiées de 1892 à 1928,* 1929, t. 1, p. 144), et 7.IV.1916, *Astruc* (*ibid.,* p. 332).

donne par contre lieu à un standard fortement descriptif. Dans la notion de « dépenses d'amélioration non rentables », visée par l'article 31 C.G.I., rentable n'est pas un standard : il s'agit simplement de dépenses qui n'apportent pas d'accroissement de revenus [595]. Au contraire, l'article 156-II, 7° C, C.G.I., met en œuvre le standard de rentabilité dans l'expression « enfant atteint d'une infirmité qui l'empêche... de se livrer, dans des conditions normales de rentabilité à une activité professionnelle » [596].

SOUS-SECTION II

Standard jurisprudentiel et indices du standard : l'efficacité des définitions organique et formelle

86. *Introduction.*

Il va nous être possible, nantis d'une notion plus précise du contenu du standard, de mieux en délimiter les définitions organique et formelle.

La définition organique s'est trouvée renouvelée par la perspective fonctionnelle au terme de laquelle le standard textuel apparaît comme une technique de délégation — au sens particulier donné plus haut à ce mot — et le standard jurisprudentiel comme une technique de réservation du pouvoir normatif. Quoi qu'il en soit, une telle définition individualise assez mal la notion, et un retour à une analyse plus classique ne peut guère faire évoluer cet état de choses et enlever à la définition organique son caractère secondaire. Il est possible cependant d'observer deux phénomènes significatifs qui tendent à renforcer la définition organique :

— il peut arriver que le standard textuel ne soit qu'un standard jurisprudentiel codifié;

— d'autre part, et ce phénomène est beaucoup plus fréquent, le juge élabore souvent un standard pour la mise en œuvre d'un texte qui, originairement, n'en comportait pas.

Ces deux démarches attestent le caractère de technique privilégiée d'élaboration jurisprudentielle du droit que revêt le standard.

La définition formelle classique procure un réflexe conditionné bien utile pour le dépouillement jurisprudentiel, on l'a dit, mais pas davantage. Et son renouvellement par la perspective fonctionnelle nous entraîne assez loin au-delà des problématiques habituelles. Si bien qu'il peut être tentant de reprendre l'ensemble de la question à la lumière de la liste élaborée, si imparfaite soit elle.

En réalité, cela n'est guère possible : il apparaît simplement concevable d'affiner l'outil dont nous a dotés la définition formelle classique pour faire reculer autant que faire se peut le nombre des utilisations véritablement implicites du standard.

Deux méthodes apparaissent à cet égard envisageables :

— celle, très évidente, mais très ponctuelle, qui consiste à constater la relative transparence de certaines formules elliptiques : la figure rhétorique de l'ellipse revient d'ailleurs à ne pas exprimer un ou plusieurs mots que l'esprit

595. 20.IV.1966, 66.550, *X..., A.J.,* 1966.671 (obs. Lamarque).

596. 17.IV.1974, 92.970, *Finances c/ X...,* 235.

doit suppléer, et cela est d'autant plus facile que certains indices formels marquent parfois la présence de l'ellipse;

— la deuxième méthode vise justement à dégager certains indices formels de la mise en œuvre d'un standard qui, pour ne pas être apparus à première lecture, seraient cependant le signe indubitable de la présence de la technique étudiée.

§ 1. Standard et norme jurisprudentielle : l'efficacité de la définition organique.

1° Les standards textuels, simple codification de standards jurisprudentiels :

87. *Le législateur se contente dans certains cas de codifier des standards jurisprudentiels préexistants.*

L'exemple le plus frappant de ce phénomène est celui des conditions d'octroi du sursis à exécution. Sans doute a-t-on pu noter que le Conseil d'Etat s'était plu à adopter une « terminologie incertaine » [597]. Néanmoins, il apparaît que l'on était parvenu à une formulation jurisprudentielle qui, pour n'être pas figée, n'en était pas moins relativement stable. Les espèces qui échappaient à l'*imperatoria brevitas*, particulièrement nette en ce domaine, visaient en principe, et ce dès la première moitié du XIX[e] siècle, un préjudice qualifié de grave ou d'irréparable, formule infléchie parfois par la suite [598], et, à partir de l'arrêt *Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions*, des moyens sérieux [599]. Or l'alinéa 4 de l'article 54 du décret du 30 juillet 1963 s'est contenté de codifier ces standards jurisprudentiels en retenant simplement l'expression « conséquences difficilement réparables », qui se dissimulait en fait auparavant derrière celle de préjudice irréparable.

Un autre exemple est fourni par la notion de réserve, forgée par le Conseil d'Etat il y a plus de cinquante ans [600] avant d'être utilisée par les textes depuis une vingtaine d'années seulement [601].

Enfin, la notion de circonstances exceptionnelles a bien été mise au point par le juge dans sa jurisprudence de l'interventionnisme municipal d'abord puis dans le cadre de la théorie dite des circonstances exceptionnelles, avant que nombre de textes, par des formulations diverses, circonstances exceptionnelles, événements extraordinaires, cas exceptionnels, entre autres, ne la reprennent [602].

Il y a là une illustration de la fonction qu'assignait Portalis à la jurisprudence : celle-ci doit éclairer le législateur [603]. Et celui-ci se montre bon prince en sanctionnant telles quelles les créations du juge [604].

597. Gleizal, art. précit., p. 391.
598. V. l'abondante jurisprudence citée par Tourdias, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, 1957, pp. 60 ss.
599. 12.XI.1938, 840 (*G.A.J.A.*, 257); jusqu'à cet arrêt, l'emploi de cette condition avait été très ponctuel; v. Tourdias, *op. cit.*, pp. 110 ss. et Gleizal, art. précit., p. 392.
600. 31.I.1919, *Terrisse*, 107.
601. Art. 10 O. 22.XII.1958 portant statut de la magistrature, D. 30.VII.1963 relatif au statut des membres du Conseil d'Etat; art. 7 de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires.
602. V. *supra*.
603. Portalis, *Discours, rapports et travaux*, 1844, p. 11 : « Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence, il peut être éclairé par elle, et il peut de son côté la corriger. »
604. V. les analyses de Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, 1974, pp. 213 ss.

Dans d'autres cas, plus qu'influence du juge sur le législateur, il semble qu'il y ait parallélisme dans l'inspiration. Ainsi la jurisprudence *Regnault-Desroziers* parlant de « risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage » [605] n'a-t-elle pas à proprement parler inspiré la loi du 3 mai 1921 sur la responsabilité de l'Etat en cas d'explosion de substances dangereuses dans les établissements travaillant pour la défense nationale qui prévoyait la réparation des dommages causés par « une fraction particulièrement dangereuse du matériel destiné à être mis, en vue des opérations de guerre, à la disposition de l'armée » [606].

2° La transformation par le juge des prescriptions des textes en standards formels :

88. *Parfois le juge forge de toutes pièces un standard pour la mise en œuvre de prescriptions textuelles n'en comportant pas.*

C'est le cas lorsque, pour relever qu'un loyer ne présente pas un caractère commercial et échappe donc aux articles 256 et 270 C.G.I. sur la taxe sur les prestations de service, le juge administratif considère qu'il s'agit d'un « loyer normal » par son montant et n'impliquant « aucune participation aux résultats » de la société locataire [607].

L'article 83 C.G.I. dispose que « le montant net du revenu imposable est déterminé en déduisant du montant brut des sommes payées et des avantages en nature accordés : ... 3°. Les frais inhérents à la fonction ou à l'emploi lorsqu'ils ne sont pas couverts par des allocations spéciales. La déduction à effectuer du chef des frais professionnels est calculée forfaitairement en fonction du revenu brut...; elle est fixée à 10 % du montant de ce revenu... Les intéressés sont également admis à justifier du montant de leurs frais réels ». Pour l'application de la dernière partie de ce texte, le juge a élaboré les notions de « distance normale » entre le lieu de travail et le domicile [608] et de « dépenses d'habillement excédant celles qui (correspondent) normalement au niveau de... revenus » du contribuable [609].

Le juge du contentieux des dommages de guerre a considéré que la notion de quantités de matières premières, produits finis et autres biens nécessaires « au fonctionnement pendant trois mois » d'une entreprise (art. 25, § 2, L. 28.X.1946) ne pouvait viser que « le fonctionnement normal correspondant à l'activité habituelle de l'établissement, abstraction faite des accroissements ou des diminutions d'activités provoqués par des causes exceptionnelles et temporaires » [610]. Plus audacieusement encore, il créa, pour légitimer les décisions ordonnant le reversement des indemnités accordées au titre des dommages de guerre, sur le fondement de la théorie de la répétition de l'indu, la notion d'erreur manifeste alors que l'article 72 de la loi du 28 octobre 1946 ne prévoyait que la fraude. Allant ici au-delà de la simple mise en forme du texte par l'utilisation d'un standard, il utilisait la technique du standard pour donner, par-delà la lettre, à l'esprit du texte sa pleine efficacité [611].

605. 28.III.1919, 329 (*G.A.J.A.* 154).
606. La thèse du parallélisme est démontrée *in* Bréchon-Moulènes, *op. cit.*, p. 218.
607. 3.III.1971, *Labrunye*, 180; 9.VII.1971, *Quitte*, 538; 13.III.1974, *Vénière*, 182.
608. 20.III.1970, 74.655, *X...*, 212; 16.I.1974, 87.784, *X...*, Tb. 963; 30.I.1974, 88.371, *Economie et Finances*, Tb. 963; 29.V.1974, 90.875, *X...*, Tb. 963.
609. 8.V.1970, 76.859, *X...*, 317; 4.II.1974, 91.961, *X...*, Tb. 963.
610. C.S.C.D.G. plén. 5.XII.1955, *Nicolai-Gasser, A.J.*, 1956.II.211 (obs. Poussière).
611. V. les comm. de Poussière sous C.S.C.D.G. plén. 29.X.1956, *Dudouit, A.J.*, 1957.II.191; et C.S.C.D.G. plén. 1.VII.1957, *Rouillon, A.J.*, 1957.II.427; C.S.C.D.G. plén. 7.X.1957, *Soc.*

Dans le contentieux traditionnel de la responsabilité pour dommages de travaux publics, il serait par contre excessif de citer l'exemple de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII : toujours scrupuleusement visé par le juge, il lui a permis de développer précocément en ce domaine la responsabilité de l'administration en un temps où le principe de l'irresponsabilité prévalait, mais son rôle a cependant été tout formel et il ne fait pas de doute que les standards, nombreux dans ce secteur de la jurisprudence, sont, plus que de simple interprétation de ce texte, de création exclusivement juridictionnelle.

89. *Plus souvent, le juge transforme des standards textuels en standards différents.*

Il peut agir ainsi pour deux raisons. En principe, le juge recherche une plus grande commodité de mise en œuvre; mais souvent, il n'y a dans ce phénomène qu'une illustration de la familiarité du juge avec ce mode d'expression du droit.

La création de la notion d' « acte de gestion normal » de la jurisprudence fiscale semble avoir répondu à la première raison. L'article 39 C.G.I. dispose que les dépenses ressortissant à la nature des frais et charges ne peuvent constituer des charges déductibles en vue de l'assiette de l'impôt sur le revenu frappant les B.I.C. ou de l'impôt sur les sociétés (car l'article 209 C.G.I. renvoie aux articles 34 à 45) que dans la mesure où ces dépenses ne sont pas « excessives » et si elles « ont été engagées dans l'intérêt direct de l'entreprise » [612]. Cette dernière notion d'intérêt n'est pas très maniable. Aussi le juge préfère-t-il recourir à celle d'acte de gestion normal, avec des variantes. Le juge pose avec réalisme que le « caractère insolite » d'un acte permet de conclure que ses mobiles sont autres que ceux qu'impliquerait la simple poursuite des intérêts de l'exploitation [613]. Il faudrait au juge mener une délicate analyse pour savoir si oui ou non une opération est conforme aux intérêts d'une entreprise. Au contraire, il n'y a pas besoin d'une réflexion approfondie, les choses étant ce qu'elles sont et les hommes n'étant pas, en affaires, le plus souvent, fervents pratiquants de la vertu théologale de charité, pour réputer acte de gestion anormal un prêt consenti à un tiers sans relations commerciales avec l'entreprise [614], ou un prêt sans intérêts à une autre entreprise [615], le non-recouvrement du prix d'une vente [616], les avances à fonds perdus à une autre entreprise [617], la dispense de commissions normalement dues et d'un loyer normalement exigible [618], le fait de se porter caution pour une entreprise sans lien avec la sienne propre [619], ou encore la décision de rembourser les intérêts d'emprunts contractés à titre personnel par le président-directeur général en vue d'aider une autre société [620].

Un schéma du même type peut s'observer dans la mise en œuvre de l'article 93-I relatif aux bénéfices des professions non-commerciales. Ce dernier dispose

« *Astoria* », *A.J.*, 1958.II.126; contruction reprise par le C.E. 16.VI.1965, *Sturdza*, 365; 13.VII.1965, *Mager*, 470; 13.X.1965, *Douïeb*, 514; 16.XI.1966, *Talaberd*, Tb. 1082; 3.IV.1968, *Jardillier*, Tb. 1088; 3.V.1968, *Soc. Beauregard, ibid.*

612. V. Delignières, *J.C.F.*, fsc. 235-2 (mai 1976).

613. L'expression est de M. Poussière, concl. 15.I.1965, 62.099, *D.F.*, 1970, n° 3 *bis*, 24.

614. 9.XII.1957, 37.769, *D.F.*, 1958, comm. 1246.

615. 7.XI.1963, 57.183, *D.F.*, 1963, comm. 1256; 29.V.1970, 67.221, *Soc. X...*, 367.

616. 19.X.1963, 45.986, cité par Poussière, concl. précit., p. 25.

617. 25.I.1965, 51.882, *C...*, Tb. 913; 28.X.1966, 62.099, Tb. 934.

618. 14.X.1966, 66.762, *Soc. X...*, Tb. 947.

619. 14.XI.1970, 77.214, *X...*, Tb. 1022, *D.F.*, 1972, comm. 849 (concl. Mehl).

620. 8.X.1975, 92.090, *X...*, Tb. 1002.

que « le bénéfice à retenir dans les bases de l'I.R.P.P. est constitué par l'excédent des recettes totales sur les dépenses nécessitées par l'exercice de la profession ». Le nécessaire est, on l'a dit, un standard. Mais le juge préfère lui adjoindre une autre notion, plus facile à appliquer. Il dispose par exemple qu'une opération donnée « n'était pas nécessaire pour l'exercice de la profession et faisait courir au sieur X... un risque anormal » [621]. L'emploi de « et » ne doit pas ici tromper : le schéma mis en œuvre est de type présomptif, le juge se fondant sur l'idée qu'une opération entraînant un risque anormal par rapport aux avantages escomptés ne saurait être nécessaire à l'exercice d'une profession; elle est par nature « étrangère à l'exercice normal » de cette profession comme l'expriment certaines décisions [622].

Le passage de la notion textuelle d'intérêt à un autre standard, déjà observé, se retrouve dans la mise en œuvre de l'article 63 du décret du 22 juillet 1967 qui autorise la création d'un cabinet secondaire de chirurgien-dentiste si l' « intérêt des malades l'exige », le juge ayant recours à la notion de « besoins de la population » [623].

Et il faudrait encore citer l'abandon de la « mauvaise foi » de l'article 1153 du Code civil pour le « mauvais vouloir manifeste » [624], ou, dans le contentieux de l'ouverture de cliniques ouvertes, celui de la notion d' « initiative privée... quantitativement ou qualitativement insuffisante » de l'article 25 *bis* du décret du 17 avril 1943, modifié par le décret du 28 juin 1955, pour celle de « satisfaction des besoins hospitaliers » [625].

D'autres exemples ne sont par contre que le signe de la virtuosité du juge administratif dans le maniement des standards. Ainsi lorsque, pour définir les provisions visées par l'article 39-1, 5°, C.G.I., il se réfère à l'expression visée au 1° du même article, « charge normale de l'exercice » et considère comme provisions déductibles des provisions faites en vue de réparations qui excèdent « notoirement les dépenses d'entretien entrant dans les charges annuelles et normales de l'entreprise » [626]. Ou lorsque, alors que l'article 39-1, 1°, C.G.I. vise la déduction de certaines charges pour la détermination des B.I.C. imposables et notamment des rémunérations, mais seulement si « elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu », le juge parle volontiers, entre autres formulations, de rémunérations atteignant « des montants manifestement exagérés » [627] ou de « rémunérations normales » [628] [629].

621. Paris, 31.V.1974, 2788/68, *X...*, 715; v. aussi 15.XI.1972, 83.132, *X...*, 730; S. 29.X.1971, 80.766, *X...*, 645.

622 3.I.1973, 83.240, *X...*, Tb. 964.

623. 8.XI.1972, *Ageron*, 720.

624. 20.XI.1963, *Finances c/ Bouzou, A.J.*, 1964.190 (obs. Moreau); S. 20.III.1974, *Soc. France-Reconstruction, A.J.*, 1974.325.

625. A. 11.I.1963, *Santé publique c/ Léonetti*, 21, *A.J.*, 1963.434 (obs. Paulin); S. 10.IV. 1964, *Clinique du Chablais*, 215.

626. 27.X.1965, 61.815, *Soc. X...*, Tb. 911, *A.J.*, 1965.115; v. aussi 13.V.1966, *Soc. X...*, 324; Strasbourg, 27.VI.1975, *Soc X...*, 734.

627. 12.XI.1975, *Finances c/ X...*, 566.

628. 21.I.1972, 80.374, *Soc. X...*, Tb. 1056; 9.VII.1971, *Soc. X...*, 526; 23.XII.1970, 79.432, *Soc X...*, 793.

629. Le juge ne se réfère ainsi que dans la moitié des arrêts à la lettre du texte; v. 15.X.1975, 90.414, *Soc. X...*, Tb. 1002; 2.VII.1975, 95.003, *X...*, Tb. 1001.

§ 2. — Les indices formels du standard : l'efficacité de la définition formelle.

1° Les formulations elliptiques du standard :

90. *Certaines formulations, dans lesquelles aucun standard n'apparaît, peuvent être dites formulations elliptiques du standard.*

Il s'agit donc d'expressions dans lesquelles l'absence de standard formel n'empêche pas le lecteur de la jurisprudence de se demander si un standard n'est pas en réalité utilisé implicitement. Un premier exemple, à propos duquel l'*imperatoria brevitas* du juge est souvent critiquée par la doctrine, peut être trouvé dans la jurisprudence du sursis à exécution. En réalité, il ne fait guère de doute que lorsque la Haute Assemblée statue dans la forme suivante :

> « Considérant que le préjudice dont se prévaut le sieur Konaté et qui résulterait pour lui de la poursuite de l'exécution de l'arrêté du 15 avril 1976 présente un caractère de nature à justifier le sursis à l'exécution de cette mesure; que l'un au moins des moyens invoqués par le requérant à l'appui du recours pour excès de pouvoir qu'il a présenté devant le tribunal administratif de Paris paraît de nature en l'état du dossier soumis au Conseil d'Etat, à justifier l'annulation de l'arrêté du 15 avril 1976 »,

elle n'est pas moins bien comprise par les juristes que lorsque, plus classiquement, elle dispose :

> « Considérant que d'une part l'exécution du décret en date du 19 novembre 1976, prononçant la dissolution du conseil municipal de Saint-Malo, risquerait d'entraîner des conséquences difficilement réparables; que, d'autre part, l'un au moins des moyens présentés par les requérants au soutien de leurs conclusions à fin de sursis présente un caractère sérieux. »630

Le juge administratif utilise en fait plus souvent la formulation elliptique que la formulation explicite 631. Or l'ellipse est toujours fondée sur l'emploi de la locution « de nature à » 632. Dans la mesure où cette dernière joue un grand rôle dans la jurisprudence administrative, n'est-il pas possible de voir en elle le signe de la formulation elliptique d'un standard ?

Cette hypothèse se vérifie dans un certain nombre de cas. Ainsi, lorsque la jurisprudence emploie l'expression « faute du service public de nature à engager la responsabilité de l'administration ». Dans la droite ligne de la jurisprudence *Blanco*, cette formule recouvre un standard qui complète celui de la

630. Successivement : A. 11.VI.1976, *Moussa Konaté*, 321, *A.J.*, 1976.586 (concl. Genevois); A. 23.XII.1976, *Perrault*, *A.J.*, 1977.161 (chron. Nauwelaers et Fabius).

631. Dans la jurisprudence récente : 11.VII.1973, *Gourmaud*, 483; 11.VII.1973, *Union régionale des coopératives d'élevage*, 498; S. 12.XII.1973, *Robinet*, 722; S. 8.II.1974, *Hedou*, 94; S. 15.III.1974, *Delaunoy*, 188; S. 20.III.1974, *Assoc. sauvegarde Saint-Martin-du-Touch*, 191; Marseille, 3.V.1974, *Cmne de Saint-Michel-Peyresq*, 698; S. 28.VI.1974, *Gallet*, 382; A. 23.VII.1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, 448; S. 23.VII.1974, *Sultan*, 458; S. 4.XII.1974, *Benoist*, 616; S. 13.XII.1974, *Assoc. « Défense de l'environnement »*, 631; Amiens, 17.XII.1974, *Desmettre*, 779; S. 3.I.1975, *S.C.I. « 21-23, rue Erlanger »*, 10; 19.III.1975, *Comité défense riverains de la Communauté urbaine de Lyon*, 206; 4.VII.1975, *Guemache*, 407; 3.XII.1975, *Ville d'Aix-en-Provence*, 629; A. 19.XII.1975, *Préfet de Paris c/ Marché Saint-Germain*, *A.J.*, 1976. 425 (concl. Franc); 7.VII.1976, *Znaty*, 350; 9.VII.1976, *Comité central d'entreprise de la B.N.P.*, 356; Caen, 1.VI.1976, 650; 5.V.1976, *Qualité de la vie c/ Grulet*, Tb. 1059; 17.XI.1976, *Industrie c/ Audibert-Blanc*, Tb. 1058; S. 28.X.1977, *Intérieur c/ Jungblut*, 412.

632. Sur cette locution, v. Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *L.J.C.E.*, p. 199.

faute en exprimant que celle-ci a le degré suffisant d'anormalité requis en la matière pour qu'il y ait responsabilité. Cela est plus particulièrement net dans les cas où « de nature à » remplace purement et simplement la qualification de la faute, lourde, grave, ou manifeste et de particulière gravité 633.

Le même raisonnement peut être esquissé à propos d'une expression (dans le cadre du contentieux de l'expropriation) du type « opération qui... présente une utilité de nature à justifier le recours à la procédure » 634. « De nature » remplace ici « suffisante ».

La fonction de substitution de l'expression « de nature à » est encore plus nette dans les formules du type « fait de nature à motiver » ou « à justifier une sanction » 635. Alors, c'est purement et simplement la notion de faute ou de fait fautif qui est occultée. De même, lorsque le juge vise des « souffrances de nature à justifier l'attribution d'une indemnité » 636, ne fait-il que reprendre, en l'atténuant, car il semble bien qu'aujourd'hui toute souffrance grave soit indemnisée, la formule antérieure qui se référait à des « souffrances exceptionnelles » 637. Lorsqu'il parle, dans le cadre du contentieux de la responsabilité du fait d'une décision légale, de « préjudice de nature à ouvrir droit à indemnité » 638, c'est à un préjudice grave ou anormal qu'il se réfère. De même, lorsqu'il vise des « modifications apportées à la circulation générale » qui « ne sont pas de nature à ouvrir droit à des dommages-intérêts » 639, faut-il entendre qu'il s'agit d'un préjudice non anormal, lorsqu'il prend en compte des « troubles de jouissance » occasionnés par un chantier « de nature à ouvrir droit à indemnité » 640, est-ce le trouble anormal qui est considéré, lorsqu'il se fonde, pour ne pas annuler l'interdiction de projeter un film, sur des « circonstances locales de nature à rendre la projection de ce film préjudiciable à l'ordre public » 641, entend-il par là des circonstances particulières, spéciales, exceptionnelles, anormales, lorsqu'un inconvénient, vu l' « importance que présente » une opération, « n'est pas de nature à lui

633. « De nature » remplace parfois manifeste : 4.XI.1955, *Déptnt du Rhône*, *A.J.*, 1955. II.454; parfois lourde : 29.III.1963, *Armées c/ Benacer*, 222 (cette espèce est classée à faute lourde, Tb. 983); 29.XI.1963, *Ecarot*, *A.J.*, 1964.189; Grenoble, 14.X.1964, *Franchi*, *A.J.*, 1965.173; 31.III.1965, *Peydessus*, 213; Marseille, 21.XI.1969, *Polveda*, 666; il semble cependant que, pour la majorité des cas, il faille se rallier au point de vue exprimé par le président Odent, *op. cit.*, fsc. 4, p. 1102, selon lequel la « faute de nature à » signifie normalement faute simple; v. aussi S. 25.III.1966, *Soc. « Les films Marceau »*, *A.J.*, 1966.256 (concl. Rigaud); 10.V.1974, *Cmne de Thusy*, 277; 12.V.1976, *Leduc*, 252; 19.V.1976, *Centre hospitalier de Poitiers*, 266; 26.V.1976, *Soc. normande de construction*, 275; 23.VI.1976, *Finances c/ Coopérative des céréales de Saint-Sauveur*, 324; 6.X.1976, *Agriculture c/ Guinard*, 392; 6.X. 1976, *Soc. clinique de la Maison Rose*, 397; 13.X.1976, *Rossel-Calva*, 409.

634. 10.I.1958, *Bô*, *A.J.*, 1958.II.128.

635. 20.X.1961, *Dutot*, *A.J.*, 1962.188; 22.V.1963, *Nordmann*, Tb. 822; 24.III.1971, *Uhart*, *A.J.*, 1972.119; 18.V.1973, *Massot*, 360; 12.XI.1975, *Teboul*, 564.

636. 17.I.1962, *Soria*, *A.J.*, 1962.382 (obs. Luce); S. 23.III.1962, *Caisse régionale de S.S. de Normandie*, 211, *A.J.*, 1962.316; 4.I.1964, *Déptnt du Nord*, *A.J.*, 1964.507; 25.VI.1965, *Peyre*, *A.J.*, 1966.58; 27.X.1965, *Armées c/ Kankowsky*, *A.J.*, 1966.56 (chron. Puissochet et Lecat); 12.XI.1965, *Joinville*, *A.J.*, 1966.57; 17.XI.1965, *Caisse primaire de S.S. de la région parisienne*, *A.J.*, 1966.56; S. 28.IV.1967, *Lafont*, 382, *A.J.*, 1967.306.

637. 17.VIII.1945, *Etat c/ Chabrand*, 184; 30.X.1946, *Peyrie*, 250; 11.VII.1947, *Salgues*, 315.

638. 13.II.1963, *Cie d'assurance l'Union*, 87.

639. 13.II.1924, *P.L.M.*, 178; 14.VI.1944, *Bonnin*, 171; 26.V.1965, *Travaux publics c/ Tebaldini*, 305 (concl. Braibant), *A.J.*, 1965.376 (chron. Puybasset et Puissochet); 22.XII.1965, *Bertrand*, 712; 1.III.1968, *Croissant*, 157; S. 2.VI.1972, *Soc. bateaux Côte d'Emeraude*, 414, *A.J.*, 1972.357 (chron. Labetoulle et Cabanes), *R.D.P.*, 1973.497 (n. Waline); 6.X.1972, *Vescio*, Tb. 1252; 29.V.1974, *Aménagement du territoire c/ Piar*, Tb. 1143; 16.X.1974, *Brosserie*, Tb. 1203; 26.V.1976, *Moreau*, *D.A.*, 1976, n° 245.

640. 29.V.1968, *Entrep. Moinon*, 344, *A.J.*, 1968.601; v. aussi S. 15.XI.1976, *District urbain de Reims*, 421.

641. 15.I.1965, *Soc. « Films Marceau »*, Tb. 863; A. 19.IV.1963, *Ville de Saverne*, *A.J.*, 1963.375; même jour, *Soc. des Films Marceau*, *A.J.*, 1963.374.

retirer son caractère d'utilité publique » [642], cela veut-il simplement dire qu'il n'est pas excessif, qu'il n'y a pas disproportion entre les avantages et les inconvénients de l'opération. On peut même penser que lorsque le juge estime qu'un requérant n'a pas apporté « un commencement de preuve de nature à étayer ses affirmations », l'expression « de nature à étayer » recouvre un standard comme « convaincant » [643].

En fait, cette concomitance de l'expression « de nature à » et de la présence certaine quoi qu'implicite d'un standard ne doit pas égarer. « De nature à », comme « susceptible de » qui est aussi assez souvent utilisé [644], ou encore comme « un caractère qui justifie » [645], toutes expressions équivalentes, n'est pas le révélateur nécessaire d'un standard. Il ne fait qu'occulter une qualification en la définissant le plus souvent par ses effets de droit. Cette qualification peut bien sûr avoir recours à un standard, mais ce n'est pas toujours le cas [646].

Notons enfin que, dans nombre de cas, « de nature à » ne se trouve pas dans une formulation elliptique. La locution n'a alors pour fonction, une qualification exprimée par un standard étant posée, que de contribuer à développer ses effets de droit. Ainsi lorsque le juge vise un « cas de force majeure de nature à exonérer les contrevenants de leur responsabilité » [647], une « faute lourde seule de nature à engager la responsabilité » de l'administration [648], une « faute professionnelle de nature à motiver une sanction » [649]; tout au plus pourrait-on ajouter pour ce dernier exemple que l'évolution du juge vers un certain contrôle de l'adéquation de la sanction à la faute est susceptible de donner un rôle de standard à la locution qui remplacerait alors « suffisante pour ».

Parfois, enfin, « de nature à » introduit la qualification elle-même sans y ajouter quoi que ce soit. Ainsi lorsque le juge administratif parle du « caractère d'un établissement dont l'exploitation était de nature à porter atteinte à la moralité publique » ne dit-il rien que n'exprimerait la formule plus concise : « établissement portant atteinte à la moralité publique » [650].

« De nature à » est ainsi un indice mais un indice incertain de la présence d'un standard qu'il faut utiliser avec précautions, mais qui a le mérite, dans la nécessaire lecture cursive que l'on fait des espèces dans le dépouillement systématique de la jurisprudence, d'attirer l'attention. D'autres indices sont à cet égard plus sûrs et peuvent de ce fait être considérés comme de véritable indices formels du standard.

642. 1.VI.1973, *Abraham*, 384.
643. A. 28.V.1976, *Centre technique des conserves de produits agricoles*, 283; 27.X.1976, 93.189, *X...*, 448.
644. V. par exemple 30.V.1973, *Travail c/ Caisse d'épargne de Bordeaux*, 385; 30.V.1952, *Défense c/ Soc. méridionale du bâtiment*, Tb. 774; 23.VI.1976, *Grpnt de réalisations économiques*, Tb. 1058.
645. S. 1.X.1966, *Union des chbres synd. d'affichage et de publicité, A.J.*, 1967.305; ou « caractère de nature à justifier » : 5.V.1976, *Qualité de la vie c/ Soc. Grulet*, Tb. 1059.
646. V. ainsi, à propos de la notion d'acte de nature à faire grief, qui pourrait fonctionner, mais ne fonctionne pas comme un standard : 12.VII.1955, *Laidet, A.J.*, 1956.II.156; 30.V.1973, *Brasilier*, 385; même jour, *Travail c/ Caisse d'épargne de Bordeaux*, 385; v. aussi 5.V.1976, *Adolphe*, 241; 4.VI.1976, *Assoc. des viticulteurs de la Côte-d'Or*, 298; S. 23.VII.1976, *Travail c/ Union de recouvrement des cotisations de S.S.*, 362; 1.X.1976, *Intérieur c/ Le Saicherre*, 387; S. 8.X.1976, *Le Blant*, 399 (ces dernières espèces intéressent la formule fait « de nature à entâcher d'illégalité » un acte administratif; l'illégalité n'est pas nécessairement un standard); v. enfin, dans des domaines divers : 7.I.1976, *Ville d'Amiens*, 11; S. 21.V.1976, 94.052; *X...*, 4.VI.1976, 99.830, *Soc. X...*, 296; A. 28.V.1976, 93.595, *X...*, 286; 13.X.1976, *Féd. autonome de l'aviation civile*, 404; 23.VII.1976, *Kerouanton*, 364.
647. 18.VI.1956, *Gresset, A.J.*, 1956.II.132.
648. 12.V.1976, *Cie d'assurances Zurich*, 247.
649. 9.I.1963, *Soc. Charnoz, A.J.*, 1963.362; v. aussi « faute de nature à justifier légalement une sanction disciplinaire » (1.X.1976, *Soucasse*, 386), faits n'étant pas « constitutifs de l'une des infractions visées » et donc n'étant « pas de nature à justifier légalement une suspension du permis de conduire » (A. 5.V.1976, *Lerquemain*, 229).
650. 18.V.1973, *Intérieur c/ Navarro*, 360; v. aussi 20.X.1976, *Greenberg*, 429.

2° Les indices formels du standard :

91. *Certaines formulations dans lesquelles aucun standard n'apparaît constituent cependant de véritables indices formels du standard.*

Les expressions construites en « ne pouvoir » ou « pouvoir » sont toujours l'indice d'un standard. Elles sont en fait la mise en œuvre d'une présomption irréfragable de normalité. L'homme normal « ne peut ignorer » toute une série de situations. Il ne pouvait ignorer, en achetant au début du siècle une maison donnant sur une voie ferrée, que le trafic du chemin de fer était susceptible de s'accroître [651]; au contraire, en achetant une maison sur une rivière, il « ne pouvait s'attendre » à ce que celle-ci atteigne un degré considérable de pollution [652]; il ne peut ignorer que l'accès d'un champ de tir est défendu [653]; l'ingénieur prudent « ne pouvait ignorer » le fait que le coût de son projet excédait de beaucoup les moyens d'une commune [654]; l'architecte normal ne « pouvait ignorer » un texte fixant les honoraires maximums [655]; le carrier prudent « ne pouvait ignorer le danger auquel il s'exposait en travaillant sans lunettes » [656]; la banque raisonnablement méfiante peut croire que les chiffres des créances d'un entrepreneur sur une administration, donnés par celle-ci même, sont justes [657]; l'usager normal de la voie publique qui passe régulièrement près d'un obstacle « ne peut ignorer » son existence et son danger, qu'il s'agisse d'un canal [658], d'un escalier [659], d'un passage [660], d'un fossé [661], de travaux [662], d'un tas de gravier [663], d'une tranchée [664], d'une dénivellation [665], de trous profonds [666]; il « peut s'attendre » à certains risques lorsqu'il voit certains signaux [667]; l'usager de la voie publique voisin de travaux publics peut par contre en ignorer la présence le lendemain de leur début [668]; une mère ne peut pas ignorer les dangers que présente la voie publique pour un jeune enfant [669]; les habitués d'une plage « ne pouvaient ignorer » ses dangers [670], le cocontractant raisonnable « n'a pas pu ne pas faire entrer dans ses prévi-

651. 5.VI.1918, *Cousteix*, 540.
652. S. 15.X.1976, *District urbain de Reims*, 421.
653. 26.I.1923, *Nautret*, 95.
654. 13.IV.1945, *Cmne de Thierville*, 74.
655. 26.VII.1944, *A.T., A.J.*, 1947.274; 18.VI.1952, *Ali Tur*, 322; la jurisprudence des renseignements erronés, des attitudes équivoques et des promesses non tenues de l'administration donne lieu à de nombreuses applications de la formule : 21.XII.1951, *Feiz-Karam*, 612; 23.I.1952, *Cmne de Saint-Rémy*, 49; 22.V.1958, *Anciens combattants c/ Caisse de S.S.*, 291; 26.II.1964, *Finances c/ Soc. étab. Mille-Frohlich*, 139.
656. 26.I.1938, *Cmne de Beuzec*, 94.
657. 25.II.1944, *Soc. Pommier*, 69.
658. 30.I.1929, *Ville de Marseille*, 127.
659. 19.V.1936, *Ville de Fréjus*, 581.
660. 29.XII.1944, *Cmne de Sens-de-Bretagne*, 335.
661. 11.VI.1947, *Travaux publics c/ Gerbe*, 257.
662. 5.V.1954, *Coronel*, 252.
663. 13.XI.1964, *Ville de Marseille c/ Dor, A.J.*, 1965.311.
664. 12.II.1975, *Lussagnet*, Tb. 1302.
665. Lille, 9.I.1959, *Lecouffe, A.J.*, 1959.II.93.
666. A. 14.II.1975, *Vimart*, 111.
667. 8.XI.1961, *Aubert, A.J.*, 1962.463.
668. 29.X.1956, *Pottier*, 395.
669. 27.XI.1957, *Soc. d'études et d'entrep. de T.P.*, 646.
670. S. 23.V.1958, *Amoudruz*, 301.

sions » certaines hausses des prix [671]; le fonctionnaire ordinaire « n'a pas pu ignorer » que des actes manifestement illégaux et compromettant gravement le service public présentaient effectivement ces caractères [672]; des services du ravitaillement fonctionnant correctement ne peuvent ignorer, en ordonnant des expéditions de poisson sur Paris en plein juillet, les risques que ces envois encourront du fait de la moindre clientèle et de la grosse chaleur [673]; un ingénieur des Ponts et Chaussées chargé de faire circuler un convoi exceptionnel « ne pouvait ignorer ni les caractéristiques du convoi » ni celles d'un pont qui s'est effondré à son passage [674]; un jeune garçon dûment averti ne pouvait ignorer le danger encouru à manier des explosifs [675]; un maire ne peut ignorer le danger créé par une ligne à haute tension pour des voiliers appelés à passer dessous [676]; le voisin d'une telle ligne ne peut davantage ignorer le danger qu'il y a à l'arroser [677], l'administration, par contre, « ne pouvait qu'ignorer » la présence de cavernes souterraines multiséculaires en installant une voie [678]; la gravité de certains vices de construction peut ne pas apparaître à un maître de l'ouvrage suffisamment attentif s'ils lui sont cachés [679]; le juge normal lui-même « ne peut regarder » certains faits « que comme révélant une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service » [680].

Bien souvent, le juge confirme l'hypothèse retenue en visant des « sujétions dépassant celles auxquelles » le cocontractant « pouvait normalement s'attendre » [681], des risques auxquels les usagers de la voie publique « pouvaient normalement s'attendre » [682], une attitude ambiguë de l'administration à la suite de laquelle le particulier « a pu légitimement penser » que son intention était d'agir en un certain sens, alors que ce n'était pas le cas [683]; ou lorsqu'il est dit qu'un particulier « a pu légitimement ignorer le danger présenté même à une certaine distance par des câbles électriques » [684], qu'il y a des risques qu'un particulier induit en erreur par l'administration « ne pouvait raisonnablement ignorer » [685], qu'il y a des « événements exceptionnels et anormaux » qui n'ont « pu entrer raisonnablement dans les prévisions des parties » [686], qu'un « ministre n'a pu, faute d'avoir disposé d'un délai suffisant, présenter ses observations » [687].

« *Savoir* » au conditionnel négatif a un sens proche de pouvoir et de ce fait l'expression classique de la jurisprudence selon laquelle un fait « ne saurait être regardé comme » impliquant telle ou telle qualification renvoie clairement à l'idée de juge normal. Ainsi dans la formule : défectuosité qui « ne saurait être

671. 24.VI.1936, *Soc. entrep. de Gobertange*, 697; V. aussi 19.X.1949, *P.T.T., R.D.P.*, 1952. 198; Cons. préfect. Lille, 19.I.1950, *Soc. des eaux de Berck, A.J.T.*, 1950.209; Lille, 28.I.1975, *Soc. europ. de patinoires*, 683; un fait qui « ne pouvait échapper » n'était pas « une sujétion imprévisible » (28.III.1962, *Soc. d'études et de répartition d'Indre-et-Loire*, Tb. 1020); une société ne peut ignorer les aléas que comportent les contrats d'armement passés avec des pays étrangers (A. 29.VI.1962, *Soc. Manurhin*, 432).
672. S. 10.XI.1944, *Langneur*, 288.
673. 9.II.1951, *Grpnt des mareyeurs de Fécamp, R.D.P.*, 1951.1159.
674. 4.V.1962, *Travaux publics c/ Soc. Fruchaud*, Tb. 1103.
675. 22.I.1969, *Perez*, 38.
676. 28.V.1971, *Cmne de Châtelaudren*, 400.
677. 13.XII.1972, *E.D.F., C.J.E.G.*, 1973, jurisp. 89.
678. 19.V.1965, *Lenfant*, 290.
679. 17.I.1973, *S.A. « Entrep. Saudemont »*, 43.
680. 23.II.1962, *Meier*, 122; 19.V.1976, *C.H.R. Poitiers*, 266.
681. 19.V.1943, *Caisse des dépôts et consignations*, 126.
682. 29.XI.1961, *Déptnt des Bouches-du-Rhône, A.J.*, 1962.384.
683. 23.I.1952, *Cmne de Saint-Rémy*, 49.
684. 14.XI.1973, *E.D.F. c/ Leynaert*, 646.
685. 12.III.1954, *Weickert*, 152; v. aussi 11.V.1956, *Soc. Lesieur Afrique*, 194.
686. S. 23.I.1959, *Cmne d'Huez*, 67.
687. 23.IV.1975, *Aménagement du territoire c/ Pradier*, Tb. 1203.

regardée comme provenant d'un défaut d'entretien normal de la voie publique » [688].

Il n'est pas difficile de comprendre que « *devoir* » joue le même rôle que « pouvoir », le devoir n'étant, sauf cas de prescription précise, que l'expression de l'obligation mesurée à l'étalon de l'homme normal dans une situation donnée. Ainsi l'emploi du verbe devoir recèle-t-il un standard lorsque le juge estime que les fondateurs d'une société « auraient dû prendre les précautions utiles » en achetant un terrain et notamment prendre connaissance du plan d'aménagement [689], que les services du ravitaillement « devaient prévoir » les contraintes particulières pesant sur l'écoulement des produits de la pêche en été [690], que des pluies abondantes « devaient faire prévoir et donc pallier le danger » causé par des dépôts d'argile le long d'une route [691], qu'une ville « aurait dû prévoir » l'insuffisance de canalisations d'évacuation des eaux [692], qu'une disposition législative « doit être entendue » dans un sens donné [693], que le « voisin » d'une carrière « aurait dû savoir qu'en approchant » une pelle mécanique « de l'excavation, il effectuait une manœuvre dangereuse » [694]. Là encore, on a confirmation par le juge lui-même du sens réel de ces formules lorsqu'il considère par exemple qu'une société, dans le cadre d'un marché, « devait normalement envisager l'éventualité » de telle ou telle mesure [695] ou que des « permissionnaires (de voirie) devaient s'attendre à supporter les conséquences (d'un) travail normal de viabilité » [696].

Une autre locution doit être interprétée comme indice certain d'un standard : « *il appartient* ». Ainsi lorsque le juge dispose, par exemple, qu' « il appartenait au requérant de contrôler l'exactitude » d'un renseignement administratif [697] ou qu'il est des risques sur la route « contre lesquels il appartenait (aux usagers) de se prémunir » [698], ou « qu'il appartenait aux architectes de prévoir » un fait donné [699] ou encore qu' « il appartenait à une commune de prendre certaines mesures » pour faire disparaître un danger [700], fait-il référence à un requérant, à un usager, à un architecte, à un administrateur normaux pris comme types de référence.

On retiendra enfin l'emploi plus rare d'une locution synonyme : « *il incombait* » [701].

Ainsi dispose-t-on là, sans que l'on puisse être certain d'être exhaustif, de quelques outils précieux, puisqu'ils sont les indices sûrs de la présence d'un standard à l'exception des cas où, ne renvoyant pas à l'obligation générale de comportement normal qui pèse sur toute activité, ils se réfèrent à une obligation

688. 22.I.1930, *Ménard*, 92; 29.XI.1933, *Travaux publics c/ Pergola*, 1116; 3.VII.1935, *Préfet de Meurthe-et-Moselle c/ Weber*, 764; 2.XI.1938, *Travaux publics c/ Cie de navigation Havre-Paris-Lyon-Marseille*, 824; 18.XII.1942, *Peyrelon*, 354; 15.VII.1957, *Bouffala, A.J.*, 1957.II.377; S. 23.VI.1967, *Soc. Dieppedalle-Leprévost*, 278, *A.J.*, 1967.618 (concl. Bertrand).
689. 4.III.1949, *Soc. stadium de Paris*, 113.
690. 9.II.1951, *Grpnt des mareyeurs de Fécamp, R.D.P.*, 1951.1159.
691. Lille, 31.III.1958, *Franchomme, A.J.*, 1958.II.190.
692. Lyon, 8.I.1960, *Couturier, A.J.*, 1960.II.70.
693. S. 15.X.1965, *Union fédérale des magistrats*, 515.
694. 10.V.1974, *Cmne de Thusy*, 277.
695. A. 29.VI.1962, *Soc. « Manurhin »*, 432.
696. 8.III.1935, *Ville de Nantes, R.D.P.*, 1935.613.
697. 15.VI.1923, *Fellus*, 496.
698. 20.X.1961, *Travaux publics c/ Schaechtelin, A.J.*, 1962.194; v. aussi 25.II.1953, *Fagard, R.D.P.*, 1953.1087; 16.V.1958, *Vinceni, A.J.*, 1958.II.292; 11.X.1963, *Ravier, A.J.*, 1964.119; 19.X.1963, *Bouchet, A.J.*, 1964.119.
699. 5.III.1969, *de Richemont, A.J.*, 1969.313.
700. 14.III.1969, *Ville de Perpignan, A.J.*, 1969.711.
701. 9.X.1957, *S.N.C.F. c/ Bordier, A.J.*, 1957.II.411.

précise. Mais, dans la jurisprudence administrative, ces cas sont les moins nombreux et, au demeurant, aucune confusion n'est possible.

92. *Conclusion de la section.*

Le renouvellement des définitions classiques donne ainsi des résultats inégaux. La définition matérielle, mesure en termes de normalité, semble véritablement opératoire. Par contre, la définition organique du standard comme mode de formulation spécifiquement jurisprudentiel de la norme ne progresse pas assez pour avoir une efficacité réelle dans tous les cas, et sa définition formelle, pour avoir vu son utilité pratique accrue par la mise en évidence d'indices assez sûrs, ne parvient pas à résorber tout à fait l'existence d'une catégorie assez large de standards implicites dont nous verrons ici et là quelques exemples.

93. *Conclusion du chapitre II : une définition de la notion de standard.*

Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, dans la double acception de ce terme.

Le standard présente trois caractéristiques fonctionnelles essentielles dont il n'a d'ailleurs pas nécessairement l'exclusivité :

— Il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière;
— Il assure trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation;
— Il permet une régularisation permanente du système juridique.

94. *Conclusion du titre I^er^ : standard et directive.*

Directive nous était apparue comme une mauvaise traduction du concept standard. Ce terme peut néanmoins jouer un rôle — Hauriou nous y invitait, encore que de façon particulière — dans toute théorie du standard, à condition d'être soigneusement précisé et distingué de ses autres emplois.

Ces autres emplois sont aujourd'hui principalement au nombre de deux : on parle de directive dans le droit des communautés européennes et dans le cadre d'une théorie jurisprudentielle récente qui appelle un jugement nuancé.

L'article 189 du traité de la C.E.E. et l'article 161 du traité de la C.E.E.A. caractérisent la directive par trois éléments : elle fixe un « résultat à atteindre »; elle « lie » de ce point de vue son destinataire et est donc obligatoire; mais celui-ci conserve intacte sa compétence « quant à la forme et aux moyens » les plus adéquats pour parvenir au résultat ainsi fixé [702]. Selon l'heureuse formulation de M. Delvolvé, les directives communautaires « permettent de faire participer les Etats membres à la mise en œuvre de normes déterminées par les

702. V. Catalano, *Manuel de droit des communautés européennes*, 2e éd., 1965, pp. 135 ss.; Cartou, *Communautés européennes*, 6e éd., 1979, pp. 137 ss.; Boulouis, « Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : les directives », *Recueil Eisenmann*, pp. 193 ss.

organes de la communauté; elles laissent une initiative aux Etats pour l'adoption de mesures d'exécution tout en assurant l'autorité de la norme communautaire » [703]. On retrouve ici la définition fonctionnelle — organique du standard : la directive européenne, comme le standard textuel, est un mode de délégation du pouvoir; l'autorité investie du pouvoir normatif que nous appellerons originaire choisit de le vider d'une part de sa substance au profit d'une autorité subordonnée. On concevra néanmoins que le rapprochement ne saurait être poussé trop loin sans artifice. Si les standards textuels ici étudiés et même d'une certaine manière les standards jurisprudentiels [704] entrent dans la catégorie directive ainsi entendue, celle-ci demeure beaucoup plus large, ne connaissant pas de principe limitatif du même ordre d'un point de vue matériel.

Quant à la jurisprudence *Crédit foncier de France*, ses points de rapprochement et de divergence avec la directive européenne ont été par ailleurs excellemment mis en évidence [705, 705 *bis*]. Il apparaît qu'elle traduit assez bien la conception qu'a élaborée Hauriou de la notion de directive comme autolimitation du pouvoir discrétionnaire. La directive est adoptée le plus souvent par une autorité administrative investie d'un pouvoir de prendre des décisions individuelles [706]. Lorsqu'elle est adoptée par une autorité supérieure qui l'adresse à une autorité subordonnée, la perspective n'est en fait pas très différente [707]. Dans tous les cas, il y a, selon la formule du commissaire du gouvernement Bertrand, « une sorte de codification des motifs susceptibles d'être invoqués par l'autorité » [708]. Il est impossible ici de se livrer à la critique de cette théorie qui remet en fait en cause les principes classiques afférents à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et dont les avantages ne sauraient masquer certains graves inconvénients en dépit de la subtilité des progrès en ce domaine du contrôle contentieux [708 *bis*]. Mais, pour s'en tenir à la perspective qui est celle de cette étude, il apparaît que la directive nouveau style est une notion distincte de celle du standard. Tout d'abord, elle n'est pas une disposition souple mais le plus souvent elle consiste effectivement en une codification assez précise des motifs quitte à ce que l'examen des faits de l'affaire amène l'administrateur, retrouvant dans la plénitude de son exercice habituel son pouvoir discrétionnaire, à la transgresser. Deuxième trait distinctif : si le standard est une formulation de la norme, la directive de la jurisprudence *Crédit foncier de France* ne saurait être en aucun cas considérée comme une norme; elle est une *infra*-norme dans une *infra*-forme, un « hybride dont la nature est imprécise, dont les effets sont contestés par le Conseil d'Etat, mais se

703. « La notion de directive », *A.J.*, 1974, pp. 459 ss.
704. Et en effet on peut considérer que lorsque l'autorité qui pose le standard est celle qui doit le mettre en œuvre, cette technique que nous avons appelée de réservation du pouvoir, est d'une certaine manière une technique de délégation de cette autorité en tant qu'autorité normative à elle-même en tant qu'autorité d'exécution.
705. V. les études précitées de MM. Boulouis et Delvolvé; et Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *A.J.D.A.*, 1978, pp.363 ss.; Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, 1977, pp. 194 ss.; parmi les précurseurs, en dehors d'Hauriou, art. précit., il faudrait citer Debelmas, *op. cit.*, pp. 74 ss.
705 *bis*. V. la récente thèse de M. Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, Paris, 1978.
706. 29.VI.1973, *Soc. Géa*, 453, *D.* 1974.II.141 (n. Durupty), *A.J.*, 1974.587 (n. Viet), *R.D.P.*, 1974.547 (n. Waline).
707. 11.XII.1970, *Crédit foncier de France*, 750 (concl. Bertrand), *D.*, 1971.II.674 (n. Loschak), *R.D.P.*, 1971.1224 (n. Waline), *J.C.P.*, 1972.II.17232 (n. Fromont) (*G.A.J.A.* 551).
708. Concl. précit.
708 *bis*. V. par ex. 18.XI.1977, *S.A. Entrep. Marchand*, *A.J.*, 1978, p. 654, n. Mesnard. Sur les principes classiques d'exercice du pouvoir discrétionnaire, v. Odent, *op. cit.*, fasc. 6, p. 1533.

produisent cependant dans une semi-clandestinité » selon l'expression de M. Waline 709, 710.

C'est donc dans un tout autre sens, beaucoup plus élémentaire, que le terme directive sera compris dans les pages qui suivent. *Nous entendrons par directive toutes les propositions qui sont le fruit de la décomposition d'une norme peu déterminée en une série de prescriptions précises valables chacune pour un type de situation donné.* Ainsi le standard d'entretien normal de la chaussée a-t-il, par exemple, entre autres directives, celle qui dispose qu'un trou de plus de 5 centimètres de profondeur constitue un défaut d'entretien normal. La directive est l'instrument nécessaire de la réalisabilité des normes *a priori* peu déterminées, selon l'expression de Ihering. Elle peut être textuelle à propos d'une norme textuelle (car il arrive qu'après avoir posé une norme peu précise les textes procèdent pour la définir, par exemple, par énumération), ou jurisprudentielle à propos d'une norme textuelle ou jurisprudentielle à propos d'une norme jurisprudentielle (ainsi l'exemple ci-dessus du défaut d'entretien normal). Elle peut être explicite ou implicite, et alors c'est à la doctrine, au fil des espèces, de la dégager.

Cette acception n'est pas le moins du monde nouvelle et elle est adoptée par nombre d'administrativistes 711.

L'étude de la technique du standard étant essentiellement, on le verra, celle de sa pratique, le jeu des directives y revêt naturellement une importance considérable.

709. Note précitée.

710. Il faut toutefois mentionner une réforme récente qui retire une partie de son caractère choquant au procédé. L'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 « portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public » assujettit l'administration à une « publication régulière » des directives (v. Laubadère, « Chronique générale de législation », *A.J.*, 1978, p. 498).

711. V. Dubouis, *op. cit.*, p. 45; Gaudemet, *op. cit.*, p. 36; Moreau, *op. cit.*, pp. 108 et 125; Odent, *op. cit.*, fsc. 4, p. 1117.

TITRE II

LE CHAMP D'APPLICATION DE LA NOTION DE STANDARD DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

95. *Introduction.*

Même délimitée aussi rigoureusement que possible, la notion de standard apparaît foisonnante. Il n'est pas inutile d'ordonner cette matière, de préciser les modalités de son déploiement. Celles-ci peuvent être abordées d'un double point de vue. D'un point de vue intrinsèque, une articulation plus méthodique de la notion s'avère indispensable. D'un point de vue extrinsèque, puisqu'enfin, si le standard n'est pas exclusivement, il demeure cependant esssentiellement une technique du droit jurisprudentiel, il faut s'interroger sur la place qu'il occupe au sein du pouvoir normatif que l'on s'accorde aujourd'hui à reconnaître au juge.

CHAPITRE PREMIER

ESSAI DE TYPOLOGIE DES STANDARDS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

96. *Introduction.*

Nous disposons déjà de certaines typologies. Une typologie organique fondée sur la distinction des standards jurisprudentiels et des standards de la jurisprudence. Une typologie formelle fondée sur le caractère implicite ou non et plus ou moins implicite du standard. Une typologie matérielle élémentaire fondée sur le caractère plus ou moins pur de l'expression de l'idée de normalité selon les standards.

Il semble qu'il n'y ait pas beaucoup à glaner dans la recherche d'une typologie fonctionnelle : tous les standards ont, on l'a dit, les mêmes caractéristiques fonctionnelles *a priori*. Bien sûr, certains standards ont une fonction de régularisation plus exclusive : mais une fois cela montré, il n'y a guère à ajouter. Bien sûr, certaines fonctions rhétoriques des standards sont en principe mieux assurées par ceux qui expriment le plus directement l'idée de normalité avec ce qu'elle comporte de contraignant pour l'esprit. Mais même les indices de standard ont cette force : « de nature à », « ne pouvoir », « devoir » sont chargés du même potentiel, on serait tenté de dire de « terreur logique »; comme les cris, indissociables des arts martiaux, ils visent à frapper de stupeur un adversaire éventuel que des propositions parées des atours de l'évidence ne peuvent qu'intimider. Bien sûr encore, au gré de la pratique, les caractéristiques fonctionnelles analysées peuvent s'infléchir : le standard jurisprudentiel n'est ainsi une technique de réservation du pouvoir que dans la mesure où le juge évite d'engluer ce que nous appellerons plus loin sa capacité de libre modélisation juridique dans un réseau serré de directives d'application quasi-automatique.

En réalité, il n'est pas certain qu'il ait dans tous les cas, et la clef de la question qui vient d'être soulevée ne peut se trouver que dans une typologie matérielle, la même marge d'initiative. Il y a une échelle d'indétermination *a priori* des standards qui influe directement sur le pouvoir effectif de l'autorité d'application.

Il peut être utile aussi d'approfondir le clivage déjà souligné entre deux notions du standard : clivage tenu pour relatif, puisqu'il n'a pas empêché de parvenir à une définition unitaire. Mais on a toujours intérêt à distinguer tout ce qui peut l'être, et, dans cette perspective, il apparaîtra utile de marquer les domaines respectifs de ce que nous appellerons standards de pure administration du droit et standards de fond. Associée à d'autres, cette typologie prendra place au rang des typologies contentieuses.

SECTION I

LES TYPOLOGIES MATERIELLES

97. *Introduction.*

Puisque reprendre chaque standard identifié pour saisir quelle idée spécifique s'associe à la normalité, toujours présente, pour le constituer ne pourrait pas apporter d'enseignements très nouveaux par rapport à la liste déjà donnée, la principale typologie matérielle envisageable apparaît être celle qui prendrait en compte la dualité, déjà esquissée, de la notion de normalité. La normalité peut être, avec une gamme infinie de nuances et de situations de transition, ce qui est ou ce qui doit être. Et de ce fait, il peut y avoir des standards plutôt dogmatiques et des standards plutôt descriptifs. La lecture de la jurisprudence montre par ailleurs qu'il y a des standards assez étroitement quantifiés parce qu'ils mesurent en termes de normalité des comportements ou des situations éminemment chiffrables. En fait, du point de vue d'une typologie des standards, ce n'est pas tant le fait de savoir s'ils sont quantifiés que celui de savoir s'ils sont quantifiables qui est intéressant, le passage de la quantifiabilité à la quantification effective devant être réservé pour l'étude des politiques jurisprudentielles que mène le juge [1].

Standards dogmatiques et standards descriptifs, standards quantifiables et standards non quantifiables : il y a là la matrice d'une échelle d'indétermination des standards qui permettra certaines considérations générales sur les pouvoirs *a priori* du juge selon la nature des standards qu'il emploie.

SOUS-SECTION I

Classification des standards en fonction de leur quantifiabilité et de leur dogmatisme.

§ 1. — Standards quantifiables et standards non quantifiables

1° LES STANDARDS QUANTIFIABLES :

98. *Le caractère fondamental de la question de la quantifiabilité des standards.*

Il y a des pages très denses de Rudolf von Ihering sur la relation complexe qu'entretiennent les chiffres et le droit. A leur fondement, l'idée que « juger d'un droit comme on le ferait d'un système philosophique serait une errreur profonde », que « peu importe... au seul point de vue de son mérite intellectuel... (qu') il paraisse un chef-d'œuvre, en cela ne réside point sa véritable valeur; celle-ci gît tout entière dans ses fonctions, c'est-à-dire dans la possibilité de sa réalisation pratique » [2]. Il n'y a pas lieu de discuter ici de l'alternative un peu simpliste que suggère à Ihering un certain utilitarisme. Mais il faut retenir

1. V. 2e partie, titre 2, chap. 1er.
2. Ihéring, *L'esprit du droit romain*, 2e éd., 1880, t. 1, p. 49.

l'attention qu'il portait à ce qu'il appelait la « réalisabilité formelle » du droit, c'est-à-dire « la facilité et la sûreté de l'application du droit abstrait aux espèces concrètes » [3]. Il donnait d'ailleurs un exemple convaincant de mise en œuvre de cette réalisabilité formelle :

> « Supposons qu'un législateur veuille régler légalement... la capacité personnelle civile et politique... et qu'il parte de cette idée : sera majeur celui qui possède le discernement et la fermeté de caractère nécessaires pour régler lui-même ses affaires; sera électeur et éligible celui qui a la capacité et la volonté de contribuer au bien de l'Etat. Quelle que juste que soit cette idée, il n'en serait pas moins absurde de l'ériger en loi sous cette forme abstraite, on perdrait un temps et des peines infinies à discerner dans chaque espèce concrète l'existence de ces conditions. Le législateur créerait une source inépuisable de controverses... (c'est pourquoi) au lieu de ces conditions, il en fixera d'autres, qui ont avec celles-là une certaine connexité régulière quoique non nécessaire, mais qui ont sur elles l'avantage de pouvoir être reconnues concrètement d'une manière plus facile et plus sûre; par exemple, l'âge accompli de vingt-cinq ans pour la majorité, la possession d'une certaine fortune, l'exercice de certaines professions pour l'électorat. Cette déviation de l'idée législative originaire, cet échange d'une hypothèse évidemment plus exacte sous le rapport abstrait, contre une autre, moins exacte et moins adéquate, mais plus facile à reconnaître en pratique, est donc commandée par le but du droit, en vue de la facilité et de la sûreté désirables pour son fonctionnement. » [4]

Insistant sur les virtualités d'application automatique que recèle la quantification, cette automaticité mécanique allant bien sûr à l'encontre d'une plus fine adéquation du droit à la réalité, l'étude de Ihering fait de la quantifiabilité des standards une question essentielle. Car, pour des notions à l'indétermination aussi apparente, quel meilleur gage y a-t-il de leur aptitude à ne pas bouleverser, par l'enchevêtrement des solutions impressionnistes, le commerce juridique, que leur possible réduction au chiffrage ? La « spécification par énumération » que Jean Dabin proposait pour les valeurs non quantifiables [5] ne présente en effet jamais la même rigueur, constituée qu'elle est de mots qui eux-mêmes peuvent impliquer à leur tour spécification par énumération. Les directives littéraires, plus fines, sont nécessairement moins contraignantes que les directives chiffrées, inflexibles dans leur misère sémantique.

99. *Le grand nombre de standards quantifiables.*

Une chose est de dire que le juge se méfie de la quantification, encore que cette proposition ait à être nuancée, pour des raisons complexes où le souci de se ménager une certaine latitude d'action balance celui de rester au plus près de la réalité, et où intervient aussi la nécessaire prise en compte des implications propres à chaque standard, une quantification de fait étant indissociable de la mise en œuvre de certains et s'imposant plus ou moins au juge [6]. Autre chose de dire qu'en réalité peu de standards sont quantifiables, car l'inverse est vrai : le passage du qualitatif au quantitatif est très souvent possible.

3. *Ibid.*, p. 52.
4. Ibid., p. 54; v. aussi, t. 3, pp. 15 ss.; v. aussi pour un point de vue plus général sur ces questions les commentaires faits des travaux de Claude Gardin par Georges Mounin, *Les problèmes théoriques de la traduction*, éd. 1976, pp. 113 ss.
5. *La technique de l'élaboration du droit positif, op. cit.*, p. 121; sur les problèmes de la quantification, v. aussi Dejean de La Bâtie, *op. cit.*, p. 98; Deschenaux, *Le titre préliminaire du Code civil, in Traité de droit civil suisse*, t. 2-1, 1969, p. 75; Motte, « L'évolution de la notion d'état d'ivresse dans la répression de l'ivresse au volant », *Dial.*, 1961, nos 3-4, pp. 577 ss., et Gény, *Science*, t. 3, pp. 59 et ss.
6. V. *infra*, 2e partie, titre 2, chap. 1er.

Il y a bien sûr les standards que l'on pourrait dire de temps, d'espace et d'argent, entre autres, qui renvoient aux diverses unités de mesure françaises :

— unités de temps : délai utile, normal, raisonnable, suffisant, abusif, retard abusif, excessif ou anormal, durée normale, laps de temps anormal...;
— unités géométriques de longueur : distance anormale entre domicile et lieu de travail, saillies ou excavations constitutives d'un défaut d'entretien normal, allongement de parcours constitutif d'un dommage anormal...;
— unités géométriques de superficie : locaux insuffisamment occupés, logement insuffisant, logement convenable, terrains insuffisamment bâtis...;
— unité mécanique de vitesse : vitesse excessive, vitesse du vent constituant un cas de force majeure..;
— unité monétaire : honoraires et rémunérations exagérées, abusifs, excessifs, anormaux, et par suite, indirectement, le tact et la mesure devant présider dans certains cas à leur détermination, valeur locative normale, frais vestimentaires normaux, bénéfice qu'une entreprise peut normalement produire, prix normal, revenu normal d'un immeuble, rabais normal du contentieux des dommages de guerre, ristourne anormalement élevée...;
— il est enfin imaginable que l'on ait recours, pour mesurer le dommage anormal à des unités thermiques, si un ouvrage a par exemple pour effet de polluer un cours d'eau par réchauffement, ou à des unités de lumière ou de bruit, si par exemple une voie publique en surélévation cause à un immeuble des dommages de cette nature;
— et que des chutes de pluie constitutives d'un cas de force majeure soient mesurées en millimètres, des crues en mètres, *etc.*

On notera que dans les exemples précités la quantification peut se faire souvent en pourcentage ou par d'autres moyens encore (pour l'adéquation d'un local à un nombre de personnes donné, il est ainsi possible de viser tant de pièces par individu).

Mais cette première liste n'épuise pas les exemples de standards quantifiables. Il faudrait encore citer les nombreux emplois de la notion de besoin, la notion de représentativité d'une organisation syndicale, les notions de crise grave du logement, de biens somptuaires, de préjudice spécial dans l'expression préjudice anormal et spécial. Il n'est pas jusqu'à la proportionnalité qui ne pourrait, avec les progrès actuels des méthodes économétriques, donner lieu, dans toute la complexité des situations que doit arbitrer le juge, à traitement quantifié.

Certaines techniques fournissent aussi indirectement des éléments de quantification mais plus difficiles à mettre en œuvre. Ainsi le partage de responsabilité qui permet d'évaluer la part qu'attribue le juge à chacun des acteurs dans la survenance d'un dommage. Encore que les motivations du partage soient délicates et revêtent semble-t-il autant qu'un caractère d'analyse de la causalité, ce qui devrait être, mais qui constitue un exercice difficile, un caractère de moralisation, le partage jouant souvent un rôle de sanction. Le principe de la réparation du dommage en argent est lui aussi susceptible de rendre quantifiables certains standards; si les arrêts étaient plus explicites, il serait sans doute possible d'élaborer ainsi une échelle des dommages anormaux ou encore une gradation des souffrances exceptionnelles indemnisables comme telles [7].

7. Ce type de raisonnement est tenu par Herpin, *L'application de la loi, deux poids, deux mesures,* 1977, pp. 41 ss.; cet auteur propose de déterminer « l'ordre de gravité que (les magistrats) assignent collectivement aux délits » en se laissant guider « par la sévérité des sentences qui répriment en moyenne chaque délit... La fréquence avec laquelle les divers types de peines sont distribués ainsi que celle des divers degrés à l'intérieur de chacun de ces types déterminent la place relative de chaque délit par rapport aux autres ».

2° Les standards non quantifiables :

100. *Un grand nombre de standards est cependant, au moins en apparence, non quantifiable.*

Il y a tout d'abord tous les standards qui font appel à des notions plutôt morales. On imagine mal que puissent être chiffrés la moralité, la dignité, l'honneur, la probité, les bonnes mœurs, l'injurieux. De même la discrétion ou la réserve. A première vue aussi, les standards que nous appellerons par la suite d'intellection ne semblent guère quantifiables : que l'on songe au sérieux, au manifeste, au clair, au notable, au notoire, au légitime.

Et la liste des standards de prime abord non quantifiables peut être allongée : affaires courantes et entretien courant, motif impérieux, excuse valable, notoriété médicale, publication licencieuse, motivation suffisante, exercice normal d'une profession, circonstances exceptionnelles, imprévisibilité et irrésistibilité (sauf les cas plus haut envisagés de force majeure constituée par des éléments naturels), risque exceptionnel, défaut d'entretien normal (sauf le cas déjà signalé), choses et activités dangereuses, usage anormal d'un ouvrage public, caractère anormal de travaux publics, imprudence (sauf le cas de vitesse excessive déjà visé), clause exorbitante, acte de gestion normal, impropriété d'un immeuble à sa destination, insuffisance professionnelle, dégradations exceptionnelles causées aux voies publiques, cas social grave, carrières et promotions normales, faute (sauf si elle renvoie à un standard quantifiable), cas de dommage normal non précédemment visés, *etc.* [8].

101. *Parmi ces standards, beaucoup sont en fait partiellement quantifiables.*

Il est bien sûr impossible d'embrasser toutes les virtualités. Néanmoins, il apparaît avec une suffisante netteté, et au demeurant on verra que le juge administratif le conçoit ainsi pour certains d'entre eux, que de nombreux standards qui ne semblent pas immédiatement et directement quantifiables le sont en réalité.

Si on s'attache au manifeste, il apparaît ainsi que le défaut manifeste d'équivalence entre les apports et les attributions dans le contentieux du remembrement, ou le mauvais vouloir manifeste de l'administration (qui pourrait en réalité se présumer purement et simplement à partir d'un délai anormal d'inaction) sont quantifiables. Si le notoire ou le notable renvoient à des valeurs quantifiables (par exemple si le juge parle de saillie notable pour une excroissance de 10 cm), ils le sont eux-mêmes de ce fait. Tous les standards d'intellection qui sont pris en considération du mouvement de la pensée de l'observateur devant une situation plutôt qu'appréhension directe de la situation observée ont, à cet égard, la même propriété.

Pour ce qui est des autres standards *a priori* non quantifiables, une analyse un peu plus serrée révèle aussi des plages de possible quantification. Le caractère anormal de travaux publics entraînant indemnisation du permissionnaire de voirie, le défaut d'entretien normal, le dommage anormal engendré par la proximité de la voirie se ramènent souvent à un délai anormal : durée excessive de travaux, retard à mettre fin à une situation dangereuse. On peut concevoir que soient considérées comme dégradations exceptionnelles causées à la voirie tel ou tel type d'atteinte mesurable, que dans le cadre de l'imprévision le seuil

8. Sur la quantifiabilité de la faute, v. Cornu, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public,* 1951, pp. 231 ss.

d'imprévision se dégage avec une suffisante stabilité pour la hausse d'un type donné de bien à une époque donnée. On peut encore imaginer des systèmes de quantification du risque exceptionnel, des notions de choses et activités dangereuses, de l'entretien courant, du cas social grave, de l'impropriété, au moins dans certains cas. Par-delà encore on peut envisager la quantification de presque toute notion par analyse précise de tous ses facteurs possibles et établissement de pondérations fines.

On objectera qu'il y aurait, et nous en convenons, beaucoup d'arbitraire à procéder systématiquement ainsi et un grand appauvrissement du droit. Mais pas davantage, à bien y réfléchir, que dans la fameuse règle des 5 cm en matière de défaut d'entretien normal ou dans celle des 1 % dans le domaine du contentieux du remembrement. Il ne s'agit ici que d'explorer le champ du possible : non de le réputer souhaitable.

§ 2. — Standards dogmatiques et standards descriptifs.

102. *Les limites d'une telle distinction.*

Le caractère équivoque de la notion de normalité est, on l'a déjà dit, nécessairement celui-là même des standards. Pour être plus précis, il apparaît que chaque standard pris séparément peut avoir un contenu plutôt dogmatique, être doté d'une certaine transcendance par rapport à ce qui se fait, ou un contenu plutôt descriptif, c'est-à-dire tendre le plus qu'il se peut à rendre compte de ce qui est. Nombre de standards, et on a vu que c'était le cas pour la notion de clause exorbitante, peuvent demeurer tiraillés entre ces deux pôles.

Il faut d'emblée assigner certaines limites à une telle distinction [9]. Tout d'abord, ce serait mal comprendre le problème que de penser que les standards descriptifs sont dotés d'une normativité moindre que les standards dogmatiques [10]. La distinction porte sur la matière des standards et non sur leur force juridique. Ensuite, il serait naïf de prendre trop au pied de la lettre la notion de standard descriptif. Il n'y a que peu de standards qui soient le pur reflet de ce qui est; dans la mise en œuvre du standard, il y a toujours une série de choix qui interviennent. Au demeurant, la normativisation de ce qui est est toujours une abstraction, mode ou moyenne, qui tend à acquérir une certaine autonomie par rapport à la réalité [11]. D'autant que si certains standards descriptifs s'appuient sur des données aisément saisissables, ainsi en droit fiscal des notions telles que celles de loyer normal ou de rémunération normale, d'autres standards dont on peut penser qu'ils se veulent descriptifs s'appuient sur des données complexes, difficiles à vérifier.

Enfin, la notion de standard dogmatique elle-même ne saurait ne pas être relativisée. Elle peut prendre en considération, non bien sûr ce qui est matériellement, les pratiques effectives, mais ce qui est dans l'opinion, tenir compte non des choses certes telles qu'elles sont mais du jugement reçu sur ces choses : de ce point de vue, les standards dogmatiques peuvent bien être, souvent, des standards descriptifs, mais descriptifs d'un autre niveau de réalité [12]. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'on peut imaginer que le juge fasse prévaloir définitivement une conception à la fois étrangère au vécu et au pensé généralement.

En bref, il ne s'agit là, comme l'indiquait Gény à propos de ses notions de « donné » et de « construit », que d'outils d'analyse qui n'ont aucunement et ne sauraient avoir de valeur absolue [13, 14].

Sans aller trop loin dans l'élaboration de la distinction, on analysera trois catégories de standards, aux frontières perméables : des standards plutôt descriptifs, des standards plutôt dogmatiques et des standards pour l'occasion baptisés intermédiaires.

1° Les standards plutôt descriptifs :

103. *Les standards descriptifs du droit fiscal et le réalisme du droit fiscal.*

La plupart des standards, fort nombreux, du droit fiscal, sont descriptifs. Ainsi, dans le cadre de la fixation forfaitaire des bénéfices industriels et commerciaux, le « bénéfice que l'entreprise peut produire normalement » est-il « évalué d'après le montant des affaires réalisées et compte tenu des conditions particulières de l'exploitation » [15], « compte tenu de sa situation propre » [16]. Il y a là un standard descriptif, qui se fonde sur ce que, les choses étant ce qu'elles sont, une entreprise correspondant au modèle, au sens neutre de ce terme, induit du fonctionnement d'entreprises similaires, produirait. Le calcul est des plus savants et tient compte de l'évolution des marges dans l'activité considérée et de celle des charges imposées à l'entreprise; les forfaits sont établis, sous réserve d'une adaptation à chaque entreprise, sur le fondement de monographies professionnelles, nationales ou régionales, élaborées par l'administration et communiquées aux organisations professionnelles qui sont admises à présenter leurs observations [17].

Néanmoins, nous pouvons vérifier d'ores et déjà, dans ce standard descriptif, les limites obligées de la description : le calcul se fonde en fait, comme l'indiquait le commissaire du gouvernement Mehl, sur « un résultat plausible, raisonnable, vraisemblable ». Et, de ce fait, « le bénéfice normal ne peut être fixé qu'à l'intérieur d'une " fourchette "... Une fourchette de 10 % en plus ou en moins » étant à cet égard jugée « acceptable, à la rigueur... 5 % » [18]. Comment mieux signifier que la description n'est jamais, en de telles matières, qu'approximative ? D'un autre côté, la marge ainsi laissée vise à purger autant que possible la décision du dogmatisme virtuel qui consisterait à passer insidieusement de la notion de

9. V. Rivéro, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1954, chron. 23, pp. 99 ss., et Atias et Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chron. 34, pp. 251 ss.
10. V. Amselek, *op. cit.*, pp. 77 ss., et Solet, *Essais de sémiologie du droit*, 1969, multig., pp. 113 ss.
11. V. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, *op. cit.*, pp. 70 ss.; Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, 1971, p. 211; Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, pp. 10 ss. (« le droit s'intéresse beaucoup moins à la réalité objective qu'à sa propre création, à ce qu'il a lui-même ajouté »).

12. Notre insistance sur la notion de standard dogmatique vise simplement à écarter les risques de sociologisme trop élémentaire que n'ont pas su éviter nombre de théoriciens du mouvement du standard, ainsi qu'on l'a vu : et ce malgré Durkheim, qui ne manquait pas de marquer les nécessaires distinctions (v. *Les règles de la méthode sociologique*, précit., pp. 47 ss., et notamment pp. 65 ss.); v. aussi, assez contestable sur ce point, l'intéressant ouvrage de Mikel Dufrenne sur *La personnalité de base, un concept sociologique*, 1953, p. 207.
13. *Science*, t. 1, pp. 96 ss.
14. Sur tout ce qui suit, v. les riches développements de M. Déjean de La Bâtie, *op. cit.*, pp. 157 ss.; une seule critique : cet auteur conçoit de façon un peu trop extensive la catégorie que nous intitulons standards descriptifs, concédant néanmoins, p. 168, qu' « il est parfois opportun que le standard s'établisse au-dessus de la pratique courante, quand celle-ci manifeste un relâchement collectif dangereux ».
15. 18.VI.1971, 80.764, *Finances c/ X...*, 456.
16. 10.V.1967, 68.595, *B...*, Tb. 775; 29.IV.1970, 78.876, *Finances c/ V...*, Tb. 1025, *D.F.*, 1971, comm. 948, p. 7 (concl. Mehl); 17.VI.1970, 77.383, *X...*, Tb. 1025.
17. V. *Mémento pratique Francis Lefebvre, Fiscal 1977*, pp. 146 ss.
18. Concl. 29.IV.1970, 78.876, *Finances c/ V...*, *D.F.*, 1971, comm. 948, p. 7.

bénéfice que peut normalement produire une entreprise à celle de bénéfice qu'elle doit normalement produire.

Dans la mise en œuvre de la notion de rémunération normale, la perspective est identique et l'aspect descriptif est essentiel :

> « Que le montant de cette rémunération, qui représentait une proportion appréciable des bénéfices de la société et dont l'administration établit qu'il était fortement supérieur à celui des rémunérations allouées, au cours des mêmes années, aux dirigeants d'entreprises similaires de la région, ne trouvait pas de justification dans l'importance des services rendus par l'intéressé à la société, lesquels ne présentaient pas de caractère exceptionnel; que le montant doit, par suite, être regardé comme excessif. » [19]

La solution n'est pas différente si « les rémunérations d'un dirigeant ont subi une augmentation nettement supérieure à celle des autres dirigeants de l'entreprise », alors que « cette croissance n'était pas justifiée par des services exceptionnels » [20].

Dans ces formules, tout ce qui a trait à la comparaison avec les rémunérations allouées aux dirigeants d'autres entreprises ou aux autres dirigeants de l'entreprise est bien sûr descriptif. Y a-t-il à cet égard un glissement lorsque le juge, abandonnant la formule traditionnelle de la comparaison avec les « émoluments généralement attachés à des fonctions analogues dans des entreprises similaires de la région » [21], « nonobstant les quelques éléments de comparaison produits par l'administration » [22], tend vers un système que les fiscalistes dénomment l'appréciation directe ? Ainsi lorsqu'il estime que, « compte tenu de la progression (du) chiffre d'affaires et (des) bénéfices et du rôle joué par (le) président-directeur général » [23] ou de « la grande activité professionnelle (de) deux dirigeants » [24], ou des « responsabilités et sujétions particulières assumées par chacun des gérants » [25], ou de « la valeur des inventions de procédés de fabrication et de façon dues (aux) deux dirigeants » [26] ou simplement de « l'importance, non contestée, du travail accompli » [27], la rémunération quoique supérieure au modèle de référence, demeure néanmoins normale.

Sans doute, dans ces cas, y a-t-il recours à une valeur qui est qu'un travail exceptionnel mérite une rémunération exceptionnelle. Mais cette valeur ne manque pas, en principe, de se traduire dans les faits. Si bien que, dans l'appréciation dite directe, il y a moins dogmatisme qu'extrapolation finalement très descriptive.

On ne trouve de dogmatisme moralisateur — car là, l'élément descriptif, quoique évident, est secondaire — que dans une formulation comme celle-ci : « que les rémunérations allouées au P.D.G. de la société requérante ne peuvent être regardées comme normales eu égard notamment au fait que lesdites rémunérations étaient supérieures aux salaires versés à l'ensemble des vingt employés de l'entreprise » [28].

19. 19.III.1975, 91.859, *X...*, 208.
20. 2.VII.1975, 95.003, *X...*, Tb. 1001; 15.X.1975, 90.414, *Soc. X...*, Tb. 1002.
21. 7.II.1958, 40.371, *A.J*, 1958.II.197; 24.X.1962, *Finances c/ S.A. des étab...*, *A.J.*, 1963. 158; 17.XII. 1956, *A.J.*, 1957.II.127; 4.I.1957, *A.J.*, 1957.II.127.
22. 23.XII.1970, 79.432, *Soc. X...*, 793.
23. 21.I.1972, 80.374, *Soc. X...*, Tb. 1056.
24. 9.VII.1971, *Soc. X...*, 526.
25. 23.V.1962, 45.972, *Etab. K...*, 338.
26. 23.XII.1970, 79.432, *Soc. X...*, 793.
27. 3.VII.1970, 72.767, *Soc. X...*, Tb. 1020.
28. 14.IV.1970, 75.687, *Soc. X...*, Tb. 1021.

Sans s'y attarder trop longtemps, car le plus souvent ils pourraient faire l'objet de remarques comparables, on mentionnera encore comme standards fiscaux descriptifs les notions de revenu normal d'un appartement dont le propriétaire se réserve la jouissance [29], de prix normal, qui revient, on l'a vu, dans diverses dispositions du C.G.I. [30], de « réserves facultatives dont le montant est supérieur à celui d'une couverture normale des risques assurés » [31], de valeur locative normale que le juge administratif calcule parfois avec une grande précision [32], de revenu exceptionnel [33].

Par contre, la notion d'exercice normal d'une profession est plus ambiguë. Le Conseil d'Etat estime ainsi que la profession de notaire n'implique pas que l'on accepte

> « à l'occasion de nombreux actes de constitution de société et de vente d'immeubles, ... de recevoir des chèques tirés à son ordre par les intéressés agissant comme intermédiaires en vue de la constitution de sociétés immobilières ou de la cession de biens immobiliers, pour un montant égal à celui du capital des sociétés à constituer ou du prix de cession stipulé; et d'autre part, de remettre en contrepartie à ces mêmes intermédiaires des chèques tirés par lui, pour un montant égal à celui des chèques qu'il venait de recevoir, sous déduction de ses rémunérations professionnelles ».

Si certains chèques sont sans provision, il y a là un « risque anormal » qui n'est pas une dépense nécessitée par l'exercice de la profession [34]. On peut se demander ici si, insidieusement, on ne glisse pas vers un standard dogmatique visant, en fin de compte, à moraliser la profession de notaire. Car, à s'en tenir à une conception purement descriptive de la notion, n'eût-il pas fallu considérer comme charges normales les inconvénients issus de ce type de pratique alors que leur usage semble de plus en plus courant, à en croire le *Recueil ?* [35].

Descriptifs par contre sont les standards de frais vestimentaires normaux, correspondant « normalement » à une certaine profession, encore qu'il s'agisse d'une notion assez particulière, non pas descriptive parce qu'elle enregistre ce qui est en moyenne, mais descriptive parce qu'elle vise avec précision ce qui est nécessaire à l'exercice de la profession [36], de distance anormale entre domicile et lieu de travail, notion qui prend en compte avec précision « l'étendue relative » et « la configuration de la ville » ainsi que les « conditions de logement dans cette agglomération » [37, 37 *bis*].

L'importante notion jurisprudentielle d'acte de gestion normal elle-même est éminemment descriptive. Il n'est pas courant en effet que, dans la vie des affaires,

29. Sont alors « valablement retenus comme termes de comparaison des appartements qui, situés dans le même immeuble sont d'une consistance et dans un état d'entretien identiques, étant entendu que lesdits appartements ne font pas l'objet de locations anormales » (23.IV.1965, *Finances c/ P...*, Tb. 918).
30. Le prix normal sera par exemple, pour un travail identique, celui que « la société aurait normalement pratiqué à l'égard de clients autres que ses associés » (19.II.1975, *Finances c/ S.A.R.L. entrep. Bonnafous*, 142).
31. 5.VI.1950, 90.736, *Finances c/ Soc.* « *La mutuelle X...* », 341.
32. Ainsi Marseille, 10.VII.1975, *Soc. de gestion comptable*, 745; 29.IV.1970, *Darrasse*, 287.
33. Encore que la notion soit parfois complexe, il s'agit bien d'un standard descriptif; v. note Lamarque 23.IV.1971, 78.674, *J...*, et 26.V.1971, 78.675, *X...*, *A.J.*, 1971.618; et 26.VI.1968, 71.575, *X...*, 937; 9.III.1973, 80.386, *X...*, *A.J.*, 1974.154; S. 3.III.1976, 97.324, *X...*, 127.
34. S. 29.X.1971, 80.766, *X...*, 645.
35. V. par ex., 15.XI.1972, 83.132, *X...*, 730; 3.I.1973, 83.240, *X...*, Tb. 964; Paris, 31.V.1974, 2788/68, *X...*, 715
36. 8.V.1970, 76.859, *X...*, 317; 4.II.1974, 91.961, *X...*, Tb. 963.
37. Poitiers, 10.V.1972, *X...*, 877; et 20.III.1970, 74.655, *X...*, 212; 20.III.1970, 75.730, *X...*, 213; 8.V.1970, 76.859, *X...*, 317; 17.III.1976, 95.963, *X...*, Tb. 892.
37 *bis*. V. cependant *infra*, n° 225, les difficultés posées par l'appréciation de ce standard.

une entreprise consente un prêt sans intérêts à une autre entreprise [38], renonce à recouvrer le prix d'une vente [39], fasse des avances à fonds perdus [40], cède à un actionnaire une créance pour un prix dévalué [41], ou supporte les intérêts et agios bancaires d'une autre société [42], la dispense du loyer normalement exigible et lui consente une réduction du taux des commissions qui lui étaient dues [43], consente une promesse unilatérale de vente pour un prix invariable pendant cinq ans [44], assume le paiement des salaires d'une autre société [45], achète ses fournitures à un prix excessif [46], *etc.* Au contraire, il n'y a pas lieu de s'étonner qu'une filiale consente des avances sans intérêts à sa maison mère [47], ou que, en fin de bail, une société abandonne aux propriétaires les aménagements réalisés et non amortis si cela en l'espèce apparaît raisonnable [48], ou encore qu'une société qui devait recevoir d'une autre l'exploitation exclusive d'un brevet aide cette dernière à surmonter ses difficultés par des avances sans intérêts [49].

En bannissant la philanthropie de ses hypothèses en la matière, le juge essaie de discerner la vérité. Il a là de quoi étayer la thèse classique du « réalisme du droit fiscal » [50]. Celle-ci se ramène, on le sait, à l'idée que, par principe, la loi d'impôt vise à atteindre les faits, les situations objectives, par-delà leur façade juridique lorsque celle-ci tend à les masquer. C'est ainsi que ce réalisme permet de rendre imposables des opérations au demeurant illicites, d'écarter des conventions fictives que les contribuables opposeraient aux services fiscaux pour occulter la réalité de la matière imposable, de ne pas tenir compte enfin de certaines fictions juridiques.

Or le standard descriptif semble bien l'un des instruments privilégiés de la mise en œuvre de ce réalisme. Dans la plupart des cas, les textes imposent la comparaison de la situation jugée avec la situation normale sur le fondement d'une présomption : celle que les situations atypiques révèlent une volonté de dissimulation.

104. *Le moindre nombre des standards descriptifs dans les autres contentieux.*

Les autres contentieux administratifs ont moins recours à des standards proprement descriptifs. On retiendra pourtant une série de notions proches de celles que le droit fiscal est accoutumé à mettre en œuvre et qui ne s'en différencient guère par les méthodes qu'elles impliquent : les honoraires « excessifs » ou « hors de proportion avec l'importance du travail » effectué par un expert [51]; ou encore la « rémunération normale » [52], le « prix excessif » [53]; l' « exploitation normale » d'une entreprise « correspondant à l'activité habituelle de l'établissement, abstraction faite des accroissements ou des diminutions d'activités provoqués par des causes exceptionnelles et temporaires », dans le cadre de l'application de l'article 25 de la loi du 28 octobre 1946 concernant les dommages de guerre [54]; le « prix normal » qui devrait être déterminé par des commissions de révision des marchés de la reconstruction [55]; le « rabais normal » que, dans le cadre de l'indemnisation des dommages de guerre, l'administration peut apporter aux mémoires de travaux, compte tenu des « circonstances de temps et de lieu », des « conditions d'exécution des travaux objectivement appréciées », « en vue de déterminer l'usage local correspondant à de tels travaux » [56].

Un peu différentes mais descriptives aussi sont les notions de « circulation normale et comparable à celle du temps de paix », excluant qu'un accident puisse être considéré comme la conséquence d'une opération de guerre [57], d' « avancement normal eu égard à la carrière (de) collègues demeurés en activité de service » dans le contentieux des reconstitutions de carrière [58], de « hauteur anormalement faible d'un pont » constitutive d'un défaut d'entretien normal [59], de « proportion anormalement élevée du nombre des électeurs » ayant voté par correspondance [60].

La notion d'affaires courantes que peut expédier un gouvernement démissionnaire, même si elle apparaît au terme de conclusions de M. Galmot comme pouvant se prêter à d'assez subtiles distinctions [61], demeure bien définie par le commissaire du gouvernement Delvolvé comme la notion très descriptive des affaires qui relèvent de « l'activité quotidienne et continue de l'administration » [62].

Le manifeste étant en principe l'évident et l'évidence étant supposée l'être pour tous sans distinction, le standard du manifeste devrait être purement descriptif. En réalité, le manifeste juridique, et on y a fait allusion plus haut, est susceptible de gradations : il est le manifeste pour une catégorie donnée d'individus auxquels on répute les connaissances et les aptitudes normales qui doivent leur être supposées. Le manifeste n'en est pas moins en principe et par nature descriptif : il est ce qui ne peut que sauter aux yeux des individus en cause tels qu'ils sont et non ce qui aurait dû leur sembler patent s'ils avaient eu des aptitudes supérieures. Il semble en tout cas qu'il en aille ainsi dans la notion d' « acte manifestement insusceptible » de la voie de fait et d' « acte manifestement illégal » de la jurisprudence *Langneur* [63].

La notion d'erreur manifeste est plus délicate et semble parfois moins descriptive. Encore qu'on ait à y revenir longuement par la suite, il faut souligner ici la spécificité de son emploi, par rapport aux autres emplois du manifeste, à cause de la fréquente technicité des matières où elle est appelée à intervenir. Sa classique utilisation dans le domaine du contentieux du remembrement est ainsi marquée au plus haut point par le dogmatisme. Le système d'évaluation

38. 7.XI.1963, 57.183, *D.F.*, 1963, comm. 1156; 29.V.1970, 67.221, *Soc. X...*, 367; 4.XII.1974, 92.009, *Soc. X...*, Tb. 954, *D.F.*, 1975, comm. 1002 (concl. Schmeltz).
39. 19.X.1963, 45.986, cité par Poussière, concl. 15.I.1965, 62.099, *D.F.*, 1970, pp. 24 ss.; v. aussi 23.I.1970, 71.420, *X...*, 42.
40. 25.I.1965, 51.882, *C...*, Tb. 913.
41. 10.I.1966, 60.900, *Soc. X...*, Tb. 946.
42. 19.I.1966, 64.575, Tb. 934.
43. 14.X.1966, 66.762, *X...*, Tb. 947.
44. 4.X.1972, 83.422, *Soc. X...*, 606.
45. 13.II.1974, *Soc. X...*, 97.
46. 4.XII.1974, 92.009, *Soc. X..*, précité.
47. Versailles, 30.III.1966, *Soc. X...*, 740.
48. 15.I.1975, 90.303, *Soc. X...*, Tb. 995.
49. 3.XII.1975, 89.412, *Soc. X...*, 620.
50. V. Bern, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, 1972, pp. 170 ss.
51. 27.I.1905, *Ville de Paris c/ Vigreux*, 84; 12.V.1905, *Ville de Troyes c/ Carlier*, 429.
52. 5.VII.1974, *Devillers*, Tb. 1056.
53. 9.III.1960, *Jourdan, A.J.*, 1960.II.189; « exagération manifeste d'honoraires » : 18.III.1963, *Nemegyel*, Tb. 822.
54. C.S.C.D.G. plén. 5.XII.1955, *Nicolai-Gasser, A.J.*, 1956.II.211 (obs. Poussière).
55. 17.II.1954, *Delhommeau*, 105; même jour, *Soc. bretonne de construc.*, 107.
56. C.S.C.D.G. plén. 16.III.1953, *J.C.P.*, 1953.II.7783 (obs. Poussière).
57. 5.XI.1948, *Raynaud*, 418.
58. A. 4.I.1952, *Lhomme*, 15; v. aussi 18.V.1960, *Venturini, A.J.*, 1960.II.282; S. 13.I.1961, *Premier ministre c/ Bestaux*, 35; 10.XI.1961, *Marne, A.J.*, 1962.309; l'on retrouve là la méthode de la comparaison.
59. 3.VI.1959, *Déptnt du Gard*, Tb. 1129.
60. 13.II.1974, *Elections de Campile*, 104.
61. Concl. S. 22.IV.1966, *Féd. nation. des synd. de police, A.J.*, 1966.355.
62. Concl. 4.IV.1952, *Synd. régional des quotidiens d'Algérie, S.*, 1952.III.49 (*G.A.J.A.* 387).
63. V. *supra* jurisp. citée dans les notes 306 et 307.

des apports et des attributions en points étant ce qu'il est, l'absence d'équivalence est manifeste pour les requérants dès que le moindre écart se produit : à preuve le nombre considérable des recours en ce domaine. C'est de façon très arbitraire, très dogmatique, louable à bien des égards cependant, que la Haute Assemblée a mis sur pied la règle des 1 % [64]. Le manifeste fait en réalité partie de ces standards qui en principe doivent être réputés descriptifs, mais qui sont trop délicats à utiliser, de par les réalités psychologiques qu'ils mettent en œuvre, pour que cet élément descriptif ne revête pas un aspect un peu formel que le juge peut plier au gré de ses politiques jurisprudentielles. Et l'on pourrait en dire autant de la clarté de l'acte ne rendant pas nécessaire l'interprétation (que l'on songe à cet égard à la jurisprudence européenne du Conseil d'Etat !) ou du sérieux d'un moyen justifiant, si le préjudice est difficilement réparable, le sursis à exécution. On sent ici la précarité de toute définition d'un standard comme descriptif dès lors que l'on sort de la liste des standards fiscaux donnée plus haut ou de celle des standards dont l'élaboration du contenu est en quelque sorte automatique, sur des bases précises et aisément déterminables.

2° LES STANDARDS INTERMÉDIAIRES :

105. *Les standards intermédiaires se signalent par des éléments de dogmatisme.*

Ainsi la notion de circonstances exceptionnelles est-elle sans doute descriptive : lorsqu'il y a une guerre, une crise, la situation n'est à l'évidence pas normale. Mais nombre de situations intermédiaires ne portent pas en elles-mêmes leur qualification : et c'est alors au juge qu'il appartient de trancher souverainement. Ces remarques valent pour d'autres notions que l'on serait tenté au premier abord de dire descriptives, mais qui ne le sont pas aussi pleinement que celles examinées précédemment : la notion ancienne, tirée de l'article 552 du Code civil, de travail constituant un usage normal du droit de propriété, celle d'usage anormal de la voirie, celle de dégradations exceptionnelles causées aux voies publiques; ou encore celles d'itinéraire normal, de trafic normal, d'exercice sportif normal dans un lycée, de somptuaire.

Les notions du type délai normal sont aussi de ces standards plutôt descriptifs qui impliquent cependant une élaboration assez poussée de la part du juge. Le délai utile par exemple, dans le cadre de la jurisprudence des droits de la défense, est le laps de temps nécessaire à un individu normal au sens de moyen (ou de modal plutôt) pour effectuer une opération donnée. Ce laps de temps a toutes les apparences d'une donnée empiriquement observable : il faut tel temps à un individu ordinaire pour prendre connaissance d'un document de tel type et élaborer sa décision. En réalité, le délai utile n'est cependant pas descriptif au sens plein du terme : le juge, on aura l'occasion d'y revenir, se montre assez sévère dans l'appréciation de ce délai et semble ici voir l'homme moins tel qu'il est que tel qu'il devrait être; il se fonde moins sur la pratique réelle des individus que sur ce qu'il estime être leur capacité effective. De même, les délais normaux ou raisonnables impartis à l'administration, même s'ils peuvent apparaître parfois assez généreux, ont une vocation de redressement de la pratique plus que d'entérinement de celle-ci. Bien rares sont les espèces qui, comme le jugement *Stenger,* qualifient d'anormal un délai mis pas le laboratoire national d'essais du C.N.A.M. pour le contrôle des thermomètres médicaux parce qu'il est supérieur au délai antérieurement mis à cette fin, « de l'ordre de deux mois en 1970 » [65]. Il y a bien sûr des degrés dans le caractère plus ou moins descriptif de telles notions [66], mais on ne saurait négliger la nécessaire intervention d'éléments de dogmatisme dans leur mise en œuvre pour nombre de cas. Une notion purement descriptive du délai normal suffirait à sanctionner les abus les plus nets [67]. Mais bien souvent l'analyse doit être plus fine. Et alors on s'aperçoit que le juge, pour reprendre le vocabulaire du droit fiscal, se livre davantage à une appréciation directe qu'à une appréciation par voie de comparaison. Il ne s'agit pas tant pour lui, de façon très descriptive, de rapporter les faits de l'espèce à la pratique effective que de dire, en se livrant à une étude globale de la question, ce qui, dans le domaine étudié, doit être réputé la normale. Sans doute, cette méthode étant délicate à mettre en œuvre et ne pouvant donner que des résultats approximatifs, calcule-t-il alors le délai raisonnable un peu largement, mais cela n'enlève rien au caractère dogmatique, encore que réaliste, de la démarche adoptée. Bref c'est, semble-t-il, avec des tempéraments, le délai utile plus que le délai moyen qui, même lorsque cette première expression n'est pas utilisée, forme la base de son jugement.

Ainsi, en cas d'inexécution d'une décision ordonnant l'expulsion, dans le cadre des jurisprudences *Couitéas* et *Cartonnerie Saint-Charles* [68], apparaît-il que le juge prend en compte, pour déterminer ce que certaines espèces appellent le « délai d'instruction », un délai proche du délai utile, qui n'est bien sûr pas un délai optimum, lorsqu'il vise le « délai dont l'administration disposait normalement, compte tenu des circonstances, pour exercer son action » [69] [70]. La tendance au dogmatisme s'est d'ailleurs affirmée en la matière avec la stabilisation progressive du délai normal à deux mois [71].

64. V. développements, 2e partie, 2e titre, chap. 1er.

65. Strasbourg, 4.XI.1975, *Soc. Stenger,* 769. V. *infra,* n. 81.

66. Parmi les notions les plus descriptives de ce type, l'on retiendra celle de « délai normal en vue de pourvoir à l'occupation d'un appartement » dans le contentieux de la réquisition : 29.VII.1950, *Tournemelle,* 494; 21.V.1951, *Senet,* 279; celle de « terrains impraticables pendant un laps de temps anormal après l'arrêt des pluies » : S. 7.IV.1967, *Entrep. Bouhana, A.J.,* 1967.683; celle de « durée anormale » de travaux publics : 6.III.1970, *Ville de Paris c/ Marmuse,* 165, *A.J.,* 1970.706; v. aussi 7.XI.1973, *Soc. « Bourse Coiffure »,* Tb. 1142.

67. Ainsi un maire qui met plus d'un an pour délivrer un alignement rectificatif d'un premier alignement irrégulier (23.III.1923, *Buffard,* 283); un préfet qui ne répond pas pendant vingt ans à plusieurs demandes successives de délimitation du domaine public (Clermont-Ferrand, 15.VI.1956, *Decloître, A.J.,* 1956.II.370); une administration qui ne satisfait à une demande de réintégration effectuée en avril qu'en octobre et à compter du 1er décembre suivant (4.VI.1935, *Desmoulliez,* 655) ou qui met dix-huit mois pour reconstituer une carrière (10.XI.1961, *Marne, A.J.,* 1962.309); une pension accordée en 1921 et réglée seulement en 1931 (S. 5.VII.1935, *Mourton,* 776); une révision de pension intervenue cinq ans seulement après sa demande (4.XI.1955, *Giudicalli,* 520); dégagement d'un monument effondré interdisant complètement l'accès d'un magasin pendant dix mois (A. 13.II.1942, *Cmne de Sarlat,* 49); exécution d'une ordonnance de référé retardée pendant plus de trente et un mois (A. 22.I.1943, *Braut,* 19); inexécution d'un jugement de T.A. reconnaissant droit à pension, pendant trois ans (3.VI.1964, *Finances c/ Curdel,* Tb. 951); négligence à donner suite pendant onze ans aux démarches d'une dame en vue d'obtenir sa mise à la retraite (S. 3.VII.1953, *Roussel-Pantin,* 353); ou à lever une réquisition pendant treize mois (S. 27.XI.1953, *de Panisse,* 521); retard de plus de trois ans à prendre un décret d'assimilation (7.VI.1967, *Richard,* Tb. 935); retard de six ans à organiser un concours prévu (S. 21.XI.1969, *Idoux,* 523, *A.J.,* 1970.306).

68. 30.XI.1923, *Couitéas,* 789 (*G.A.J.A.* 182); 3.VI.1938, *Soc. « La cartonnerie Saint-Charles »,* 521, concl. Dayras (*G.A.J.A.* 251).

69. 29.I.1947, *O.P.H.L.M. Seine, A.J.,* 1947.361; S. 5.XII.1947, *Beistegui,* 460; 21.XII.1949, *Wallaert,* 560; 21.XII.1951, *Verreries Charbonneaux,* 607; S. 8.II.1952, *Terrancle,* 95; 27.III. 1953, *Tonia, R.D.P.,* 1953.1091; A. 10.II.1961, *Intérieur c/ Chauche,* 108; v. aussi, expressions assez diverses : 12.V.1954, *Etab. Méry,* 266; 23.III.1960, *Marchionini,* Tb. 1047; 8.III.1963, *Intérieur c/ Soc. Curnor,* 157; S. 16.XII.1966, *Intérieur c/ Caillat,* 666.

70. Certaines espèces posent d'ailleurs que « le délai que l'administration a utilement employé... n'a pas excédé le temps dont elle pouvait normalement disposer dans les circonstances de l'affaire » (28.V.1947, *Mutuelle du commerce et de l'industrie,* 223; v. aussi 4.VI. 1965, *Intérieur c/ Chatin,* Tb. 1054).

71. V. 2e partie, 2e titre, chap. 1er. V. aussi A. 10.II.1961, *Intérieur c/ Chauche,* 108; S. 25.I.1963, *Intérieur c/ Bovéro,* 94, *J.C.P.,* 1963.II.13326 (n. Vedel), *A.J.,* 1963.124 (chron. Gentot et Fourré); S., 16.XII.1966, *Intérieur c/ Caillat,* 666; S. 3.XI.1967, *Intérieur c/ Fiat,* 409, *A.J.,* 1968.260 (obs. Durand-Primborgne), *J.C.P.,* 1968.II.15561; 26.VI.1968, *Martinod,* 399.

C'est le délai utile qui est encore pris en considération lorsque le délai normal est celui qui permet de faire les « vérifications nécessaires » [72], lorsque le juge estime que l'administration disposait d'un « délai suffisant » pour pouvoir remplacer une défaillance dans le jury survenue l'avant-veille d'une agrégation [73], que constitue un défaut d'entretien normal un obstacle dont l'administration avait été avertie « depuis un temps suffisant pour prendre les mesures appropriées » [74], que la durée des travaux n'a pas été excessive « compte tenu de la nature des ouvrages et des difficultés rencontrées » [75], qu'une réintégration doit être effectuée « sous réserve seulement d'un délai raisonnable pour permettre à l'administration de régler la situation de l'agent irrégulièrement nommé » [76], qu'il faut un délai raisonnable pour qu'en fin d'occupation temporaire du domaine public le titulaire de l'autorisation expirée puisse remettre en état les lieux [77], que, dans le cadre des droits de la défense auxquels il a été fait allusion plus haut, il faut un « délai suffisant... pour faire parvenir... (des) observations » à la suite de la communication du dossier [78], que la délivrance d'une autorisation d'importation ne peut se faire que dans le délai qui est « nécessaire à l'obtention (du) visa... qui en tout état de cause devrait être précédée de la vérification de la provenance des marchandises » [79], que la longue durée d'une opération d'expropriation n'est pas anormale « en raison de la complexité des opérations administratives et techniques afférentes à l'aménagement d'une Z.U.P. » [80], ou qu'enfin un délai de trois mois pour délivrer une licence d'importation de pétrole brut « était justifié par l'obligation dans laquelle se trouvait l'administration des finances de connaître les disponibilités en devises existant à la fin du troisième trimestre avant de débloquer... les devises nécessaires aux importations du quatrième trimestre » [81].

L'imprévisibilité est aussi, à première vue, un standard très nettement descriptif : l'imprévisibilité, ainsi, dans le cadre de la théorie de l'imprévision, est mesurée à l'aune des capacités ordinaires d'un cocontractant moyen, celui qui, avant le premier conflit mondial bien sûr n'avait pas prévu « la hausse exceptionnelle... survenue par suite de la guerre dans le prix du charbon » [82], qui avant le Front populaire n'avait pas pressenti les augmentations de salaires à venir [83], qui avant la Seconde Guerre mondiale n'imaginait pas l'ampleur des

72. 29.X.1954, *O'Brien*, 563; v. aussi 4.XI.1959, *Cmne de Bollène*, 575; et S. 11.III.1960, *Soc. maïserie et aliments du bétail*, 190.
73. S. 22.VI.1955, *Hassim Trad, A.J.*, 1956.II.281.
74. S. 26.IV.1968, *Ville de Cannes, A.J.*, 1968,653; v. aussi S. 4.XII.1970, *Défense nationale c/ Starr*, 733, *A.J.*, 1972.112 (n. Moderne).
75. 20.II.1970, *Equipement c/ Soc. Burin des Roziers*, 130, *A.J.*, 1970.635 (concl. Braibant).
76. 15.VII.1955, *Renteux*, 446.
77. S. 21.XI.1969, *André et Koeberlin, A.J.*, 1970.160.
78. S. 20.I.1956, *Nègre*, 24; S. 13.III.1959, *Nègre, A.J.*, 1959.II.99 (obs. Silvéra); 18.X.1961, *Parmentier, A.J.*, 1962.186; 11.X.1963, *Assoc. « Amis de Clagny »*, *A.J.*, 1964.56 (concl. Braibant); 2.II.1966, *Torrès*, 70; 4.XII.1968, *Affaires étrangères c/ Lamare, A.J.*, 1969.366; 28.X.1970, *Delande, A.J.*, 1971.367; 10.V.1972, 80.715, *Soc. X...*, 353; S. 18.V.1973, *Ville de Paris c/ Djian*, 361, *A.J.*, 1973.609; 7.XI.1973, *Paoli*, 620; 20.I.1975, *Peigné*, 41; 23.IV.1975, *Aménagement du territoire c/ Pradier*, Tb. 1203; 7.V.1975, *Lejeune*, 282.
79. 13.VII.1966, *Soc. Pomona*, 474.
80. S. 14.III.1975, *S.C.I. Vallée de Chevreuse*, 197 (concl. Dondoux); v. aussi 3.III.1976, *Girouard*, 119.
81. A. 22.VI.1963, *Shell-Berre*, 387; même jour, *B.P.*, 388; espèces intéressantes, car elles associent à cette « appréciation directe » l' « appréciation par voie de comparaison » en ajoutant : « qu'au surplus il ne résulte pas de l'instruction que par comparaison avec les dates auxquelles sont habituellement adressés aux sociétés importatrices de pétrole les avis de blocage de crédits afférents à un trimestre donné, la date du 21 octobre 1957 ait présenté en la circonstance un caractère particulièrement tardif ».
82. 30.XII.1921, *Cie genevoise du gaz*, 1129.
83. Cons. préf. Nice, 21.VI.1944, *X... c/ Ville de G..., A.J.*, 1947.347 (obs. anon.); 1.VII. 1949, *Guerre c/ Etab. Vialla, A.J.T.*, 1950.163.

hausses des matières premières, le dirigisme et le blocage des prix, qu'un tel conflit, purement éventuel, serait susceptible d'engendrer [84], et qui plusieurs années avant un blocage des prix du gaz n'avait pas prévu les pertes que celui-ci occasionnerait [85]. Tous événements imprévisibles au plus haut point non seulement pour le cocontractant moyen mais pour le « futurologue » le plus distingué. La volonté de prise en compte de l'aptitude réelle à la prévisibilité du cocontractant s'affirme mieux dans les cas où le juge retient le caractère imprévisible des conséquences d'événements eux-mêmes déjà advenus ou bien prévisibles, ce que le commissaire du gouvernement Corneille appelait l' « imprévision relative » [86]. Le juge a ainsi admis qu'en passant un marché fin novembre 1936 [87], ou qu'en renouvelant un traité de concession en 1953 alors qu'un blocage des prix sans limitation de durée était en place depuis 1952, une société de distribution de gaz n'a pas « pu prévoir, même approximativement, les conséquences » de cette taxation [88]. Pourtant, le juge administratif se montre parfois plus exigeant et semble marquer qu'il se fait une certaine idée des capacités incompressibles du cocontractant de l'administration à laquelle celui-ci doit se conformer. Toujours à propos des événements de 1936, un entrepreneur moins heureux que d'autres « devait faire entrer dans ses prévisions les hausses de salaires et de prix consécutives aux lois sociales adoptées au mois de juin » dans un marché passé en septembre [89]. Un autre, en mars 1940, pendant la « drôle de guerre », dont les suites étaient pourtant incertaines, devait envisager une « pénurie de la main-d'œuvre » et « des difficultés d'approvisionnement » [90]. Un troisième, concessionnaire d'un service de gaz depuis 1941 devait alors, dans une période « d'économie dirigée et de taxation dont on ne pouvait raisonnablement fixer le terme... se montrer particulièrement circonspect » et prévoir que la réglementation des prix pouvait se maintenir dix ans et plus [91].

Dans certaines espèces, la difficulté de la prévision est par contre délicate à évaluer aujourd'hui [92].

Ces applications de la théorie de l'imprévision confirment deux points déjà envisagés plus haut :

— la nécessité de distinguer des standards descriptifs au sens strict, qui tentent d'appréhender la réalité des pratiques, des standards qui sont bien descriptifs mais d'un autre niveau de réalité : l'aptitude réelle des acteurs juridiques à agir d'une certaine manière. Ainsi dans l'élaboration de la notion d'imprévisibilité le juge ne s'attache-t-il pas à ce que la moyenne des contrac-

84. Cons. préf. Seine, 20.VI.1944, *Entrep. X... c/ Assist. publique, A.J.*, 1947.347 (obs. anon.); Cons. préf. Seine-Inférieure, 13.VI.1947, *A.J.*, 1947.325; confirmé par 15.VII.1949, *Ville d'Elbeuf*, 359, *A.J.*, 1950.305; Cons. préf. Toulouse, 30.VI.1948, *Soc. lyonnaise des eaux, A.J.T.*, 1950.356; 1.XII.1961, *Cmne de la Sedrata, A.J.*, 1962.173.
85. 22.II.1967, *Soc. du Gaz de Nogent*, 87.
86. Concl. 9.XI.1921, *Soc. comm. carbures, R.D.P.*, 1921-494; v. aussi Jèze, *Les principes généraux du droit administratif, op. cit.*, t. 4, vol. 2, pp. 504 ss.; Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op. cit.*, t. 3, pp. 98 ss.; cette inflexion de la jurisprudence, demandée par Corneille dès 1921, ne s'est produite que dans les années 30 avec notamment : 4.XI.1932, *Soc. Eau et Assainissement*, 916.
87. Cons. préf. Versailles, 20.IV.1945, *Entrep. X... c/ Ville de Melun, A.J.*, 1947.349; confirmé par 26.X.1945, *Ville de Melun, A.J.*, 1947.220; 11.VI.1947, *Guerre c/ N..., A.J.*, 1947.309; 10.III.1948, *Hospices Vienne*, 124.
88. S. 22.II.1963, *Ville d'Avignon, A.J.*, 1963.230 (chron. Gentot et Fourré).
89. 27.XI.1946, *Guerre c/ Soc. A..., A.J.*, 1947.54; v. aussi 23.XI.1956, *Hereil, A.J.*, 1957.II. 111 : une société ayant à importer des attractions d'Allemagne pour l'Exposition universelle de 1937, si elle ne pouvait prévoir des mouvements dans les changes fin 1935 le pouvait en octobre 1936.
90. 30.V.1952, *Défense c/ Soc. méridionale du bâtiment*, Tb. 774.
91. Caen, 14.XII.1954, *Cordeau, A.J.*, 1956.II.8.
92. V. ainsi S. 23.I.1959, *Cmne d'Huez*, 67.

tants avait effectivement prévu mais à ce que les capacités normales d'un contractant le mettent à même de prévoir, ce qui n'est pas du tout la même chose : les standards descriptifs de ce niveau de réalité sont en fait des standards dogmatiques, encore que collant au réel, parce qu'ils sanctionnent ce qui est au nom de ce qui devrait être;

— une deuxième constatation : le juge ne se contente pas de cette conception dans tous les cas et hausse parfois la « barre » de ses exigences; ceci peut s'interpréter comme une accentuation du dogmatisme du standard; ou plus probablement comme une prise en compte de degrés différents d'aptitude selon l'importance des entreprises cocontractantes, hypothèse qui ne pourrait être vérifiée que par un dépouillement systématique et qui aurait, semble-t-il, marqué un nouveau progrès de la théorie depuis trente ans.

Les données de la question ne sont pas différentes dans le cadre de la théorie des sujétions imprévues qui seraient mieux dénommées imprévisibles [93]. Le juge administratif n'ignore pas que les entrepreneurs ne peuvent raisonnablement se livrer à toutes les investigations possibles et souhaitables au moins pour des ouvrages qui ne sont pas d'une exceptionnelle ampleur. Cependant, le juge ne se contente pas de se référer aux pratiques de la moyenne des entrepreneurs; il prend là encore en compte l'aptitude normale à la prévision d'un homme du métier qui procède en prenant un minimum de précautions. Il réputera ainsi imprévisibles des nappes d'eau pourtant très importantes [94], la difficulté d'extraction de déblais impliquant le recours à la mine [95]; il semble pourtant que dans nombre de cas l'imprévisibilité soit reconnue plus facilement dans le contentieux des sujétions imprévues que dans celui de l'imprévision, et donc de façon plus descriptive par rapport aux comportements effectifs. Ainsi lorsque le juge la consacre à propos de l'importance d'infiltrations d'eau dans des fondations alors pourtant que « l'entrepreneur pouvait normalement s'attendre à devoir procéder à des épuisements » à cause de la proximité de la Seine [96], ou dans des cas de dureté inaccoutumée du sol [97] ou de présence de rochers [98]. Ne sont finalement reconnues dans tous les cas comme prévisibles que les sujétions apparentes [99].

L'irrésistibilité de la force majeure est aussi un standard descriptif mêlé de dogmatisme. Il y aurait bien sûr pur standard descriptif si l'irrésistibilité visée par le juge était l'irrésistibilité au sens vrai de ce terme. On pourrait encore imaginer que soit réputé irrésistible l'événement qu'un individu moyen juge tel. Mais il n'en va pas ainsi. Dans le premier cas, l'irrésistibilité ne serait que rarement consacrée car bien peu d'événements sont en eux-mêmes insurmontables. Dans le deuxième cas au contraire elle serait admise trop facilement. Assez dogmatiquement donc, et pour des raisons aisément compréhensibles, le juge se tient à mi-chemin de ces deux conceptions. L'irrésistibilité qu'il consacre, tant dans le contentieux contractuel qu'extra-contractuel, correspond à un événement qu'un individu, une société, une administration, faisant montre de bonnes qualités, jugeraient tels.

La force majeure tout d'abord n'est pas ce qu'inclinerait volontiers à poser comme insurmontable la moyenne des individus. Ainsi le fait, lorsqu'on exploite

93. V. Hachich, *op. cit.*, p. 215.
94. 3.II.1905, *Ville de Paris c/ Michon,* 104.
95. 16.III.1906, *Martin,* 239; 23.XI.1906, *Ville de Baume,* 850.
96. 19.V.1943, *Caisse des dépôts et consignations,* 126.
97. 18.III.1869, *Veyret,* 273; Cons. préf. Toulouse, 31.III.1947, *Soc. X..., A.J.,* 1947.355; 29.IV.1953, *Cmne de Moissac,* Tb. 724.
98. 10.XI.1893, *Déptnt de la Meuse,* 729; 30.VII.1948, *Guerre c/ Soc. Rol Lister,* 359; 17.I.1958, *Défense c/ Soc. Rol Lister, A.J.,* 1958.II.59.
99. 28.III.1962, *Soc. d'études des travaux d'Indre-et-Loire,* Tb. 1020.

un service de transports, de se voir rendre, après réquisition, un véhicule « dans un état médiocre », n'est pas un cas de force majeure autorisant l'interruption du service [100]. De même, des contraintes climatiques très fortes mais pas absolument exceptionnelles, ne suffisent pas à exonérer de leur responsabilité l'administration ou un entrepreneur, encore qu'il soit difficile, les décisions étant souvent laconiques, de faire ici le départ entre le refus pour prévisibilité et le refus pour résistibilité de consacrer la force majeure [101]. Une santé déficiente et une situation de famille délicate ne sont pas davantage des cas de force majeure justifiant un refus d'obéissance d'un agent public à une affectation outre-mer [102].

Mais la force majeure n'est pas non plus l'événement absolument irrésistible. Ont pu ainsi être jugées insurmontables par le juge la pénurie de matières premières due à la guerre de Corée [103] et, généralement en faveur de l'administration, toute une série d'événements climatiques qui ne sont pas vraiment irrésistibles ou plutôt qui ne le sont que dans la mesure où ils étaient difficilement prévisibles et qu'il y a nécessairement une certaine rigidité de l'action administrative qui ne permet pas à celle-ci des réponses immédiates aux défis improbables [104]. Les cas d'irrésistibilité absolue ne nécessitent bien sûr pas une pareille élaboration du concept par le juge [105].

La notion de besoin recèle une double virtualité : elle pourrait constituer un standard dogmatique si, ne prenant pas en considération la façon dont les besoins visés sont effectivement satisfaits habituellement, elle s'attachait à ce qui est nécessaire dans l'absolu, sans aucune référence à quelque contrainte matérielle que ce soit; elle peut aussi s'entendre, de façon plus descriptive, en référence au mode présent de leur satisfaction, de ce fait observable. Les deux positions sont intenables : la première conduit à l'utopie, la seconde à la consécration du *statu quo* et au gel de tout progrès. L'analyse de la jurisprudence est souvent délicate en ce domaine du fait de sa discrétion sur les directives mises en œuvre. Ainsi, dans le contentieux de la création de cliniques chirurgicales ouvertes, le juge se contente-t-il en principe, dans la mise en œuvre de la condition d'insuffisance quantitative ou qualitative de l'initiative privée, de disposer que la condition « se trouvait remplie en l'espèce » [106], ou qu'il résulte de l'instruction que l'initiative privée en matière d'hospitalisation pour la chirurgie ne pouvait être regardée

100. S. 24.III.1950, *Allaire,* 196; v. aussi S. 24.III.1950, *Debost,* 197.
101. Vent : 21.X.1959, *Cmne de Lude, A.J.,* 1959.II.302; 18.XI.1959, *Soc. Orion Schipping, A.J.,* 1960.II.34; S. 18.XII.1959, *Blanc,* 699; S. 14.IV.1961, *Rastouil, A.J.,* 1961.II.304 (Heumann); Dijon, 10.VI.1964, *Bonin, A.J.,* 1964.510; pluies : 6.VII.1938, *Ville de Millau,* 641; Lyon, 8.I.1960, *Couturier, A.J.,* 1960.II.70; 7.X.1960, *Etab. Jullien, A.J.,* 1961.II.371; 24.IV.1963, *Entrep. Aix, A.J.,* 1963.572; 12.V.1971, *Déptnt des Alpes-Maritimes, A.J.,* 1971.687; S. 21.VII. 1972, *Brocas, A.J.,* 1963.164; 10.IV.1974, *Ville de Cannes c/ Soc. « Institut d'Héliothérapie »,* 232, *A.J.,* 1974.494; Crue : 4.IV.1962, *Travaux publics c/ Soc. « Chais d'Armagnac », A.J.,* 1962.595 (concl. Braibant); 8.VI.1962, *Lagarrigue,* Tb. 1140; 10.III.1965, *Caisse centrale lyonnaise de S.S.,* 164; 31.III.1965, *Peydessus,* 213; 10.III.1971, *Déptnt de la Côte-d'Or c/ Crétin;* chute de neige : Grenoble, 3.VII.1974, *Lopez,* 746.
102. S. 4.I.1964, *Intérieur c/ Limonier, A.J.,* 1964.447.
103. Rouen, 23.II.1956, *Etab. Forestier, A.J.,* 1956.II.365 (obs. Sillard).
104. Pluies : 16.XII.1904, *Ville de Montluçon,* 837; 29.VII.1943, *Villemaine,* 219; 21.XI.1952, *Travaux publics c/ Rullier,* 528; 4.X.1957, *Déptnt des Basses-Alpes c/ Rangain, A.J.,* 1957.II.409; 27.VI.1963, *Calkus,* 401; Bordeaux, 13.XII.1963, *Soc. Hourbière, A.J.,* 1964.322; 11.I.1967, *Ville de Marseille,* Tb. 951; 13.V.1970, *Cmne de Tournissan,* Tb. 1187; 19.II.1975, *Défense nationale c/ Soc. Campenon-Bernard,* 143; 12.III.1975, *Cmne de Boissy,* Tb. 1303; tempête : S. 31.I.1930, *Travaux publics c/ Mérienne,* 135; vent : 29.III.1933, *Dalang,* 376.
105. Ainsi tempête d'une durée exceptionnelle interdisant à un entrepreneur la construction d'une digue dans la mer : 13.VII.1965, *Soc. nation. de Construc.,* 464.
106. 2.II.1949, *Brésard,* 45; A. 14.V.1954, *Synd. des maisons de santé du Languedoc,* 276; S. 10.IV.1964, *Clinique de Chablais,* 215.

comme quantitativement insuffisante » [107], [108]. Mais, quoi qu'il en soit, on peut imaginer que la suffisance est à la fois la parité avec ce qui existe en matière d'équipement hospitalier ailleurs et la prise en compte, d'un point de vue qualitatif, des progrès techniques, rapides en ces domaines, et, d'un point de vue quantitatif, des nécessités supplémentaires qui s'affirment par rapport à l'état actuel des choses.

Les mêmes remarques valent pour l'extension d'un établissement sanitaire privé soumise à autorisation administrative [109]. Par contre, la notion de besoin apparaît différente dans le contentieux des autorisations dérogatoires de création d'officines pharmaceutiques. On sait qu'il peut être dérogé en ce domaine au *numerus clausus*, barème légal qui détermine le rapport qui doit exister entre le nombre des pharmacies et le chiffre de la population susceptible de s'y approvisionner, soit s'il n'existe pas de pharmacie dans une localité, soit « si les besoins de la population l'exigent ». Le juge doit se livrer à une construction en apparence toute dogmatique faisant pendant à celle de l'administration. En effet, le dogmatisme du *numerus clausus* a pour effet sa généralisation et par suite, paradoxalement, la comparaison, dans le cadre d'une conception descriptive de la notion de besoin, avec ce qui se passe en moyenne ne pourrait qu'aboutir à l'impossibilité de consacrer un besoin particulier à titre dérogatoire. Le juge doit donc poser de lui-même, mais en accord avec le plus élémentaire bon sens, que constitue le besoin requis par le texte l'accroissement rapide de la population d'un quartier [110], surtout s'il se double de la création d'un centre commercial et d'une clinique, générateurs de clientèle [111]. A la campagne, l'isolement de certains villages engendre aussi un besoin spécifique [112]. La condition n'est par contre pas remplie au cas d' « augmentation globale de la population d'une ville » [113] ou d'augmentation seulement éventuelle de la population d'un quartier [114]. Mais en réalité ce dogmatisme est tout relatif; les éléments descriptifs ne doivent pas ici être négligés : le juge prend semble-t-il en compte une distance moyenne entre les habitations et les officines, en nuançant bien sûr en fonction des situations (ville ou campagne); par la distinction très claire dans certaines espèces de la population permanente et de la population de passage, il cerne la réalité du besoin derrière les apparences de sa satisfaction [115], de même d'ailleurs qu'en prenant en compte le mauvais fonctionnement des officines existantes [116].

107. A. 10.X.1958, *Delarbre*, 482.
108. Lorsqu'il existe déjà dans le ressort de l'hôpital public une clinique privée, le juge ne précise pas pourquoi dans certains cas il retient l'insuffisance (A. 11.I.1963, *Santé publique c/ Léonetti*, 21, *A.J.*, 1963.434, obs. Paulin) et pas dans d'autres (A. 10.X.1958, *Delarbre*, précit.); M. Dran, dans son article solide sur la question, précité, notamment p. 516, reconnaît d'ailleurs qu'il est presque impossible de pénétrer en la matière le détail de la méthode du juge.
109. 30.X.1970, *Affaires sociales c/ Constantin*, 631; 6.XII.1972, *Soc. clinique de l'Oasis, T.D.*, 65-74, t. 6, 624; 15.X.1973, *Santé publique c/ Montarnal, ibid.*, 625.
110. 4.IV.1962, *Synd. pharmaciens de Haute-Loire*, Tb. 1081; 3.IV.1968, *Affaires sociales c/ Boichard*, Tb. 1071; 5.III.1969, *Magnin*, 139; 27.XI.1970, *Comiti-Bouillin*, 720; 2.X.1974, *Chbre synd. des pharmaciens des Alpes-Maritimes*, Tb. 1129; 2.X.1974, *Santé publique c/ Champagnac*, Tb. 1118; 15.X.1975, *Rodier*, Tb. 1230; S. 26.III.1976, *Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Aquitaine*, 182.
111. 22.I.1975, *Santé publique c/ Conseil de l'Ordre des pharmaciens région Rhône-Alpes*, 50; 25.VII.1975, *Bosc*, Tb. 1230; v. aussi une gare : 10.II.1978, *Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens région parisienne*, *R.D.P.*, 1978.895 (n. de Soto).
112. 28.IV.1978, *Gomez, D.A.*, 1978, n° 158.
113. *Affaires sociales c/ Boichard*, précité; *Magnin*, précité.
114. 20.VII.1971, *Roume*, 569.
115. V. ainsi 10.II.1978, *C.R.O.P. Région parisienne*, précité.
116. S. 19.II.1965, *Lagrange*, 122.

La notion de besoin autorisant, sous des formulations diverses, « intérêt des malades » ou « besoins des malades », l'ouverture d'un cabinet secondaire pour un médecin ou pour un chirurgien dentiste comporte la même dualité. Ses aspects purement descriptifs sont évidents. Le Conseil d'Etat a ainsi disposé dans l'arrêt *Ageron* que, dans « une localité de 4 500 habitants, les besoins sanitaires de la population (doivent) être regardés comme satisfaits en raison de la présence de deux chirurgiens dentistes exerçant à temps plein » [117]. Or, en 1972, il y avait en France 22 000 dentistes pour 51,487 millions d'habitants soit 42,7 dentistes pour 100 000 habitants ou encore 1 pour 2 342 [118]. Le rapprochement de l'arrêt et de ces données montre que la Haute Assemblée les prend directement en considération. Une étude plus approfondie révélerait peut-être aussi d'autres aspects descriptifs de cet emploi de la notion. Mais là encore, il est impossible d'éliminer l'élément dogmatique que ne peut manquer de receler la notion juridique de besoin, notion autant prospective, et donc volontariste et dogmatique, que descriptive.

Lorsque la notion de besoin est appliquée à des domaines où l'évaluation est plus complexe, elle a naturellement tendance à se faire plus dogmatique. Ainsi la notion de besoins du pays dans le contentieux des réquisitions civiles ne peut se concevoir qu'en référence à certaines valeurs. Seront ainsi réputés dans tous les cas besoins du pays les besoins de la défense nationale, mais aussi ceux de services publics non vitaux au même titre [119] ou les grands besoins nationaux [120], et nombre de besoins d'intérêt général, mais néanmoins individuels, comme l'hébergement des sinistrés et réfugiés, ce qui ne prête pas à discussion [121], ou d'une famille nombreuse [122], ou encore d'une bourse du travail [123].

Ainsi y a-t-il au-delà des standards intermédiaires, tiraillés entre deux méthodes, soucieux à la fois de prendre pour référence ce qui doit être et de ne pas négliger ce qui est, des standards plus clairement dogmatiques.

3° Les standards plutôt dogmatiques :

106. *Les implications complexes de la notion de standard dogmatique.*

Pour éviter toute ambiguïté, il faut préciser davantage cette notion de standards plutôt dogmatiques. Dogmatique veut simplement dire : qui pose des principes, des valeurs. Les standards dogmatiques sont ceux qui visent d'abord à mettre en œuvre un jugement sur la réalité, par opposition aux standards descriptifs qui visent à assurer la diffusion de ce qui est d'ordinaire. Notons que le dogmatisme est aussi grand à vouloir faire prévaloir ce qui est qu'à vouloir faire prévaloir ce qui devrait être [123 *bis*] : mais cette remarque n'est pas dirimante, car il ne s'agit ici que de préciser le contenu des divers standards, la méthode d'élaboration des types de référence.

Que la place du dogmatisme soit grande en droit semble à la fois évident et nécessaire. Ce n'est pas par hasard que les notions de droit, de règle, de norme comportent les idées de redressement et de mise à l'équerre.

117. 8.XI.1972, *Ageron*, 720.
118. *Tableaux 1972 Santé et Sécurité sociale*, Doc. franç., 1973, p. 145.
119. 4.VIII.1944, *Alais*, 225; réalisation de terrains de sport : 10.XI.1950, *Gonneville*, 546.
120. Réquisitions des personnels de la sécurité aérienne : 9.II.1966, *Féd. nation. de l'aviation civile*, 101.
121. 20.X.1943, *Lacombe*, 228; 23.III.1945, *Laruelle*, 344.
122. 29.XI.1946, *Parot*, 453; limites cependant à cette jurisprudence : 24.III.1971, *Equipement c/ Mallard*, 252.
123. 20.I.1947, *Gissinger*, 30.
123 *bis*. V. sur cette problématique, Manent, *Naissance de la politique moderne*, Payot, 1977, et notre note, *Contrepoint*, 1978, n° 26, pp. 192 ss.

Le dogmatisme n'est cependant pas l'arbitraire. Le juge s'exprime « au nom du peuple français ». Cela ne veut pas dire qu'il fasse une jurisprudence sociologique, dégageant méthodiquement les valeurs modales : ce qui se pense n'a pas plus que ce qui se fait une légitimité juridique *a priori*. Cependant, dans le délicat équilibre des pouvoirs au sein duquel le juge agit, on imagine mal qu'il fasse en tout point prévaloir des valeurs différentes de celles de la société globale. Par provision, il est possible, avant de procéder à la vérification de cette hypothèse [124], de retenir les résultats de la thèse de Mlle Loschak, telle que résumée par son préfacier : « Cette recherche débouche non pas sur la découverte d'une quelconque constante idéologique, mais sur l'affirmation que le Conseil d'Etat suit les fluctuations du consensus politique dominant à chaque moment. » [125] Le juge, immergé dans la société, ne saurait pas ne pas la comprendre, la subir, la vivre et donc mettre en œuvre ses valeurs.

Pourtant, il faut nuancer cette première proposition. Il n'est nul besoin de faire appel à l'analyse marxiste pour concevoir que le juge puisse, dans la délicate mise en œuvre des valeurs d'une société pluraliste et divisée sur des questions essentielles, être influencé par des considérations tenant à son appartenance à un groupe qui, par-delà les divergences individuelles, peut avoir certains objectifs communs, et qui se caractérise en tout cas par un niveau culturel élevé et assez homogène de par la formation reçue : le juge est en réalité obligé de trancher nombre de questions sur lesquelles un consensus n'existe pas. Il est, selon le langage des statisticiens, confronté, en matière d'opinion, à des séries multimodales ou à des séries dans lesquelles la moyenne est assez décalée par rapport au mode.

De plus, toutes les valeurs véhiculées par les standards ne correspondent pas à des valeurs globales : un grand nombre de ces valeurs sont spécialisées et sont afférentes à une société particulière, la fonction publique (que l'on songe à la discrétion et à la réserve), telle ou telle profession (les exigences de l'honneur professionnel peuvent varier de l'une à l'autre), *etc.* Le juge, dans ces cas-là, se trouve investi de la mission de concilier ces valeurs particulières avec les valeurs globales, tâche difficile qui lui laisse une certaine initiative.

Le dogmatisme de certains standards ne peut se concevoir qu'au travers de cet écheveau de considérations que le dernier chapitre de cette étude essaiera de débrouiller dans la mesure du possible. Il suffit de retenir ici que peuvent être dits dogmatiques les standards dans lesquels le type de référence est moins élaboré à partir d'une pratique moyenne ou modale qu'à partir d'un jugement sur ce que devrait être la pratique, que ce jugement soit assez universellement partagé par la société globale ou par la société particulière concernée, ou qu'il soit le fruit d'un choix plus personnel du juge.

107. *Exemples de standards plutôt dogmatiques.*

Les diverses modalités de mise en œuvre de l'idée de prudence semblent révéler une conception plutôt dogmatique de cette notion. Bien sûr, dans nombre de cas, une conception simplement descriptive, fondée sur le comportement moyen des individus, suffirait à sanctionner des comportements déviants de ce point de vue. Ainsi la plupart des conducteurs ralentissent-ils lorsqu'ils abordent un passage dangereux sur une route [126], ainsi par bonheur la plupart des piétons ne circulent-ils pas la nuit en état d'ébriété [127], ainsi en général personne ne

124. V. *infra*, 2° partie, 2e titre, chap. 2.
125. Préface de M. Weil à Loschak, *op. cit.*, p. XIII.
126. 27.I.1965, *Morard*, 57.
127. 27.I.1965, *Pasquelin*, 54.

mènerait sans précautions particulières, et alors que le danger des lieux est connu, des enfants en barque en aval d'une écluse et en amont d'un déversoir [128]. De tels exemples pourraient être multipliés.

Pourtant, il apparaît que c'est par référence à un type plus souhaitable que réel que le juge élabore le standard d'imprudence. Ainsi, dans le domaine assez particulier des accidents d'ascenseur, est-il vrai que les usagers de ce type d'instrument marquent toujours le temps d'arrêt nécessaire, avant de s'engager, pour voir si la cabine est bien là ? [129]. Le jeune enfant qui trouve un objet dangereux a-t-il une conscience du risque qu'il encourt ? S'il l'a, la possède-t-il avec une suffisante netteté pour avoir la volonté de renoncer au jeu que l'objet constitue ? La moyenne des parents surveille-t-elle de telle manière sa progéniture que le fait qu'un enfant puisse faire une bêtise révèle automatiquement ou presque un comportement anormal de leur part ? Lorsque l'administration donne un renseignement, fait une promesse, adopte une attitude équivoque, est-il vrai que la grande majorité des administrés procède à une méticuleuse vérification ? A toutes ces questions, l'observateur le moins averti ne peut que répondre non. Or la Haute Assemblée consacre en général, lorsqu'elle a à juger de ces situations, l'imprudence de leurs acteurs. Nous reviendrons à plusieurs reprises sur chacune de ces jurisprudences [130]. Mais, pour l'heure, il faut convenir de ce qu'elles attestent le caractère dogmatique du standard de prudence.

La notion de dommage anormal du contentieux de la responsabilité du fait des travaux publics est aussi, dans l'ensemble, en dépit de certaines apparences, plutôt dogmatique. A première vue, lorsque le juge administratif vise, par exemple, des « sujétions normales résultant du voisinage de la voie publique », il répute telles des sujétions habituelles et la normalité revêt ici un sens parfaitement descriptif. Néanmoins, lorsque, dans ce type de jurisprudence, et nous avons dit que même implicitement c'était toujours le cas, le juge procède à la mise en œuvre d'un bilan coût - avantage dans le cadre de la compensation de plus-value, il ne peut le faire qu'au nom de certaines valeurs et notamment au nom de la valeur partagée par nos sociétés que la voirie publique est un bienfait tel que des inconvénients non négligeables peuvent être supportés pour en bénéficier. Il apparaît bien que lorsque le Conseil de préfecture d'Orléans dispose que « les inconvénients occasionnés à la toiture par le feuillage (d'un) arbre n'excèdent pas les sujétions normales résultant du voisinage de la voie publique, lesquelles sont du reste compensées par les avantages que lui procure ce voisinage » [131], la normalité invoquée revêt successivement deux sens : l'inconvénient que représentent les feuilles est bien un inconvénient habituel que de nombreux riverains des avenues, places ou allées bordées d'arbres ont à subir; en ce sens, normal est un standard descriptif; mais le juge administratif ne s'en tient pas là, et il ressort de sa motivation que, quand bien même cet inconvénient serait statistiquement anormal, il n'en demeurerait pas moins dogmatiquement normal. L'idée selon laquelle le voisinage de la voie publique vaut bien quelques ennuis de gouttières est en effet, quoique assez évidente pour la plupart des gens, fondée sur un jugement de valeur qui tranche, en les hiérarchisant, entre deux intérêts antagonistes.

Il faut considérer de la même manière, et nous y reviendrons longuement, la distinction opérée par le juge entre le sort qu'il réserve aux détournements de la

128. 28.IV.1965, *Travaux publics c/ Profichet*, *A.J.*, 1965.540.
129. 23.III.1966, *Soc. Otis-Pifre*, 231; 15.III.1968, *C.H.R. de Toulouse c/ Pla*, Tb. 1130; 9.VII.1975, *Finances c/ Ascinter-Otis*, 414.
130. *Infra*, notamment 2e partie, 2e titre, chap. 2.
131. Cons. préf. Orléans, 23.V.1950, *Bourguignon*, *A.J.T.*, 1950.325; v. aussi 24.VII.1931, *Cmne de Vic-Fézensac*, 861, *D.P.*, 1931.III.51 (n. P. L. J.).

circulation générale, dommages de travaux publics non indemnisés, et celui, plus avantageux, qu'il impartit à l'atteinte aux accès et aux autres servitudes de voirie ou à l'allongement de parcours. Tous ces préjudices sont, d'un point de vue descriptif, parfaitement normaux, ordinaires, habituels dans nos sociétés. C'est l'éminence de la valeur de la propriété privée qui permet seule de poser qu'est anormale une atteinte directe aux servitudes de voirie. Quant à la distinction entre allongement de parcours et détournement de la circulation générale, qui répute le premier anormal cependant que le second est dit ne pas être « de nature à donner droit à indemnité », selon une invariable formule [132], seuls des choix plus occultes, plus difficiles à pénétrer, peuvent la justifier : il s'agit en tout cas probablement là de valeurs davantage émanées du juge que diffuses dans la société [133].

Le juge administratif définit classiquement le défaut d'entretien normal, comme celui qui a pour effet d' « assurer au public un usage de l'ouvrage conforme » ou « propre à sa destination » [134]. La prise en compte de la destination est encore plus explicite dans certaines espèces. Le juge visera ainsi, « compte tenu du surcroît considérable de trafic », le défaut d'entretien normal d'une route qui s'est effondrée [135]. C'est « compte tenu de la destination des locaux », en principe non affectés au public usager, qu'il estimera que la présence d'une excavation dans un couloir n'est pas un défaut d'entretien [136]. De même, c'est « eu égard à la destination d'un jardin public » que l'existence des feuilles basses et pointues d'un yucca débordant sur une allée a pu constituer un défaut d'entretien normal [137] [138]. De telles formulations emportent une conception dogmatique de l'entretien normal : n'est pas normal l'entretien habituellement opéré sur un ouvrage de même type, mais celui qui a pour effet de donner à cet ouvrage les caractères que l'on peut attendre de lui. En vérité, cette conception dogmatique est une conception réaliste : l'ouvrage conforme à sa destination n'est pas l'ouvrage sans défectuosités. Si bien que l'on peut avoir l'impression parfois que le standard de l'entretien normal glisse vers une normalité plutôt descriptive. Ainsi lorsque l'entretien normal est défini par le juge au moyen de l'expression « obstacle ne dépassant pas, par sa nature ou son importance, ceux que les usagers doivent s'attendre normalement à rencontrer sur les voies publiques » [139], ou par celle « risques ordinaires » ou « habituels » de la circulation, contre lesquels les usagers de la voie publique doivent se prémunir en prenant toutes précautions utiles » [140] [141]. Mais ces formules ne doivent pas

132. 13.II.1924, *P.L.M.*, 178.
133. V. *infra*, 2e partie, 2e titre, chap. 2.
134. S. 16.V.1930, *Travaux publics c/ Lussagnet*, 527; S. 27.VI.1930, *Le Pape*, 671; S. 25.VII.1930, *Bourel*, 820; même jour, *Travaux publics c/ Wattiau*, 821; 2.VII.1931, *Rost*, 721; 9.III.1932, *Bos*, 288; S. 5.V.1933, *Lévy*, 493; 3.I.1934, *Travaux publics c/ Michenot*, 18; 10.I.1934, *Stam*, 50; S. 2.XI.1934, *Menu*, 999; 11.XII.1936, *Békaert*, 1101; 9.VI.1937, *Benne*, 580; 22.VI.1938, *Travaux publics c/ Fontaine*, 573; 24.X.1952, *Michot, R.D.P.*, 1953.739; 25.VII.1953, *Fagard, R.D.P.*, 1953.1087; Versailles, 23.V.1956, *Régie Renault, A.J.*, 1956.II. 179; 30.I.1957, *Kheloufi, A.J.*, 1957.II.124; 6.VII.1960, *Travaux publics c/ Menan, A.J.*, 1961.II.514.
135. 10.III.1965, *Caisse centrale lyonnaise de S.S.*, 164.
136. 19.V.1965, *Déptnt de l'Allier*, Tb. 1083, *A.J.*, 1965.539.
137. 7.I.1970, *Cmne de Cassis*, 10, *A.J.*, 1970.255.
138. V. aussi 8.XI.1968, *Fayemendy*, 555; 20.VIII.1971, *Cmne de Saint-Martin-d'Uriage*, Tb. 1224.
139. 11.VII.1944, *Bachelerie*, 199; 13.IV.1945, *Taillefer*, 75; S. 27.I.1967, *Zemmour*, 48.
140. 4.V.1948, *Travaux publics c/ Dernelle*, 198; 24.X.1952, *Michot, R.D.P.*, 1953.739; 15.VII.1957, *Soc. des routes économiques, A.J.*, 1957.II.375; 16.V.1958, *Vincenti, A.J.*, 1958.II.292; 20.X.1961, *Travaux publics c/ Schaechtelin, A.J.*, 1962.194; 19.X.1963, *Bouchet, A.J.*, 1964.119; 31.III.1965, *Travaux publics c/ Guilbert*, Tb. 1080; 30.X.1970, *Ville de Troyes, A.J.*, 1971.181.
141. V. aussi : « le danger... ne dépassait pas les risques auxquels les usagers de ladite voie pouvaient normalement s'attendre et contre lesquels il leur appartient de se prémunir » :

égarer : elles ne font que se fonder sur ce que l'entretien moyen des ouvrages correspond en principe à l'entretien qui le rend conforme à leur destination. Ce n'est pas tant ici les résultats du standard d'entretien normal que la méthode d'élaboration qui doit être retenue. Or, pour l'essentiel, elle est dogmatique, ce que révèle la quantification délibérée du défaut d'entretien normal de la voirie constitué par une saillie ou une excavation, à 5 centimètres [142].

Sans doute, dans les cas les plus pathologiques, un standard descriptif suffirait-il. Ainsi pour qualifier de défaut d'entretien normal l'effondrement du talus soutenant une route [143] ou la présence d'un rocher ou d'une épave non signalés dans un chenal [144], la brèche d'un pont [145], la grave excavation qui occupe la majeure partie d'une route [146], l'effondrement d'une balustrade de l'opéra sur les spectateurs [147], la plaque d'égout qui bascule lors du passage d'un piéton [148], ou encore l'écroulement d'un pont supportant une route nationale [149]. Mais cela ne suffit pas à démontrer, on a déjà eu l'occasion de le dire à propos d'autres notions, que ce ne soit pas un standard dogmatique qui est mis en œuvre. On en a une illustration dans l'exigence légitime d'une signalisation suffisante et, pour la nuit, d'un éclairage efficace pour tout obstacle sur la voie publique : « doit être signalé de nuit tout obstacle à la circulation sur la voie publique » [150], même un simple tas de pierres [151] ou de sable [152] en bordure d'une voie d'importance secondaire, *a fortiori* la présence d'une bordure de trottoir [153] ou l'encombrement d'un trottoir [154]. Il y a là un impératif détaché de toute analyse concrète des pratiques habituelles dont le juge n'a que faire. Et les exemples de cette sorte pourraient être sans difficultés multipliés.

Le standard de représentativité d'une organisation syndicale est particulièrement dogmatique. La notion commune de représentativité n'est déjà pas une notion descriptive en elle-même, contrairement aux apparences. Même à s'en tenir à ses implications simplement quantitatives, il faut pour sa mise en œuvre marquer un seuil, et cela ne peut se faire qu'arbitrairement : sans doute les cas les plus évidents ne posent pas de problème, mais il n'en va pas de même des cas limites. De plus, même dans son sens commun, la représentativité a une dimension qualitative, le plus souvent, qui peut intervenir à titre supplétif. Or cet aspect qualitatif est renforcé dans la notion juridique de représentativité. Le juge spécifie sans doute qu'une organisation qui ne regroupe qu'une part infime

29.XI.1961, *Déptnt des Bouches-du-Rhône, A.J.*, 1962.384; défectuosité qui ne présentait pas « pour les usagers de la voie publique un risque anormal susceptible de nécessiter une signalisation » (25.III.1936, *Verkens*, 382; 12.V.1942, *Soc. du gaz de Nice*, 154; 24.IV.1963, *Cmne de Bois-Colombes, A.J.*, 1963.571; 20.XI.1974, *Servant, A.J.*, 1975.145); v. aussi : 12.X.1955, *Travaux publics, A.J.*, 1955.II.412 (obs. Coulet); 8.XI.1961, *Aubert, A.J.*, 1962.463; 24.I.1962, *Lair*, Tb. 1140; 24.IV.1963, *Soc. d'assur. « Les travailleurs français », A.J.*, 1963.571; 30.XI.1973, *Equipement c/ Simon*, 689.
142. Sur ce point, voir *infra*, 2e partie, 2e titre, chap. 1er.
143. 6.III.1896, *Cie de Lyon c/ Quison*, 238; 5.XII.1958, *Déptnt de la Réunion, A.J.*, 1959.II.9.
144. 30.VI.1950, *Travaux publics c/ Soc. Mérienne, R.D.P.*, 1951.534, *A.J.*, 1950.424; Lille, 17.XI.1956, *Payelle, A.J.*, 1957.II.173; 21.XI.1956, *Port autonome du Havre, A.J.*, 1957.II.11; 16.III.1960, *Cie maritime des transports de goudron*, 199.
145. 16.V.1958, *Erpeldinger, A.J.*, 1958.II.259.
146. 13.V.1959, *E.D.F. c/ Garnier, A.J.*, 1959.II.163.
147. 24.IV.1963, *Affaires culturelles c/ Abelsom, A.J.*, 1963.571.
148. 15.IV.1964, *Roman, A.J.*, 1964.651.
149. 10.III.1965, *Caisse centrale lyonnaise de S.S.*, 164.
150. 4.I.1963, *Caisse de S.S. de l'Allier, A.J.*, 1963.311.
151. 6.VII.1910, *Faure*, 558.
152. 22.VI.1951, *Hamelin, R.D.P.*, 1951.1151.
153. 3.IV.1968, *Flanchart*, Tb. 1135.
154. 22.VI.1955, *Buttard, A.J.*, 1956.II.40.

des catégories intéressées n'est pas [155] ou que celle qui en rassemble la majeure partie est représentative [156]; il considère qu'une organisation qui a l'adhésion d'une bonne partie de la population visée, bien qu'une autre organisation soit plus importante, est représentative, faisant ainsi prévaloir un critère proportionnaliste et non majoritaire [157] [158]. Mais il doit de plus mettre en œuvre les critères textuels purement dogmatiques qui donnent sa physionomie particulière à la notion juridique de représentativité : ancienneté, attitude patriotique pendant l'occupation, expérience, cotisations, indépendance. Chacun de ces critères ne peut se concevoir que par référence à certaines valeurs. Pour ne retenir que l'indépendance, il ne s'agit ainsi que de l'indépendance des organisations syndicales vis-à-vis du patronat, au terme d'un jugement de valeur implicite, imposé en vérité par le rapport de force, qui pose qu'elle est la seule importante, et non vis-à-vis, par exemple, des partis politiques ou de certaines idéologies.

Le préjudice irréparable, ou difficilement réparable, condition du sursis à exécution, est aussi une notion dogmatique dès lors qu'on admet, fiction qui est à la base de la réparation juridictionnelle des préjudices, que tout est réparable en argent. L'irréparable devient dès lors le signe de certaines valeurs. Valeurs esthétiques : qui a oublié, à propos du sursis à exécution de la démolition du clocher de l'église Sainte-Paterne, à Orléans, sur le point d'être classé, la vibrante note d'Hauriou qui estimait justement que « toutes les indemnités du monde n'auraient pas réparé la destruction d'un monument historique » [159] ? Valeurs libérales, de liberté individuelle et de propriété, plus rarement valeurs sociales ou plus directement économiques [160].

Toutes les mises en œuvre de la notion de moralité sont aussi bien sûr à ranger dans la présente catégorie. Lorsque les dictionnaires définissent la morale comme l'ensemble des règles de conduite considérées comme valables de façon absolue, ils insistent bien sur ce que ces règles sont non pas pratiquées mais considérées comme valables. Les impératifs moraux, par définition, ne sont pas la moyenne des comportements effectivement observés dans les domaines moraux, mais visent au contraire, sans nécessairement y parvenir, à redresser ces comportements ou tout au moins à les orienter. Cela ne veut pas dire que les idées morales se dérobent à l'analyse sociologique : simplement il s'agit d'une sociologie des traits de mentalité, d'une sociologie que nous serions tentés d'appeler de la dogmatique sociale, et non d'une sociologie de la pratique sociale [161].

Cette dogmatique sociale se manifeste clairement lorsque, par exemple, le juge dispose, en s'appuyant au demeurant sur un texte, que le Conseil national de l'ordre des médecins a pu refuser d'inscrire au tableau un homme qui était « propriétaire d'une entreprise où il vend des appareils d'orthopédie et de prothèse, ainsi que d'autres articles médicaux dans les mêmes conditions qu'un commerçant ordinaire », parce que « l'activité commerciale » dudit individu « était contraire à la dignité de la profession médicale et, par suite, aux règles

155. 11.IV.1962, *C.F.T.C.*, 275; S. 26.X.1973, *Féd. nation. des synd. indép. des industries chimiques*, 599.
156. 8.XI.1950, *Synd. nation. des cadres des personnels administratifs des compagnies de navigation*, 538; S. 28.II.1958, *Denis, A.J.*, 1958.II.204.
157. 6.II.1974, *Synd. nation. des journalistes*, 84, *A.J.*, 1974.448.
158. La discrétion des directives de la jurisprudence rend cependant difficile la précision des fondements quantitatifs de ces décisions; v. A. 2.XI.1973, *Travail c/ Conféd. nation. chauffeurs routiers*, 614; 4.X.1961, *Féd. gén. des fonctionnaires C.G.T.-F.O., A.J.*, 1962.108.
159. 7.III.1913, *Lhuillier*, 323, *S.*, 1914.III.17 (n. Hauriou); v. aussi 27.VI.1930, *Fenaille*, 668; 27.XII.1938, *Richepin*, 985.
160. V. *infra*, 2e partie, 2e titre, chap. 2, section 2.
161. V. les réflexions du doyen Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1972, p. 283; et Savoye, « La notion de manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs », *D.*, 1968, chron. 18, pp. 103 ss.

de la moralité professionnelle » [162]. La dogmatique sociale, ce corps de convictions et de préceptes lentement élaboré, codifié par les textes ou directement mis en œuvre par le juge, fait encore réprimer, comme immoraux, le « défaut de sincérité des réponses » à un questionnaire « signé sous la foi du serment » [163], la collaboration effective et volontaire avec l'ennemi [164], la « collusion existant entre (un médecin) et un tiers non médecin » auquel le premier « versait une fraction de ses recettes », autrement dit la dichotomie [165], le fait d'employer pour assurer la « publicité (d'une) pharmacie des moyens contraires à la dignité de la profession soit par affiche, soit par une réclame tapageuse » [166], d'avoir touché des « commissions d'intermédiaire » [167], le proxénétisme d'un fonctionnaire comme de quiconque [168], la distribution par un médecin d'un tract invitant à la libération sexuelle et condamnant la distinction du normal et de l'anormal en ce domaine [169], le refus par un médecin de soumettre à la femme d'un confrère déporté qu'il remplaçait les documents comptables afférents à son activité [170], le fait pour un magistrat d'avoir entretenu des relations suivies avec Stavisky et d'avoir eu une attitude équivoque pendant l'affaire [171], les « faits de plagiat » d'un architecte [172], l'utilisation par un policier de ses fonctions pour s'installer dans un appartement [173], le fait pour un enseignant d'entretenir avec une de ses élèves des relations intimes [174], la perception indue d'honoraires par un médecin [175], l'abandon de poste par un policier dans certaines circonstances [176], le fait pour un fonctionnaire de fournir des renseignements confidentiels sur un contribuable à un conseiller fiscal qui les utilise pour faire pression sur celui-ci [177], *etc.* Ce corps de convictions et de préceptes a encore pu faire considérer comme immoraux certains films érotiques comme « Le feu dans la peau » [178], « La jument verte » [179], « Les régates de San Francisco » [180], ou trop violents, comme « Avant le déluge » [181].

Au contraire, la dogmatique sociale dont le juge se fait l'interprète peut avoir des indulgences pour d'autres types de comportements. Pour la faiblesse d'un

162. S. 4.V.1945, *Klotz*, 92; v. aussi S. 20.II.1953, *Armelin*, 88.
163. 16.IV.1947, *Lambla de Sarria*, 145, *A.J.*, 1947.177; v. aussi 10.V.1957, *Tampucci*, 300; 1.X.1971, *Torras*, Tb. 938.
164. 3.VI.1949, *Kiehl*, 265; 26.IV.1950, *Krupp*, 235 (il s'agit là non d'affaires du contentieux de l'épuration, régi par des textes spécifiques, mais des conditions d'inscription à un ordre professionnel).
165. 20.II.1953, *Armelin*, 88; 8.XII.1957, *Monod*, 687 (concl. Grévisse).
166. 10.II.1960, *Pernaud*, 99; v. aussi 6.V.1949, *Grunberg*, 790; 16.V.1969, *Hait-Hin*, 254; 5.VII.1972, *Ouahnon*, 511; la publicité n'a cependant pas systématiquement un tel caractère : S. 17.XII.1971, *Virapin-Apou*, 779 (concl. Braibant).
167. 8.IV.1970, *Tarral*, 225.
168. 9.XII.1970, *Beauvillé, A.J.*, 1971.425; d'un dentiste : 7.X.1964, *Béraud*, 450.
169. 13.V.1974, *Carpentier*, 284.
170. A. 29.IV.1949, *Parent*, 194; v. aussi S. 19.X.1956, *Princeteau*, 378.
171. 29.VII.1950, *Hurlaux*, 489; complicité de vol pour un pharmacien : 16.X.1957, *Gopée*, 534; dissimulation de faits concernant une affaire criminelle par un agent du S.D.E.C.E. : 21.VI.1972, *Le Roy*, 462.
172. S. 2.III.1956, *Berson*, 104.
173. 19.VI.1953, *Goudon*, Tb. 612.
174. S. 20.VI.1958, *Louis*, 368; v. aussi C.E. S. 9.VI.1978, *Sieur Lebon, J.C.P.*, 1979.II.19159 et notre note.
175. 15.XII.1961, *Sabadini, A.J.*, 1962.578 (obs. Paulin); 26.X.1973, *Caisse prim. d'assurances maladie de la Somme*, 600.
176. 13.VII.1963, *Préfet de police c/ Laisney*, Tb. 822.
177. 6.XI.1963, *Chevallier*, 524; v. aussi S. 13.VII.1966, *Finances c/ Garrigue*, 472.
178. S. 18.XII.1959, *Soc. « Films Lutétia »*, *A.J.*, 1960.II.127 (*G.A.J.A.* 491).
179. S. 9.III.1962, *Soc. nouvelle des Etab. Gaumont, A.J.*, 1962.372 (concl. Gand).
180. S. 4.V.1962, *Ville de Montpellier, A.J.*, 1962.447.
181. S. 23.XII.1960, *Union générale cinématographique, A.J.*, 1961.II.101 (chron. Galabert et Gentot).

Alsacien qui a adhéré aux S.A. « sous la pression des autorités allemandes » [182]. Pour une pharmacienne qui, connaissant de profondes « difficultés financières dues à une grave intervention chirurgicale et à des travaux importants qu'elle était dans l'obligation d'effectuer dans son officine », a couvert un exercice illégal de la pharmacie en servant de prête-nom [183]. Pour le fait d'injurier et frapper un confrère [184], *etc.*

Dogmatiques encore bien sûr les notions de réserve du fonctionnaire, d'occupation normale du domaine public ou d'utilité publique [185]. Mais il est impossible ici de consacrer à chaque standard un développement particulier, et l'on retiendra seulement encore l'idée de proportionnalité, qui intervient d'ailleurs dans le contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique, comme particulièrement stratégique pour la compréhension de la catégorie des standards plutôt dogmatiques. La méthode de la proportionnalité permet surtout en effet d'arbitrer entre plusieurs valeurs en concurrence. Ainsi, en matière de police par exemple, dans le cadre de la jurisprudence dite *Benjamin*, le juge doit-il en permanence, mais par bonheur les enjeux sont en principe moins graves, essayer d'accomoder Créon et Antigone et méditer le Gœthe qui disait préférer une injustice à un désordre. Ne peut donner de réponse à ce débat qui implique hiérarchisation ou au moins accommodement ordonné des valeurs, qu'un choix exprimant la préférence que le juge impute à la société pour telle ou telle valeur. Il en est de même en matière d'utilité publique : faut-il construire des autoroutes, qui détruisent les espaces verts, qui éventrent les propriétés de famille, qui coupent les exploitations agricoles, qui ruinent les petits commerçants et empoisonnent la vie des riverains, mais qui vivifient les régions les moins favorisées, permettent justement l'accès des espaces verts au plus grand nombre, font travailler les entreprises de travaux publics, gagner du temps à tous, offrent probablement une meilleure sécurité et décongestionnent les petites villes ? Il y a là un choix parfaitement dogmatique, un arbitrage qui demeure, au sens ancien et neutre de ce terme, arbitraire. Tout homme de bon sens conviendra que le choix en faveur de l'autoroute ne peut guère être remis en cause, les choses étant ce qu'elles sont, dans le moyen terme, tout au plus infléchi. Mais il n'y a rien à opposer à qui a choisi les valeurs antagonistes de celles qui légitiment l'autoroute.

Ici, le droit est politique dans le meilleur sens du terme. Dogmatique au plus haut point est le standard de proportion qui fait que le juge donne la préférence à l'amélioration de la circulation et au fait de favoriser la course automobile, qui, paraît-il, a d'excellents effets sur le progrès technique, plutôt qu'à « l'aggravation des inconvénients supportés par les riverains notamment en ce qui concerne le bruit » [186]; à la réalisation de la « rocade de la Baule » plutôt qu'à une poignée de marais salants [187]; à l'extension de l'espace consacré aux activités militaires plutôt qu'à « 1 400 hectares de bois, de landes, de terres de culture et de prés » [188]. Et qui pousse en revanche le juge à choisir de sauver 67 hectares de forêts, site pittoresque plus que centenaire, dont la fonction est de fixer en outre le sable des dunes et d'influer sur le climat de l'arrière-pays, en sacrifiant la création d'une unité balnéaire, avec des logements, des ensembles de loisirs, des commerces, des hôtels, des campings [189].

182. 21.VII.1948 *Riss,* 666.
183. 14.XII.1956, *Baudin,* 478; v. aussi S. 28.XI.1969, *Dupraz,* 543.
184. 3.VII.1968, *Pennec,* 413.
185. V. *infra,* 2e partie, 2e titre, chap. 2.
186. 22.X.1975, *Assoc. des riverains de la R.N. 158,* 527.
187. Nantes, 7.V.1975, *Assoc. « Les amis de la région de Mesquer »,* 718.
188. A. 5.III.1976, *Tarlier,* 133, *A.J.,* 1976.207 (n. Colson), *J.C.P.,* 1977.II.18650 (n. Truchet); v. aussi A. 7.III.1975, *Assoc. amis de Fontevraud,* 179, A.J., 1976.208 (n. Hostiou).
189. Poitiers, 29.X.1975, *Beau de Loménie,* 766.

SOUS-SECTION II

La combinaison des deux classifications : l'échelle d'indétermination des standards.

108. *Introduction de la sous-section.*

L'homogénéité matérielle des standards que nous avions cru pouvoir discerner n'est pas invalidée par ce qui précède. Le standard est toujours mesure en termes de normalité, et il ne fait qu'assumer la tension que recèle cette notion.

Cette diversité dans l'unité ne peut manquer cependant d'avoir des conséquences sur la recherche qui suivra. Car cette notion plurale qu'est la normalité, qui érige alternativement l'être et le devoir-être en norme, qui les compose, les dose, les substitue l'un à l'autre, selon les cas, qui tantôt se prête à quantification, tantôt non, parfois, de par sa structure même, conditionne assez étroitement le travail du juge, parfois se prête à son jeu.

§ 1. — L'échelle d'indétermination des standards.

109. *Les degrés d'indétermination* a priori *des standards.*

Pour saisir ainsi que nous essaierons de le faire à la fin de cette thèse, la latitude d'action dont dispose le juge dans l'élaboration et la conduite de ses politiques en matière de standards, il faut concevoir que tous ne comportent pas *a priori* la même rigidité. Tous les standards, bien sûr, offrent une certaine résistance à qui les met en œuvre, en dépit d'une idée trop répandue selon laquelle le juge pourrait, sous le masque des mots troubles, faire tout ce qu'il veut. En réalité, les contraintes de signification qu'impliquent les standards même lorsqu'elles sont ténues n'en sont pas moins réelles. Les standards peuvent ouvrir la voie à plusieurs directives concurrentes mais jamais à toutes les directives imaginables, au moins dans un état de société donné.

Plus, il apparaît clairement que certains standards laissent à l'action du juge une moindre marge de liberté. Il faut à cet égard opérer une double distinction :

— entre standards quantifiables et standards non quantifiables : on verra que le juge ne quantifie pas tout le quantifiable [190]. Néanmoins, le refus de procéder à quantification explicite lorsque celle-ci apparaît de bon sens est parfois délicat. La quantification peut d'ailleurs résulter de l'amoncellement des espèces, le juge, s'il y a fluctuations inexplicables de sa jurisprudence, s'exposant de plein fouet aux critiques d'une doctrine disposant d'une preuve irréfutable de son inconstance;

— entre standards descriptifs et standards dogmatiques : les purs standards descriptifs, ceux du droit fiscal notamment, laissent une faible initiative au juge : il est possible de discuter à perte de vue sur la notion de réserve, non sur le prix normal d'un immeuble situé, ni même, pour prendre une notion non quantifiable, sur la notion d'acte de gestion normal une fois compris le sens de ce terme. Par contre, la plupart des standards se prêtent, on l'a vu, à la fois à une conception plutôt descriptive et à une conception plutôt

190. 2e partie, 2e titre, chap. 1er.

dogmatique, celle-ci étant par définition susceptible de plusieurs résultats. C'est dans ce choix entre une conception et une autre que réside la liberté du juge lorsqu'elle lui est donnée, liberté de fait, car, en droit, il n'est qu'interprète, liberté limitée parce que la logique des significations n'est pas son seul frein, mais qu'il doit encore compter avec les contraintes que les mentalités font peser sur son œuvre.

La prise en compte de ces deux éléments permet ainsi d'élaborer une échelle d'indétermination *a priori* des standards : les standards descriptifs quantifiables laissent moins de liberté au juge que les standards descriptifs non quantifiables; celui-ci retrouve une marge de liberté pour choisir entre l'élaboration d'un standard intermédiaire et d'un standard plutôt dogmatique, la quantifiabilité réduisant dans tous les cas cette marge, et sa liberté se trouvant en principe confortée par le choix d'une conception dogmatique qui pourra être d'autant plus facilement évolutive que dans des sociétés de *dissensus* relatif comme les nôtres le champ des valeurs possibles, acceptables, est assez étendu pour se prêter à nombre de modulations.

§ 2. — La nécessité de l'étude de la politique jurisprudentielle et de la jurisprudence politique du juge.

110. *La nécessaire étude de la politique jurisprudentielle des standards.*

On reviendra par la suite sur les notions de politique jurisprudentielle et de jurisprudence politique. Il suffira ici de retenir que nous entendrons, dans un sens un peu différent du sens aujourd'hui accepté, par politique jurisprudentielle la façon dont le juge gère sa jurisprudence d'un point de vue formel : la politique jurisprudentielle est celle qui a pour objet la jurisprudence en tant que *medium*, pour employer le langage d'aujourd'hui, en tant qu'instrument de communication. Et par jurisprudence politique la façon dont le juge gère sa jurisprudence d'un point de vue matériel : les jurisprudences politiques ont pour objet la jurisprudence en tant que message, en tant qu'ensemble ordonné de significations, en tant qu'elle formule un certain nombre de valeurs.

Le rapport quantifiabilité/quantification attire l'attention sur l'importance de la politique jurisprudentielle. Préciser l'attitude du juge face à cette contrainte que constitue nécessairement la quantification ne peut qu'aider à comprendre l'esprit de son travail. La question propre de la quantification ne fait cependant que s'insérer dans celle plus large que pose la jurisprudence en tant qu'instrument de communication, question cruciale aujourd'hui si l'on en croit une doctrine prompte à dénoncer l'*imperatoria brevitas* d'un juge de fait souvent laconique.

111. *La nécessaire étude des jurisprudences politiques des standards.*

On le voit bien, l'essentiel des conclusions que l'on peut tirer des pages précédentes concerne cependant les jurisprudences politiques que non seulement autorise mais encore implique la pratique du standard. Mise à part la toute petite minorité de standards purement et irréductiblement descriptifs, et sauf, au cas de standard textuel, indication particulière du texte, c'est au juge, au moins lorsqu'il accepte d'en contrôler la mise en œuvre, ce qui est le cas le plus souvent [191], en accord sans doute avec les mentalités de son temps mais avec la possibilité, et peut-être le devoir, de contrarier ou de limiter un vaste courant

191. V. 2e partie, titre 1er, chap. 1er.

dans un domaine donné, de choisir les types de référence au nom desquels il sanctionnera les comportements jugés déviants : il peut accompagner le mouvement des pratiques ou se fonder sur le jugement commun sur ces pratiques pour les sanctionner, car les hommes sont ainsi faits que la sévérité de leur jugement sur les autres n'exclut pas nécessairement le laxisme de leur comportement propre, ou, dans une certaine mesure, mais avec prudence, essayer de faire plier comportements effectifs et jugement majoritaire, par l'élaboration de types exigeants.

112. *Conclusion de la section première.*

C'est Richelieu qui définissait la politique comme un art « tout d'exécution ». Le premier effort de typologie des standards incline à leur affecter la même définition. L'intérêt de leur étude ne réside pas tant dans ce qu'ils sont, encore qu'il faille bien le savoir pour les étudier, que dans la façon dont le juge les fait fonctionner [192].

SECTION II

LES TYPOLOGIES CONTENTIEUSES

113. *Introduction.*

On entendra par typologies contentieuses des standards les typologies élaborées du point de vue du travail juridictionnel du juge administratif.

A cet égard, la typologie contentieuse la plus évidente pour un administrativiste français est celle qui prend en compte les quatre grandes branches du contentieux administratif dénommées traditionnellement contentieux de l'annulation, contentieux de pleine juridiction, contentieux de l'interprétation et contentieux de la répression.

114. *La typologie contentieuse au sens strict.*

Pour ne retenir que les deux premières branches qui sont en fait trois dans la mesure où le contentieux de l'annulation se subdivise en contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de la cassation, il est certain que l'appartenance d'un standard à l'une ou l'autre ne peut pas être sans poser des problèmes spécifiques.

Plusieurs remarques doivent à cet égard être faites. Mais brièvement pour deux raisons : d'une part, on aura l'occasion de revenir longuement sur les modalités complexes de la mise en œuvre des divers standards dans le cadre des contentieux de l'annulation [193]; d'autre part, les généralités que nous pourrions consacrer ici, en attendant l'élucidation à suivre, à la description de l'amplitude des pouvoirs du juge en fonction des contentieux sont parfaitement connus du lecteur.

On retiendra simplement qu'il y a une « grande disparité des pouvoirs du juge selon les contentieux », pour reprendre l'expression de M. Négrin [194] et que

192. Ce à quoi nous consacrerons la deuxième partie de cette thèse.
193. *Infra*, 2e partie, titre 1er, chap. 1er.
194. Négrin, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction : De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, 1976, p. 145.

cette grande disparité, à tort ou à raison (et à notre sens à tort), affecte particulièrement la mise en œuvre des standards. Il apparaîtra en effet que si l'échelle d'indétermination des standards conditionne, on l'a dit, la latitude d'action du juge dans leur mise en œuvre, les contraintes qu'elle engendre sont moindres que celles que lui assignent les fondements qu'il a cru devoir adopter pour légitimer son contrôle ou son absence de contrôle.

Les effets complexes qui sont les fruits de la combinaison des implications touchant à la nature de chaque standard et de celles afférentes à la nature des divers contentieux ressortent assez de la confrontation, à titre d'exemple, d'un standard fiscal éminemment descriptif et quantifiable et d'un standard mis en œuvre dans le cadre du contentieux de la cassation : si le juge doit contrôler la normalité d'une rémunération, la notion de normalité apparaîtra peu indéterminée, le juge étant étroitement prisonnier des pratiques en la matière, inévitablement prises en compte par la voie de la comparaison, et ne pouvant guère éviter la quantification; de ce fait, sa latitude d'action apparaîtra maigre; toutefois, le contrôle de la qualification opérée par l'administration appartiendra pleinement au juge en l'espèce, le contentieux fiscal étant on le sait l'un de ceux où il exerce son rôle avec une particulière plénitude [195]; à une considérable contrainte matérielle fait ici pendant une absolue liberté organique, si l'on peut s'exprimer ainsi; et le juge pourra estimer par exemple, transgressant les étroites barrières que la notion lui oppose, que certains facteurs particuliers légitiment des rémunérations qui ont toutes les apparences de l'anormalité.

Si le juge, au contraire, en tant que juge de cassation, se trouve confronté à une notion telle que celle de charlatanisme d'un médecin, les contraintes pesant sur son travail seront inversées. La notion elle-même implique une délicate élaboration dans laquelle l'initiative du juge pourrait prendre toute son ampleur. Mais justement, pour des raisons que l'on verra être assez contestables, il s'interdit, en réputant cette appréciation question de fait, de contrôler sa mise en œuvre. Ici, l'entrave au pouvoir du juge est d'ordre organique et non matériel.

C'est assez dire l'importance de cette première typologie contentieuse sur laquelle il est inutile de s'étendre davantage, puisque nous serons appelé à en critiquer longuement les implications en réfutant les propositions souvent défendues selon lesquelles les notions textuelles indéterminées sont, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, sources de pouvoir discrétionnaire, et dans celui de la cassation, sources d'appréciation souveraine du juge du fond.

115. *Une autre typologie contentieuse : standards de pure administration du droit et standards de fond du droit.*

La notion d'administration du droit, chère à Hauriou, mais en fait semble-t-il plus ancienne, n'est plus guère utilisée aujourd'hui [196]. Pour Hauriou, le fond du droit était formé de l'ensemble des règles de droit précises, « liant strictement le

195. Notre propos n'est pas ici d'entrer dans le grand débat sur la nature du contentieux fiscal. En réalité, du fait de la dualité des classifications retenues par la doctrine, l'une issue de Laferrière et l'autre de Duguit, il y a peut-être faux débat. V. Trotabas, « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Hauriou*, pp. 709 ss.; « Contentieux fiscal et juridiction administrative », *Mélanges Negulesco*, pp. 781 ss.; Bern, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, *op. cit.*, p. 5; et l'excellente synthèse de Bernard Castagnède, *Remarques sur la nature juridique du contentieux fiscal*, *R.S.F.*, 1970, pp. 5 ss.; en vérité, il s'agit d'un « contentieux de la légalité comportant des éléments de pleine juridiction », comme l'écrivent MM. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, pp. 433 ss.; formule à laquelle d'ailleurs s'est rallié finalement le Doyen Trotabas, *Droit fiscal*, 2e éd., 1975 (collab. Cotteret) : « Le contentieux fiscal est en lui-même un contentieux objectif, mais... il est traité sur le plan de la procédure comme un contentieux de pleine juridiction. »

196. V. cependant Hébraud, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Couzinet*, p. 333.

juge en vertu d'un pouvoir supérieur à celui du juge » [197]. Au contraire, la police juridique était constituée d'une série de procédés techniques d'administration du droit, c'est-à-dire de mise en œuvre des règles, que l'on pourrait dire, pour bon nombre d'entre eux, d'interprétation au sens large du terme, et pour d'autres de procédure.

Ainsi le juge, pour Hauriou, connaissant les règles qui doivent être mises en œuvre, le fond du droit, se servirait-il des moyens d'administration du droit pour accommoder ces règles à la réalité, pour arbitrer entre elles lorsqu'il y a contradiction, *etc.* La note du maître de Toulouse sous l'arrêt *Association du personnel de la Banque de France* décrit parfaitement cette fonction [198]. En l'espèce, le gouverneur de la Banque de France s'était trouvé confronté à un syndicat auquel adhéraient en proportion croissante les cadres de la hiérarchie. Pour mettre un terme à cette évolution, il avait écrit au Président de l'association en cause plusieurs lettres indiquant qu'il ne pourrait pas dorénavant ne pas prendre en compte, dans le cadre du pouvoir d'appréciation afférent à son pouvoir de nomination, un tel type d'appartenance et qu'il éviterait la promotion des adhérents de l'amicale. L'arrêt du Conseil d'Etat ne présente guère d'intérêt : il déclare que le recours de l'amicale est irrecevable comme visant des lettres qui ne font pas grief. Mais Hauriou ne se borne pas à cette décision. Pour lui, la directive du gouverneur est la mise en œuvre d'un standard de rationalité résultant, selon l'heureuse expression de M. Sfez [199], de la « mise en équation de trois facteurs » : l'intérêt de la hiérarchie, l'intérêt du syndicat, l'intérêt de l'entreprise. Et, par un savant compromis, elle parvient à concilier en les respectant largement à la fois la liberté syndicale, l'intérêt de la hiérarchie et celui de l'entreprise. En effet, la directive d'incompatibilité de l'affiliation pour les grades supérieurs ne porte pas, toujours selon Hauriou, une atteinte très grave à la première et contribue à préserver les deux autres.

On ne reprendra pas ici les critiques adressées plus haut à la conception d'Hauriou. Notons simplement qu'elle aboutit finalement à opposer les règles rigides textuelles aux méthodes d'administration du droit jurisprudentielles, esquivant les deux catégories des règles de fond souples des textes et des règles de fond jurisprudentielles souples ou rigides.

Il n'y a pourtant pas lieu de négliger les outils forgés par Hauriou. Puisqu'il a emprunté au vocabulaire de la navigation la métaphore du sextant pour définir le standard, on peut être ici tenté de voir en lui l'un de ces ardents marins du XVe siècle finissant qui croyaient atteindre les Indes et découvraient en fait l'Amérique, ce qui n'est pas si mal, on en conviendra.

L'expression « administration du droit » est intraduisible. Aucun terme n'en rend véritablement compte, pas même celui de procédure [200]. « La procédure

197. « Police juridique et fond du droit », *in Aux sources du droit*, p. 150.

198. 17.VII.1925, *S.*, 1925.III.33, et *Notes d'arrêts...*, *op. cit.*, t. 2, pp. 90 ss.

199. *Op. cit.*, p. 104.

200. Parmi les distinctions suggérées par la doctrine, v. celles de Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, 1823, t. 1, p. 2, entre « lois substantives » et « lois adjectives » (et la critique de Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, 1828-1839, t. 1, p. 20); de Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., 1921-1926, t. 1, pp. 37 ss., entre « règles de droit normatives » et « règles de droit constructives »; de Max Weber, *Wirtschaft und Recht* (chap. 7 de *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad. Grosclaude *in La sociologie du droit de Max Weber*, 2e éd., 1976, multig., p. 136), entre « droit matériel » et « droit procédural »; de Hart, *Le concept de droit*, 1976, p. 105, entre « règles primaires » qui « imposent des obligations » et « règles secondaires », qui « confèrent des pouvoirs », distinction en gros reprise par Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires » *in La règle de droit*, 1971, pp. 104 ss.; de Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1962, p. 96, entre « théorie statique du droit » et « théorie dynamique du droit ».

administrative contentieuse regroupe, selon le Doyen Debbasch, l'ensemble des règles relatives à l'introduction, à l'instruction et au jugement des recours et aux différents types de recours susceptibles d'être conduits devant les juridictions administratives » [201], définition qui est communément admise depuis le dictionnaire de Capitant. Or l'administration du droit c'est à la fois davantage et moins que cela. Davantage : aucune prescription juridique n'est applicable d'elle-même (sauf peut-être la *rule*, la règle de droit extrêmement ponctuelle, du type des *leges Barbarorum*, et encore cela n'est-il pas tout à fait exact) sans présupposés que l'on peut dire d'administration du droit et que nous étudierons un peu plus loin, celui du juge normal, du législateur normal, sans parler des topiques juridiques auxquels il a déjà été fait allusion. Moins : administration, dans administration du droit, n'a pas le sens habituel de ce terme, qui met en cause l'idée d'institution, d'organe, mais un sens que l'on retrouve dans des expressions telles qu'administrer un médicament ou un châtiment; administration du droit veut dire application du droit. L'administration du droit ne concerne donc pas tous les aspects les plus organiques et les plus formels de la matière nommée procédure. Les procédés d'administration du droit ne sont pas les règles d'organisation des institutions productrices de droit, ni les règles de fonctionnement parfaitement indépendantes de la matière juridique mise en œuvre.

D'où le recours à l'expression de standards de pure administration du droit : comme tous les standards que nous baptiserons de fond ne parviennent pas à se passer d'une part d'administration du droit, plus ou moins ample selon les cas, les standards dont la fonction n'est que de favoriser l'administration du droit, au sein d'une délicate maïeutique juridique, seront dits de *pure* administration du droit.

Un point doit être précisé : il ne sera question ici que des standards de pure administration juridictionnelle du droit. Non que l'administration, pour la mise en œuvre du droit, n'ait pas recours à des techniques comparables : mais l'administration « administrative » du droit devient pour le juge fond du droit.

On entendra en effet par standard de fond du droit, formule qui eût fait frémir Hauriou, pour lequel standard et administration du droit étaient synonymes, les standards qui jalonnent les règles de fond mises en œuvre par le juge, quelle que soit leur origine.

Il sera, dans les développements qui suivent, davantage question des standards de pure administration du droit, car, dans les autres chapitres de la thèse, seront surtout objets de l'analyse les standards de fond, plus familiers et plus nombreux.

SOUS-SECTION I

Les standards de pure administration du droit.

116. *Introduction.*

Les standards de pure administration du droit postulent qu'un juge normal peut concevoir un certain nombre de relations normales entre certains faits (théories de la présomption et de la causalité), comprendre de lui-même un acte qui ne comporte pas d'obscurité (théorie de l'acte clair), reconstituer la volonté d'individus présumés aussi normaux que lui (applications diverses de la *ratio legis*).

On étudiera successivement les principaux standards de pure administration du droit avant d'essayer de dégager leurs caractères communs.

201. Debbasch, *Contentieux administratif*, 1975, p. 15.

§ 1. — Les principaux standards de pure administration du droit.

1° LA PRÉSOMPTION ET LA TECHNIQUE DU STANDARD :

117. *La présomption ne saurait fonctionner sans mise en œuvre d'un standard.*

Mécanisme aussi ancien que le droit [202], appartenant au « fonds le plus intime et pour ainsi dire à la substance même de la technique du droit », selon Gény [203], les présomptions se définissent classiquement comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » [204], « les présomptions qui ne sont point établies par la loi » étant « abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes » [205]. Le mécanisme de la présomption se confond d'ailleurs, dans son économie générale, avec celui de toute preuve quelle qu'elle soit, ainsi que l'avait bien observé Bentham : « Toute décision fondée sur une preuve, écrivait-il, procède par la voie de conclusion. Tel fait étant donné, je conclus à l'existence de tel autre. » [206].

Dans le sens plus restrictif que cette technique revêt aujourd'hui, elle joue bien évidemment un grand rôle en droit administratif, encore que les publicistes ne s'y attachent guère, les éléments élaborés par les privatistes leur semblant sans doute suffire [207]. Or l'intérêt de la présomption est considérable dans le cadre du contentieux administratif, puisque celui-ci est le plus souvent fondé non sur le système dit de la preuve légale, mais sur celui de l'intime conviction [208] qui ne saurait se concevoir en dehors de la mise en œuvre d'un système de présomptions souples et informelles. En fait, cette proposition doit être nuancée : l'intime conviction n'est utilisée par le juge que résiduellement en principe, lorsque aucun autre moyen ne le satisfait; mais ce résidu est considérable en fait.

Les présomptions du contentieux administratif sont plus souvent des présomptions de l'homme que des présomptions légales. Ces dernières ne nous intéressent pas : elles concernent le travail intellectuel du législateur et non celui du juge qui se les voit imposer [209]. Quant aux présomptions de l'homme, fruits de l'acti-

202. V. ainsi dans cet étonnant traité de logique judiciaire que constitue la *Rhétorique* d'Aristote, les développements consacrés au vraisemblable et aux indices (éd. Médéric Dufour, 1932-1973, t. 1, pp. 80 ss.); et Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du moyen-âge*, 1939, pp. 62 ss.

203. *Science...*, t. 3, p. 262.

204. Art. 1349 Code civil.

205. Art. 1353 Code civil.

206. *Op. cit.*, t. 1, p. 16.

207. V. toutefois Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, p. 548; Colson, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, 1970, pp. 123 ss.; Deruel, *La preuve en matière fiscale*, 1962, pp. 131 ss.; Macé de Gastines, *Le rôle des présomptions en droit administratif français*, 1974, multig.; Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, 1952, pp. 110 ss.; Rivéro, « Fictions et présomptions en droit public français », *in Les présomptions et les fictions en droit*, 1974, pp. 101 ss.; dans la doctrine privatiste, voir notamment Barraine, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, 1942; Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, 1950; v. aussi Deschenaux, *Le titre préliminaire...*, *op. cit.*, pp. 249 ss. et Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 1926, pp. 181 ss.

208. Debbasch, *Contentieux...*, p. 483.

209. V. les exemples donnés par MM. Pactet, *op. cit.*, p. 111; Colson, *op. cit.*, p. 153; Deruel, *op cit.*, pp. 359 ss.; pour d'utiles compléments sur le rôle des présomptions en droit fiscal, v. Krings, « Fictions et présomptions en droit fiscal », *in Les présomptions et les fictions en droit, op. cit.*, pp. 163 ss.; Lupi, « La preuve en matière d'impôts directs », *R.S.L.F.*, 1955, notamment pp. 579 ss.; Molinier, « Fiscalité et fiction », *Mélanges Couzinet*, pp. 577 ss.; il y

vité du juge, elles doivent être dites présomptions au sens large parce que les conditions de l'article 1353, pluralité, gravité, précision et concordance, n'y jouent pas toujours un rôle effectif [210]. En vérité, il y a là un problème de vocabulaire qui doit être tranché. Si l'article 323, al. 2, du Code civil parle de « présomptions ou indices », tenant ainsi ces deux termes pour équivalents, la présomption naît en réalité des indices : lorsque sont visées des « présomptions graves, précises et concordantes », ce sont en fait les indices dont il est question. Il est donc préférable de dire que le juge administratif échappe souvent au formalisme des indices graves, précis et concordants pour donner, dans l'élaboration de la présomption, un jeu plus souple au schéma présomptif [211].

La présomption, réduite à l'essentiel, est fondée sur un raisonnement probabiliste [212]. Ce qui, ainsi que le souligne M. Bénabent, veut dire que les conclusions tirées de la présomption « ne font qu'exprimer la situation normale » [213], ce que les juristes appellent souvent le *plerumque fit* [214]. Le fait connu, dans la plupart des cas, se trouve en relation avec tel autre fait et il ressort donc d'évidence, pour un individu doté de capacités ordinaires, que lorsque le premier apparaît, le second ne saurait manquer d'exister. L'expression médiévale de *notorium praesumptionis* mettait clairement en valeur cette démarche [215], dont l'analyse est effectuée par les auteurs du *Traité de l'argumentation*. Selon ceux-ci, « tous les auditoires admettent des présomptions. Celles-ci jouissent également de l'accord universel... (et) sont liées dans chaque cas particulier au normal et au vraisemblable... L'existence même de ce lien entre les présomptions et le normal constitue une présomption générale admise par tous les auditoires. » [216].

Il semble d'ailleurs que la distinction entre présomption et fiction ne puisse résider que dans ce que la première est fondée sur une probabilité, tandis que la seconde, au lieu de viser à dégager la vérité, tend à faire dominer une erreur réputée bienfaisante [217]. Fiction et non présomption pouvait ainsi apparaître la « présomption » irréfragable de faute, d'origine jurisprudentielle, en matière d'accidents causés par les automobiles des services publics jusqu'à la loi de 1957 [218].

La façon dont l'utilisation d'une présomption par le juge aboutit à la mise en œuvre d'un standard ressort clairement de quelques exemples. Le juge considère ainsi qu'un poteau indicateur qui se trouve enfoncé dans le lit d'un canal très loin de la rive où il était planté n'a pas pu tomber à la suite d'un défaut

a en fait une grande spécificité des présomptions du droit fiscal : Fasolis a montré leur caractère particulièrement artificiel (« Le revenu et la détermination indiciaire de l'impôt général sur le revenu », *R.S.L.F.*, 1935, pp. 194 ss., notamment pp. 215 ss.).

210. V. Deruel, *op. cit.*, pp. 136 ss.; Mlle Lemasurier, « La preuve dans le détournement de pouvoir », *R.D.P.*, 1959, pp. 36 ss., cite, p. 61, un arrêt 28.III.1945, *Devouge*, visant « un faisceau de présomptions impressionnantes »; ce type de formulation est cependant rare; v. toutefois : 22.III.1961, *Énard*, 202; 27.X.1965, *Education nationale c/ Sudaka*, 557; S. 23.XII.1966, *Jannès*, 690; 29.V.1970, *Finances c/ Nguyen-Quang*, 377.

211. La notion d' « indices sérieux permettant d'admettre » est au demeurant parfois utilisée : 7.XI.1975, 90.156, *X...*, 551.

212. V. Bénabent, *La chance et le droit*, 1973, pp. 150 ss.

213. *Ibid.*, p. 154; Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif...*, p. 91, expliquait déjà la présomption par « la probabilité ou la normalité »; J. Rivéro, contrib. précit. : la présomption « s'attache au normal »; v. aussi Decottignies, *op. cit.*, p. 12; Gény, *Science...*, t. 3, p. 275, *etc.*

214. De l'expression latine : *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit.*

215. Lévy, *op. cit.*, p. 62.

216. Perelman et Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, op. cit.*, pp. 94 et 95; v. aussi Bredin, « La logique judiciaire et l'avocat », *in La logique judiciaire*, V[e] colloque des I.E.J., 1964, p. 96.

217. V. Foriers, « Présomptions et fictions » *in Les présomptions et les fictions en droit, op. cit.*, p. 7.

218. 22.XII.1924, *Soc. assur. « Les travailleurs français »*, *D.P.*, III.9 (n. Appleton).

d'entretien normal; si cela avait été le cas, on l'aurait en effet normalement retrouvé près du bord; la conclusion du juge est que la chute du poteau ne peut être imputable qu'au fait d'un tiers [219]. Le fait qu'un magistrat ait, pendant la dernière guerre, connu « un avancement anormalement rapide » et ait exercé ses fonctions avec « une particulière sévérité » établit sa collaboration en échange d'avantages personnels [220]. Une présomption de validité s'attache à une comptabilité qui ne présente pas de vice particulier et qui surtout rend compte d'un « pourcentage de bénéfice brut (qui), comparé au chiffre moyen retenu pour la profession par l'administration elle-même, n'était pas anormal [221].

Une instruction du 8 janvier 1957 avait admis le régime du forfait jusqu'à l'expiration des deux ans prévus par l'article 52 C.G.I., même si le plafond de l'article 50, qui n'autorise ce mode d'imposition que jusqu'à un certain chiffre, était dépassé au cours de la deuxième année; elle n'ouvrait pas droit à l'application de l'article 1649 *septies* G, mais elle avait réservé le cas des changements notables des conditions d'exploitation. Pour déterminer de tels cas, le juge administratif posait une présomption : celle qu'au-delà d'un certain seuil l'accroissement du chiffre d'affaires n'a pu résulter que de tels changements, ce qui est effectivement d'une très haute probabilité :

> « qu'il résulte des pièces du dossier qu'au cours de l'année 1961 le chiffre d'affaires du sieur X..., a été plus de deux fois et demie supérieur au seuil fixé par l'article 50 C.G.I.; que cette augmentation révèle des changements notables intervenus dans les conditions d'exploitation » [222].

Cette présomption au demeurant est simple et le juge administratif l'écarte si en fait il apparaît qu'en dépit d'une multiplication par 2,5 par exemple du chiffre d'affaires il n'y a pas eu de changements notables dans les conditions d'exploitation [223].

De même, la « proportion anormalement élevée du nombre des électeurs ayant utilisé » la procédure du vote par correspondance dans une petite commune corse « est par elle-même révélatrice de l'existence de manœuvres susceptibles de porter atteinte à la sincérité du scrutin » [224].

Certains domaines apparaissent comme le terrain privilégié de mise en œuvre de présomptions. Les jurisprudences de la responsabilité médicale, en partie, et du défaut d'entretien normal sont ainsi fondées sur un système de présomption de faute.

Dans le domaine médical [225], il apparaît notamment au juge qu'un traitement normalement appliqué ne peut entraîner en général aucune conséquence fâcheuse. Par suite, si le traitement a engendré des effets anormaux, le juge en tirera la conclusion que celui-ci a été réalisé dans des conditions anormales et qu'il y a eu faute. Ainsi si un traitement radiothérapique contre la teigne entraîne de profondes brûlures [226], ou si la parésie cubitale d'un membre supérieur s'ensuit d'une opération [227], ou si des troubles divers au bras droit résultent de la façon

219. 2.VII.1931, *Rost*, 721.

220. 16.V.1950, *Constancin*, 291; v. aussi 6.I.1960, *Benon*, 6.

221. 9.XII.1966, 56.039, *Soc. X...*, Tb. 937, v. aussi 13.VII.1966, 66.098, *Soc. X...*, Tb. 937; 13.III.1968, 71.091, *X...*, *A.J.*, 1969.248 (obs. Lamarque, très détaillées); 13.XI.1974, *S.A.R.L. X...*, 561.

222. 28.II.1968, 68.599, *X...*, 145; v. aussi 7.X.1970, 77.920, *X...*, Tb. 1025.

223. 7.II.1973, 85.255, *X...*, 115.

224. 13.II.1974, *Elections de Campile*, 104.

225. V. la récente synthèse du Doyen Auby, « La responsabilité médicale en France (aspects de droit public) », *R.I.D.C.*, 1976, pp. 511 ss.

226. 21.XII.1938, *Commis. adminis. des hospices civils de Marseille*, 968.

227. 15.VII.1959, *Segrettin*, 474.

dont celui-ci a été immobilisé au cours d'une intervention [228], ou encore si une injection intraveineuse se traduit par une paralysie au niveau du membre supérieur gauche, car alors, « s'agissant d'une intervention courante et de caractère bénin, les troubles susmentionnés ne peuvent être regardés que comme révélant une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service » [229]. Il en allait de même, avant que le régime de responsabilité ne soit modifié [230], des décès [231] ou des affections diverses [232] survenus à la suite de séances de vaccination collective.

De la même manière, si les malades hospitalisés contractent des affections d'une nature différente de celle qui avait motivé leur hospitalisation, le juge administratif considère que le lien de causalité et la faute ne peuvent pas ne pas être présumés. Ainsi si un malade hospitalisé pour une rougeole décède dès le lendemain de la variole alors qu'il avait été placé dans la chambre d'un individu soupçonné de souffrir de cette dernière maladie [233] ou si, dans un hôpital où sévissent certaines affections d'origine staphylococciques, une mère et son nourrisson s'en trouvent atteints [234, 235].

Aujourd'hui, très peu nombreux sont les auteurs qui estiment que la jurisprudence du défaut d'entretien normal n'est pas fondée sur un système de présomption de faute. Cependant, au sein de ce courant très majoritaire se distinguent des nuances. Il semble qu'il soit possible d'accepter, comme rendant compte de la jurisprudence, la proposition de M. Richer : « La responsabilité pour défaut d'entretien normal est une responsabilité pour faute présumée à partir de la défectuosité. » [236] L'existence d'une défectuosité révèle que l'entretien n'a pas été ce qu'il aurait dû être. Pour ne retenir que quelques exemples d'espèces utilisant les indices formels de la mise en œuvre d'une présomption — les verbes « révéler » et, à un titre moindre, « établir » — révèlent ou établissent l'insuffisance d'entretien d'un ouvrage, l'absence de précautions particulières prises à l'occasion du rétrécissement provisoire de la chaussée [237], une excavation de 20 centimètres de profondeur sur un trottoir [238], la saillie de 12 centimètres d'une bouche d'eau sur la voie publique [239], l'effondrement soudain de la chaussée [240], l'affaissement rapide d'un remblai effectué sur la voirie [241], la présence d'une poutre, en provenance d'un barrage provisoire, sur une voie très fréquentée [242], ou d'une balise dépourvue de tout dispositif éclairant [243], le fait qu'au passage d'un piéton une plaque d'égout bascule, entraînant ainsi sa chute [244]. L'effondrement d'un pont « établit par lui-même l'insuffisance d'entretien de l'ouvrage » [245]. La présence d'une considérable nappe d'eau sur une route, à la suite d'un orage qui pour être violent n'a néanmoins pas présenté les caractères d'un événement de force majeure, due à l'état défectueux des fossés et du ponceau, « révélait un défaut d'entretien normal de la voie publique » [246], surtout au cas d'absence de signalisation [247]. Le non-fonctionnement du système de verrouillage d'un ascenseur [248], la présence d'une épave empêchant le fonctionnement normal d'une écluse [249], ou non signalée en lisière d'un chenal [250], la présence d'un trou au milieu du passage donnant accès aux gradins d'une arène utilisée pour des spectacles [251] révèlent aussi un défaut d'entretien normal. Car, de fait, les routes, les ascenseurs, les ponts, les chenaux et autres ouvrages bien entretenus ne comportent pas les défectuosités que la jurisprudence, non sans dogmatisme, nous l'avons dit plus haut, considère comme incompatibles avec les obligations qui pèsent sur les autorités responsables.

Du côté des usagers, « on doit présumer qu' (un automobiliste), dont le véhicule quitta la droite de la chaussée pour faucher un poteau double des P.T.T. et démolit l'angle d'un mur en maçonnerie pour être ensuite rejeté sur la droite et se renverser, circulait, en l'occurrence, à une vitesse excessive » [252].

Un deuxième grand domaine a retenu l'attention de la doctrine et a marqué la jurisprudence depuis une vingtaine d'années : celui que l'on connaît traditionnellement sous le nom de jurisprudence *Barel* [253]. L'analyse de cette jurisprudence du point de vue de la présomption est en fait souvent faussée par l'équivoque qui pèse sur le terme présomption et que nous avons soulignée plus haut. La présomption, par essence, est unique : ce sont les indices, malencontreusement appelés par le juge administratif lui-même [254] présomptions (au pluriel), qui permettent au juge de présumer tel ou tel fait. *Les* présomptions sont des probabilités que *la* présomption transforme en certitudes. Cette question de vocabulaire revêt une particulière importance dans le cadre de l'étude de la jurisprudence *Barel*. Le schéma qu'elle institue est en effet le suivant : le requérant doit articuler sa demande de façon aussi convaincante que faire se peut [255]; si les indices qu'il

228. 2.II.1962, *Vicensini*, Tb. 1104; v. aussi 23.VII.1974, *Champion*, 459.
229. 23.II.1962, *Meier*, 122; l'on notera le double jeu du standard qui s'exprime avec une particulière netteté dans cette espèce : un esprit normal « ne peut pas », indice de standard déjà examiné, considérer que des conséquences aussi anormales ne révèlent pas un comportement anormal; v. aussi 11.X.1963, *Centre hospitalier de Dijon*, Tb. 985; 18.XI.1966, *Hôpital-hospice de Poissy*, Tb. 1098; 19.III.1969, *Adm. gén. de l'assistance publique c/ Bey*, 165; 19.V.1976, *C.H.R. de Poitiers*, 266.
230. Les L. 1.VII.1964 et 26.V.1975 ont, en deux temps, introduit la responsabilité sans faute en matière d'accidents de vaccination; sur les vaccinations obligatoires, v. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, 1973, pp. 119 ss.; Richer, *op. cit.*, t. 2, pp. 439 ss.; sur la loi de 1975, v. Moderne, « La responsabilité généralisée de l'État à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires », *D.* 1976, chron. 26, pp. 161 ss.
231. A. 13.VII.1962, *Santé publique c/ Lastrajoli*, 507, *R.D.P.*, 1962.975 (concl. Méric).
232. S. 10.XI.1967, *Augusto*, 422; 3.V.1974, *Berrebi*, 266.
233. 18.XI.1960, *Savelli*, 640; v. aussi 7.III.1958, *Santé publique c/ Dejous*, 158.
234. Nantes, 30.VII.1971, *Debuisson, A.J.*, 1972.179.
235. L'emploi du verbe « révéler », en principe indice formel assez sûr d'une présomption, ne doit pas égarer; il peut être utilisé par le juge dans le cadre de la responsabilité pour faute non présumée de l'hôpital; v. 14.III.1973, *Lagarde*, 221.
236. *Op. cit.*, t. 1, p. XVII.
237. 1.VII.1974, *Entrep. Monin*, 389, *A.J.*, 1975.145.
238. 9.II.1977, *Ville de Limoges, D.A.*, 1977, n° 125.
239. 16.XI.1957, *Ville de Marseille c/ Poro, A.J.*, 1957.II.458.
240. S. 4.XI.1966, *Déptnt de la Vendée c/ Hoffmann, A.J.*, 1967.560.
241. 20.V.1966, *Berenger*, 353.
242. 26.VI.1957, *Cmne de Rethel, A.J.*, 1957.II.417.
243. Lyon, 26.II.1960, *Malosse, A.J.*, 1960.II.71.
244. 15.IV.1964, *Roman, A.J.*, 1964.651.
245. 10.III.1965, *Caisse centrale lyonnaise de S.S.*, 164.
246. S. 21.VII.1972, *Brocas, A.J.*, 1963.164.
247. 30.X.1963, *Carlier, A.J.*, 1964.119 (obs. Laporte).
248. 4.IV.1962, *Soc. « Ascenseurs Thévenon-Schindler »*, Tb. 1149.
249. Rouen, 15.XI.1974, *Cie gén. de marée et de consignation*, 770.
250. 30.VI.1950, *Travaux publics et Soc. Mérienne, R.D.P.*, 1951.534, *A.J.*, 1950.424; 21.XI.1956, *Port autonome du Havre, A.J.*, 1957.II.11.
251. 23.II.1968, *Ville de Nîmes*, 139.
252. Clermont-Ferrand, 12.X.1962, *Lucas, A.J.*, 1963.437 (concl. Paulin).
253. V. Colson, *op. cit.*, pp. 123 ss.; même auteur, « Le juge administratif et la preuve dans le contentieux de la légalité des décisions à caractère économique », *J.C.P.*, 1968.I.2203; Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, 1977, pp. 71 ss.; Dabezies, « Le problème du droit à concourir », *R.D.P.*, 1967, pp. 1133 ss.
254. Dans l'arrêt 28.V.1954, *Barel*, 308, concl. Letourneur (*G.A.J.A.* 425), il vise ainsi des « présomptions sérieuses »; v. aussi 26.X.1960, *Rioux, A.J.*, 1961.II.169; « présomptions sérieuses, précises et concordantes » : S. 23.XII.1966, *Jannès*, 690; « doute sérieux » : 17.VI.1964, *Poncin*, 337.
255. Encore qu'il semble à cet égard que le juge administratif se montre de moins en moins exigeant; on a souvent fait remarquer que, dans l'affaire *Barel*, les requérants se prévalaient « à l'appui de leur allégation de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses », alors que dans l'affaire presque similaire *Vicat-Blanc*, pareille condition n'était plus mentionnée (Paris, 6.V.1959, *Vicat-Blanc, A.J.*, 1959.II.360; 21.XII.1960, *Premier ministre c/ Vicat-Blanc*, 1093, *A.J.*, 1961.II.167 : dès lors que le candidat a soutenu

réunit apparaissent comme des présomptions au sens premier, c'est-à-dire comme des faits rendant probables un autre fait, le juge ordonnera, dans un second temps, des mesures complémentaires d'instruction [256]. Dans l'affaire *Barel,* il demanda ainsi au ministre de lui communiquer les documents au vu desquels il avait pris sa décision. L'administration ne satisfit pas à sa demande et, dès lors, la Haute Assemblée considéra qu'il ressortait « de l'ensemble des circonstances susrelatées de l'affaire que le motif allégué par les auteurs des pourvois (devait) être regardé comme établi » [257].

La présomption au sens strict se situe évidemment dans la seconde phase de la démarche et non dans la première. Les indices fournis par les requérants ne sont, non pas dans l'affaire *Barel* mais bien souvent, que de maigres commencements de preuve, et c'est à partir de l'attitude de l'administration en réponse à ses questions, indice lui majeur, que le juge présumera ce qu'il pense avoir été la réalité des faits [258].

Dans cette matière comme dans les précédentes, la présomption est imprégnée de l'idée de normalité par le truchement des topiques. Ainsi, comme y insiste M. Pacteau, « voit-on d'abord l'administration *se taire* lorsque les véritables motifs qui l'ont déterminée à statuer sont en eux-mêmes *inavouables* » [259]. Cas extrême : après avoir refusé de communiquer un document, l'administration invoque ultérieurement sa destruction [260]. Comment un juge normalement averti pourrait-il ne pas tirer d'une telle attitude la conclusion que la pièce à conviction ainsi exclue de son investigation contenait des charges déterminantes à l'encontre de l'administration ? L'attitude d'un homme ou d'une administration normaux, au sens le plus descriptif de ce terme, est en effet de communiquer tout ce qui les sert dans le litige et d'essayer au contraire de dissimuler, dans la mesure du possible, ce qui fait le jeu de leur adversaire. En présumant, à partir de la disparition curieuse d'une pièce essentielle d'un dossier du fait du plaideur qu'elle aurait pu desservir, que cette pièce contenait effectivement des éléments propres à le confondre, le juge ne fait que tabler sur une normalité des plus descriptives et prêtant aussi peu que possible à contestation.

Plus souvent, l'administration, après n'avoir fourni dans ses observations que des indications tellement évasives que le juge considère qu'elle refuse « ainsi implicitement de faire connaître à la juridiction administrative les motifs de la

« expressément » avoir été éliminé en raison de ses opinions); dans le domaine du contentieux économique, le Conseil d'Etat n'a, plus récemment, mentionné que « l'argumentation développée par la société requérante » (26.I.1968, *Soc. « Maison Genestal »*, 62, concl. Bertrand, *G.A.J.A.* 547); il semble, ainsi que le montre M. Colson, *op. cit.*, pp. 123 ss., que l'exigence minimum soit aujourd'hui celle d'une « allégation précise » ou d'une « allégation claire », dès lors qu'un commencement de preuve apparaît, pour des raisons tenant au déséquilibre des situations de l'administration et de l'administré, comme trop difficile à rapporter; l'exigence d'un véritable commencement de preuve, entendu libéralement, est cependant maintenue dans la plupart des cas; v. aussi Pacteau, *op. cit.*, pp. 75 ss. et Odent, *op. cit.*, fsc. 3, pp. 707 ss.; ainsi, dans certains arrêts récents y a-t-il beaucoup de précisions parce que les requérants ont été en mesure de les fournir (9.V.1973, *Monbouyran,* 328); d'autres sont plus évasifs (20.XI. 1968, *Armées c/ Anger,* 580; 8.XI.1972, *Santé publique c/ Colonna,* 719); notons enfin que bien avant la jurisprudence *Barel* le rôle d'allégations bien articulées n'était pas négligeable; v. 27.VII.1933, *Elections de Calenzana,* 906; 22.V.1942, *Faure,* 161; 9.XI.1949, *Marquis,* 467.

256. Dans certains cas, les « présomptions graves, précises et concordantes » sont telles que le juge administratif présume effectivement qu'elles rendent compte de ce qui s'est passé, sans poursuivre l'instruction : 27.X.1965, *Education nationale c/ Sudaka,* 557.

257. 28.V.1954, *Barel,* précité.

258. Rappelons avec M. Deruel, *op. cit.*, p. 138, que « la notion de commencement de preuve, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, n'a rien de commun avec le commencement de preuve par écrit du Code civil »; il s'agit d'une conception moins exigeante.

259. *Op. cit.*, p. 71 (s.d.t.).

260. 27.VII.1933, *Elections de Calenzana,* 906.

décision attaquée », se contente, à la suite des questions pressantes de la formation d'instruction, de produire un dossier incomplet et imprécis [261]. Le juge applique alors un topique propre à convaincre : celui qui ne dit rien de précis et de solide n'a normalement rien de tel à dire. Il en va de même si, en réponse aux allégations du requérant, l'administration se borne à « s'en remettre aux indications portées au dossier », lequel justement ne comporte aucune réponse aux questions soulevées [262], ou si, purement et simplement, elle ne croit pas « devoir présenter, en ce qui concerne le bien-fondé de (l') argumentation (du requérant), les observations qu'(elle) avait été invité(e) à produire par le Conseil d'Etat » [263], ou si encore elle se contente de dénégations qui ne sont assorties d'aucune précision particulière [264], ou si enfin, à la question du juge, « sans dénier formellement l'affirmation » du requérant, l'administration retourne la question qui lui est posée en faisant valoir que l'intéressé n'apporte pas la preuve de ses allégations [265].

Le cas où, sans avoir précédemment refusé de le communiquer, l'administration invoque la perte du document est plus délicat. La présomption tend ici à s'écarter un peu des supputations en termes de normalité qui l'animent en principe et revêt, semble-t-il, une coloration disciplinaire, qui, pour n'être jamais totalement étrangère à la jurisprudence *Barel,* se trouve renforcée. Car il peut arriver qu'effectivement l'administration égare un document. Le fondement de la présomption gît alors dans la volonté de ne pas faire supporter par l'administré, si l'administration est sincère, les conséquences d'un désordre inadmissible, et si elle est insincère, celles d'une impudente dissimulation. On sort alors du pur schéma de la présomption, dont l'objectif, répétons-le, est le réalisme, pour entrer dans une catégorie intermédiaire entre la présomption et la fiction. Comme l'a écrit avec humour M. Marcel Waline, « l'administration est à l'ordinaire paperassière et conservatrice de sa paperasse. Lorsqu'elle égare ou détruit celle-ci, on ne peut que s'étonner d'un tel manquement à ses habitudes » [266].

Plus rarement appliquées aux particuliers qu'à l'administration, puisque leur rôle initial était de restaurer un peu l'équilibre entre les parties du point de vue de la recherche de la preuve, les variantes autour du topique « qui ne dit mot consent » ou « qui ne dit rien n'a rien à imaginer pour sa défense », jouent aussi bien sûr à leur encontre puisque enfin le rôle de la présomption n'est pas seulement téléologique (favoriser un administré démuni) mais aussi heuristique (découvrir la vérité). Aussi bien, « en l'absence de contestations du requérant sur

261. 26.X.1960, *Rioux, A.J.*, 1961.II.169.

262. 10.II.1965, *Morati,* 91.

263. 10.II.1965, *Berkhon,* 94; v. aussi : 10.I.1968, *Daudens,* 24; Rennes, 22.XI.1972, *Diraison,* 930.

264. S. 23.XII.1966, *Jannès,* 690; 9.V.1973, *Monbouyran,* 328; v. aussi 21.VI.1968, *Agriculture c/ Sauvanet,* Tb. 848.

265. 31.I.1962, *Intérieur c/ Barre,* 80.

266. Note sur 11.V.1973, *Sanglier, R.D.P.*, 1973, pp. 1747 ss.; la plupart des décisions ne tentent pas d'élucider le point de savoir s'il y a eu dissimulation ou désordre : *Sanglier,* précité, et 22.V.1942, *Faure,* 161; parfois cependant, les indices de l'existence du document perdu et son contenu sont tels que la coloration probabiliste l'emporte très nettement sur la coloration disciplinaire; v. 4.X.1967, *Couillaud,* 355; il arrive que la présomption ne mène pas à la vérité; ainsi, dans une affaire récente où, devant le T.A., l'office national de l'immigration avait refusé de produire le dossier du requérant; le T.A. de Marseille, par une décision du 9 novembre 1973, avait annulé la décision refusant le droit de travailler en France au sieur Brunel: mais en appel, l'administration produit, à la demande du Conseil d'Etat, le dossier médical de M. Brunel et celui-ci révèle que l'intéressé est atteint d'une affection légitimant la décision de l'office; ce dernier obtient l'annulation du jugement du T.A.; en l'espèce, la motivation de la décision de l'office était impeccable et seule la négligence, ou une conception inadéquate du rôle du juge, était la cause du refus de production du dossier (22.X.1975, *Off. nation. de l'immigr. c/ Brunel,* 520).

l'exactitude des précisions apportées sur supplément d'instruction, par le ministre... lesdits faits doivent être tenus pour établis » 267.

Il faut encore souligner, parmi les nombreuses applications de la présomption, celle qu'en fait le juge dans le contentieux des reconstitutions de carrière, parce qu'elle illustre avec une particulière clarté (peut-être parce qu'avec une certaine absence de nuances) la mise en œuvre d'un standard que suppose toujours la présomption 268. A la suite de l'annulation contentieuse d'une mesure touchant à la carrière du requérant, le juge estime que la reconstitution de sa carrière doit se fonder sur le « développement normal » qu'elle aurait dû connaître, et notamment sur « les chances d'avancement sur lesquelles..., il (aurait pu) légitimement compter » 269, sur les « chances sérieuses » qu'il avait d'obtenir telle ou telle promotion 270. Ce faisant, le juge administratif pose nettement que la normalité doit se présumer et s'attache à la faire triompher par la technique de la comparaison dont on a déjà vu le rôle qu'elle tient dans la mise en œuvre de toute normalité descriptive 271. Le fonctionnaire réintégré aurait très certainement bénéficié des « promotions normales » qui ont affecté ses collègues 272 et l'on doit prendre en considération « non seulement des avancements à l'ancienneté mais aussi des avancements au choix auxquels il aurait pu normalement prétendre » 273.

Affinant à l'extrême le calcul probabiliste, le juge fait encore prévaloir une normalité plus délicatement saisissable en considérant qu'une promotion du requérant sur concours serait, « compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire », intervenue « comme prolongement normal de sa carrière » 274.

Le fardeau de la preuve se trouve, là encore, renversé : le *plerumque fit* s'applique dès lors que l'administration « n'allègue aucune circonstance de nature à justifier » un traitement différent de celui du plus grand nombre et « ne prétend pas que les mérites du (requérant) aient été moindres que ceux de ses collègues » 275.

Les cas où l'évidence du cheminement normal des choses est occultée sont finalement très rares en même temps que très contestables. La décision la plus surprenante en ce sens est celle qui, alors qu'un enfant hospitalisé à la suite d'un accident de la route, et installé dans une chambre voisine de celle d'une jeune poliomyélitique, avait contracté la maladie de cette dernière, a refusé d'appliquer le jeu de la présomption de responsabilité 276. En l'occurrence, il

267. 22.V.1968, *Lagrange*, Tb. 1057.

268. Le raisonnement employé n'est d'ailleurs pas original : on le retrouve dans le cadre de la responsabilité civile qui, selon la formule de Cass. civ. 2e, 1.IV.1963, « est de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit » (v. Bénabent, *op. cit.*, pp. 178 ss.).

269. 26.XII.1925, *Rodière*, 1065, *R.D.P.*, 1926.44 (*G.A.J.A.* 186); v. Weil, thèse précit., pp. 247 ss.

270. 17.III.1972, *Education nationale c/ Jarrige*, 222.

271. La reconstitution, disposent certains arrêts, doit se faire « par comparaison avec la situation de ses collègues demeurés en activité » (S. 13.I.1961, *Premier ministre c/ Bestaux*, 35).

272. S. 20.IV.1951, *Chinaud*, *R.D.P.*, 1952.562; A. 4.I.1952, *Lhomme*, 15; S. 13.I.1961, *Premier ministre c/ Bestaux*, précité; 7.VI.1961, *Saint-Prix*, 378.

273. 4.I.1960, *Guillot*, 4; 10.XI.1961, *Marne*, *A.J.*, 1962.309; v. aussi 14.VI.1961, *Adam*, *A.J.*, 1962.109.

274. S. 13.VII.1956, *Barbier*, *A.J.*, 1956.II.386 (arrêt marquant un revirement par rapport à la position antérieure du Conseil d'Etat encore illustrée par 18.I.1950, *Arfi*, 34); v. aussi, dans des affaires un peu différentes : 21.XI.1969, *Idoux*, 523, *A.J.*, 1970.306; 3.XI.1971, *Défense nationale c/Cannac*, 650; 5.II.1958, *Zermati*, 64.

275. 18.V.1960, *Venturini*, *A.J.*, 1960.II.282; v. aussi *Premier ministre c/ Bestaux*, précité.

276. A. 25.I.1974, *Centre hospit. Sainte-Marthe*, 64; v. la note critique de M. Moderne, *R.T.D.S.S.*, 1975, pp. 214 ss.; cet auteur rappelle notamment qu'en l'espèce le T.A. avait retenu la responsabilité administrative.

ressortait pourtant suffisamment des faits que le double jeu de présomption que met en œuvre le système de la présomption de responsabilité était rempli. Présomption touchant à l'imputabilité : le nombre de chances pour que le virus poliomyélitique, heureusement peu répandu aujourd'hui, ait pu provenir d'un autre agent que la jeune fille contaminée, était infime. Présomption touchant à la défaillance du service : la gravité d'une telle affection implique des mesures de précaution considérables et il est probable que si elles avaient été prises, les chances de contamination eussent été, elles aussi, infimes 277.

Ce double jeu de la présomption doit attirer l'attention sur l'ampleur de son rôle, et donc de la technique du standard, dans le cadre de la théorie de la causalité en matière de responsabilité administrative.

118. *Standard et théorie de la causalité.*

Notre but n'est pas ici de consacrer un développement de synthèse au si complexe problème de la théorie de la causalité, mais de montrer assez brièvement le rôle qu'y joue souvent la présomption 278.

A dire vrai, il faut soigneusement distinguer, semble-t-il, au sein de ce qu'on appelle la question de la causalité au sens large, la question de la causalité au sens strict, qui recouvre, dans la responsabilité pour faute, la relation préjudice - dommage - fait dommageable - cause du fait dommageable, et dans la responsabilité pour faute présumée, la relation préjudice - dommage - fait dommageable, et la question de l'imputabilité qui vise à rendre compte de la relation fait dommageable ou cause du fait dommageable - auteur responsable 279.

On opère parfois la distinction, au sein de la relation causale au sens strict, entre la « causalité matérielle », selon l'expression de P. Esmein 280, qui est l'analyse du rapport fait dommageable - dommage - préjudice (est-ce que, pour anticiper sur l'arrêt *Marais*, dont il sera question plus loin, la chute d'un camion dans une tranchée a pu engendrer pour celui-ci des conséquences de l'ordre de celles qui sont constatées ?), et l'étude de la relation fait dommageable - cause prétendue de ce fait dommageable, par exemple la faute de l'auteur dudit fait. Ici, en fait, causalité et imputabilité se superposent : désigner la cause du fait dommageable, c'est en principe en désigner l'auteur sinon le responsable.

Les choses sont, on le voit, assez complexes. Si l'on prend par exemple le défaut d'entretien normal, on peut considérer que la présomption de faute qui établit, nous l'avons dit, le lien entre tel type de défectuosité et une faute

277. Il est néanmoins possible ici, sans entrer dans des considérations médicales qui dépassent notre compétence, que le juge administratif ait voulu tenir compte de la quasi-impossibilité qu'il y a de circonscrire le virus de la poliomyélite par des mesures d'isolement, de contrôle des aliments ou de prophylaxie (v. la contribution du professeur Lépine, « Poliomyélite », *Encyclopaedia Universalis*, t. 13, pp. 222 ss.); le juge refuse ainsi de faire peser une véritable obligation de résultat sur l'hôpital et considère « qu'il n'est pas établi et qu'il ne résulte pas de l'instruction que les précautions d'isolement qui ont été prises par le personnel de l'hôpital à l'occasion des soins dispensés à ces deux malades aient été insuffisantes »; sans doute la Haute Assemblée a-t-elle voulu éviter de glisser de proche en proche d'une présomption de faute à une présomption de responsabilité.

278. V. Bénoit, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *J.C.P.*, I.1351; Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D.*, 1964, chron., pp. 205 ss.; Vialle, « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *R.D.P.*, 1974, pp. 1243 ss.; Odent, *op. cit.*, fasc. 4, pp. 1182 ss.. Chapus, *op. cit.*, pp. 427 ss; concl. Galmot 14.X.1966, *Marais*, *D.*, 1966.II.636, concl. Bertrand S. 25.II.1972, *Cie gén. de travaux hydrauliques*, 168.

279. V. Bénoit, art. précit., schéma I.

280. Chron. précit.

de l'administration se double d'une présomption de dommageabilité de la défectuosité : il y a présomption que la défectuosité pouvait engendrer l'accident, qu'elle est la cause du fait dommageable en même temps qu'il y a présomption que son existence révèle un défaut d'entretien normal, un comportement fautif de l'administration. De même, au cas d'accident à la suite d'une vaccination, fait dommageable, pouvait-on présumer que l'opération matérielle de vaccination était à l'origine de l'accident et donc qu'elle était cause du fait dommageable, et de ce fait présumer qu'il y a eu comportement fautif de l'administration [281].

M. Vialle a distingué quatre grandes théories de la causalité, trois très classiques, celle de l'équivalence des conditions, celle de la causalité adéquate et celle de la cause la plus proche, et une dite par lui du fait intermédiaire, variante de celle de la cause la plus proche. Aucune n'a le monopole de l'explication de toutes les décisions : il y a probablement des variations de méthode selon que le juge analyse la causalité matérielle ou cet autre rapport de causalité, qui échappe plus difficilement au jugement de valeur, et qui met en relation fait dommageable et comportement d'un individu; et il y a sans doute, au sein de chacune de ces deux catégories de lien causal, des nuances de méthode selon les matières, selon les périodes peut-être aussi.

Mais en fait, quelles que soient les nuances, chaque théorie doit utiliser un raisonnement en termes de normalité, même si c'est la théorie de la causalité adéquate qui en apparaît la plus tributaire.

La théorie de l'équivalence des conditions ne met pas en œuvre, à première vue, un schéma de présomption. Dans la mesure où tout fait ayant effectivement conduit au dommage peut en être réputé la cause au même titre que n'importe quel autre fait nécessaire à sa survenance, il n'y a pas lieu de supputer le poids relatif de ce fait dans l'enchaînement causal. Ainsi, dans cette étrange jurisprudence judiciaire qui voulait que dans les accidents provoqués par les voleurs d'automobiles, la responsabilité de celui auquel la voiture avait été subtilisée du fait de son imprudence fût retenue [282]. La même chose pourrait être dite à propos de la théorie de la *causa proxima*, de la cause la plus proche, ou de la théorie du fait intermédiaire, dans laquelle le Conseil d'Etat cherche si entre la cause invoquée par le requérant et l'événement considéré, n'est pas survenu un fait qui rompe la ligne du rapport de cause à effet.

La théorie de la causalité adéquate au contraire est celle qui, selon l'expression de M. Vialle, « peut se résumer à une appréciation du caractère normal et ordinaire des antécédents du dommage » [283]. Elle est dite d'ailleurs souvent « théorie de la normalité ». La majorité de la doctrine pense qu'elle est dominante, mais cela n'a pas une très grande importance ici.

En fait, quelle que soit la théorie qu'adopte finalement la juridiction administrative, et il apparaît en vérité qu'elle n'est pas sans empirisme et contradictions, il y a lieu de considérer que la théorie de la causalité est le plus souvent une théorie de la normalité, au moins lorsqu'il peut y avoir débat sur la cause : car si celle-ci est unique et évidente, tout raisonnement savant à son propos devient inutile. Si l'on retient notre distinction entre la relation fait

281. Peu d'arrêts en la matière marquent mieux les deux temps que S. 10.XI.1967, *Augusto*, 422 : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que les affections dont le jeune Augusto est atteint sont en relation directe et certaine avec la vaccination antivariolique qu'il a subie le 7 octobre 1955, à l'œuvre des crèches de Nice; que l'accident ainsi survenu révèle un fonctionnement défectueux du service public de nature à engager la responsabilité de l'Etat. »

282. Cass. civ. 30.X.1933, *D.H.*, 1933.589.

283. Art. précit., p. 1260.

dommageable - dommage, la relation cause du fait - fait dommageable et la relation comportement de l'auteur de la cause du fait - cause du fait [284], on peut le voir clairement.

Dans le cadre d'un raisonnement fondé sur la théorie de la causalité adéquate, trois questions seront posées par le juge : est-ce que le fait B devait normalement, selon toutes probabilités, engendrer le dommage observé ? Si oui, B sera dit la cause du dommage, par exemple, pour reprendre la situation de l'arrêt *Marais*, qui au demeurant ne retient pas effectivement, nous le verrons, cette hypothèse, la fuite du moteur à la suite de l'accident sera réputée être à l'origine des dégradations subies par l'engin. Est-ce que le fait A est cause du fait dommageable B ? Par exemple, est-ce que c'est le fait de l'existence de la tranchée qui devait normalement entraîner la fuite du moteur ou est-ce quelque autre cause ? Sans doute, sans la tranchée, le camion n'aurait-il pu subir un tel fait dommageable : mais si on imagine, comme dans les faits de l'arrêt *Marais*, que le chauffeur ait réparé son véhicule et que, comme il l'avait sans doute fait improprement, n'ayant pas vu le début de la fuite causée par la tranchée, le moteur de son camion se soit trouvé irréparable après quelques kilomètres de route, est-ce que ce n'est pas cette réparation intempestive qui portait normalement en elle l'aggravation de la fuite et par suite des dégradations aussi importantes ? Dernière question : est-ce que la cause B n'a pu être engendrée que par un comportement fautif ? S'il y a une présomption d'établie, ou si le comportement de l'auteur du dommage apparaît clairement fautif, la recherche se trouvera facilitée; sans cela, là encore, le juge devra se poser la question de savoir si un comportement non fautif, ou encore une situation ou un fait extérieur à l'auteur prétendu du dommage, aurait pu engendrer une situation telle que celle qui a causé le fait dommageable.

A bien y réfléchir, le raisonnement poursuivi dans le cadre des autres théories de la causalité n'est pas de nature fondamentalement différente. Quelle que soit la condition retenue, la plus adéquate — celle, on vient de le dire, qui avait le plus de chances d'engendrer de tels effets —, la plus proche — la dernière des conditions nécessaires à la survenance du dommage —, le fait intermédiaire — qui est parmi les conditions les plus proches celle qui est la dernière à ne pas être « le résultat mécaniquement obligatoire d'une condition antérieure », selon l'expression de M. Vialle [285] —, ou enfin, dans le cadre de l'équivalence des conditions, n'importe laquelle des conditions qui ont effectivement concouru au dommage, il faut toujours que la condition retenue apparaisse comme nécessaire, même si elle ne l'est pas exclusivement. Et cette nécessité ne peut s'apprécier que du point de vue de la normalité. Dans le cadre de la théorie de la causalité adéquate, la cause retenue est toujours celle qui portait normalement en elle sa conséquence. Dans le cadre des autres théories, la cause retenue, au terme du raisonnement opéré par le juge, ne saurait être une cause dont il serait véritablement anormal qu'elle ait pu comporter ce type de conséquence. Il n'y a, dans la mise en œuvre de l'idée de normalité, qu'une nuance de degré, pas de nature. D'autant que, bien souvent, l'utilisation de l'une ou l'autre des principales théories de la causalité aboutit au même résultat : dans nombre de cas, la condition adéquate est en même temps la plus proche et le juge, si une autre condition était invoquée par le requérant, ne manquerait pas de la considérer, en descendant de cette cause prétendue au dommage, comme fait intermédiaire.

284. Pour ne pas tenir compte de la relation dommage - préjudice qui se prête néanmoins à la même analyse.

285. Art. précit., p. 1274.

Sans pousser l'analyse aussi loin, il est aisé de constater que la jurisprudence de la causalité baigne dans un climat de normalité, que les liens de causalité dégagés le sont après mesure en termes de normalité des situations, confrontation à des modèles de causalité normale [286]. Quelques exemples jurisprudentiels, d'inégale difficulté, l'attestent, concernant la relation cause du fait dommageable - fait dommageable.

Un individu a été mortellement blessé par un camion le 9 septembre 1940 vers 18 h 30, alors qu'il circulait à pied sur un chemin départemental; l'enquête a révélé qu'un seul véhicule était passé à cet endroit ce jour-là, un camion dont le conducteur a reconnu avoir croisé la victime. Le juge administratif constate sans difficulté particulière, que seul ce camion a pu normalement entraîner l'accident [287].

Par contre, le juge n'est pas convaincu, car cela ne correspond pas à un modèle de causalité normale, par un requérant qui, pour expliquer un accident survenu à son véhicule, invoque une très faible dénivellation de la voirie, alors que « l'usure de ses pneus... dépassait 50 % » et que ledit accident est survenu à « plus de 130 mètres de la dénivellation dont il est fait état » [288]. Pas plus que par l'argumentation de la mère d'un jeune homme tué par un coup de feu invoquant la délivrance cinq ans auparavant par le préfet d'un récépissé de déclaration de détention d'arme alors que le déclarant se trouvait sous le coup d'une condamnation [289].

En revanche, le fait que la construction d'un barrage ait entraîné un relèvement de la nappe aquifère peut être considéré comme cause du fait dommageable constitué par l'humidité anormale d'une maison dès lors qu'en l'absence de pluies particulièrement abondantes il y a eu concomitance entre cette construction et « l'apparition anormale et simultanée » d'une série de phénomènes d'humidité [290]. Le mauvais fonctionnement du système d'évacuation des eaux de pluie sur la voirie porte en lui les inondations subies par un immeuble [291], la rupture d'un câble électrique portait normalement en elle l'interruption du courant électrique et en est la cause directe, même si E.D.F. n'a pas mis en œuvre les moyens nécessaires pour remédier rapidement à cette défaillance [292], l'accident causé par une voiture qui dévale une rue en pente n'est pas lié directement au fait que le propriétaire ait laissé cette automobile en stationnement interdit mais résulte de la maladresse d'employés municipaux qui voulaient la déplacer [293]. Au cas où, dans le cadre de la démoustication, l'épandage par hélicoptères de substances insecticides cause des dégâts aux cultures, les dommages dont se prévalent les propriétaires « sont dus à la nature des produits utilisés dans la lutte contre les moustiques et non au fait qu'ils ont été déversés par un hélicoptère... L'intervention de ce véhicule n'(a) pas été la cause génératrice de ces dommages » [294]. Si une entreprise de travaux publics qui procède au goudronnage d'une place n'a pas, en dépit de la demande de la ville, laissé un couloir libre pour le passage des piétons se rendant au cinéma le samedi soir, et si, aucune précaution n'étant prise, il s'en

286. Cette unité, par-delà les diverses théories, est bien soulignée par M. Bénabent, *op. cit.*, pp. 175 ss.
287. 8.II.1950, *Déptnt. de la Savoie*, 89.
288. 22.VI.1960, *Evenou, A.J.*, 1961.II.39.
289. S. 21.III.1969, *Intérieur c/ Montreer*, 186 (dans la même affaire, Rennes, 24.III.1965, *Montreer, A.J.*, 1966.128, avait admis un lien causal).
290. 19.VI.1963, *E.D.F. c/ Géraud, A.J.*, 1963.715.
291. 21.VII.1970, *Picot*, Tb. 1227.
292. S. 25.II.1972, *Cie gén. de travaux hydrauliques*, 168 (concl. Bertrand).
293. 9.IV.1943, *Ville d'Alger*, 96.
294. T.C. 4.II.1974, *Alban et Trouche c/ Gyrafrance*, 790.

suit que les personnes allant au cinéma ont sali les tapis de la salle de projection, « les dommages subis... doivent être regardés comme étant la conséquence directe de l'exécution du travail public » [295]. En l'espèce, M. Guillaume avait fait, à la suite de M. Galmot dans l'affaire *Marais*, la théorie de la causalité adéquate, insistant sur ce que, « dans le cadre d'un enchaînement normal des faits, lui-même fondé sur un comportement normal des hommes », le dommage apparaissait « comme la conséquence en quelque sorte naturelle » de l'activité de l'entreprise [296]. Les spectateurs se sont peut-être mal conduits, mais « leur comportement n'en est pas moins resté un comportement normal » [297] au sens descriptif de moyen, modal, ordinaire. Un tel goudronnage, un samedi soir, devrait normalement entraîner de telles conséquences.

Il n'est pourtant pas toujours facile de mettre en œuvre le modèle causal normal de référence. Ainsi dans l'affaire *Marais*. Pour interrompre la ligne de causalité joignant un dommage — la détérioration d'un moteur de camion —, un fait dommageable — une fuite du radiateur de ce véhicule —, la cause de ce fait dommageable — la chute du camion dans une tranchée de la chaussée —, le comportement fautif de l'administration — en l'espèce un défaut d'entretien normal —, ligne de causalité décelée, on l'a dit, par le tribunal administratif, la Haute Assemblée estime que le fait dommageable réside dans la circonstance que le radiateur se soit progressivement vidé de son eau, fait dont la cause est la décision du chauffeur de faire repartir le camion après une réparation de fortune et sans vérifications suffisantes (un garagiste avait pourtant été appelé), cause qui a elle-même pour origine l'imprudence du conducteur [298].

Le désaccord entre les deux juridictions administratives atteste la difficulté de trancher. Mais il n'infirme pas la continuité de l'inspiration, ni le rôle du standard, à travers la mise en œuvre d'un schéma présomptif, en ce domaine.

2° La théorie de l'acte clair et les techniques annexes :

119. *Acte clair et juge normal.*

La théorie de l'acte clair mesure la clarté d'un acte à l'étalon d'un juge normal, apte à concevoir d'emblée ce qui n'est pas obscur. Lorsqu'un « acte » n'est pas clair, et que, bien sûr, la solution du litige dépend de l'interprétation qu'on en donnera, le juge doit surseoir à statuer et procéder à un renvoi préjudiciel devant l'autorité compétente pour en donner l'interprétation [299]. Ce mécanisme trouve application, devant le juge administratif, à propos de la mise en œuvre d'actes relevant de la compétence du juge judiciaire, de conventions internationales ou de dispositions européennes [300].

295. S. 7.III.1969, *Soc. étab. Lassailly et Bichebois*, 148, *R.D.P.*, 1969.962 (concl. Guillaume).
296. Concl. précit., p. 959.
297. *Ibid.*, p. 961.
298. S. 14.X.1966, *Marais*, 548, *D.*, 1966.II.636.
299. Interprétation est entendu ici au sens strict. Comme le note Jerzy Wróblewski, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, p. 53 : « L'interprétation dans le sens le plus large, c'est le synonyme de l'entendement... L'interprétation au sens large est synonyme de compréhension d'une expression quelconque formulée dans une langue... L'interprétation au sens strict dénote un champ plus restreint. S'il y a des doutes sur le sens d'une expression dans une situation concrète, l'interprétation au sens strict se rapporte à la détermination du sens de cette expression. S'il n'y a pas de doutes, on comprend le sens immédiatement sans réflexion. Dans le cas contraire, on en détermine le sens à l'aide des directives d'interprétation propres à la langue contenant cette expression. »
300. V., sur la théorie de l'acte clair en général, Auby et Drago, *op. cit.*, t. I, pp. 55, 60, 516 et 864; Granjon, « Les questions préjudicielles », *A.J.*, 1968, pp. 75 ss.; Odent, *op. cit.*, fsc. 1, pp. 101 ss. et 134 ss. Sur son application aux conventions internationales, v. Roffignac, *Le Conseil d'Etat, juge administratif et les conventions internationales*, 1971,

On a beaucoup ironisé sur la notion d'acte clair qui, à dire vrai, ne prête ni plus ni moins à contestation que la plupart des standards que la jurisprudence met en œuvre et dont la doctrine essaye de systématiser l'emploi. Boncenne ainsi, à propos de la distinction marquée par un auteur entre clause claire et clause obscure d'un contrat, écrit : « Je ne puis adopter cette doctrine à moins que la loi ne marque le point où les lueurs douteuses disparaissent et se perdent dans la clarté de l'évidence », poursuivant, dans une condamnation sans appel : « Les textes offrent-ils un modèle normal de l'évidence ? Non; ce qui est pour celui-ci d'une lumière éblouissante ne présente aux yeux de celui-là qu'un jour vague et incertain. » [301]

En réalité, et même si l'emploi fait de la notion dans la jurisprudence européenne du Conseil d'Etat a pu surprendre [302], il faut, avec M. Reuter, considérer que si les « critères (mis en œuvre) ne sont pas parfaits au regard de l'esprit de géométrie..., ils n'ont rien d'exceptionnel » [303]. Au demeurant, l'absence de rigueur de la théorie de l'acte clair n'est que relative. Laferrière avait raison, après avoir remarqué qu'il pouvait paraître y avoir là une « appréciation... toute subjective », de poursuivre que,

> « dans le doute, le juge doit, tel est du moins l'esprit de la jurisprudence du Conseil d'Etat, exagérer plutôt que restreindre sa déférence pour les pouvoirs d'un autre juge..., car lorsqu'on est embarrassé de dire si une question est ou non douteuse, tout porte à croire qu'elle l'est réellement »,

et de se fier finalement aux aptitudes du juge pour discerner si dans une question il y a

> « une difficulté réelle... de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé » [304].

La doctrine la plus critique à l'égard de la notion n'a d'ailleurs pas manqué de lui donner ses lettres de noblesse en considérant qu'en posant certains actes comme clairs alors qu'ils ne l'étaient pas, et en refusant de les envoyer pour interprétation à la Cour de justice des communautés, la Haute Assemblée promouvait une jurisprudence politique assez contestable [305]. Estimant qu'ils étaient capables de déterminer la frontière du clair et de l'obscur, ces auteurs

multig., pp. 170 ss.; Dubouis, « Le juge administratif français et les règles du droit international », *A.F.D.I.*, 1971, pp. 9 ss. (v. pp. 41 ss.); Questiaux, « L'application du droit international conventionnel par le Conseil d'Etat », *in L'application du droit international par le juge français*, 1972, pp. 63 ss. (v. pp. 66 ss.); Reuter, « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel national », *ibid.*, pp. 17 ss.; Virally, « Le Conseil d'Etat et les traités internationaux », *J.C.P.*, 1953.I.1098; pour l'application de la théorie aux dispositions européennes, v. Berr, « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *J.C.P.*, 1967.I.2060; Colliard, « L'obscure clarté de l'article 37 du Traité de Communauté économique européenne », *D.*, 1964, chron. 37, pp. 263 ss.; Ruzié, « Le juge français et les actes des organisations internationales » *in L'application du droit international..., op. cit.*, pp. 103 ss. (v. pp. 116 ss.). La notion de clarté donne lieu, à un autre propos, à d'intéressantes investigations *in* Marraud, *La notion de dénaturation en droit privé français*, 1974, pp. 165 ss.

301. *Théorie de la procédure civile, op. cit.*, t. 1, p. 490; Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, 1905, p. 89 : « Rien n'est plus obscur que l'idée de l'acte clair »; v. aussi Dubouis, art. précit, p. 42; Roffignac, *op. cit.*, pp. 208 ss.; Virally, art. précit.

302. V. art. précit. de MM. Berr, Colliard et Ruzié.

303. Art. précit., p. 29.

304. Laferrière, *Traité de la juriction administrative et des recours contentieux*, t. 1, pp. 450 ss. (1887).

305. V. *infra* 2e partie, 2e titre, 2e chapitre, 2e section.

confirmaient par là-même l'aptitude du juge à le faire, du moins s'il en avait le désir sincère [305 *bis*].

Il n'en demeure pas moins que, pour peu nombreuses qu'elles soient, les divergences d'opinion entre commissaire du Gouvernement et formation de jugement [306] ou premier juge et juge de cassation [307], ne manquent pas de présenter sous un jour défavorable une technique par ailleurs indispensable puisqu'elle contribue à rendre plus courts chaque année des centaines de litiges.

La notion d'acte clair, on l'a dit, ne se peut concevoir qu'en termes de normalité. Est qualifié de clair l'acte qui, pour un juge auquel on doit supposer un « esprit éclairé », selon l'expression de Laferrière, entendons pour un juge normal, est doté, au terme des formulations les plus fréquentes de la jurisprudence récente, d'une signification qui « ressort clairement » [308], qui « résulte clairement » de ses stipulations [309], ou tout simplement dont on peut dire « les dispositions claires » [310], qui comporte des dispositions « dont le sens est clair et certain » [311], l'acte ne prêtant pas à « contestation » ou à « difficulté sérieuse » [312], qui, plus sobrement encore, peut être dit « acte clair » [313]. Tel n'est pas l'acte dont les dispositions, le texte ou le sens, « ne sont pas clairs » [314], dont le sens « ne résulte pas », « ne ressort pas clairement » des termes employés [315], à l'occasion duquel « la question n'est pas

305 *bis*. Qu'on nous comprenne bien. Il ne s'agit pas d'approuver ici l'économie générale d'une jurisprudence dont les concepts sont inadéquats. Qu'il y ait difficulté ou non, il y a toujours « interprétation », et la conception étriquée qui prévaut ici de l'interprétation ne peut satisfaire. En revanche, il n'est pas impossible de distinguer des interprétations relativement aisées et d'autres qui sont plus délicates. Et un juge décidé à « jouer le jeu » peut fort bien opérer un tri empirique entre les deux types.

306. 19.VI.1964, *Soc. Shell-Berre*, 344, *R.D.P.*, 1964.1019 (concl. Questiaux).

307. 10.III.1965, *Soc. orient. d'oxygène* (*SODAD*), 163.

308. Par abréviation, dans les notes qui suivent, nous poserons que *A.J.J.* = acte de la compétence du juge judiciaire; *C.I.* = conventions internationales; *Disp. europ.* = dispositions européennes. *A.J.J.* : 22.V.1958, *Berteloot*, 285; 6.III.1972, *Fèvre*, 946. *C.I.* : S. 18.II.1949, *Cusson*, 86; S. 5.XII.1952, *Cie des hydrocarbures*, 562; 17.XI.1965, *Soc. Neptun-Transport*, 614; 17.XI.1975, *C.F.P.*, 799. *Disp. europ.* A. 28.II.1975, *Herr*, 162, *R.D.P.*, 1975.1432 (n. de Soto).

309. *A.J.J.* : S. 18.II.1944, *Soc. du Crédit national de Normandie*, 61; 16.XII.1953, *Nguyen Huu Canh*, 553; 6.VI.1962, *Caisse d'allocations familiales d'Eure-et-Loir*, 371; T.C. 16.XI.1964, *Bory, J.C.P.*, 1965.II.14054; 29.VI.1973, *Intérieur c/ S.A.H.L.M. Provence-Logis*, Tb. 932; S. 11.X.1974, 92.921, *Finances c/ X...*, 482; 17.I.1975, *Copropriété de l'immeuble « Bellini-Défense »*, 33; *C.I.* : T.C. 24.VI.1954, *Barbaran*, 712; S. 23.XI.1962, *Soc. des Laboratoires de Reuilly*, 629; 13.I.1965, *Cie d'assurances et de réassurances Atlanta*, 18; 10.I.1969, *Grafmüller*, 16; S. 30.V.1975, *Peacock*, 324. *Disp. europ.* : A. 19.VI.1964, *Soc. Shell-Berre*, 344, *R.D.P.*, 1964.1019 (concl. Questiaux); Paris, 16.III.1971, *Garot*, 840; 17.III.1971, *Féd. nation. des producteurs de vin de consommation courante*, 215; 5.I.1973, *Synd. fabric. de sucre de la Réunion*, 10; Paris, 5.VI.1973, *Soc. produits alimentaires et diététiques* (*SOPAD*), 789; 3.II.1975, *Rabot*, 82.

310. *C.I.* : 23.XI.1962, *Couhadoux*, 629; 16.II.1966, *Bouchet*, 116.

311. *C.I.* : 21.II.1966, Z..., 129. *Disp. europ.* : S. 10.II.1967, *Soc. étab. Petitjean*, 63, *R.T.D.E.*, 1967.681 (concl. Questiaux); 20.X.1976, *Synd. national des industries de l'alimentation animale*, 426.

312. *A.J.J.* : Marseille, 23.III.1966, *Senia*, 733; 1.III.1968, *Elections de Papeete*, 154; 6.III.1972, *Fèvre*, 946.

313. *A.J.J.* : 3.XI.1961, *Smati*, 611. L'on notera que rares sont les décisions qui mettent la théorie en œuvre sans le préciser : S. 27.I.1967, *Synd. national des importateurs en produits laitiers*, 41, *R.D.P.*, 1967.782 (concl. Bernard); 15.II.1967, *Comité national de la meunerie*, 73, *R.T.D.E.*, 1967.404 (concl. Braibant).

314. *C.I.* : A. 3.II.1956, Pétalas (2e esp.), *J.C.P.*, 1956.II.9184 (obs. Vitu); S. 18.XI.1960, *Pioton, R.D.P.*, 1961.909; S. 12.X.1962, *Union régionale d'Algérie de la Fédération française des travailleurs chrétiens*, 531; 25.VI.1971, *Sadok*, 477; 19.V.1972, 76.534, *X...*, 382, *D.F.*, 1973.8, comm. 736.

315. *A.J.J.* : 10.VII.1968, *S.A.R.L. « Etab. Crozier »*, 423. *C.I.* : 3.V.1967, *C. du G. commiss. domm. de guerre Paris c/ Soc. Luterma*, 186. *Disp. europ.* : S. 28.VI.1974, *Charmasson*, 376.

claire de savoir » quelle est sa portée[316] ou qui prête à une « contestation sérieuse », dont les dispositions sont « sérieusement contestées », ou qui « soulève une difficulté sérieuse » ou encore « une difficulté réelle »[317].

Toutes ces expressions indiquent la même idée : la contestation sérieuse est celle qui émeut le juge normal, la stipulation claire, celle qu'il comprend non pas certes sans réflexion, mais en tout cas sans hésitation véritable dans cette réflexion.

Une remarque annexe doit être faite ici, qui touche à la politique jurisprudentielle du juge, c'est-à-dire, dans le sens que nous avons donné à ce terme, au travail qu'il opère sur sa jurisprudence d'un point de vue formel[318]. Il est surprenant d'observer que la fréquence d'utilisation de chaque expression n'est pas la même selon les domaines alors que la technique mise en œuvre est identique. Ainsi, par exemple, le « sérieux » d'une contestation ou d'une difficulté n'est-il quasi exclusivement soulevé qu'à propos d'actes de la compétence du juge judiciaire. La raison ne semble pouvoir en être cherchée que dans le mode de construction du nouvel arrêt qui doit être bâti à partir d'arrêts antérieurs portant sur la même matière. Ce facteur de rigidité, inéluctable, est cependant compensé, on le voit, par la tendance du juge à multiplier les expressions de sens et de portée semblables et à éviter autant que faire se peut d'enclore sa jurisprudence dans des formules figées. Ce jeu complexe, qu'il n'est ici possible que d'effleurer, de la liberté voulue et de la solidification inévitable de la jurisprudence, nous apparaîtra par la suite comme très révélateur de la méthode jurisprudentielle du juge administratif.

120. *Techniques annexes de la théorie de l'acte clair.*

A côté de la théorie de l'acte clair, importante par la pluralité et le nombre de ses applications, certaines techniques annexes sont mises sur pied par un texte ou par la jurisprudence elle-même, qui n'en diffèrent pas véritablement.

L'exemple le plus net à cet égard est celui de la procédure mise en place par l'article 6 du décret du 25 juillet 1960, qui prévoit que lorsque l'une des juridictions suprêmes, en pratique le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, se trouve saisie d'un litige qui pose « une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires », elle peut transférer au Tribunal des conflits, par une décision de renvoi, le soin de statuer sur cette question[319].

316. *C.I. :* 27.III.1968, *Moraly,* 205. *Disp. europ. :* S. 10.VII.1970, *Synd. nation. comm. ext. des céréales. (Synacomex), J.C.P.,* 1971.II.16701 (concl. Questiaux, n. Ruzié); Paris, 16.XII.1974, *Rutili,* 778.

317. *A.J.J. :* 19.VI.1959, *Lesca,* 389; S. 15.VII.1959, *Féd. franç. de tir,* 441; S. 4.III.1960, *S.A. « Peignage de Reims »,* 168; S. 1.IV.1960, *Lecallenec,* 252; 11.VII.1960, *des Acres de l'Aigle,* 468; S. 23.XI.1962, *Soc. des Laboratoires de Reuilly,* 629; 10.IV.1964, *Cmne de Sagnes,* 208; 8.VII.1964, *Teyssier,* 387; 13.VII.1965, *Gué,* 445; A. 4.II.1966, *Godeck,* 79 (concl. Fournier); 13.VII.1966, *Finances c/ Soc. Etabl. Vidal,* 481; A. 14.IV.1967, *Assoc. éduc. popul. école de l'Enfant-Jésus,* 163; 10.VII.1968, *S.A.R.L. « Etab. Crozier »,* 423; 5.VII.1972, *Santé publique c/ Caisse S.S. du Languedoc,* 512; 18.I.1974, *Union des minotiers de la Champagne,* 39; 9.IV.1975, *Caisse Crédit agricole du Lot,* 224; 9.V.1975, *Bersoulle,* 295; 14.IV.1976, *A.N.A.H. (Agence nation. amélior. habit.),* 201. C.I. : S. 12.X.1962, *Union régionale d'Algérie de la Féd. franç. des travailleurs chrétiens,* 531.

318. V. *infra,* 2e partie, titre 2, chapitre 1er.

319. V. Auby et Drago, *op. cit.,* t. I, pp. 648 ss.; Debbasch, *Contentieux..., op. cit.,* pp. 152 ss., Rivéro, *Droit administratif, op. cit.,* p. 147; Auby, « Le décret du 25 juillet 1960, portant réforme de la procédure du conflit d'attributions », *A.J.,* 1961.I, pp. 1 ss.; Galabert et Gentot, « Le Tribunal des Conflits, juge des difficultés sérieuses de compétence », *A.J.,* 1961.1, pp. 606 ss.

Le vocabulaire employé est celui que nous avons déjà vu utiliser pour l'acte clair et en fait la méthode est la même : est-ce que la question de compétence posée est claire ou bien constitue-t-elle pour le Conseil d'Etat, juge normal qui ne se pose pas de fausses questions et n'élude pas les vraies, une difficulté sérieuse. Si c'est le cas, il peut, alors que dans le cadre de la théorie de l'acte clair il doit, transférer à l'autorité la plus compétente, en l'espèce le Tribunal des Conflits, le soin de trancher. Cette procédure, dite du renvoi facultatif, est assez peu utilisée[320].

Il y a, d'une certaine manière, un principe selon lequel toute difficulté sérieuse permet ou oblige, selon les cas, l'administrateur ou le juge à surseoir à statuer pour saisir une autre autorité ou simplement pour se donner le temps de la réflexion[321].

Pour s'en tenir au juge, et au juge administratif, il n'est en principe jamais tenu de procéder à une expertise[322]. Néanmoins, il semble parfois lui-même, de façon significative, recourir au mécanisme étudié qui lie l'obscurité d'un acte ou d'une situation au transfert de son examen à une autorité mieux adaptée. Le Conseil estimera ainsi « que l'état de l'instruction ne permet pas de prendre parti sur (des) contestations qui dans l'état de l'instruction paraissent sérieuses; qu'il convient dès lors de procéder à une expertise »[323].

C'est dans la même perspective qu'il faut comprendre le transfert de compétence opéré en matière de référé administratif[324] du président du tribunal administratif à celui-ci (ou du président de la section du contentieux à une formation de jugement de celle-ci), statuant collégialement au cas de demandes présentant « des difficultés graves et susceptibles d'une discussion sérieuse »[325].

3°. La *ratio legis* :

121. *Note sur la notion de* ratio legis.

Cette notion n'est plus guère utilisée aujourd'hui. Dans son sens le plus technique, le recours à la *ratio legis* est un mode d'interprétation téléologique, par la finalité : la *ratio legis* est en effet simplement la raison pour laquelle la loi est conçue, son but[326].

La notion que nous retiendrons ici n'est pas celle-là. On passe facilement, le concept de raison étant polysémique, de la raison pour laquelle on a fait la loi

320. V. cependant : 8.II.1965, *Gabillard, R.D.P.,* 1965.733; 11.V.1966, *Guigon,* 315; 24.VI.1966, *Laquière,* 415; 21.XII.1966, *Moreau,* 674, S. 1.XII.1972, *Office national des forêts,* 769; 18.XI.1974, *Audran,* Tb. 1126; 1.X.1976, *Guigon,* Tb. 1086; S. 5.XI.1976, *Hénin,* 474.

321. Ainsi le préfet qui se trouve confronté à un projet de construction considérable et présentant un « caractère suffisamment sérieux » peut-il surseoir à statuer sur le permis de construire (2.II.1977, *Charpentier, D.A.,* 1977, n° 101).

322. V. Auby et Drago, *op. cit.,* t. 2, pp. 20 ss.

323. 17.I.1973, *S.A. « Entrep. Saudemont »,* 43.

324. A la suite d'une construction jurisprudentielle interprétant l'O. 31.VII.1945 et la L. 28.XI.1955, à la lumière de la pratique des tribunaux judiciaires.

325. 13.VII.1956, *Reconstruction c/ Piéton-Guibout,* 338 (concl. Chardeau), *R.D.P.,* 1957.296, n. Waline (*G.A.J.A.* 453); v. Auby et Drago, *op. cit.,* t. 2, pp. 46 ss.; Debbasch, *op. cit.,* pp. 444 ss.; Gabolde, *Traité pratique de la procédure des tribunaux administratifs,* 1974, pp. 319 ss.; et 21.II.1958, *Synd. intercommunal pour l'alimentation en eau de Breuillet,* 120; Marseille, 22.II.1961, *Cheillan, A.J.,* 1861.II.569 (concl. Rousseau); 30.I.1974, *Soc. Cottin-Jonneaux, T.D.,* 65-74, t. 5, 554.

326. V. Deschenaux, *Le titre préliminaire..., op. cit.,* pp. 87 ss.; Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand, op. cit.,* p. 155; Gény, *Méthode...,* t. 1, p. 288; Savigny, *Traité de droit romain, op. cit.,* t. 1, p. 209.

à la rationalité intrinsèque de la loi, de la logique de la loi relativement à son but à la logique que l'on peut présumer avoir inspiré le législateur [327]. Comme l'écrivait Boncenne, « l'étude des lois consiste surtout dans la recherche de leur esprit et de leur raison... La lettre de la loi doit être courte et précise... Elle est l'expression nue d'un commandement. C'est pour l'exécuter mieux que l'intelligence de celui qui la lit aspire à se mettre en communication avec l'intelligence de celui qui l'a faite » [328]. Propos non dénués de naïveté (on va voir que la *ratio legis* sert bien souvent à distordre la volonté probable du législateur), propos situés historiquement (l'on sent encore la marque de la conception révolutionnaire de la loi qui la voulait brève et à proprement parler lapidaire). Propos qui nous initient en tout cas à un grand principe de l'interprétation des textes : leur supposer un rédacteur raisonnable. Le standard du législateur raisonnable est — présomption qui vise à faire s'épanouir sa volonté au-delà de la prévision qu'il en avait, fiction qui autorise, au nom de sa raison même, à briser certains effets voulus par lui, mais que le juge considère comme désastreux et que, chattemite bien intentionnée, il feint de ne pas apercevoir — l'un des plus importants qui soient en même temps que l'un des plus fugitifs parce que les plus évidents.

L'ancienneté de ce raisonnement interprétatif est connue. Il était baptisé à Rome interprétation *ex sententia,* la *sententia legis* se trouvant distinguée des *verba legis* en d'autres termes l'esprit de la lettre de la loi [329]. Le droit romain avait élaboré les principaux arguments qui aujourd'hui encore servent au juge en général, et au juge administratif en particulier, dans son interprétation des textes. Au fondement de ces arguments, une présomption de normalité, de comportement raisonnable de l'autorité qui a posé le texte, qu'il s'agisse ou non du législateur. Cette présomption dicte une interprétation qui ne tombera que devant le désaveu explicite de l'autorité dont la volonté a été ainsi reconstituée. Le juge doit se faire une certaine « image du législateur », comme l'a écrit Norberto Bobbio [330]. Le « personnage imaginaire appelé législateur » doit être vu

> « comme un être parfaitement juste (au sens de justice formelle), cohérent (au sens de cohérence logique), raisonnable (au sens de la *Zweckrationalität* de Max Weber). En outre, il est vu comme quelqu'un qui, sans exception aucune, dit uniquement ce qu'il doit dire, sans une phrase de plus ou de moins » [331].

Les arguments mis en œuvre classiquement sont nombreux [332]. Le législateur raisonnable n'a pu vouloir ainsi, entre autres exemples :

327. V. Perelman, *Logique juridique, op. cit.,* p. 46, et « A propos de la règle de droit » in *La règle de droit, op. cit.,* p. 319; La Marnierre, *op. cit., passim;* Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques, op. cit.,* p. 152; Gény, *Méthode...,* t. 1, pp. 33 et 264 ss.; Petersen, *De la contribution possible du droit anglais au développement des principes généraux du droit communautaire,* 1965, multig., pp. 44 ss.; Schneider, *op. cit., passim.*

328. *Op. cit.,* t. 1, pp. 31 et 36.

329. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique,* 1968.

330. « Le bon législateur », *in* « Le raisonnement juridique », *L. & A.,* mai-juin 1971, p. 243.

331. *Ibid.,* p. 244. V. aussi Nowak, « De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique », *Etudes de logique juridique,* t. 3, pp. 65 ss. (p. 80 : « le principe fondamental des recherches des juristes est celui qui proclame que le législateur réel du système juridique qui constitue la matière de ses réflexions est un législateur rationnel »); David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre, op. cit.,* p. 171; Gény, *Méthode...,* t. 1, pp. 264 ss. (et surtout pp. 284 ss.); Perelman, *Logique juridique, op. cit.,* pp. 54 ss.

332. V. Odent, *op. cit., fsc.* 1 pp. 337 ss.; Perelman, *Logique juridique, op. cit.,* pp. 54 ss. (cet auteur, à partir des recherches du professeur Tarello, distingue 13 arguments).

— ne rien dire;

— lorsque deux solutions sont, au terme des *verba,* possibles, avoir voulu la solution déraisonnable, absurde;

— ou encore la solution inéquitable, la solution *ergo aequitate et voluntate pugnandum,* selon la formule de Quintilien [333];

— ou énoncer deux fois la même proposition;

— ou opposer la *ratio legis,* l'esprit de la loi, à la *ratio iuris,* l'esprit du système de droit auquel elle s'intègre, sauf s'il en est explicitement disposé autrement [334].

Quelques exemples montreront l'usage que fait le juge administratif de « cette règle d'or qui au seuil du droit arrête toute solution faisant figure d'anomalie ou qui, lorsqu'une telle solution est parvenue à la faveur d'une prescription impérative à forcer les portes du monde juridique, lui mesure l'espace vital avec la plus étroite parcimonie » [335].

122. *Le juge administratif et la* ratio legis.

Tout texte implique une interprétation au sens large, mais, selon la technique, théoriquement assez faible, de l'acte clair, dont on voit ainsi l'ampleur du champ d'application par-delà les aspects les plus formels de sa mise en œuvre, seuls les textes obscurs ou peu clairs impliquent une interprétation au sens strict, faisant appel à des procédés spécifiques.

Le juge administratif, comme tout juge et plus généralement tout juriste, met en œuvre les procédés spécifiques fondés sur la rationalité de l'auteur du texte, sans que cela appelle de remarques particulières [336]. Le législateur n'a pas pu vouloir que ses prescriptions n'aient pas d'effets, qu'elles restent « lettre morte », selon l'expression de certaines décisions [337], il n'a pu souhaiter que soit adoptée pour son texte une interprétation ayant pour effet de le « priver de sens et de portée » [338]. Le même législateur a entendu viser un certain but, la *ratio legis* au sens strict. De façon raisonnable, il a voulu que seul ce but soit atteint et limitées, autant que possible, les implications secondes et inutiles. Ainsi, un texte interdisant « le jeu de la boule et les jeux similaires » ne doit pas être étendu à la roulette. Car si celui-ci « a, notamment en ce qui concerne le matériel employé, quelques analogies avec le jeu de la boule, il présente des différences profondes touchant en particulier le nombre des combinaisons possibles, la proportion des chances, la cadence du jeu » et « comporte pour l'ensemble du public des risques de nature très différente ». L'interprétation raisonnable de l'interdiction doit donc pousser à juger similaire à la boule non pas un jeu d'apparences proches, mais un jeu de danger équivalent [339].

333. Vonglis, *op. cit., p.* 131.

334. Perelman, « A propos de la règle de droit », contrib. précit., p. 319.

335. Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *L.J.C.E.,* p. 239; ainsi que le note, *op. cit.,* p. 46, M. Petersen, « règle d'or » (*golden rule*) est le nom traditionnellement donné à la *ratio legis* par les juristes anglais.

336. Parfois, les comm. du Gouvnt se fondent expressément sur une « interprétation raisonnable de la loi » (ainsi concl. Guionin, S. 12.VII.1955, *Grunberg,* 411); le juge lui-même vise parfois une « appréciation raisonnable des dispositions » (Lyon, 10.VII.1975, *Cote,* 746).

337. T.C. 12.V.1949, *Dumont,* 1re esp., 596; T.C. 28.V.1962, *Guériel,* 820.

338. 10.XI.1950, *Féd. nation. de l'éclairage et des forces motrices,* 548; v. aussi A. 9.VI.1950, *Daver,* 355; et Galmot, concl. A. 3.II.1967, *Conféd. gén. des vignerons du Midi, A.J.,* 1967.167.

339. 14.X.1970, *Soc. d'exploit. des eaux et thermes d'Enghien, A.J.,* 1971.244.

Le législateur n'a pas pu vouloir la contradiction, et le juge est en droit d'y remédier, et ce d'autant plus facilement que souvent il n'y a visiblement qu'une simple erreur de rédaction [340]. S'il a employé un terme dans un sens à l'article 12 d'un texte, il n'y a pas lieu de supposer qu'il l'emploie dans un sens différent à l'article 13 [341].

Le juge suppose encore que le législateur raisonnable ne prétend pas tout embrasser à la fois et que lorsqu'il pose des dispositions d'ordre général, il n'entend pas en principe déroger à des régimes particuliers antérieurs, bref qu'il en tient toujours, et sauf disposition contraire, pour le vieux brocard *generalia specialibus non derogant* [342].

Ce même législateur, lorsqu'il pose des dérogations de « caractère exceptionnel » à de grands principes de l'ordonnancement juridique, doit être entendu avoir voulu qu'on en fasse une « application stricte » [343]. De même, lorsqu'il édicte une irresponsabilité de l'administration pour une activité donnée, il apparaît raisonnablement qu'il n'a pas pu viser les conséquences de fautes qualifiées [344]. Lorsque l'article 72 du décret du 29 juillet 1927, relatif aux distributions d'énergie électrique, interdisait tout recours contre les collectivités publiques de la part des permissionnaires ou concessionnaires d'une distribution ou d'un transport, à raison des travaux exécutés sur la voie publique dans l'intérêt de la sûreté publique ou de la voirie, le juge estimait que « cette disposition n'(avait) en vue que les dommages qui pourraient être causés... par une exécution normale des travaux de voirie » [345]. Lorsque le législateur prévoit des sanctions dans un texte, il est réputé avoir entendu maintenir les droits de la défense. Ainsi, l'article 1er de la décision du 7 juin 1961, prise au titre de l'article 16, disposait-il que « les personnels militaires... pourront être..., nonobstant toutes dispositions législatives ou réglementaires contraires, soit placés en position de congé spécial, soit rayés des cadres »; le Conseil d'Etat de constater : « Elle ne comporte aucune disposition excluant l'observation des formalités qui doivent intervenir préalablement à toute mesure prise en considération de la personne et qui constituent l'une des garanties essentielles des droits des intéressés. » [346]. Lorsque sont conférés aux ordres des pouvoirs importants, « ces pouvoirs trouvent une limite dans les libertés individuelles

340. V., p. ex., A. 26.VII.1946, *Caisse profess. de compensation d'allocations familiales*, 227.
341. V. S. 18.XI.1966, *Chabaud*, 611.
342. V., p. ex., S. 20.XII.1963, *Commerce extérieur c/ Hurni*, 650; 27.XI.1968, *Veran*, 606.
343. S. 22.XI.1963, *Sichel*, 570; v. aussi S. 2.X.1964, *Geffray*, 448; T.C. 16.XI.1964, *Clément*, 796, néanmoins, certaines formulations interdisent un cantonnement trop rigoureux des pouvoirs dérogatoires. Ainsi l'article 5 L. 16.III.1956, mod. O. 7.X.1958, prévoyait que « le Gouvernement disposera en Algérie des pouvoirs les plus étendus pour prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens »; force est au juge de constater « qu'en raison, tant de la généralité de ses termes que des mobiles qui ont inspiré ses auteurs, cette disposition législative doit être entendue comme ayant autorisé le Gouvernement... à prendre toutes mesures utiles, même contraires à des dispositions législatives ou constitutionnelles en vigueur » (S. 15.X.1965, *Union fédérale des magistrats et Reliquet*, 515).
344. L'irresponsabilité ainsi édictée par le Code des postes pour l'emploi abusif, la perte ou la disparition des formules de chèque afférentes à un compte courant postal, tombe ainsi devant une faute lourde et d'une particulière gravité (S. 18.IV.1958, *Algérie c/ Herzeg*, 217) et même, plus récemment, devant une faute lourde (S. 26.III.1965, *Soc. « L'habitation »*, 210). De même celle édictée pour la perte d'objets de correspondance ordinaire : faute lourde et d'une particulière gravité (8.II.1961, *Cie Singer*, 84), faute lourde (Lille, 30.VII.1973, *Ravisse*, 805; 6.VI.1975, *Soc. « Comptoir central des usines Allimann »* [*Cocentrall*], 1183). V. aussi, pour les erreurs commises dans les annuaires : faute lourde (12.V.1976, *Bogas*, 248, *D.*, 1977.II.62 (n. Richer), *J.C.P.*, 1977.II.18754, n. Vincent).
345. 3.VII.1957, *Ville de Toulouse*, 436.
346. A. 23.X.1964, *d'Oriano*, 486, *R.D.P.*, 1965.297 (concl. Bernard).

qui appartiennent aux membres de l'ordre comme à la généralité des citoyens ». Ainsi, par exemple, n'a-t-il pu être « dans les intentions du législateur, qui a prévu la désignation des membres des conseils par élection, de priver les membres de l'ordre de la faculté d'émettre verbalement ou de toute autre façon, et même par la voie de la presse, leur appréciation sur la gestion desdits conseils » [347, 348].

Certains auteurs ont contesté l'explication de la théorie des circonstances exceptionnelles, telle qu'elle est opérée classiquement, par le recours à la volonté du législateur, celle-ci étant bien sûr fictive [349]. Pourtant, seule cette construction permet de fonder en droit la théorie et de légitimer les violations de la légalité formelle qu'elle autorise. Seule cette construction permet aussi d'expliquer que si des circonstances exceptionnelles autorisent toutes les mesures nécessaires, elles n'autorisent que les mesures nécessaires. Comme l'a écrit le Doyen Vedel, « les lois et règlements sont faits pour des périodes normales et lorsque le législateur ou l'autorité réglementaire n'a rien prévu pour les circonstances exceptionnelles, ce serait au fond faire violence à sa propre intention que de vouloir appliquer les règles qu'il a posées pour les circonstances normales » [350]. Il y a bien sûr des prescriptions législatives et même constitutionnelles relatives aux circonstances exceptionnelles : mais il n'y a pas lieu de poser *a priori* qu'elles sont exclusives, et l'on ne peut imaginer qu'un législateur raisonnable exige l'application ponctuelle de ses textes, dût le pays en mourir.

Il y a là sans nul doute une construction audacieuse, mais en fin de compte, de par les efforts incessants de la jurisprudence, moins dangereuse qu'on aurait pu l'imaginer originairement.

Le juge administratif recourt parfois à des mises en œuvre plus frappantes encore du standard du législateur raisonnable. Comme l'écrit M. Belaïd, « l'interprétation peut recouvrir en réalité une œuvre de création pure, soit par voie de suppléance, soit dans certains cas par voie de déformation de la disposition » interprétée [351]. La feinte ignorance de la clarté d'un texte permet de lui appliquer les contraintes afférentes à la présomption de normalité du législateur. Ainsi dans les jurisprudences qui ont affirmé le caractère de droit commun du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat, par son arrêt *d'Aillières*, a jugé que l'article 18 *bis* de l'ordonnance du 18 avril 1944 relatif aux jurys d'honneur et disposant que les décisions de ces jurys « ne sont susceptibles d'aucun recours », « ne peut être interprété, en l'absence d'une volonté clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat » [352]. De la même manière, dans l'arrêt *Lamotte*, la Haute Assemblée a décidé que la disposition de l'article 4, al. 2, de la loi du 23 mai 1943, selon laquelle « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire », ne peut être interprétée comme excluant « le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat..., recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes

347. 29.VII.1950, *Comité défense libertés professionnelles des experts comptables*, 492 (*G.A.J.A.* 351).
348. Sur ces problèmes, v. les développements remarquablement fournis du président Odent, *op. cit.*, pp. 336 ss.
349. V. les critiques de MM. Dubisson, *op. cit.*, p. 34, et Nizard, *op. cit.*, pp. 243 ss.
350. *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 300.
351. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, 1974, p. 80; v. aussi Virally, *op. cit.*, p. 170; et Gény, *Méthode...*, t. 1, p. 301.
352. 7.II.1947, *d'Aillières*, 50, *R.D.P.*, 1947.68, concl. Odent (*G.A.J.A.* 300).

généraux du droit, le respect de la légalité » [353]. Il est significatif de retrouver la formule « ne peut » dont nous avons vu qu'elle est l'indice d'un standard [354]. Le juge emprisonne ainsi le législateur dans une raison obligée.

Autre décision à la limite de la témérité, celle rendue dans l'affaire *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers,* dans laquelle le Conseil d'Etat disposa, d'une façon qui pouvait prêter à contestation du point de vue des intentions réelles de leurs auteurs, que « les décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926... n'ont eu ni pour objet, ni pour effet, d'étendre en matière de créations de services publics communaux, les attributions conférées aux conseils municipaux par la législation antérieure », brisant net ainsi la volonté du Gouvernement Poincaré de favoriser à l'avenir les interventions économiques des communes [355].

D'autres exemples d'une méthode comparable sont donnés par Mme Bréchon-Moulènes dans le contentieux de la responsabilité. Il peut arriver ainsi que le droit commun jurisprudentiel tende à faire échec à certains régimes législatifs de responsabilité [356]. L'exemple le plus important concerne le décret du 19 septembre 1870 abrogeant l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, pierre angulaire du principe général de séparation des autorités administratives et judiciaires. De fait, comme le montre Mme Bréchon-Moulènes, au début, non seulement l'ordre judiciaire, mais encore le Conseil d'Etat, en dépit de l'opposition de Laferrière, commissaire du Gouvernement, consacrèrent la prépondérance du principe de la liberté des poursuites, affirmé solennellement par le texte, sur celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Mais le Tribunal des Conflits mit un terme à cette jurisprudence et fit prévaloir une interprétation subtile : le décret

> « n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes ses conséquences légales et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence; mais... il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs » [357].

Ainsi, le décret n'a raisonnablement pas pu vouloir ce qui apparaîtra trente ans plus tard à Jacquelin comme « un premier pas vers l'abolition de la règle de la séparation des pouvoirs » [358], autrement dit le bouleversement de l'économie générale du système français de répartition des compétences.

123. *Le juge administratif et la rationalité des contractants.*

La *ratio legis,* terme générique qui recouvre, on l'a dit, en dépit des mots employés, la référence non seulement à la rationalité de l'auteur de la loi, mais à celle de l'auteur de n'importe quel texte que le juge doit appliquer, joue bien sûr un rôle équivalent dans le domaine de l'interprétation des contrats : la *ratio legis* au sens large englobe aussi ce que l'on serait tenté d'appeler la *ratio contractus.* Le Code civil, il est vrai, incite à l'étude de cette

353. A. 17.II.1950, *Agriculture c/ Lamotte,* 110, *R.D.P.,* 1951.478, concl. Delvolvé (*G.A.J.A.* 336); v. aussi 16.XII.1955, *Deltel,* 592; 17.V.1957, *Simonet,* 314 (concl. Heumann).
354. Sur ces jurisprudences, v. notamment Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse,* 1967, pp. 137 ss. et 212 ss.
355. 30.V.1930, *Chbre synd. du commerce en détail de Nevers,* 583 (*G.A.J.A.* 198); le Conseil d'Etat devait par la suite très rapidement assouplir cette jurisprudence.
356. Bréchon-Moulènes, *op. cit.,* pp. 329 ss.
357. T.C. 30.VII.1873, *Pelletier,* 1er suppl. 117, concl. David (*G.A.J.A.* 5).
358. *Les principes dominants du contentieux administratif,* 1899, p. 137.

dernière en codifiant quelques grands principes d'interprétation auxquels il a déjà été fait allusion et dont il est possible de dire, parce qu'ils sont en fait des préceptes très généraux, qui dépassent largement par leur portée les problèmes particuliers posés au juge judiciaire, que le juge administratif les fait siens [359] :

— art. 1157 : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait traduire aucun »;
— art. 1158 : « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat », etc.

Et l'article 1156 ouvre la voie au travail que nous étudions :

> « On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

Comme l'écrit justement M. Bénabent, c'est là un « système difficile » et la recherche de la volonté réelle derrière la volonté déclarée ne peut manquer de résider dans « un ensemble de conjectures sur ce que les parties ont probablement voulu » [360].

Sauf indication contraire, l'interprétation de la volonté dans les contrats passe par la médiation d'une présomption de normalité des contractants.

> « Comme il le fait pour la loi, le juge complète le contrat... en se plaçant dans la perspective des parties telle que la révèle la genèse de leur accord. Ce faisant, écrit M. Deschenaux, il se met à la place..., sauf indications contraires, de personnes raisonnables. » [361]

Sur beaucoup de points, cette technique est à l'abri de toute contestation. Comme pour la loi, le juge doit supposer que les parties ont employé les termes dans leur acception usuelle, qu'ils ont eu l'intention de dire quelque chose, qu'ils ont voulu éviter les situations absurdes, *etc.*

Ainsi, si une convention prévoyait qu'un concessionnaire devait faire des travaux dans un délai d'un an, une partie de ceux-ci devant néanmoins être effectuée par la ville ayant passé ladite convention, mais aucun délai n'ayant été imparti pour ces derniers, le juge disposera que

> « la commune intention des parties doit être interprétée en ce sens que la ville était tenue d'effectuer, en temps utile, pour permettre au concessionnaire de remplir ses obligations, ceux des travaux à sa charge qui, par leur nature même, devaient nécessairement être exécutés avant les travaux incombant au concessionnaire » [362].

Si, poursuivant un but déterminé, les parties prévoient des moyens inadéquats, ou si les termes du contrat ne sont manifestement pas adaptés à leur commune intention, le juge suppléera cette défaillance en postulant que les parties n'ont pas pu vouloir ce non-sens [363]. Si le prix inscrit est le décuple du prix en usage, le juge rectifiera ce qui ne peut être qu'une erreur matérielle [364]. Si une clause est susceptible de deux sens dont l'un la prive en fait de tout effet,

359. V. Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op. cit.,* t. 2, pp. 12 ss., et Georgel, « L'accord de volonté », *J.C.A.,* fsc. 507 (V. 1968).
360. *Op. cit.,* p. 173; v. aussi Gauguier, *op. cit.,* pp. 152 ss.
361. *Le titre préliminaire..., op. cit.,* pp. 161 et 162; sur la pratique traditionnelle du juge anglais à cet égard, Zaki, *op. cit.,* pp. 174 ss.
362. 10.IV.1935, *Ville de Toulon,* 481.
363. V. 5.XI.1937, *Déptnt des Côtes-du-Nord,* 900; 17.VI.1938, *Cie des chemins de fer de la Camargue, D.,* 1940.III.5 (concl. Lagrange); 21.VII.1944, *Soc. des forges de la Gironde,* 213; 5.I.1951, *Cmne de Lesparrou,* 3; 30.X.1951, *Soc. Citroën,* 507.
364. 3.VII.1963, *Soc. d'entrep. gén. Patry, R.D.P.,* 1964.217.

le juge tranchera pour l'autre [365]. Si une clause a été insérée, la « commune intention » des parties était qu'elle joue dans des conditions « normales » [366]. Si les usages, en un domaine, sont constants, le juge posera que les contractants normaux, sauf disposition contraire, n'ont pu les ignorer et s'y sont implicitement référés [367]. Si un marché ne fixe pas de délai d'exécution, le juge estimera que la commune intention des parties ne pouvait être que la réalisation des prestations prévues dans un délai raisonnable [368]. Si les cahiers des charges des traités passés entre une ville et une société obligent cette dernière à déplacer à ses frais ses canalisations toutes les fois que l'intérêt public ou celui des services publics ou celui des services municipaux l'exigeront, « cette stipulation, pour le juge, n'a eu en vue, dans la commune prévision des parties que les déplacements auxquels pourrait donner lieu l'exécution des ouvrages qui sont ordinairement et normalement entrepris sur ou sous la voie publique » et non celle d'un ouvrage exceptionnel par son importance [369].

On conçoit par contre les restrictions de M. El Gammal, à la suite d'une bonne part de la doctrine, notamment privatiste, à l'égard de ce raisonnement pour certaines de ses autres implications [370]. Le juge doit éviter en effet de dissoudre le lien contractuel. En dernière analyse, le contrat se fonde souvent sur un pari et donc sur un risque et l'intervention du juge ne doit pas avoir pour effet la suppression de cet aspect des choses. Le contractant normal n'est pas celui qui ne se trompe pas sur l'avenir : c'est celui qui évalue en termes de probabilité les chances de survenance de tel aléa. Que chaque contractant normal parie sur ses chances de gain (et suppute que ses chances de perte sont faibles) est évident. Mais personne n'a pu inclure dans son pari des données imprévisibles : le contractant normal est celui qui est doté de capacités de prévision normales, on l'a déjà vu. Et il n'a pu être dans l'intention des parties de tirer pour l'une profit et pour l'autre perte, d'aléas parfaitement insusceptibles d'être prévus. C'est ce raisonnement qui est au fondement des théories des faits imprévisibles, notamment imprévision et sujétions imprévues, et qui est constitué essentiellement d'une présomption de normalité des contractants. Les publicistes sont aujourd'hui hostiles en général à cette analyse qui leur semble ne pas rendre compte de la spécificité de la matière. Pour nombre d'entre eux [371], le véritable fondement des théories des faits imprévisibles réside, par-delà les exigences propres à la notion même de service public, dans la mise en œuvre d'une règle d'équité, purement prétorienne, par le juge administratif, en considération de la collaboration qu'implique le contrat. Quoi qu'il en soit, la référence au comportement normal des parties a guidé la jurisprudence et la doctrine pendant longtemps et, quelle que soit sa valeur, ce seul fait doit être retenu. Dans le cadre de la théorie de l'imprévision, le juge vise ainsi une hausse « de caractère exceptionnel » ayant entraîné dans les coûts de fabrication « une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du marché » [372]. La prise en compte du

365. 5.XI.1937, *Déptnt des Côtes-du-Nord*, 900.
366. 11.VI.1947, *Guerre c/ N...*, *A.J.*, 1947.309.
367. 8.VII.1927, *Lecamus*, 765; 11.VII.1944, *Razimbaud*, 198.
368. 7.II.1951, *Ville de Paris*, 76.
369. 24.XI.1905, *Cie parisienne de l'air comprimé*, 863.
370. *Op. cit.*, pp. 137 ss.
371. V. ainsi Waline, « L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants », *R.D.P.*, 1951, pp. 27 ss.; Laubadère, *Traité théorique et pratique..., op. cit., passim*, et notamment début du tome 3.
372. 8.II.1918, *Soc. d'éclairage de Poissy*, *R.D.P.*, 1918.248; v. aussi 28.III.1930, *Cie des chemins de fer du Midi*, *R.D.P.*, 1930.733 (concl. Josse); 24.VI.1936, *Soc. d'entrep. de Gobertange*, 697.

seuil d'imprévision permet de considérer les calculs normalement effectués et d'exclure de la charge du contractant malheureux la part d'évolution hors d'atteinte de tout calcul raisonnable au moment de la conclusion du contrat. Comme l'écrivait Jèze, « il faut, appliquant un contrat, rechercher l'intention raisonnable commune des parties, ce qu'elles ont pu et dû prévoir » [373]. Il s'agit pour le juge de se livrer à une « interprétation raisonnable du contrat » [374], de préciser ce que les parties ont « pu raisonnablement prévoir », selon les termes de nombreuses décisions [375].

Le fait que la théorie de l'imprévision soit d'ordre public, quelques arrêts anciens mis à part, atteste sans doute les limites de la démarche interprétative décrite. Mais il ne faut pas négliger l'importance qu'elle a pu revêtir dans le développement de certaines techniques.

De même, dans le cadre de la conception volontariste et subjective classique du contrat administratif qui, souvent critiquée aujourd'hui, a présidé néanmoins non sans une part de fiction là encore, à l'explication du critère de la clause exorbitante pendant de longues années, la présence d'une telle clause est réputée dénoter la volonté de contractants normaux, en l'espèce conscients des conséquences de leur choix, de se placer sous l'empire d'un régime de droit public [376]. Certaines espèces marquent très nettement l'adoption de ce raisonnement par le juge; à l'énoncé de la clause succède la déduction : « qu'il suit de là que les (contractants) ont entendu conclure un marché... dont le contentieux est réservé à la juridiction administrative » [377].

Ces dernières applications de la *ratio contractus* n'épuisent cependant pas la matière des standards de pure administration du droit.

4° De quelques autres standards de pure administration du droit :

124. *La notion de litige dont la juridiction administrative saisie dans le cadre du référé n'est pas manifestement incompétente pour connaître.*

Dans le cadre de la procédure du référé administratif, soit devant le Conseil d'Etat, soit devant un tribunal administratif [378], la jurisprudence a dû, par-delà les textes, et à l'instar du juge judiciaire, formuler des conditions de recevabilité établissant un lien suffisant entre le référé et l'action principale. Selon l'heureuse expression du commissaire du gouvernement Lasry, le juge des référés administratifs n'est qu'un « démembrement » de la juridiction à laquelle il appartient, et il serait fâcheux que sa compétence ne s'aligne pas sur celle de celle-ci [379].

A partir de 1964, le juge administratif a précisé définitivement la formule qui rend compte de cette attitude :

373. Note 8.II.1918, *Soc. d'éclairage de Poissy*, *R.D.P.*, 1918.219; v. aussi concl. Corneille 9.XI.1921, *Soc. comm. des carbures*, *R.D.P.*, 1921.491.
374. 30.XII.1921, *Cie genevoise du gaz*, 1129.
375. Cons. préf., Versailles, 20.IV.1945, *Entrep. X... c/ Ville de Melun*, *A.J.*, 1947.349; 11.VI.1947, *Guerre c/ N...*, *A.J.*, 1947.309; 10.III.1948, *Hospices Ville de Vienne*, 124; 2.II.1951, *Défense c/ Soc. Grands Travaux de Marseille*, *A.J.T.*, 1951.165; Caen, 14.XII.1954, *Cordeau*, *A.J.*, 1956.II.8; S. 23.VI.1959, *Cmne d'Huez*, 67; 1.XII.1961, *Cmne mixte de Sedrata*, *A.J.*, 1962.173; Lille, 28.I.1975, *Soc. europ. de patinoires*, 683.
376. V. Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats..., op. cit.*, t. 1, pp. 86 ss.
377. T.C. 19.VI.1952, *Soc. interprofess. des viandes*, 629; T.C. 7.XI.1922, *Manon*, 795; 23.III.1923, *Cie des chargeurs réunis*, 307; 7.VIII.1925, *Gouverneur d'Indochine*, 823; 21.I.1938, *Bureau de l'édition musico-mécanique*, *S.*, 1940.III.9.
378. V. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, pp. 46 ss.; Debbasch, *op. cit.*, pp. 440 ss.; Gabolde, *op. cit.*, pp. 319 ss.; Odent, *op. cit.*, pp. 923 ss.
379. Concl. S. 15.VII.1957, *Ville de Royan*, *R.D.P.*, 1958.109.

« Considérant que, compte tenu des caractères propres de la procédure de référé, le président d'un tribunal administratif est compétemment saisi dès lors que la demande qui lui est présentée n'est pas manifestement insusceptible de se rattacher à un litige relevant de la compétence dudit tribunal » 380 381.

L'incompétence manifeste renvoie à un juge normal, qui n'ignore pas l'architecture du tableau des compétences et qui est doté d'assez de savoir-faire pour discerner d'emblée si une question de compétence fait difficulté ou non. Il en va de même pour les deux exemples qui suivent.

125. *L'irrecevabilité d'une demande de référé si la demande principale est entachée d'une « irrégularité manifeste ».*

Cette condition jurisprudentielle de recevabilité, posée par l'arrêt *Piéton-Guibout* 382, complète la précédente 383.

126. *La notion de conclusions entachées d'irrecevabilité manifeste.*

Le décret du 22 février 1972, instituant une « procédure de règlement des questions de compétence au sein de la juridiction administrative », a disposé que, lorsque le Conseil d'Etat ou un tribunal administratif seraient saisis de « conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance », ils seraient compétents pour les rejeter, « nonobstant les règles de répartition des compétences », autrement dit au cas même où la juridiction ainsi saisie ne serait pas compétente 384. Il s'agit d'éviter des recours inutiles aux requérants. Là encore, le décret fait appel à un juge normal dont il se fait sans doute une conception exigeante puisque cette procédure n'est ouverte qu'aux tribunaux administratifs et au Conseil d'Etat, à l'exclusion des autres juridictions administratives dont, selon M. de Laubadère, on a dû penser qu'elles ne présentaient pas des « garanties de qualification suffisantes pour qu'on leur permît d'apprécier l'irrecevabilité, même " manifeste ", de recours relevant du Conseil d'Etat ou des tribunaux administratifs » 385, 386.

§ 2. — Les questions et les caractères communs aux standards de pure administration du droit.

127. *Introduction.*

Les standards de pure administration du droit ont des caractères communs qui, pour tout dire, ne présentent qu'un intérêt assez secondaire. Se pose surtout à leur propos une question traditionnelle dont la solution est délicate : celle

380. 14.II.1964, *S.A. produits chimiques Péchiney*, 113; 20.XII.1968, *Cmne de Villaines*, 679; 19.XII.1969, *Soc. d'H.L.M. de Charleville*, Tb. 919; 3.VII.1970, *Santé publique c/ Heurté*, 467; 26.IV.1972, *Soc. de contrôle technique de la construction* (*SOCOTEC*), 324; 8.XI.1972, *Environnement c/ Soc. sylvicole de Saint-Jean*, 712; 5.I.1973, *S.A. Bureau Veritas*, 15; 4.VI.1976, *Bosch*, 294.
381. Pour le constat d'urgence, v. 15.VII.1964, *de Pollack*, 409.
382. 13.VII.1956, *Reconstruction c/ Piéton-Guibout*, 338, concl. Chardeau (*G.A.J.A.* 453).
383. 15.VII.1959, *Matherey dit Philippe Clay*, 467; 3.VII.1970, *Santé publique c/ Heurté*, 467.
384. V. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 1, pp. 154 ss.; Debbasch, *Contentieux...*, pp. 265 ss.
385. Laubadère, « chron. gén. de législ. », *A.J.*, 1972.289.
386. V. 3.XI.1973, *Soc. Marchand*, Tb. 1084; 2.II.1977, *Lahouel*, *D.A.*, 1977, n° 95.

du caractère de règles de droit des règles qui les mettent en œuvre. Cette question sera reprise beaucoup plus en détail pour les standards de fond 387. Mais il faut lui apporter une réponse particulière pour ce qui est des standards de pure administration du droit.

1° Les caractères communs aux standards de pure administration du droit :

128. *L'ancienneté et l'importance exceptionnelle de standards liés nécessairement à la mise en œuvre du fond du droit.*

Tous les standards de pure administration du droit sont fondés sur le postulat de la normalité des acteurs de la vie juridique, le législateur et le juge entre autres. Le juge normal, immergé dans la société, la comprend, au sens weberien du terme, c'est-à-dire qu'il est doté d'une aptitude à revivre les situations qui lui sont soumises et à leur accorder une signification en fonction de probabilités tirées du *plerumque fit* : et ce sont la présomption et les théories de la causalité. Le juge normal prête au législateur et aux autres autorités normatives cette même qualité de normalité : et c'est le recours à cette méthode d'interprétation baptisée, au sens large de ce terme, *ratio legis*. Le juge normal, enfin, est doté d'un certain nombre d'aptitudes qu'il faut supposer minimales chez tous les magistats, sans quoi la mise en œuvre de notions telles que celles d'acte clair ou d'incompétence manifeste serait laissée à un arbitraire gênant.

Il est inimaginable, quelle que soit l'époque, qu'aucune place ne soit faite à ce postulat de normalité des acteurs juridiques et d'abord du juge. On peut imaginer que, dans certains systèmes de droit, cette place soit secondaire, de par celle, essentielle, laissée à un formalisme très poussé, à des mécanismes d'administration du droit extérieurs à l'intervention propre du juge. Mais il est inconcevable que cette place soit nulle. Le droit ne peut, pour sa mise en œuvre, se passer du recours à l'idée de son administration raisonnable. Plus même, l'élaboration croissante d'un système de droit, quelque paradoxal que cela puisse paraître, semble passer par l'assouplissement que cette idée introduit dans la formation de la décision juridictionnelle. Ce sont les droits les plus archaïques qui l'ont refusée avec le plus de vigueur. Néanmoins, et sans trop entrer dans des détails qui outrepassent notre compétence, même dans ceux-là, il apparaît souvent, pour s'en tenir à la question importante de la preuve, que son caractère ordalique, ne requérant que la constatation d'un fait ou l'interprétation d'un signe et visant à établir davantage la pureté de l'une des parties que la réalité du fait invoqué, pouvait coexister avec un système de preuves rationnelles appelé à devenir unique avec la laïcisation de la procédure. L'ancien droit romain par exemple, après une phase ordalique hypothétique, a pu connaître, d'abord en concurrence, puis comme système unique, un système de preuve extrêmement souple, laissant une large place aux raisonnements du juge à partir des témoignages, du serment et, rarement à cette époque, d'écrits 388. A l'époque classique s'ajoute à ce système un rôle accru de la présomption 389, les grandes catégories de présomption aujourd'hui connues devant être forgées à l'époque post-classique 390.

387. V. *infra*, 2e partie, titre 1er, chap. 1er.
388. V. Broggini, « La preuve dans l'ancien droit romain », *Recueil de la Soc. J. Bodin*, n° XVI (1965), *La preuve*, pp. 223 ss.
389. V. Gaudemet, *Institutions de l'antiquité*, 1967, p. 640; Ourliac et Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, 1969, p. 47.
390. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 799 ss.

La méthode que nous avons baptisée, au sens large, *ratio legis*, semble elle aussi indissociable de l'administration du droit. Il y a certes des différences d'un système d'interprétation à l'autre. Ainsi, comme le note M. Vonglis, la *sententia legis* n'est pas la *voluntas legis* ou, plus précisément encore, la *voluntas legislatoris* : « la notion de *sententia*, privée de caractère volontariste, n'est qu'un sens donné à la loi par l'interprète, en fonction de la réalité » [391]. Elle n'est pas, même à titre de simple fiction, reconstitutive de la volonté présumée du législateur raisonnable, comme cela est le cas, en dépit de certaines tentatives, dans notre univers juridique qui ne peut manquer de demeurer exégétique pour des raisons très profondes. Mais il n'y a pas pour autant une rupture véritable du point de vue de l'idée de normalité : le système de la *voluntas legislatoris* interprète la loi à la lumière de la normalité du législateur, celui de la *sententia legis* à celle de la normalité propre du texte, qui implique cohérence interne et externe, logique et adéquation aux réalités. Au demeurant, à Rome même, ainsi que l'écrit M. Gaudemet, « pour l'interprétation des actes privés, les juristes se référaient à la volonté présumée de l'auteur de l'acte, et à propos de l'édit, ... au magistrat : *praetor sensit* » [392].

Les derniers standards de pure administration du droit étudiés n'ont bien sûr pas la même importance et n'ont qu'un champ d'application plus ponctuel.

2° Standards de pure administration du droit et règle de droit :

128 *bis. Brèves réflexions sur les termes de la question.*

Rappelons ce qui a déjà été dit : le standard n'est pas la règle de droit; il est un mode de formulation de cette règle. Ainsi, pour prendre l'exemple de la théorie de l'acte clair, ce n'est bien sûr pas la notion d'acte clair elle-même qui est ou non règle de droit; c'est éventuellement la proposition : l'acte clair ne nécessite pas de question préjudicielle.

Pour s'en tenir d'abord à la question de la présomption et de la causalité, M. Gaudemet a écrit que, si « le domaine de la preuve (était) peu réglementé par le droit romain classique », c'est que « les jurisconsultes considéraient qu'il s'agissait là d'une question de fait plus que de droit dans laquelle ils n'avaient guère à intervenir » [393]. L'intime conviction du juge romain, dominée par le recours à une conception assouplie de la présomption, aurait donc été une question de fait. Information d'autant plus intéressante qu'il ne semble pas qu'aujourd'hui les opinions aient beaucoup changé.

L'idée centrale qui étaye une telle position est que le juge ne peut manquer, pour découvrir la vérité, de « recourir à son expérience de la vie et des hommes, voire à des connaissances spéciales de tout ordre ». Il doit donc, dans un premier temps, procéder à ce que M. Deschenaux appelle un « jugement de fait », jugement qui, écrit-il, « s'obtient au moyen de ce que la doctrine allemande appelle les règles ou critères d'expérience » [394]. Le « jugement de fait », comme le note justement M. Rigaux, est rendu nécessaire par la circonstance que le fait ne se constate pas : il faut qu'il y ait, à son sujet, décision, la délicatesse de cette décision pouvant bien sûr varier [395].

391. *Op. cit.*, p. 171.
392. *Op. cit.*, p. 596, n. 3.
393. *Op. cit.*, p. 640.
394. *La distinction du fait et du droit..., op. cit.*, p. 20.
395. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, 1966, pp. 80 ss.

Stein et Chiovenda, résumés par le Doyen Marty, définissaient ainsi ce que, pour leur part, ils entendaient par « maximes d'expérience » : « Dans le raisonnement qui conduit à la solution du problème, le juge n'utilise pas seulement les faits particuliers à l'espèce envisagée, et les règles de droit applicables. Il fait appel à des idées générales fondées sur l'expérience courante et qui, comme telles, pourraient être dégagées par toute personne saine d'esprit et de moyenne culture appartenant au milieu considéré. Ces règles générales de bon sens courant forment une sorte de zone grise, intermédiaire entre les règles de droit et les faits. » [396]. Le Doyen Marty ajoutait, résumant toujours la pensée de ce courant de recherche : « Elles ne sont pas des règles de droit, mais elles s'en rapprochent par leur caractère abstrait et général. Leur définition peut donc se résumer en deux termes : absence de caractère juridique et généralité. » [397]

M. Rigaux a tenté de donner une liste de ces règles d'expérience : règles du langage, tant sémantiques que syntaxiques, « l'expérience de la vie dans un milieu donné, qui permet au juge d'apprécier les faits de la cause et les preuves qui lui en sont présentées », « l'application aux situations de la vie des lois scientifiques et des connaissances techniques appartenant à l'expérience commune de l'homme instruit », « l'application, aux actes humains et notamment aux expressions de pensée et de volonté, de connaissances biologiques et psychologiques essentielles à la vie en société », « les règles élémentaires de la logique et du raisonnement » [398]. Ces règles d'expérience, on le voit, recoupent nos standards de pure administration du droit : elles sont au fondement du mécanisme de la présomption, des calculs sur la causalité, et de certaines techniques d'interprétation. Il nous semble par contre qu'il y a intérêt à les distinguer soigneusement des informations personnelles du juge [399]. Celles-ci peuvent faciliter leur élaboration sans nul doute, mais elles sont irréductiblement de pur fait : ainsi le juge peut-il être passé par l'administration active et connaître tel ou tel fait qui n'est pas mentionné au dossier; cela l'aidera peut-être à élaborer une présomption, mais il n'y aura cependant là qu'un fait supplémentaire.

L'analyse de ces « règles d'expérience » nous montre sans doute, selon l'expression de M. Morelli, qu'elles sont des règles visant à « l'intégration des règles de droit » [400]. Mais pourquoi refuser *a priori* à ces règles d'intégration, nous dirions d'administration du droit, le caractère de normes juridiques ?

Si on s'en tient à la définition classique de l'acte juridique, acte accompli pour réaliser des effets de droit, on ne voit pas pourquoi on rejetterait hors du champ du droit la règle d'expérience qui mène le juge, par exemple, à la découverte d'un lien causal. Car enfin la mise en œuvre de cette règle aboutit bien à une modification de l'ordonnancement juridique : établir le lien causal, cela a pour conséquence, par exemple, de faire naître à l'encontre d'une collectivité publique, par la médiatisation bien sûr d'une norme le précisant, une obligation de réparation [401]. On ne voit pas pourquoi on ne consacrerait pas le caractère

396. *La distinction du fait et du droit*, 1929, p. 158 (à propos de Stein, *Das private Wissen des Richters*, 1893, et de Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3e éd., 1923).
397. *Ibid.*, p. 159.
398. *Op. cit.*, pp. 114 ss.
399. V. Auby et Drago, *op. cit.*, pp. 549 ss.; Chevallier « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *R.T.D. Civ.*, 1962, pp. 5 ss.
400. Cité par Rigaux, *op. cit.*, p. 117.
401. V. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, D.E.S., 1949-1950, Les cours du droit, 1950, pp. 269 ss.

normatif de ces règles d'expérience. Comme la définit M. Eisenmann, « une norme juridique, c'est un élément de réglementation de la conduite, du comportement de certains hommes, de certains sujets au moins, de réglementation juridique bien entendu... Une norme est une disposition, une proposition relative à la conduite d'être humains, ordonnant cette conduite, la réglementant » 402.

Pourquoi les normes qui régissent l'action du juge seraient-elles moins normes, et moins normes juridiques, que celles qui lui servent, dans ses décisions, à qualifier le comportement des justiciables et qui, dans la vie de ceux-ci, régissent leur action ? La qualification d'un fait comme en faisant présumer un autre n'est pas une qualification juridique fondamentalement différente dans son économie générale de la qualification d'un fait comme normal, fautif, *etc.*

Il n'y a finalement que deux possibilités d'écarter le caractère proprement juridique des règles dites d'expérience dès lors qu'elles apparaissent avec suffisante fermeté pouvoir s'imposer à l'esprit d'un juge raisonnable :

— considérer, dans le cadre d'une conception matérielle du droit, qu'il y a des matières juridiques et non juridiques par nature : le raisonnement logique comme l'appréciation morale seraient ainsi insusceptibles de donner lieu à l'élaboration d'instruments de qualification purement juridiques. Nous aurons à revenir longuement sur cette conception qui, bien que n'ayant plus guère de défenseurs systématiques, comporte encore de secrètes ramifications dans la doctrine comme dans la jurisprudence 403. Qu'il soit simplement permis ici de dire qu'aucune définition matérielle du droit ne tient devant cette évidence que Max Weber a formulée en sociologue : « Il n'existe aucune règle ayant une importance sociale qui n'ait été, au moins une fois, quelque part, une prescription de droit. » 404 Et, de fait, on pourrait fort bien imaginer que la plupart des maximes d'expérience fussent codifiées par des textes. Il ne se passe rien d'autre lorsqu'une présomption de l'homme est transformée en présomption légale;

— poser que les règles d'expérience ne sont pas juridiques parce que n'émanant pas des autorités normatives consacrées. Cet argument d'ordre organique ne convainc plus guère la doctrine, encore que sa portée ne soit pas négligeable comme on le pense trop souvent aujourd'hui. Marty, à propos des règles d'expérience, constatait ainsi qu' « il ne suffit pas qu'une règle soit générale et abstraite pour avoir un caractère juridique et servir de base au contrôle de la Cour de cassation. Il faut qu'elle ait reçu son autorité d'une source créatrice de droit » 405. En vérité, il est devenu, et on va y revenir dans le chapitre suivant, impossible de nier l'existence d'un pouvoir normatif de fait du juge; si curieuse qu'apparaisse cette formule, elle vise à concilier le réalisme le plus élémentaire quant aux mécanismes de production du droit et le respect d'un schéma constitutionnel de séparation des pouvoirs. On notera par ailleurs que certains des standards de pure administration du droit présentés ne posent aucun problème du point de vue qui précède puisque posés par des textes.

Toutes les règles de pure administration du droit sont trop importantes et leur existence trop claire pour qu'il soit possible de vivre sur la fiction de leur inexistence, de leur création au coup par coup, au gré des nécesesités propres de chaque affaire. Elles sont les rameaux détachés du tronc du principe

402. *Cours de droit administratif*, Doctorat, 1958-1959, Les cours du droit, 1959, p. 104.
403. V. *infra*, 2e partie, titre 1er, chap. 1er.
404. Weber, *Economie et société*, t. 1, p. 338.
405. *Op. cit.*, p. 160.

général de bon comportement du juge qui ne peut qu'intéresser au plus haut point une cour régulatrice.

On notera le particularisme de l'interprétation (*ratio legis*) : elle fait corps avec le texte qu'elle vise, et, de ce fait, les problèmes décrits ci-avant ne la concernent pas puisqu'elle emprunte à ce texte sa force.

129. *Les incertitudes de la jurisprudence sur la question.*

C'est la jurisprudence du Conseil d'Etat juge de cassation qui peut ici fournir les éléments de la réponse qu'apporte la Haute Assemblée au problème posé 406. A la différence de la Cour de cassation, il peut contrôler l'exactitude matérielle des faits : il se refuse par contre à contrôler l'appréciation des faits, notion qui est, on le verra par la suite, bien difficile à préciser.

Pour ce qui est de la présomption et de la causalité, un bref rappel de l'attitude de la Cour de cassation en ce domaine permettra de mieux concevoir la position de la juridiction administrative 407. La Cour de cassation, traditionnellement, refusait d'apprécier la valeur d'une preuve et notamment d'une présomption. Le seul contrôle qu'elle exerçait était celui, tout à fait naturel, de l'application des grandes règles générales légales sur l'organisation du système des preuves et l'administration de ces dernières (charge de la preuve, exclusion par la loi d'un mode de preuve, *etc.*). Le principe était donc bien que l'appréciation des preuves est souverainement faite par le juge du fait. A une nuance près pourtant : à partir du début de ce siècle, la Cour s'est mise à censurer la décision en matière de preuve dudit juge si ses motifs se contredisaient. Marty a commenté ainsi cette inflexion : elle « manifeste nettement la préoccupation qu'a la Cour suprême d'obtenir des juges du fond des constatations de fait non seulement complètes et précises, mais résultant en outre d'un raisonnement cohérent et sérieux » 408. Ce mouvement doit être lié au développement du contrôle de la dénaturation.

Cette jurisprudence est intéressante par la tension qui l'anime :

— D'une part, la présomption a pour objet l'établissement d'une situation de fait à partir d'une situation de fait réputée type. En ce sens, il est difficile de ne pas la considérer comme question de fait, touchant à l'exactitude matérielle des faits dont le juge de cassation judiciaire se refuse à connaître;

— Mais, d'autre part, la présomption s'analyse en une prescription qui revient à poser : ce qui est (habituellement) est (en l'espèce). Alors la présomption met en œuvre un standard éminemment descriptif : mais on a vu que ce caractère descriptif n'était pas le moins du monde antinomique avec la reconnaissance du caractère normatif de la proposition qui contient un tel standard.

Devant le Conseil d'Etat juge de cassation, le problème se pose en termes différents. Si la Haute Assemblée considère que le mécanisme présomptif est une question d'exactitude matérielle des faits ou une question de qualification juridique au sens strict, le contrôle du juge de cassation sera possible. Si au contraire le raisonnement de la présomption apparaît comme une appréciation des faits, il ne le sera pas.

Le Conseil d'Etat juge de cassation contrôle d'abord, au titre de l'exactitude

406. En tant que juge en premier et dernier ressort ou que juge d'appel, le Conseil d'Etat se trouve en principe dans une situation où le problème ne se pose pas; v., p. ex., contrôle de la causalité en appel : 8.II.1950, *Déptnt de la Savoie*, 89.
407. V. Marty, *op. cit.*, pp. 180 ss. et 292 ss.
408. *Ibid.*, p. 293.

matérielle, l'ensemble des indices, *les* présomptions, ce qui n'est pas *la* présomption, répétons-le [409]. Ainsi, dans l'affaire *Monod,* le commissaire du gouvernement Grévisse reprend-il le détail des événements qui ont permis à la juridiction ordinale de présumer la réalité de l'opération de dichotomie d'un médecin, M. Monod, invoquée par l'un de ses confrères, M. Pelleroy, qui en avait bénéficié, et ce en dépit des dénégations de M. Monod qui invoquait une erreur de son secrétariat :

> « D'une part, en effet, disait M. Grévisse, rien n'établit que le secrétariat du docteur Monod soit intervenu dans (l')expédition (de la lettre en cause). Bien au contraire, une pièce du dossier constitue une présomption en sens contraire et permet même... de concevoir ce qu'ont pu être ces déclarations verbales du docteur Monod, dont la section disciplinaire a tiré argument. Le docteur Pelleroy et le docteur Monod ont, en 1952, comparu devant une commission d'enquête désignée par le Conseil départemental de la Seine. Nous en possédons un compte rendu partiel par une lettre du docteur Pelleroy au président du Conseil de l'Ordre. Le docteur Pelleroy écrit ce qui suit : " J'ai demandé au docteur Monod si son courrier confié au secrétariat était tapé à la machine. Sa réponse fut affirmative. J'ai alors fait remarquer que la lettre reçue par moi était entièrement manuscrite. Il était donc vraisemblable que cette lettre n'était pas passée par son secrétariat. Le silence du docteur Monod m'a paru confirmer cette hypothèse " 410. »

Le Conseil d'Etat suit son commissaire du gouvernement et dispose que « l'appréciation à laquelle s'est livrée » la juridiction ordinaire ne « repose (pas) sur des faits matériellement inexacts ».

Les conclusions de M. Grévisse dans cette affaire apportent d'autres éléments. Il ne propose pas en effet au Conseil d'Etat.

> « de renoncer à tout contrôle. Bien que la section disciplinaire, poursuit-il, ait émis son appréciation d'après les explications orales qui lui ont été données, nous vous demanderons de vérifier si cette appréciation n'est pas directement contredite par les éléments du dossier, si elle n'est pas fondée, au vu du dossier, sur des faits matériellement inexacts ou sur une dénaturation des faits. Ce sera là la sanction du laconisme de la décision attaquée » 411.

On est ici très près de la jurisprudence de la Cour de cassation, mis à part le contrôle de l'exactitude matérielle.

On notera que, confirmant le point de vue exprimé ci-dessus selon lequel le mécanisme présomptif ne relève pas de l'exactitude matérielle des faits, le Conseil d'Etat ne la considère pas moins comme une question de fait exclue de son contrôle, sauf contradiction entre le fait présumé et un fait du dossier ou dénaturation [412, 413]. Ces dernières nuances montrent la gêne que sa position de principe procure à la Haute Assemblée.

409. V. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, p. 616; Debbasch, *op. cit.*, p. 588; Macé de Gastines, *op. cit.*, p. 103; Jacquemart, *Le Conseil d'Etat juge de cassation,* 1957, pp. 235 ss.; Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français,* 1957, pp. 374 ss.

410. Concl. 18.XII.1957, *Monod,* 687.

411. Concl. précit., p. 692.

412. Ce refus de contrôler la valeur d'une preuve est constant (v. 21.I.1959, *Constantin, A.J.*, 1959.II.85; 9.V.1969, *Delachenaud,* 246; 19.I.1966, *Lion-Mayer,* 43); la valeur de témoignages et de leur rétractation est aussi une appréciation souveraine du juge du fond (7.III.1962, *Jaffre,* Tb. 1086); le choix fait par le juge des éléments de fait sur lesquels il entend appuyer sa conviction ne peut être discuté devant le juge de cassation (9.III.1956, *Soc. ouvriers et techniciens des B.T.P.*, 114); de même, le Conseil d'Etat juge de cassation ne contrôle pas la décision du juge du fond ordonnant une troisième expertise, car ne s'estimant pas « suffisamment éclairé » (S. 17.IV.1964, *Guertin,* 232).

413. Exemple de contrôle de la dénaturation en la matière : 9.II.1966, *C. du G. Colmar c/ Debré-Feldbau,* 101.

Nous avons dit qu'en principe l'interprétation ne devrait pas pouvoir être conçue autrement que comme question de droit, puisque son résultat est réputé, fiction nécessaire, ne rien ajouter au texte interprété, n'avoir pour effet que de le faire être lui-même. La validité de l'interprétation se résout en dernière analyse, selon les cas, à la validité de la qualification juridique des faits ou à l'absence d'erreur de droit. De fait, il ne semble pas qu'il y ait en général de problème particulier [414].

Le Conseil d'Etat juge de cassation a cependant repris, semble-t-il, à son compte une attitude critiquable de la Cour de cassation [415]. Il estime que l'interprétation des stipulations d'un contrat administratif « ne relève pas du contrôle du juge de cassation » [416]. Ajoutant toutefois : tant que le juge du fond « n'a ni méconnu une clause claire et précise de la convention en cause, ni dénaturé la commune intention des parties ». Il considère ainsi comme erreur de droit la violation de stipulations contractuelles dès lors qu'elles sont claires [417]. C'est la reprise exacte des formules mêmes de la jurisprudence de la Cour de cassation telle qu'elle s'est développée à partir de la deuxième moitié du XIX^e^ siècle [418]. On a là une illustration de ce qui nous apparaîtra par la suite être une tendance systématique de la Haute Assemblée, ici accompagnée de la Cour de cassation, à hypertrophier la notion de question de fait. Car enfin on ne saurait adopter la position critiquée sans aller à l'encontre de la logique même de l'interprétation. Celle-ci, même si c'est une fiction, est toujours unique : elle exclut tout choix. Dire autre chose reviendrait à accorder au juge, dès lors qu'il y a obscurité, le pouvoir de substituer sa volonté à celles des contractants. On doit en réalité considérer l'interprétation d'une séquence obscure de la volonté des contractants comme une découverte de cette volonté. L'interprétation ne crée pas la volonté : elle la dévoile. Son rôle est de rendre clair ce qui apparaissait obscur. Mais dès lors que cela est fait il n'y a pas lieu de considérer que la stipulation obscure est susceptible d'une autre interprétation que celle donnée. Si le juge de cassation devait connaître d'une interprétation du juge du fond qui ne concorde pas avec la sienne, il devrait alors, en bonne logique, réputer la première erreur de droit.

Pour ce qui est de l'acte clair, problème annexe du précédent, il semble qu'une solution ait pu être plus aisément dégagée tant dans l'ordre judiciaire que dans l'ordre administratif [419]. Dans l'ordre judiciaire, la Cour de cassation casse une décision rendue sans sursis à statuer si elle juge que l'acte interprété n'était pas clair et que le renvoi à la juridiction administrative, par exemple, était indispensable. Le Conseil d'Etat juge de cassation agit de même [420]. Il casse encore s'il juge que l'acte interprété était bien clair, mais n'avait pas le sens, prétendument clair, que lui avait accordé le juge du fond [421].

414. V. Odent, *op. cit.*, fsc. 6, p. 1637.

415. V. la critique de cette position de la Cour de cassation par E. de La Marnierre, *op. cit.*, pp. 189 ss.

416. 8.X.1965, *C. du G. Dijon c/ Renard,* 499; v. aussi 16.VI.1961, *SOPREMA,* 410; S. 5.V.1967, *Geisz,* 199.

417. S. 5.I.1945, *Erb,* 7.

418. V. les pénétrantes analyses de Marty, *op. cit.*, pp. 305 ss.

419. V. Granjon, art. précit., 88.

420. S. 11.XII.1959, *Banque des pays de l'Europe centrale,* 672; S. 18.XI.1960, *Pioton, R.D.P.*, 1961.909; en tant que juge d'appel bien sûr aussi : 28.VII.1950, *Ville de Paris,* 473; S. 22.X.1965, *Soc. « La langouste »,* 543; 17.I.1975, *Copropriété de l'immeuble « Bellini-Défense »,* 33.

421. 10.III.1965, *Soc. orient. d'oxygène et d'acétylène dissous* (*SODAD*), 163.

Ainsi, on le voit, les standards de pure administration du droit, mais cela se vérifiera aussi par la suite pour les standards de fond [422], sont l'enjeu de questions extrêmement délicates et essentielles à la bonne compréhension du travail du juge.

SOUS-SECTION II

Les standards de fond

130. *Introduction.*

Les standards de pure administration du droit servent à la mise en œuvre des règles de fond du droit. Mais ces règles de fond elles-mêmes comportent de multiples standards : du fait de leur nombre (ce sont ceux qui pour l'essentiel formaient les listes de standards données dans le premier titre de cette partie) et du fait de leur importance, la plupart des développements de cette étude leur seront consacrés. Ce sont eux qui constituent le gros des standards de la jurisprudence administrative et il n'est pas question ici, comme pour les standards de pure administration du droit, de pousser l'étude afin de n'y plus revenir, ou presque, par la suite.

On souhaite simplement préciser deux points. Tout d'abord, à la différence de ce que pensait Hauriou de la distinction règle/standard, fond du droit/police juridique, il ne semble pas que le clivage entre les deux types de standards soit insurmontable : si aucune règle ne peut se passer, on l'a dit, de techniques d'administration du droit, ne serait-ce que pour son interprétation au sens large de ce terme, il ne fait cependant pas de doute que les règles de fond peu déterminées *a priori* requièrent à un niveau supérieur l'office des grands principes de l'administration du droit. Ces standards que nous appelons, pour faire court, de fond du droit, autrement dit les standards mis en œuvre à l'occasion de règles de fond, comportent toujours un fort élément d'administration du droit.

Le deuxième problème qu'il faut envisager concerne aussi la question de la frontière entre les standards de pure administration du droit et certains standards de fond qui semblent former une catégorie intermédiaire entre standards de pure administration du droit et standards de fond. Ces standards, que l'on pourrait appeler « d'intellection », ne doivent cependant, en dépit de l'importance particulière de l'élément d'administration du droit qu'ils comportent, pas être considérés distinctement des standards de fond.

§ 1. — L'élément d'administration du droit de tout standard de fond.

131. *La prudence du juge normal.*

Le concept aristotélicien de prudence (*phronésis*), mis en œuvre notamment dans le livre VI de l'*Ethique à Nicomaque*, a justement retenu les juristes [423]. Il faut brièvement rappeler que, pour Aristote, la prudence n'était ni science, car

422. V. *infra*, 2e partie, titre 1er, chap. 1er.

423. Pour une remarquable analyse de la notion par un philosophe, v. le grand livre de M. Pierre Aubenque, *Le prudence chez Aristote*, 1963. Pour une appréciation du rôle de la notion de prudence dans la constitution de la notion de jurisprudence, voir Felix Senn, *Les origines de la notion de jurisprudence*, 1926, pp. 4 ss., et Lucien Siorat, *op. cit.*, pp. 391 ss.

elle est fondamentalement délibération et que l'on ne délibère que sur le contingent alors que la science ne porte que sur le nécessaire, ni art, car, toujours dans la langue d'Aristote, l'art vise à la production alors que la prudence est une valeur pratique, une valeur qui vise à l'action. La prudence est une disposition pratique se distinguant des autres vertus, qui sont aussi dispositions pratiques, par une différence spécifique : la prudence est une disposition pratique concernant la règle du choix entre, non pas un bien et un mal absolus, mais un bien et un mal relatifs et concrets pour l'homme. Cette délibération sur le contingent qui doit se traduire par une action, un choix accordé à la situation, caractérise sans nul doute le travail du juge en général. Et particulièrement, on le concevra, son travail sur les standards, dès lors du moins que ceux-ci ne sont pas purement descriptifs mais impliquent un choix. Les règles qui comportent des standards, à la différence des règles d'application automatique à la mode barbare, exigent du juge un certain type d'aptitude que l'on peut baptiser, par révérence pour l'emploi de ce terme par des générations de juristes, la prudence. La mise en œuvre des standards de fond, au même titre que celle des standards de pure administration du droit, requiert cette aptitude fondamentale. S'il est vrai que lorsque le législateur (ou toute autre autorité textuelle) utilise un standard, il veut déléguer aux autorités d'exécution de sa norme, administrateur et, en dernière analyse, juge, une part de son pouvoir (du point de vue matériel bien sûr et non formel) il ne peut manquer, en édictant la prescription de fond elle-même, d'édicter le principe de son administration, qui gît tout entier dans l'affirmation de la nécessité d'un comportement normal, au sens dogmatique du terme qui fait référence à ce que l'on peut attendre raisonnablement de tels délégataires. L'interprétation raisonnable dont il a été question plus haut postule la rationalité de celui qui pose toute règle indéterminée (ou non) et de celui qui l'interprète (ou qui l'applique). Elle suppose une communication, fondée sur la normalité, entre l'émetteur et le récepteur. Comme l'écrivait Ihering, la jurisprudence est « un précipité de la saine raison humaine en matière de droit » [424]. Et Laferrière lui faisait écho en visant l' « esprit éclairé » du magistrat [425].

On a vu l'imbrication de la notion germano-italienne de règle d'expérience avec les mécanismes des standards de pure administration du droit. En fait, il n'y a pas de standard qui puisse se passer de la référence à la notion de règle d'expérience, à condition de ne pas se laisser égarer par ce dernier terme dans la voie d'un sociologisme excessif. Ce que dit Ihering en développant sa formule : « Un précipité, le terme est exact, c'est-à-dire un dépôt de la saine raison de milliers d'individus, un trésor d'expériences dont chacune a dû subir des milliers de fois la critique de la pensée, et de la vie pratique. » [426]

Bien sûr, la jurisprudence ne souligne pas explicitement un présupposé méthodologique qui semble aller de soi. Mais le commentateur éclairé qu'en fut le Président Latournerie a pu écrire qu'il y a chez le juge administratif « une confiance foncière dans les bienfaits de la raison entendue dans son sens le plus noble, mais aussi dans son acception la plus modeste, qui l'apparente à la prudence, et, par elle, à une sorte de bon sens supérieur » [427].

424. *L'esprit du droit romain, op. cit.*, t. 3, p. 13; en l'espèce, jurisprudence est pris au sens que ce terme revêt en droit romain, ce qui n'a pas une importance extrême.

425. Cit. précit., à propos de la théorie de l'acte clair.

426. *Op. cit., ibid.*

427. « Essai sur les méthodes », contrib. précit., *L.J.C.E.*, p. 273.

§ 2. — La fausse catégorie des standards d'intellection.

132. *La catégorie des standards d'intellection.*

On pourrait être tenté de rapprocher des standards de pure administration du droit toute une série de standards qu'on baptiserait d'intellection, ou encore d'intellection, d'appréciation, d'évaluation et de sensibilité car le premier terme ne les épuise pas tous semble-t-il. Ainsi, pour en donner quelques exemples, des standards tels que ceux dont rendent compte les termes légitime, valable, notoire, notable, raisonnable, sérieux, sensible, manifeste, *etc.*

La caractéristique de ces standards est en effet de contribuer moins à décrire la réalité que l'on souhaite qualifier qu'à décrire la modification qu'elle entraîne chez qui l'observe, en l'espèce le juge. Certes, on l'a déjà dit, ces deux ordres, celui de l'étant et celui du perçu sont étroitement liés par les topiques du type l'exceptionnel est manifeste. Néanmoins, on peut se demander s'il n'y a pas lieu de mettre à part des standards dont l'élément administration du droit est aussi clairement mis en avant puisque leur formulation requiert directement et explicitement les facultés d'un juge normal : celui-ci trouvera-t-il raisonnable tel délai, sérieux, c'est-à-dire de nature à susciter son hésitation et à engendrer sa réflexion, tel moyen, ou manifeste, c'est-à-dire évident pour qui est doté des capacités ordinaires de sa catégorie d'appartenance, le mauvais vouloir de l'administration ?

Une deuxième raison pourrait pousser à étudier à part ces standards : bon nombre d'entre eux sont des instruments proprement contentieux, ainsi l'erreur manifeste ou les moyens sérieux. L'on voit là comme l'amorce d'une cohérence retrouvée. Il apparaît en effet peu surprenant que les standards proprement contentieux exaltent la part d'administration du droit propre à tout standard, puisque le contentieux administratif se définit « comme l'ensemble des règles juridiques qui régissent la solution par voie juridictionnelle des litiges administratifs » [428], et qu'il ne saurait donc manquer d'insister sur le rôle éminent du travail du juge, ce que la définition du président Odent met encore plus nettement en valeur : « Etudier le contentieux administratif, écrit-il, c'est étudier les méthodes et les tendances du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat et, par conséquent, les conditions dans lesquelles ces deux hautes juridictions coordonnent les éléments épars du droit public et en font la synthèse. » [429]

La création d'une telle catégorie ne résiste pourtant pas à l'analyse.

133. *Les standards d'intellection ne sont que des standards de fond qui mettent en valeur plus nettement l'élément d'administration du droit que comporte nécessairement tout standard.*

Quant à la première raison, répétons que la mesure du perçu n'est, indirectement, que la mesure de l'étant : dire qu'une erreur est manifeste, c'est poser, sous réserve de ce qu'on dira plus loin, qu'elle est particulièrement grave. De plus, les standards d'intellection se rattachent en principe de façon très apparente à la catégorie plus large des standards de fond. Le plus souvent le standard d'intellection qui implique un fort élément d'administration du droit, est accolé à un standard de fond qui définit la qualité de l'objet et non la sensation du

428. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 1, p. 10; v. aussi la définition proche donnée par le président Debbasch, *Contentieux...*, p. 1.
429. *Op. cit.*, fsc. 1, p. 37.

sujet à son propos; ainsi dans des expressions du type faute manifeste et de particulière gravité, mauvais vouloir manifeste, occupation privative du domaine public manifestement incompatible avec sa destination, acte manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire, *etc.* Dans de tels cas, le standard d'intellection ne joue qu'un rôle secondaire : il étalonne le standard de fond et au lieu de le mesurer en unités de mesure qui lui soient spécifiques, il l'évalue en unités de mesure propres à la perception engendrée par le phénomène décrit.

La seconde raison invoquée a pour défaut principal d'être très peu exhaustive. Sans s'attarder à cette évidence que tous les standards d'intellection ne sont pas des standards proprement contentieux, il faut observer que les plus nettement contentieux des standards de cette catégorie, l'erreur manifeste et les moyens sérieux, sont en dernière analyse des standards de fond qu'il n'y a pas lieu de distinguer fondamentalement des autres.

Sérieux veut dire, selon le dictionnaire Robert « qui prend en considération ce qui mérite de l'être et agit en conséquence » [430]. Le moyen sérieux est donc le moyen qui mérite d'être considéré, qui nécessite réflexion pour un juge sérieux, c'est-à-dire normalement capable de distinguer ce qui fait et ce qui ne fait pas difficulté. L'élément d'administration du droit est, on le voit, considérable. Néanmoins, quelle que soit la conception que l'on se fasse du moyen sérieux, il apparaît qu'il s'agit d'une notion de fond : elle ne vise pas à l'organisation de son travail par le juge mais elle débouche directement sur le justiciable.

Plus complexe est le problème posé par la notion d'erreur manifeste du fait d'un paradoxe qui doit être contourné. Nous verrons que le juge administratif, pour des raisons assez peu convaincantes, a parfois tendance à considérer qu'il ne doit pas contrôler, dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, la mise en œuvre par l'administration de certains standards. Souvent néanmoins, depuis près de vingt ans, il procède, dans des domaines de plus en plus larges, à ce contrôle en cas d'erreur manifeste dans le processus de qualification juridique auquel participent les standards. Ainsi à propos de notions telles que celles d'équivalence dans le cadre des contentieux du remembrement ou de la fonction publique, de danger d'un produit pour la santé publique, de besoins de la population permettant l'ouverture dérogatoire d'une officine pharmaceutique, *etc.* [431]. Cette situation particulière de l'erreur manifeste la distingue des standards de fond dont elle est appelée justement à moduler le contrôle de certains. Et on pourrait en conclure que l'erreur manifeste n'est pas un instrument de qualification comme les autres, mais plutôt un standard instrumental qui vise à permettre l'administration des notions à propos desquelles le juge administratif recourt à elle. Ce qu'il serait possible d'appeler la transversalité, la polyvalence de l'erreur manifeste, n'en fait pourtant pas autre chose qu'un standard de fond dont l'économie interne n'est pas fondamentalement originale.

Lorsque le juge sanctionne un acte administratif pour erreur manifeste, il ne peut le faire qu'au nom d'une norme par lui posée, constitutive d'un élément de la légalité, la norme selon laquelle cet acte administratif ne devait pas être entaché d'erreur manifeste dans la qualification juridique des faits ou dans leur appréciation, le juge jonglant « à dessein », comme le notent MM. Auby et Drago avec ces deux notions [432] qu'il distingue souvent artificiellement, on y reviendra. Dès lors, le contrôle de l'erreur manifeste se ramène à un classique

430. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 6, p. 224.
431. V. *infra*, 2e partie, titre 1er, chap. 1er.
432. *Op. cit.*, t. 2, p. 389.

contrôle de la qualification juridique : est-ce qu'une telle position de l'administration est ou non constitutive d'une erreur manifeste est la question qu'il se pose. Sans vouloir jouer au paradoxe, on pourrait dire que le juge procède à un contrôle normal de l'erreur manifeste, instrument de son contrôle minimum. Que le plein contrôle d'un standard soit l'outil du refus du contrôle normal d'un autre standard ne manque pas d'être une chose amusante. Car on observera que pour les auteurs pour lesquels la seule indétermination *a priori* de la règle, et donc par exemple l'emploi par un texte d'un standard, est source de pouvoir discrétionnaire, il y a là un démenti par l'absurde puisqu'il faut bien, pour rompre le cercle vicieux qui s'amorce, que le juge accepte le contrôle normal de cette notion indéterminée que constitue l'erreur manifeste. Amusement qui ne doit pas dissimuler la conclusion qui découle de ceci : l'erreur manifeste est un standard de fond (presque) comme les autres.

134. *Conclusion de la section II.*

La typologie contentieuse au sens strict nous réservera de longs développements : dès lors qu'on est aux frontières indécises du fait et du droit, il ne peut en aller autrement.

La typologie contentieuse moins habituelle à laquelle les développements qui précèdent ont été consacrés nous enseigne par contre quelques leçons immédiates.

La première est l'ampleur de la mise en œuvre de la technique du standard : elle apparaît indissociable de tous les stades du travail du juge.

La seconde nous permet de comprendre les origines des confusions et des difficultés diverses que nous avions cru pouvoir constater dans le développement des thèses du mouvement du standard dans les années vingt. Celles-ci tenaient, on peut en être certain à ce point de l'étude, à l'impossibilité de surmonter le dilemme suivant : le standard était-il un pur instrument de méthode, plus ou moins insaisissable formellement, ou bien était-il l'un des éléments de certaines règles de fond ? Mis à part Hauriou, qui tranchait pour la première branche de l'alternative, la plupart des auteurs, on l'a dit, partaient de l'affirmation doctrinale de l'aspect strictement méthodologique de la technique étudiée, pour aboutir, lors de la mise en pratique, à la simple confrontation de règles rigides à des règles souples qu'ils hésitaient à baptiser règles juridiques. La distinction des standards de pure administration du droit et des standards de fond permet de surmonter dans une large mesure les hypothèques que ces incertitudes faisaient peser sur la notion de standard. L'élément de méthode, nous dirions d'administration du droit, apparaît inclus dans tous les standards, de même qu'il est supposé par toute notion, mais à un degré supérieur.

135. *Conclusion du chapitre I^er^.*

Ce chapitre, dont la première section a permis d'entrevoir le profit que l'on pourrait tirer d'une analyse des politiques jurisprudentielles et des jurisprudences politiques que mène le juge administratif, et dont la seconde a favorisé la précision des grandes articulations de la notion étudiée, laisse subsister, dans la tentative effectuée en vue de mieux délimiter le déploiement de la notion dans le champ de la jurisprudence administrative, une lacune : s'il est vrai que le standard, pour n'être pas exclusivement, est principalement un mode jurisprudentiel de formulation de la règle de droit, quelle est sa situation au sein du pouvoir normatif du juge ?

CHAPITRE II

STANDARDS ET POUVOIR NORMATIF DU JUGE

136. *Introduction.*

Il ne saurait être ici question de consacrer un très long développement au problème si amplement débattu du pouvoir normatif du juge. Simplement, dès lors que l'on aborde des notions qui relèvent principalement du travail du juge, il est difficile de l'esquiver totalement. D'autant que les standards illustrent d'un jour nous semble-t-il particulièrement vif certaines questions que l'on est accoutumé de se poser en la matière (sect. I). Surtout, il ne serait guère possible de poursuivre nos développements sans avoir tenté de fixer certains points de doctrine touchant à l'inquiétante question du pouvoir discrétionnaire du juge, qui est en fait intimement liée à celle de son pouvoir normatif et à propos de laquelle les positions les plus constamment adoptées aujourd'hui ne satisfont guère, peut-être pour des raisons de vocabulaire, car celui-ci demeure trop imprécis en ce domaine (sect. II).

SECTION I

LA PLACE DU STANDARD AU SEIN DU POUVOIR NORMATIF DU JUGE

137. *Introduction.*

Le standard est l'occasion pour le juge, à première vue, d'exercer son pouvoir normatif de deux façons. Lorsque le standard est d'origine textuelle, le juge exerce un pouvoir normatif complémentaire de celui mis en œuvre par l'autorité qui l'a posé au nom de cette autorité. A moins bien sûr, soit dans le contentieux de la cassation, soit dans celui de l'excès de pouvoir, qu'il considère qu'il n'a pas à contrôler la mise en œuvre du standard. Dans l'hypothèse inverse, il exerce un pouvoir que nous avons appelé plus haut d'interprétation-création. Il arrive par ailleurs que le juge, et c'est cette hypothèse qui sera surtout étudiée ici, ait recours au standard pour formuler une règle de droit par lui créée dans le cadre d'un pouvoir normatif originaire.

L'étude du standard favorise la précision des modalités du pouvoir normatif du juge, en soulignant certains traits de sa genèse, de son développement et de sa légitimité. Elle permet aussi de mieux situer les uns par rapport aux autres les aspects divers de ce pouvoir normatif, souvent étroitement intriqués.

SOUS-SECTION I

La réalité du pouvoir normatif du juge illustrée par la technique du standard

§ 1. — Bref rappel des termes de la question.

138. *Pouvoir normatif de la jurisprudence ou pouvoir normatif du juge.*

Les raisons classiques qui ont présidé pendant longtemps à l'exclusion d'un pouvoir normatif de la jurisprudence ou du juge sont bien connues, et elles ne sont d'ailleurs pas toutes ni dépourvues de toute pertinence, ni unanimement abandonnées aujourd'hui [1]. De fait, ces raisons classiques ne manquent ni de force technique ni de légitimité politique, et c'est peut-être trop rapidement qu'on les écarte de nos jours d'un simple geste, si ce fut pendant longtemps avec quelque irréalisme que l'on se raccrocha à elles envers et contre toutes les évidences.

Il faut convenir de ce que toutes les constructions d'un pouvoir normatif de la jurisprudence établies sur la notion de précédent et sur le mécanisme de la coutume, la règle se dégageant en quelque sorte par induction à partir d'espèces dispersées, ne sont guère convaincantes. Et qu'en revanche tout l'esprit de notre système, au moins pour ce qui concerne le juge judiciaire, exclut très explicitement son pouvoir normatif, la combinaison des articles 4 et 5 du Code civil marquant nettement la limite ultime de ses initiatives.

Il est non moins vrai pourtant que la réalité du fait jurisprudentiel n'est pas niable à propos de quelque juge que ce soit, et moins encore pour ce qui concerne le juge administratif.

Pour surmonter ces difficultés, nous croyons qu'il faut nettement séparer les deux problèmes de la réalité théorique du pouvoir normatif de la jurisprudence et de la légitimité de son exercice. C'est en voulant confondre les deux questions en effet que la doctrine a été amenée à adopter, sous diverses formes, ce que nous appellerions des théories inductives du pouvoir normatif de la jurisprudence. Pour comprendre le travail du juge, il faut sans doute se contenter d'une clause de légitimité peu élaborée, mais permettant l'échafaudage d'un modèle rendant compte étroitement des conditions réelles de la création normative non pas de la jurisprudence mais du juge.

139. *Les théories inductives de la création normative jurisprudentielle.*

Ces théories sont fort connues, et l'on se contentera de rappeler brièvement deux des plus importantes.

1. V., pour un résumé de ces positions, Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, 1974, pp. 13 ss.; ainsi que Loschak, *op. cit.*, pp. 83 ss.; et Gaudemet, *op. cit.*, pp. 123 ss.

La première, élaborée notamment par Gény, consiste à considérer que la jurisprudence n'est qu'une source indirecte du droit par le truchement de la coutume : la jurisprudence constante déterminerait les conditions classiquement assignées pour la naissance d'une coutume, *corpus*, la matière même de la jurisprudence devenue usage par la répétition, et *animus*, la conviction des justiciables de l'obligatoriété de cet usage [2]. Il y a là de nombreuses variantes autour de ce schéma [3].

Seconde théorie importante, celle du Doyen Maury. Pour cet auteur, « deux éléments donnent, par leur réunion, à la règle jurisprudentielle le caractère de norme juridique établie : la décision du pouvoir que sont les tribunaux, l'assentiment, le *consensus* des intéressés » [4]. Le pouvoir du juge est un pouvoir social de fait, indissociable de son activité. Celui-ci ne suffirait pas à consacrer comme règle juridique sa production jurisprudentielle. Il ne fait qu'expliquer que le juge soit parfois amené à sortir des cadres qui lui sont impartis. Cette valeur de règle juridique ne peut résulter que « du second élément, l'assentiment des intéressés ». Ceux-ci étant non pas la masse des justiciables, mais « les juges eux-mêmes, les hommes de loi, les juristes, qui vont en quelque sorte représenter cette masse et dont l'opinion technique s'imposera pratiquement aux justiciables » [5].

La première théorie, celle de Gény, péchait par un défaut : pourquoi le juge eût-il appliqué systématiquement la même solution dans le cadre d'une jurisprudence constante, s'il ne s'était pas senti plus ou moins tenu de le faire, s'il n'avait pas estimé que la règle juridique était antérieure aux cas d'espèce tranchés ? La seconde, celle de M. Maury, esquivait en réalité le débat juridique : c'est la clef possible de la genèse du sentiment de l'obligatoriété de la règle qu'elle explique et non celle de sa force juridique; il y a là davantage explication psycho-sociologique que proprement juridique.

Le Doyen Carbonnier avait très lucidement décrit, il y a une quarantaine d'années, les obstacles insurmontables auxquels ne pourraient manquer de se heurter toutes les théories inductives du pouvoir normatif de la jurisprudence :

> « La jurisprudence, écrivait-il, est une superposition de choses jugées. L'autorité de la chose jugée, en s'accumulant, devient jurisprudence, *rerum perpetuo similiter judicatorum auctoritas*. Mais en s'accumulant, elle ne peut pas acquérir une efficacité qu'elle n'avait pas à l'état isolé. » [6]

Les théories qui induisent la règle de droit de la persistance de la jurisprudence parviennent sans doute à fonder en droit ce processus mais il n'en demeure pas moins insoutenable d'un point de vue théorique.

140. *Pour une théorie déductive du pouvoir normatif du juge.*

La norme générale ne s'induit pas de ses applications : ce sont les applications qui se déduisent de la norme générale préalablement posée. L'induction est une méthode de découverte et elle est parfaitement légitime en droit dans certains cas : la doctrine peut ainsi essayer de préciser par induction, à partir des décisions jurisprudentielles, les conceptions qui ont présidé à leur élaboration. Mais

2. Gény, *Méthode...*, t. 1, pp. 384 ss., t. 2, pp. 49 ss.
3. V. Lebrun, *La coutume*, 1932, pp. 259 ss.; Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, 1936, pp. 29 ss. et 85 ss.
4. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Etudes Ripert*, p. 43.
5. *Ibid.*, v. aussi Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, pp. 967 ss.
6. « Loi étrangère et jurisprudence étrangère », *J.D.I.*, 1935, p. 482.

dès la première application d'une règle jurisprudentielle, son caractère normatif est nécessairement entier, sans quoi elle ne serait pas susceptible d'engendrer la solution. C'est là une vérité de méthode, attestée au demeurant par les diverses formes du syllogisme judiciaire, que l'on ne juge qu'à partir d'une norme préalable, et dès lors la jurisprudence ne saurait être à l'origine d'une norme qui ne peut pas ne pas l'avoir précédée. On ne saurait donc parler de pouvoir normatif de la jurisprudence 7.

Le pouvoir normatif ne peut appartenir qu'au juge lui-même, et s'il se déploie dans la jurisprudence, il doit être réputé s'être exercé avant la première d'une série de décisions identiques : la multiplication de ces décisions éclaire le commentateur sur ce pouvoir normatif, elle ne le secrète pas. Ce pouvoir normatif s'est d'ailleurs exercé aussi pleinement s'il n'a donné lieu qu'à une seule espèce. La jurisprudence n'est donc pas une source de droit : elle n'exerce qu'une fonction d'exécution comme tous les théoriciens classiques l'avaient bien vu. Ce qu'ils n'avaient pas discerné, tant cette proposition est choquante dans le cadre de notre système des compétences, c'est que le juge exerce ainsi un pouvoir quasi-législatif *et* un pouvoir juridictionnel, non pas en même temps, mais successivement.

Demeure le problème de la légitimité de cette transgression de la séparation des pouvoirs. Elle est bien sûr contestable. Comme l'écrivait Gény, « les raisons sont essentiellement d'ordre constitutionnel. En effet, d'après les principes incontestables de notre organisation politique... l'autorité judiciaire ne peut, en France, rien entreprendre sur la fonction législative » 8. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où ce pouvoir normatif existe et, à bien y réfléchir, ne peut pas ne pas exister, il faut considérer comme fondée la thèse de M. Waline élaborée à partir de l'idée « d'approbation tacite de la jurisprudence » par le législateur, ou encore de « réception implicite de la règle jurisprudentielle par le législateur », ou, aujourd'hui en France, par le pouvoir réglementaire 9. Cette légitimation a été fort critiquée parce que fictive : elle l'est moins qu'on ne l'a dit, car le dialogue du juge et du législateur est incessant; il suffit pour s'en persuader, de lire les documents parlementaires; elle est surtout la seule tenable dans un système qui, quoiqu'on en ait écrit, ne laisse pas, pour le monment, en droit, de place véritable à un pouvoir normatif du juge si indéniable et si puissant en fait 10.

Deux mots, pour compléter ce tableau rapide, sur le pouvoir d'interprétation-création. Comme l'a justement écrit M. Kalinowski, le droit est créé « tant par ceux qui d'apparence ne font que l'interpréter ou l'appliquer que par ceux qui l'élaborent à titre de législateur » 11. Là encore, néanmoins, il ne faut pas aller

7. Un intéressant article de Maurice Hauriou, « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *C.N.J.*, 1929, n° 15, pp. 110 et 111, commence par poser que, en Grèce, les formules, régissant tant la procédure que le fond, étaient secrètes. Néanmoins, écrit Hauriou, très justement, il y avait bien des « directives suivies », antérieures à « l'accumulation des thémistes », autrement dit des précédents judiciaires. Malheureusement Hauriou ajoutait que c'est une « ascension coutumière qui a conduit les directives subjectives cachées sous les premières thémistes vers l'état de règle de droit à la fois objective et continue ».

8. *Méthode...*, t. 2, p. 35.

9. Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Etudes Scelle*, t. 2, pp. 613 ss. (notamment p. 627). L'on ne saurait retenir la thèse de M. Belaïd, *op. cit.*, pp. 288 ss., selon laquelle le juge serait un pouvoir politique, c'est-à-dire « un pouvoir habilité à prendre des décisions libres et à portée collective » selon l'expression de M. Eisenmann, cité par cet auteur.

10. V, sur cette importance, Olivier Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury*, t. 2, pp. 349 ss.

11. *Querelle de la science normative*, 1969, p. 5; v. aussi Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Réflexion sur la nature des choses et la logique du droit, op. cit.*, pp. 47 ss. et 176.

trop loin : le législateur qui emploie des termes indéterminés souhaite souvent, on l'a dit, déléguer son pouvoir aux autorités d'exécution. Mais une fois une interprétation dégagée, elle prend sa place dans le texte initial : c'est le pouvoir du législateur (ou de toute autre autorité ayant posé le texte) qui s'est en réalité exercé et non un pouvoir normatif autonome. Le juge, dans ce cas, au lieu d'exercer un pouvoir quasi-législatif pour son propre compte et par tolérance du législateur, exerce le pouvoir législatif pour le compte et sur ordre de son détenteur naturel. Le constitutionnaliste sourcilleux se choquera tout au plus de la transgression de compétences par hypothèse indisponibles mais se rassurera en constatant qu'il n'y a là que le pendant de certaines techniques connues dans les relations normatives du législatif et de l'exécutif.

§ 2. — Le standard, technique privilégiée de la création normative du juge.

1° La croissance du nombre des standards mis en œuvre :

141. *L'augmentation rapide du nombre des standards utilisés par le juge depuis cent ans.*

L'accroissement du nombre des standards des textes a été considérable, cela a déjà été dit. Le même phénomène peut être observé à propos des standards jurisprudentiels. Il est impossible bien sûr de se livrer à une étude quantitative hors de portée du traitement manuel d'un chercheur isolé. Mais enfin, dans le constat de cette croissance, il y a davantage qu'une vague impression. Quels sont les standards dont l'emploi est véritablement ancien ? Les principaux standards de pure administration du droit, bien sûr; et parmi les standards de fond, la faute, et toute une série de notions du Code civil que Jean Rey a précieusement recensée : l'abus, le commode, le grave, le grand, le gros, l'important, l'imprudence, l'inhabitable, l'insuffisant, l'utile et l'inutile, les bonnes mœurs et le bon père de famille, le raisonnable, l'évident, *etc.* 12. La plupart de ces termes, mais pas tous, n'ont pas pu ne pas être utilisés par le juge administratif dès les débuts. Laferrière, en 1877, dans ses premiers essais pour préciser la notion de voie de fait, attestait la relative aisance avec laquelle le juge administratif maniait déjà les standards : « Une erreur grossière, une usurpation manifeste, une inexcusable atteinte aux droits privés pourrait enlever à l'acte tout caractère administratif, le réduire à n'être plus qu'une voie de fait. » 13 Certaines théories jurisprudentielles mettant en œuvre des standards sont fort anciennes : celles des sujétions imprévues et du fait du prince étaient ainsi constituées, tant bien que mal, dès le milieu du XIX^e^ siècle 14, de même d'ailleurs que celle de la force majeure 15.

Par-delà ces exemples, la thèse originale de M. Jean-Louis Mestre nous apprend que, déjà au XVIII^e^ siècle, le droit administratif connaissait des expressions telles que le « préjudice irréparable » dans le cadre du sursis à exécution 16, l' « évé-

12. *Index du Code civil, op. cit., passim.*

13. Concl. T.C. 5.V.1877, *Laumonier-Carriol, S.*, 1878.II.93; v. Auby, *L'inexistence des actes administratifs*, th. précit., p. 13.

14. V. Waline, « L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants », *R.D.P.*, 1951, pp. 27 ss.; Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats, op. cit.*, t. 3, p. 9; et les analyses de jurisprudence de Hachich, th. cit., pp. 25 ss.

15. V. Bosc, « De la nature et du régime juridique des pénalités dans les marchés de fournitures », *R.D.P.*, 1921, pp. 215 ss.

16. Mestre, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, 1976, pp. 103 et 104.

nement imprévisible » [17], pour ne pas parler de mises en œuvre implicites de standards aujourd'hui utilisés [18].

Mentionnons, en revanche, un exemple, mais ce n'est certainement pas le seul, de standard longtemps utilisé, à partir de l'arrêt *Castillon du Perron* en 1913, et abandonné après 1933, celui d' « usage abusif du pouvoir de police » [19].

Pourtant, si le recours aux standards jurisprudentiels ne peut être dit récent, son recours fréquent, facile, explicite, ne remonte guère au-delà de la fin du siècle dernier [20]. Sans prétendre à l'exhaustivité ni épuiser les aspects multiples d'un recours aujourd'hui quasi-débridé à la technique étudiée, on distinguera deux grands mouvements qui, concurremment, ont été à l'œuvre dans la promotion de la technique du standard :

— un mouvement de développement de standards inaugurant des solutions juridiques nouvelles;
— un mouvement de développement de standards assurant une nouvelle présentation de solutions juridiques acquises, et, plus précisément, de substitution de standards de formulatoin particulièrement nette à des standards plus discrets.

142. *Le recours au standard pour inaugurer des solutions juridiques nouvelles.*

Il est impossible ici de tout citer, mais le lecteur peut reprendre les listes de standards données plus haut, et vérifier la fréquence de cette figure. Pour s'en tenir à quelques exemples, retenons la fortune de la notion de circonstances exceptionnelles au tout début du siècle dans le contentieux de l'interventionnisme économique communal, puis avec la guerre, dans la théorie ainsi baptisée. Les solutions juridiques mises en œuvre apparaissent bien là indissociables du standard qui fut leur vecteur. La notion de faute qualifiée, qui a donné lieu entre le début du siècle et le milieu des années soixante à toute une gamme de formules aux nuances imperceptibles [21] n'a elle aussi été rendue possible que par cette libération du jeu des standards qui semble être intervenue à la charnière de ce siècle et du précédent [22]. Que l'on songe encore au développement de la notion de clause exorbitante dans la seconde décennie du siècle ou à celui de l'erreur manifeste depuis vingt ans.

143. *Le recours au standard pour assurer une nouvelle présentation de solutions juridiques acquises.*

Cette figure trouve une illustration dans les cas où, à partir d'une prescription textuelle n'en comportant pas, le juge forge un standard, ce qui est assez fréquent, on l'a vu [23]. Mais il peut encore arriver que le juge fasse subir la même transformation à une norme posée par lui. Ainsi, comme l'a rappelé M. Bénoit, la jurisprudence *Regnault-Desroziers*, mettant en jeu la notion de « risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage » [24], ne faisait-elle que reprendre une ancienne jurisprudence *Plazanet*, qui adoptait la même solution mais avec une formule moins significative [25].

17. *Ibid.*, pp. 181 et 375 ss.
18. Le défaut d'entretien normal par exemple, p. 410; v. de façon générale, pp. 403 ss.
19. 13.VI.1913, *Castillon du Perron*, 659; 22.IV.1921, *Soc. L'autotraction*, 390; 29.I.1926, *Soc. des plâtriers de Bagnolet*, 97; 27.VII.1928, *Soc. des usines Renault*, 2e esp., 969; 5.VII. 1933, *Soc. Etab. Boisforêts*, 731; et les analyses de M. Dubouis, *op. cit.*, pp. 26 ss.
20. M. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », contrib. précit., p. 110, estime cependant que « l'évolution du droit ne... paraît pas s'être produite, dans les dernières années, en faveur du standard ».
21. V., sur ces formules, 2e partie, 2e titre, chap. 1er.
22. M. Richer, *op. cit.*, pp. 18 ss., constate que la notion de faute lourde apparaît pour la première fois dans la doctrine administrative en 1895; les formulations les plus complexes de la faute qualifiée se développèrent surtout à partir de 1918 : « faute manifeste et particulièrement grave » (4.I.1918, *Zulémaro*, 9; 11.III.1921, *Salliès*, 292); « faute manifeste et de particulière gravité » (24.VI.1921, *Lupiac*, 632; 12.IV.1924, *Ludemann*, 409; « faute d'une gravité exceptionnelle » (1.VII.1927, *Demoreuil, D.P.*, 1928.III.21, n. Trotabas); « faute suffisamment grave » (S. 17.VII.1931, *Liénard*, 802), *etc.*
23. V., sur cette question, les numéros 88 et 89 de cette étude.

144. *Variante de la figure précédente : la tendance à la substitution par le juge de standards chauds aux standards froids.*

Il semble que le juge éprouve, dans la formulation de la règle de droit, de moins en mois de gêne à utiliser des standards. En témoigne le mouvement qui consiste à substituer à un standard un peu hypocrite, un peu ambigu, un standard que l'on pourrait dire flamboyant, un standard chaud par opposition à un standard froid, un standard manifestant de la façon la plus claire possible l'idée de normalité.

Il y a de très nombreux exemples de cette évolution. Ainsi le délai ou le retard non fautifs sont-ils dits plus volontiers normaux ou raisonnables depuis une cinquantaine d'années. Le juge préfère, dans le contentieux fiscal, substituer à l'expression « intérêt direct de l'entreprise » de l'article 39 C.G.I. celle d' « acte de gestion normal » et à celle d'opération non « nécessitée par l'exercice de la profession » de l'article 93-I C.G.I., celle d'opération entraînant « un risque anormal » [26].

Mais les deux exemples les plus nets appartiennent au contentieux des dommages de travaux publics.

Dans le domaine des dommages causés aux tiers par un ouvrage ou un travail public, il est admis, à tort ou à raison, qu'un dommage anormal conditionne la réparation [27]. Cette solution semble en vérité extrêmement ancienne, plus que centenaire en tout cas [28]. Initialement, certains arrêts, figurant sous l'abstrat « dommages aux propriétés », ne comportaient ni de près ni de loin la mise en œuvre d'un standard [29]. D'autres dissimulaient leur véritable motivation sous une formule elliptique du type « dommage de nature à donner droit à une indem-

24. 28.III.1919, 329 (*G.A.J.A.* 154).
25. 12.VI.1874, 556; v. Bénoit, « La responsabilité de la puissance publique du fait des explosions », *J.C.P.*, 1953.I.1072.
26. V. *supra*, n° 89.
27. Nous ne sommes en vérité pas d'accord avec les présentations actuelles de cette jurisprudence, mais il serait ici hors de propos de nous y attarder. Cette distinction tiers/usager est dominante depuis la dernière guerre (v. Chapus, « Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics », *Mélanges Waline*, pp. 308 et 309). Mais la distinction dommage accidentel/dommage non accidentel conserve une certaine influence. Ainsi le dommage non accidentel causé à un usager est-il explicitement indemnisé sur le fondement de l'anormalité du dommage (v. ainsi S. 2.IV.1965, *Boudy, A.J.*, 1965.376, chron. Puissochet et Puybasset; 20.II.1970, *Soc. Burin des Roziers, A.J.*, 1970.633). *Nous serions pour notre part tenté de donner la présentation suivante du système de responsabilité du fait des travaux publics : 1. Dommage accidentel causé à un participant : faute; 2. Dommage accidentel ou non accidentel causé à un tiers : responsabilité sans faute pure en dehors de toute exigence d'anormalité du dommage; 3. Dommage accidentel causé à un usager : responsabilité pour faute présumée; 4. Dommage non accidentel causé à un usager : responsabilité sans faute si dommage anormal. On rend ainsi parfaitement compte du fait que l'anormalité du dommage ne soit souvent pas invoquée en cas de dommage à un tiers. On explique Boudy précité. On fonde ainsi la théorie des sujétions anormales dues à la voie publique : car le riverain est alors un usager à bien y réfléchir.*
28. V. Gombeaud, *La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics de l'an VIII à 1920, op. cit.*, pp. 205 ss.
29. 16 III.1870, *Bobone*, 307.

nité » [30], ou inconvénient excédant ou n'excédant pas « la mesure de ceux que les riverains des voies publiques sont tenus de supporter sans indemnité » [31]. Le standard était bien sûr alors mis en œuvre mais avec discrétion [32]. Ce ne fut qu'épisodiquement et progressivement qu'apparurent des formulations plus nettes, faisant une place explicite à la notion de normalité : « sérieux préjudice » [33], « trouble grave » [34], modification des conditions d'habitation « dans une mesure assez grave pour ouvrir » droit à indemnité [35], ou encore « gêne notable » [36], « gêne qui a causé un préjudice notable » [37], inconvénients ayant « un caractère de gravité de nature à ouvrir droit à indemnité » [38]. Mis à part le cas de l'application de l'article 552 du Code civil, texte que, lorsqu'il a jugé bon de le mettre en œuvre, le juge administratif a toujours rendu par une référence directe à l'idée de normalité, excluant toute indemnisation de la part de l'administration pour des travaux « constituant un usage normal du droit de propriété » [39].

Ce fut donc seulement dans la seconde décennie de ce siècle que s'imposèrent les formes de standard aujourd'hui connues. Un arrêt *Tramways de Lille* disposait ainsi en 1913.

> « que la gêne et l'incommodité résultant de la présence d'un appareil placé à une aussi faible distance des fenêtres excèdent les sujétions qu'impose normalement aux riverains l'installation d'une ligne de tramways » [40].

Les références explicites à la normalité, par l'emploi du terme normal ou de ses substituts, vont dès lors se multiplier, le juge relevant l'atteinte à l' « accès normal » d'un fonds [41] ou le dommage causé par « l'intensité exceptionnelle des poussières soulevées » par une industrie [42]. Et à partir des années trente, des formules définitives vont être consacrées par le juge : « gêne dépassant les risques » ou les « inconvénients normaux de voisinage » [43]; « sujétions normales du voisinage » [44]; changements n'excédant pas « les inconvénients que doivent normalement supporter les riverains » [45]; « dommage spécial et anormal » [46]; préjudice présentant un « caractère anormal et spécial » [47]; « conséquences ne présentant pas un caractère anormal » [48]; « dommage excédant les troubes normaux de voisinage » [49]; trouble anormal [50]; le juge peut encore viser directement une « humidité anormale » [51], et lorsque est en cause un allongement de parcours, il se contente parfois de le qualifier ou non d'anormal [52].

Ces formulations nouvelles n'éliminèrent pas les tournures plus elliptiques [53] ou certaines expressions anciennes [54], mais leur acclimatation progressive est significative de l'inflexion soulignée du style de la jurisprudence.

Le phénomène étudié est encore beaucoup plus net dans l'évolution de la jurisprudence de la responsabilité du fait des dommages accidentels subis par

30. 6.IV.1870, *Lelarge,* 417; 7.VII.1870, *Ville de Paris,* 880; 9.VIII.1870, *Cambuzat,* 1055; 8.VI.1877, *Ville de Paris c/ Saint-Jorès,* 581; 22.II.1884, *Ville de Pontoise c/ Hinaux,* 176; 20.V.1904, *Cmne d'Orsay,* 440; 11.XI.1904, *Lhoste,* 707; 10.II.1905, *Travaux publics et Cie du Midi,* 155; 5.I.1906, *Blanchot,* 18; 12.VII.1907, *Arnaudet,* 688; 12.VII.1907, *Loo,* 688; 22.IV.1910, *Cie du Midi c/ Michel,* 340; 10.VI.1910, *Travaux publics c/ Leclercq,* 458; 17.VI.1910, *Vaisse-Cordier,* 485; 7.XII.1910, *Cie des chemins de fer du Nord c/ Boulanger,* 881; 8.III.1911, *Schneider,* 272; 5.VIII.1911, *Tarible,* 957; 17.XI.1912, *Ville de Narbonne,* 66; 26.V.1916, *P.L.M. c/ Demars,* 207; 7.II.1917, *Vandest,* 122; 20.III.1918, *Contes de Bucamp,* 286; 17.III.1920, *Cmne de Rospordenc,* 285, *etc.*

31. Formule tirée directement de la jurisprudence judiciaire; v. ainsi Cass. civ. 27.XI.1844, *D.,* 1845.I.13; et Chapus, *op. cit.,* pp. 326 ss.; Nicolas, « La protection du voisinage », *R.T.D.Civ.,* 1976, notamment p. 686; Théron, « Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé », *J.C.P.,* 1976.I.2802; v. 4.VI.1875, *Ville de Paris c/ Godin,* 553; 12.XII.1884, *Ville de Saint-Etienne c/ Fillon et Mathevet,* 907; 15.VI.1888, *Jary,* 532; 29.I.1904, *Ville d'Orléans c/ Cahen,* 79; 5.VIII.1911, *Charabot,* 956; 9.IV.1913, *Ville de Grenoble,* 382; 17.XII.1915, *P.L.M.,* 356; 3.VIII.1928, *Poiret,* 1049.

32. A tel point que M. Bénoit a pu estimer, *op. cit.,* pp. 689 et 690, que « l'évolution vers un régime de responsabilité pour dommage anormal n'a commencé qu'en 1919, et se trouve donc être relativement récente ».

33. 13.IV.1870, *Lafont,* 438.

34. 16.XI.1900, *Colarossi,* 630.

35. 6.XII.1912, *Cie d'assurance la Nationale-Vie,* 1170; 4.XII.1918, *Cuménal,* 1078; 13.VII.1926, *Soc. du Gaz et de l'Electricité de Nice c/ Vermeulen,* 742.

36. 1.VIII.1914, *Chabaud,* 1008; 19.I.1927, *Deleval,* 78.

37. 15.XII.1916, *Le Roussel,* 549.

38. 9.IV.1919, *Moreau,* 363.

39. 11.V.1883, *Chamboredon,* 480 (concl. Le Vavasseur de Précourt); 21.XII.1906, *Ville de Carpentras c/ Moret,* 958; 13.III.1908, *Blay,* 277; 30.IV.1909, *Cmne de Nucourt c/ Goulet,* 444; 14.V.1919, *Cie parisienne de distribution d'électricité,* 426; 26.I.1921, *Ville de Clermont-Ferrand c/ Lacas,* 97; Paris, 27.II.1969, *Soc. phonographique Philips,* 616.

40. 9.VII.1913, *Cie des tram. électr. de Lille,* 817.

41. 1.VII.1914, *Fadate de Saint-Georges,* 804.

42. 23.XI.1923, *Cie du Paris-Orléans c/ Touche,* 759.

43. 29.X.1930, *Pradié,* 873; 20.I.1937, *Loewel,* 84; 20.III.1968, *P. et T. c/ Scalia,* Tb. 1134; S. 10.I.1969, *O.R.T.F. c/ Villars,* 19, *A.J.,* 1969.501; 3.VII.1970, *Cmne de Dourgne,* 463; Lille, 18.VI.1974, *Cmne d'Emmerin,* 730; 19.XI.1975, *Cmne de Ramonville,* 578.

44. 24.VII.1931, *Cmne de Vic-Fézensac, D.P.,* 1931.III.51 (n. P.-L. J.); 22.III.1941, *Soc. des carrières de Békéira,* 46; Cons. préf. Orléans, 23.V.1950, *Bourguignon, A.J.T.,* 1950.325; 29.X.1954, *Prudot,* 567; 22.II.1957, *Coutant,* 125; 5.II.1958, *Ville de Marseille c/ Gennari,* 72, *A.J.,* 1958.II.156; S. 11.V.1962, *Travaux publics c/ Duboul de Malafosse, A.J.,* 1962.591 (concl. Combarnous); 13.VII.1965, *Museum national d'histoire naturelle,* Tb. 1061; 15.I.1965, *Travaux publics c/ Bauer,* 36; 12.III.1969, *Ville de Paris c/ Photosia, A.J.,* 1969.582; 12.VII. 1969, *Education nationale c/ Warembourg,* 407; 13.I.1971, *Paladini,* 42; 31.III.1971, *Rosazza, A.J.,* 1971.617; 5.XII.1973, *Vidal et Jenkins,* 696; 20.II.1974, *Humeau,* Tb. 1203, *C.J.E.G.,* 1974, jurisp., 155; 17.V.1974, *Malaterre,* Tb. 1169; 29.V.1974, *Reyboz,* 326; 28.IV.1976, *Equipement c/ Audibert,* 221; 1.X.1976, *Equipement c/ Momenceau, A.J.,* 1976.640; 20.X.1976, *Cmne de Treigny-Perreuse, D.A.,* 1976, n° 385; 29.IV.1977, *Soc. Entrep. de T.P. c/ Vollet-Saunal, D.A.,* 1977, n° 202; 6.V.1977, *Soc. Grands Travaux de Marseille, D.A.,* 1977, n° 197.

45. 8.I.1964, *S.A.R.L. dunkerquoise Cabour, A.J.,* 1964.II.452; 8.II.1967, *Ville de Marseille c/ Paban, A.J.,* 1967.311; 6.III.1970, *Ville de Paris c/ Marmuse,* 165, *A.J.,* 1970.706; 21.VII.1970, *Port autonome de Bordeaux,* 530; 7.XI.1973, *Soc. « Bourse-Coiffure »,* Tb. 1142.

46. 9.II.1966, *Déptmt du Rhône,* Tb. 1131, *A.J.,* 1966.441; 2.VI.1967, *Equipement c/ Damerval, A.J.,* 1968.185; 2.VI.1967, *Equipement* (19 décisions), Tb. 953.

47. 31.I.1968, *S.E.M.A.E. de Bretagne,* 83; 30.X.1970, *G.D.F.,* 626; 13.I.1971, *Paladini,* 42; 21.X.1971, *Blandin,* 631, *A.J.,* 1971.687 (concl. Guillaume, chron. Labetoulle et Cabanes), *J.C.P.,* 1973.II.17301; 29.V.1974, *Reyboz,* 326; 22.X.1975, *Rondot,* Tb. 1263; 10.XII.1975, *Soriano,* Tb. 1263; 7.VII.1976, *D.O.M.-T.O.M. c/ de Laguarigue, D.A.,* 1976, n° 285.

48. Rennes, 19.XI.1969, *Soc. bateaux de la Côte d'Emeraude, A.J.,* 1970.183.

49. 9.VII.1969, *Chbre de comm. et d'ind. de Marseille, R.D.P.,* 1970.466; 17.V.1974, *Cmne de Bonnieux,* 295.

50. 5.I.1968, *E.D.F. c/ Rolland,* Tb. 1136.

51. 19.VI.1963, *E.D.F. c/ Géraud, A.J.,* 1963.715.

52. 30.X.1958, *Soc. des produits réfractaires de Bollène, A.J.,* 1959.II.5.

53. V., par ex., 22.III.1933, *Bocabarteille,* 344; 4.VII.1934, *Soc. Lewis,* 769; 3.II.1937, *Travaux publics c/ Chaigneau,* 152; 21.XII.1937, *Tirard,* 1081; 31.V.1938, *Cmne de Dives,* 500; 9.II.1940, *Chemins de fer de l'Etat et Ville de Saintes,* 58; 30.XII.1942, *Jacquault,* 365; 4.VI.1943, *Vincent frères,* 144; 14.VI.1944, *Bonnin,* 171; 26.X.1945, *Communications c/ Mathevot,* 216; 27.X.1950, *Ville de Paris,* 520, *A.J.T.,* 1950.575; 14.XI.1957, *E.D.F.,* Tb. 1047; 20.XII.1957, *Cie nation. du Rhône, A.J.,* 1958.II.156; 29.V.1963, *Travaux publics c/ Denante,* 330; 17.II.1965, *Ville de Sarcelles,* 117; Paris, 23.III.1966, *Synd. nation. des automob., A.J.,* 1966.439; 29.V.1968, *Entrep. Moinon,* 344, *A.J.,* 1968.II.601; 22.XI.1968, *Anicet,* Tb. 1133; 8.I.1969, *Armanet,* Tb. 982; 2.VII.1969, *Equipement c/ Leveel,* 357; Marseille, 16.VII.1975, *Florens,* 755; 30.VI.1976, *S.A.R.L. Martinet,* 345. Traditionnellement elliptique, la jurisprudence concernant les changements d'assiette de la voirie pour lesquels le Conseil d'Etat se contente de disposer qu'ils ne sont pas « de nature à ouvrir un droit à indemnité » (1.III.1968, *Croissant,* 157; et jurisp. citée *infra,* 2e partie, titre 2, chap. 2).

54. Travaux ayant entraîné une « situation de fait exceptionnelle » (24.VII.1933, *P.L.M. c/ Chirpas,* 864); ouvrage ayant « gravement modifié les conditions d'habitation » (25.VII.1933, *Roux,* 885; 25.I.1935, *Loubal, R.D.P.,* 1935.613; 28.VI.1957, *Cmne d'Alignan,* Tb. 1047); ouvrage provoquant de « graves inconvénients » (S. 17.XI.1933, *Soc. Decaux,* 1068); « trouble grave » (28.XI.1934, *Cie parisienne de distribution d'électricité,* 1124; 22.II.1957, *Grange,* Tb. 1047); « gêne notable » (6.I.1937, *Moyot,* 15; 7.VI.1944, *Delmas,* 166; 6.VI.1962, *P. et T. c/ Soc. Moussa,* Tb. 1146, *etc.*

les usagers des travaux et ouvrages publics. Là, la jurisprudence est parvenue à une formule unique qui a même englobé peu à peu des matières auxquelles elle n'était pas initialement destinée : la théorie du défaut d'entretien normal couvre en effet aujourd'hui non seulement le défaut d'entretien à proprement parler, mais encore, dans la plupart des cas le vice de conception et le mauvais fonctionnement [55]. Le passage d'une responsabilité fondée sur la faute à une responsabilité fondée sur la présomption de faute s'est réalisé progressivement au XIXe siècle, mais n'a été définitivement et clairement consacré que dans les années vingt.

Pour l'évolution des formules, la date de 1920, date ronde, doit être retenue comme marquant une césure entre deux périodes. C'est en effet à partir de cette époque que l'expression définitive de défaut d'entretien normal fut progressivement mise au point au long d'une phase de tâtonnements qui s'acheva vers 1935.

L'expression « mauvais entretien » est ancienne [56], avec ses variantes visant l'état de l'ouvrage, « mauvais état » [57], « état défectueux » [58], « défaut » [59], « insuffisance d'éclairage » [60], ou visant son entretien, « défaut d'entretien » [61], « défectuosité dans l'entretien » [62], « insuffisance d'entretien » [63], « entretien insuffisant » [64], et se référant parfois dans ce dernier cas à la « négligence » [65] ou à la faute [66].

Parallèlement, des formules proches étaient utilisées à propos non de l'entretien, mais de l'exécution même du travail : « défaut d'exécution » [67], « inexécution de travaux nécessaires » [68], « aménagement défectueux » [69], « vice d'exécution » [70] ou « de construction » [71], « mauvaise exécution » [72].

Dès les années vingt, la forme actuelle s'élabore par touches successives. On relève l'emploi d'expressions telles qu' « état d'entretien anormal » [73], « insuffisance d'entretien ayant un caractère anormal et nettement caractérisé » [74]. Certaines espèces visent, à partir de 1930, un « défaut d'entretien », précisant « qu'il s'agit à cet égard de l'entretien normal, tel qu'il doit être envisagé pour assurer au public un usage de l'ouvrage conforme à sa destination » [75]. Ces expressions persisteront par la suite [76], de même d'ailleurs que les formes plus anciennes [77].

Au milieu des années trente enfin apparaît la formule définitive : « défaut d'entretien normal » [78] ou plus rarement « défaut d'entretien présentant un caractère anormal » [79].

Des formules nouvelles furent dans le même temps adoptées pour le vice d'exécution, lorsque celui-ci était, de plus en plus rarement, visé de manière spécifique en dehors de l'expression toujours plus générique de défaut d'entretien normal [80, 81].

Enfin, dans le nouveau cours des mots, tout en se référant explicitement à la normalité, certaines décisions ne se placent ni du point de vue de la qualité de l'entretien, ni de celui du degré de la défectuosité enregistrée, mais de celui de l'usager, en visant un « obstacle dépassant par sa nature ou son importance, ceux que les usagers doivent s'attendre normalement à rencontrer sur les voies publiques » [82], ou encore un « risque ordinaire de la circulation contre lequel

55. Jusqu'à il y a une quarantaine d'années, ces distinctions étaient plus soigneusement opérées; v. la jurisp. citée par M. Mathiot, *Les accidents causés par les travaux publics, op. cit.*, p. 142 et *passim;* et Rousseau, *Le régime juridique de la circulation, R.D.P.*, 1932, notamment pp. 430 ss.; Latournerie, « De la faute et du risque... », art. précit., *R.D.P.*, 1945, pp. 135 ss.

56. 22.II.1884, *Bonfante*, 178; 25.V.1900, *Fierfol*, 370; 3.III.1920, *Cie gén. des tramways*, 236; 4.XII.1929, *Mouthel*, 1070; 8.I.1930, *Roux*, 17; 27.XI.1930, *Cie des tramways électriques de Béziers*, 994.

57. 6.III.1896, *Cie de Lyon c/ Quinson*, 238; 24.XII.1897, *Ville de Roubaix*, 851; 28.XII.1900, *Cie générale française de tramways c/ Lavastre*, 867; 12.II.1919, *Commerce et Danguilheim*, 138; 8.VII.1925, *Rebaud*, 663.

58. 29.III.1933, *Dalang*, 376.

59. 7.VIII.1906, *Ville de Nîmes*, 782.

60. 6.VII.1910, *Faure et Brunon-Chauvet*, 558; 31.I.1917, *Travaux publics c/ Champagne*, 106.

61. 22.II.1907, *John Lennard*, 199; 30.IV.1909, *Marine c/ Cie d'assur. La Zurich*, 443; 15.III.1912, *Steunou*, 391; 17.VI.1925, *Cie des chemins de fer du Midi c/ Iché*, 589; 1.VII.1925, *Déptnt de la Loire c/ Jean-Jean*, 636; 20.II.1929, *Rome*, 218; 22.I.1930, *Ménard*, 92; S. 27.VI.1930, *Le Pape*, 671.

62. 21.VII.1920, *Travaux publics c/ Soc. marseillaise de trafic maritime*, 737.

63. 29.III.1933, *Dalang*, 376.

64. S. 2.II.1934, *Cmne de Laguépie c/ Roumagnac*, 169.

65. 12.V.1911, *Dorville*, 565; 3.III.1926, *Ville de Pontivy, Gaz. Pal.*, 21-22.III.1926.

66. 2.VI.1920, *Cie gén. de navig. Havre - Paris - Lyon - Marseille*, 547; 11.IV.1924, *Travaux publics c/ Chapuis*, 400.

67. 10.V.1907, *Déptnt de la Dordogne*, 438.

68. 22.II.1907, *John Lennard*, 199.

69. 7.VIII.1909, *Préfet de la Creuse c/ Périnet*, 837.

70. 17.VI.1925, *Cie des chemins de fer du Midi c/ Iché*, 589.

71. 1.VII.1925, *Déptnt de la Loire c/ Jean-Jean*, 636.

72. 20.II.1929, *Rome*, 218.

73. 22.III.1922, *S.A. des raffineries Say*, 254; 5.IV.1933, *Soual*, 413; S. 1.XII.1933, *Préfet de la Seine-Inférieure c/ Voisin*, 1133; v., aussi, « défectuosité anormale » : 8.I.1930, *Roux*, 17; 1.II.1933, *Castagnino*, 145.

74. 20.III.1926, *Grimaud, R.D.P.*, 1926.261 (concl. Rivet); 25.I.1933, *Travaux publics c/ Rivolta*, 115; 29.XI.1933, *Travaux publics c/ Pergola*, 1116; 29.XI.1933, *Jansolin*, 1117; 13.II.1935, *Prunet, R.D.P.*, 1935.612.

75. S. 16.V.1930, *Travaux publics c/ Lussagnet*, 527; S. 25.VII.1930, *Bourel*, 820; m. jour, *Travaux publics c/ Wattiau*, 821; 2.VII.1931, *Rost*, 721; 9.III.1932, *Bos*, 288; S. 5.V.1933, *Lévy*, 493; 3.I.1934, *Travaux publics c/ Michenot*, 18; 10.I.1934, *Stam*, 50; S. 2.XI.1934, *Menu*, 999; 22.VI.1938, *Travaux publics c/ Fontaine*, 573.

76. « Etat anormal » ou « normal d'entretien » et variantes : 3.VII.1935, *Préfet de Meurthe-et-Moselle c/ Weber*, 764; 20.VII.1935, *Auguste*, 855; 13.V.1936, *Cie des tramways électriques de Sète*, 539; 3.II.1937, *Pogam*, 152; 2.XI.1938, *Travaux publics c/ Cie gén. de navig. Havre - Paris - Lyon - Marseille*, 824; 9.II.1940, *Fourel*, 57; 29.VIII.1941, *Loo*, 167; 22.V.1942, *Bonald*, 165, *etc.*, « insuffisance d'entretien ayant un caractère anormal » et variantes : 22.VII.1936, *Touzet*, 843; 6.XI.1936, *Navas-Galabert*, 968; 11.XII.1936, *Békaert*, 1101; S. 8.I.1937, *Travaux publics c/ Pasteur Valléry-Radot*, 24; 8.II.1939, *Travaux publics*, 72; 7.VI.1939, *Tempez-Lebas*, 380; 5.XII.1941, *Ville de Nice*, 211, *etc.*

77. « Défectuosité notable » : 9.VII.1924, *Prin-Clary*, 663; 27.XI.1930, *Cie des tramways de Béziers*, 994; « défaut d'entretien » : 17.VI.1936, *Dobel*, 664; S. 16.XII.1938, *Travaux publics c/ Cozé*, 951; « défaut d'entretien caractérisé » : 16.VI.1937, *Poirier*, 599; 11.VII.1944, *Bachelerie*, 199; « mauvais entretien » : 4.XI.1936, *Cie des omnibus de Lyon*, 962; « entretien défectueux » : 1.XII.1937, *Cmne d'Antibes*, 987; « insuffisance d'entretien » : 25.I.1939, *Cmne de Villié-Morgon*, 37; 28.VIII.1942, *Offenstein*, 263; « défectuosité » : 28.II.1941, *Fayolle*, 28; « négligence » : 21.V.1943, *Pringuez*, 133; 29.VII.1950, *Roussel*, 496; « faute » : 22.X.1956, *Bollecker*, 769; 7.III.1958, *Piel*, 154, *etc.*

78. 13.VI.1934, *Travaux publics c/ Nabel*, 679; Cons. préfect. Seine, 21.I.1935, *Roy, R.D.P.*, 1935.338; 9.VI.1937, *Benne*, 580; 15.II. 1939, *Ville de Paris c/ Touquet*, 94; 13.II.1942, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Cetica*, 54; 18.XII.1942, *Peyrelon*, 354; 15.I.1943, *Soc. Rol-Lister*, 11; 10.II.1943; *Welter*, 39; 4.VI.1943, *Travaux publics c/ Martin*, 143; S. 6.X.1944, *Soc. Streichenberger, R.D.P.*, 1946.333 (concl. Detton); 13.IV.1945, *Taillefer*, 75; S. 18.I.1946, *Fouchy*, 22; 28.II.1947, *Fontaine*, 89; S. 7.III.1947, *Lapeyre*, 104; 30.V.1947, *Ville de Rueil*, 234; 23.III.1949, *Travaux publics c/ Conio*, 144; 8.IV.1949, *Travaux publics c/ Barreau*, 171; 17.III.1950, *Travaux publics c/ Torta*, 174; 30.VI.1950, *Travaux publics et Soc. mérienne, R.D.P.*, 1951.534, *A.J.*, 1950.424, *etc.*

79. 10.IV.1942, *Travaux publics c/ Tuech*, 113.

80. « Précautions dont aurait dû normalement s'accompagner l'exécution des travaux publics entrepris » : S. 5.III.1937, *Reichl*, 277; « disposition dangereuse » : 8.III.1939, *Boff*, 152; « disposition anormale » : 13.II.1942, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Cetica*, 54; « exécution (du travail) se poursuivant dans des conditions normales » : 22.XII.1944, *Soc. L'Abeille, R.D.P.*, 1946.337.

81. Les formulations anciennes coexistèrent là aussi avec les nouvelles; « vice de construction » : 10.IV.1942, *Travaux publics c/ Tuech*, 113; « conditions défectueuses de l'aménagement » : 18.XI.1942, *Cie gén. franç. des tramways*, 325; « vice d'aménagement » : 27.XII.1950, *Carat, R.D.P.*, 1951.1159.

82. 11.VII.1944, *Bachellerie*, 199; 13.IV.1945, *Taillefer*, 75.

les usagers de la voie publique doivent se prémunir » [83], ou plus simplement un « risque anormal » [84].

Ces deux exemples montrent assez clairement, encore qu'il n'y ait là qu'une hypothèse qui mériterait une vérification plus systématique, que, par-delà le constat de la croissance des standards jurisprudentiels, qui ne fait guère difficulté, il faut en faire un autre, plus délicat : celui de l'usage délibéré des standards les plus « chauds », ceux qui traduisent de la façon la moins détournée possible l'idée de normalité.

De ces deux constats ressort une conclusion : le juge n'éprouve pas de gêne à recourir aux standards pour formuler les normes qu'il élabore.

2° Les causes d'une croissance :

a) Les causes extrinsèques.

145. *Les standards jurisprudentiels et les crises.*

Si l'on réfléchit aux causes — sans attacher une valeur très forte à ce dernier terme (environnement serait peut-être plus juste) — de l'utilisation croissante par la jurisprudence de standards dans les années 1914-1945, mouvement qui ne s'est d'ailleurs pas ralenti depuis (certains arrêts comportent aujourd'hui quatre à cinq standards), il semble que plusieurs interprétations puissent être données, certaines extrinsèques, c'est-à-dire prenant appui sur des éléments extérieurs au standard lui-même, d'autres intrinsèques, tenant à la nature propre de la notion.

Au rang des causes extrinsèques, on peut retenir plusieurs propositions dont la valeur doit être examinée. Le recours croissant au standard peut apparaître lié :

— aux crises de notre époque, crises guerrières, crises économiques, crises sociales et donc crises du droit;
— au vaste mouvement doctrinal dont il a été question aux premières pages de cette étude;
— à l'ouverture de nos disciplines juridiques aux droits étrangers par le comparatisme;
— au mouvement général du contrôle contentieux à notre époque, lui-même indissociable bien sûr de l'évolution des mentalités. C'est cette dernière ligne d'explication qui est, on va le voir, la plus importante.

Quant au lien du développement des standards et des grandes crises de ce siècle, il est manifeste. C'est bien de la crise et pour la crise que sont sortis les standards mis en jeu par les théories des circonstances exceptionnelles ou de l'imprévision : crises relatives et ponctuelles dans le cadre de la jurisprudence de l'interventionnisme municipal, crise d'une autre ampleur dans le cas de la théorie classiquement appelée des circonstances exceptionnelles ou dans celui de celle de l'imprévision. De même, la théorie du risque anormal de voisinage s'est-elle développée à la suite de la multiplication des accidents survenus dans les dépôts de munitions. Pour ne pas parler des nombreux régimes législatifs d'indemnisation qu'engendrent les guerres et qui, on l'a vu, comportent nombre de standards.

83. 4.V.1948, *Travaux publics c/ Dernelle*, 198.
84. 25.III.1936, *Verkens*, 382; 12.V.1942, *Soc. du gaz et de l'électricité de Nice*, 154.

La règle rigide, textuelle ou contractuelle, le système classique d'indemnisation fondé sur la faute deviennent, dans les périodes exceptionnelles, tragiquement insuffisants. Le juge doit assurer leur régularisation, on l'a déjà dit à la suite de M. Dubouis [85].

Il n'y a néanmoins selon nous pas lieu d'accorder une place trop importante à cette explication, car elle ne rend pas compte, à moins de tout baptiser crise, de la plupart des standards qui se sont développés depuis cinquante ans.

146. *Les standards jurisprudentiels et le mouvement doctrinal du standard.*

Quant au lien entre l'inflexion du style de la jurisprudence et le mouvement doctrinal des années vingt, il convient d'être particulièrement prudent. Il semble qu'il accompagne l'évolution de la jurisprudence plus qu'il ne l'engendre. Il est un constat des nouvelles conditions du travail jurisprudentiel, une systématisation des premières ébauches conscientes, à l'étranger et en France, de mise en œuvre de la technique du standard. Mais, assez peu rigoureux dans l'ensemble, il ne saurait être réputé l'initiateur du mouvement de croissance rapide des standards jurisprudentiels. Il apparaît au demeurant que le juge administratif français — encore que la généralisation soit en l'espèce délicate car le juge administratif est une abstraction, contraignante sans doute, mais qui recouvre des individus qui peuvent avoir des conceptions sensiblement différentes, à des époques au surplus singulières — n'a pas dans l'ensemble, et sans doute moins encore autrefois qu'aujourd'hui, subi de façon très directe l'influence de la doctrine [86].

Penser un seul instant que le Conseil d'Etat aurait multiplié les recours à la technique du standard parce qu'une poignée de jeunes universitaires incitaient les juges à le faire serait de la plus grande naïveté. Il est plus probable que deux facteurs aient joué : les nécessités de l'évolution de la jurisprudence impliquaient, on le verra, le recours à la technique du standard, et cette nécessité a pu faire son œuvre dans une semi-conscience du juge lui-même; on peut imaginer d'autre part que des membres de la Haute Assemblée aient, comme ces jeunes universitaires, pu jeter un regard proche du leur sur une situation qu'ils n'étaient pas moins à même qu'eux de comprendre et sur les impératifs nouveaux du travail jurisprudentiel qu'ils pouvaient, comme eux et peut-être mieux qu'eux, concevoir. Il ne faut pas, et cette proposition ne vaut pas que pour le point examiné, chercher absolument des filiations intellectuelles là où l'on peut beaucoup plus sûrement estimer qu'il y a eu communauté de réactions ou prise en compte de la nécessité.

147. *Les standards jurisprudentiels et le comparatisme.*

L'explication du développement de certains standards jurisprudentiels par le comparatisme a connu ces dernières années une assez grande faveur. Il est vrai que l'importation et l'exportation ne sont pas que de biens matériels et qu'il est des flux, qui, pour être moins palpables que les flux commerciaux, n'en sont pas moins consistants, affectant les idées et de façon plus précise les conceptions et les institutions juridiques [87]. Et il peut être intéressant de préciser ce que le juge administratif français, ce produit de large exportation, peut lui-même emprunter aux juridictions étrangères. L'étude peut apparaître *a priori*

85. V. *supra* ce qui concerne la fonction de régularisation des standards.
86. V. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 148 ss. et 195 ss.; Sfez, *op. cit.*, pp. 482 ss.; Rivéro, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, pp. 27 ss., et notre ouvrage *Administration et organisation*, 1977, pp. 223 ss.
87. V. David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 5e éd., 1973, *passim;* Rivéro, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », *Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch*, t. 3, pp. 619 ss.

d'autant plus féconde que, ainsi qu'on l'a vu, le développement rapide de la technique du standard dans la jurisprudence des années 1914-1945 a correspondu à une extraordinaire extension des études comparatives : l'Ecole de Lyon, agent premier de propagation de la doctrine du standard était dans le même temps et surtout, sous la haute direction de Lambert, un remarquable vivier de comparatistes de talents, très intéressés notamment par le monde anglo-saxon. Et à l'époque récente, certaines techniques ont pu sembler importées par le truchement de la présence de certains membres du Conseil d'Etat dans des juridictions internationales, au sein desquelles ils avaient pu se familiariser avec elles.

Quel jugement porter sur ces tentatives d'interprétation ? Pour ce qui est du lien entre comparatisme et croissance des standards jurisprudentiels, il semble que ce qui a été dit de la relation du juge et de la doctrine vaille encore ici : il n'est pas du tout certain que, pris par son travail juridictionnel, le juge ait été en moyenne très informé des recherches des comparatistes, ni que, pénétré de l'originalité, réelle, de sa construction, il ait pu, surtout jusqu'à la période récente, chercher des modèles de techniques jurisprudentielles à l'étranger. De toute façon, la question de l'ordre des causes apparaît ici aussi : est-ce le comparatisme qui a eu une influence sur l'évolution des formulations du droit ? Ou bien est-ce cette évolution, perçue dès Saleilles et Gény, qui a poussé nos juristes nationaux à mieux comprendre l'intérêt du comparatisme (qui au demeurant n'était pas sans intéresser nombre d'entre eux dès le dernier tiers du XIX[e] siècle) ? Ou encore n'y a-t-il pas ici, comme plus haut, concomitance, écheveau inextricable des effets et des causes ?

Si le lien global entre influence étrangère et croissance des standards n'est pas absolument clair, l'introduction récente de certaines techniques jurisprudentielles dans notre droit apparaît pouvoir se réclamer, à première vue, de façon plus convaincante, de ce type d'explication. Comme l'a montré d'une façon intéressante dans sa thèse M. Petersen, le droit anglais n'a pas été sans influencer la formation du droit communautaire, alors même que la Grande-Bretagne n'appartenait pas encore au Marché commun [88]. Les droits des divers pays membres, encore que, jusqu'à une période récente, ils aient appartenu à la famille romano-germanique, se sont trouvés confrontés les uns aux autres, et ensemble à d'autres systèmes juridiques. Cela n'a pas été sans retentir sur la forme de ce nouveau système juridique : c'est un peu dans la nature d'un droit « construit », « partiel », a noté le président Boulouis, de « receler un nombre appréciable d'insuffisances quelquefois voulues, plus souvent inévitables, presque toujours utiles à son évolution, à son perfectionnement, à son intégration dans le droit des divers Etats membres » [89]. Quoi qu'il en soit, notre système juridique et nos juristes se sont trouvés confrontés à la fois à des systèmes juridiques étrangers et à un système communautaire de nature assez singulière par rapport aux divers droits nationaux. Et cette seconde expérience n'a pas été isolée puisque d'autres systèmes juridiques non nationaux ont vu le jour au cours des dernières décennies. Le conseiller d'Etat Letourneur, qui a lui-même appartenu au Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail, a pu ainsi écrire, dans une communication sur « L'influence du droit comparé sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français » : « Il y a encore vingt ans, il eût été inconcevable de songer à écrire sur ce sujet », mais il en va tout autrement aujourd'hui [90].

88. *De la contribution possible du droit anglais au développement des principes généraux du droit communautaire, op. cit., passim.*
89. « A propos de la fonction normative de la jurisprudence », contrib. précit., p. 152.
90. *Livre du centenaire de la Société de législation comparée, op. cit.*, p. 212.

Or il faut convenir de ce que les exemples présentés dans ces pages et dans d'autres par l'éminent juriste ou par d'autres auteurs ne sont ni nombreux ni hors de toute contestation.

L'exemple le plus fréquemment invoqué est celui de l'erreur manifeste. Selon M. Letourneur, cette notion fut créée par le Tribunal fédéral Suisse à partir de l'article 4 de la Constitution helvétique, très largement interprété, qui exclut tout « arbitraire » et affirme l'égalité devant la loi. Il semble résulter des citations de jurisprudence, encore que cela ne soit pas pleinement précisé, que cette construction date de l'entre-deux-guerres et est parvenue à maturité dans les années cinquante [91]. Ceci n'infirme pas la possible influence de cette jurisprudence sur celle du Conseil d'Etat, apparue, comme on le sait, dans le début des années soixante. Et cette méthode a bien pu être acheminée par l'intermédiaire de la jurisprudence du Tribunal administratif de l'O.I.T. [92]. Il est hors de question ici de nier la possibilité d'une telle influence. Mais nous voudrions insister sur le fait, encore que toute opinion en la matière ne puisse être autre chose qu'une hypothèse, que cette influence n'a pas nécessairement été déterminante, si elle a pu faciliter l'évolution de la jurisprudence de la Haute Assemblée.

L'on remarquera tout d'abord que la construction suisse s'est élaborée à partir de la constitution, ce qui n'a pas été le cas de la française, qu'elle n'a pas engendré l'expression même d'erreur manifeste que par contre le juge français avait lui-même forgée à un tout autre propos et dans une autre perspective, dans le cadre du contentieux des dommages de guerre. Mais il y a plus important : le recours au manifeste était loin d'être inconnu de notre droit administratif vers 1960, sans même parler de la peu claire et éphémère jurisprudence *Denizet* que l'on pose parfois comme ancêtre de la jurisprudence nouvelle [93]; il faut songer aux notions d'ordre manifestement illégal, d'irrecevabilité manifeste en matière de référé, d'acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration, *etc.* [94]. Bref, le Conseil d'Etat avait depuis longtemps, non pas forgé les premiers éléments du bond en avant qu'il allait faire accomplir à son contrôle, mais élaboré les outils conceptuels et les mécanismes de raisonnement qui allaient lui permettre ce progrès. Aussi bien nous semble-t-il que le jugement de M. Pacteau puisse être retenu : « Même si ces exemples ont pu au moins conforter et influencer le juge dans sa démarche, il reste que c'est essentiellement par intuition, par besoin, presque par instinct, que le Conseil d'Etat a invoqué et développé cette forme nouvelle de censure. » Comme l'écrit encore cet auteur, « l'institution du contrôle de l'erreur manifeste prolonge et systématise (les) tendances de notre contentieux » [95].

91. *Ibid.*, p. 215, v. aussi, du même auteur, « L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », *Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch*, 1972, t. 3, notamment p. 567, où sont mentionnés, outre l'influence du Tribunal fédéral suisse, celles du Conseil d'Etat Belge et du Tribunal administratif de l'O.I.T.
92. Letourneur, « Une jurisprudence administrative originale : la jurisprudence du tribunal administratif de l'O.I.T. », *Mélanges Couzinet*, pp. 455 et 456; v. aussi Dreyfus, « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. », *R.D.P.*, 1974, notamment p. 692; Pacteau, *op. cit.*, p. 236.
93. 13.XI.1953, *Denizet*, 489; v. Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, p. 599; Kornprobst, « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, chron., p. 121; critique de ce point de vue *in* Pacteau, *op. cit.*, p. 238, et Vincent, « L'erreur manifeste d'appréciation », *Rev. adm.*, 1971, p. 407.
94. V. les remarques de MM. Chérigny, « Le devoir de désobéissance à l'ordre illégal », *R.D.P.*, 1975, notamment pp. 880 ss., et Vincent, art. précit., pp. 407 ss.
95. *Op. cit.*, pp. 236 et 237.

Le second grand exemple souvent avancé est celui du contrôle de la proportionnalité. Il semble moins convaincant encore que le précédent qui, pourtant, ne l'est qu'à moitié.

A beaucoup la jurisprudence *Ville nouvelle Est* est apparue comme une révolution dans le raisonnement du juge administratif français, alors qu'elle n'a été qu'une révolution dans le degré de contrôle que s'autorise le juge dans un domaine particulier de l'action administrative. Nous avons en effet vu la place que le raisonnement en termes de proportionnalité a toujours tenu dans la jurisprudence administrative, ce qui n'enlève d'ailleurs rien de leur importance aux évolutions récentes [96]. Il n'est ainsi sans doute pas besoin d'invoquer pour les expliquer les influences des droits suisse ou allemand [97]. Effectivement, dans ces droits, la proportionnalité semble jouer un rôle plus explicite que dans le droit administratif français [98]. Mais cela n'a pu que tout au plus favoriser l'inflexion de la jurisprudence française. Il faut se fier ici au commissaire du gouvernement Braibant, qui a conclu dans l'affaire *Ville nouvelle Est*. Ce juriste connaît parfaitement les modèles étrangers : il les cite dans son étude fondamentale sur le sujet [99]; il est membre de la société de législation comparée; il a participé à des recherches comparatives [100]. Néanmoins, il insiste nettement sur ce que si le principe de proportionnalité « n'a pas été reconnu en droit » français jusqu'en 1971, s'il « n'a été affirmé, comme tel, ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine..., ce n'est pas à dire qu'il n'y joue aucun rôle... Le juge administratif français a, en somme, appliqué le principe de proportionnalité sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire » [101].

Le Conseil d'Etat, en toutes choses, choisit son rythme en fonction de l'histoire propre du droit qu'il a conçu. Un exemple l'atteste : les trois fameux jugements de l'O.I.T. du 14 mai 1973 avaient trait au contrôle de la proportion existant entre la sanction et la faute disciplinaires [102]; y a-t-il là un problème que la Haute Assemblée méconnaîtrait ? Certainement pas : elle exerce de longue date ce contrôle à propos de la déchéance du concessionnaire de service public [103]. Mais, on l'a déjà dit [104], elle s'est très longtemps refusée, avec une inaltérable constance, à « apprécier si la sanction prise » à l'encontre d'agents publics « était proportionnée à l'importance des infractions constatées» [105]. Dès lors, maintenant que, et c'était à peu près inéluctable, le juge administratif a accepté de revenir partiellement sur une jurisprudence qui apparaissait de plus en plus en désaccord avec l'évolution actuelle des mentalités sur le sujet, si elle pouvait se légitimer par une certaine conception de la fonction publique, peut-on parler de l'influence de telle ou telle jurisprudence étrangère ? Ou bien faut-il se référer au mouvement général du contrôle contentieux à l'époque contemporaine ? 105 *bis*.

96. V. *supra*, n° 83, XVII.
97. V. Dreyfus, art. précit., p. 691.
98. V. Grisel, *Droit administratif suisse*, 1970, pp. 40, 83 ss. et 161; Forsthoff, *op. cit.*, p. 130.
99. « Le principe de proportionnalité », *Mélanges Waline*, p. 297.
100. V., p. ex., en collaboration avec Mmes Questiaux et Wiener, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens (étude comparative)*, 1973.
101. Contrib. précit., p. 298.
102. V. Dreyfus, art. précit., pp. 691 ss.
103. 3.IV.1914, *Argouges*, 449; 10.VIII.1923, *Soc. d'éclairage de la ville d'Oloron*, 682; 22.III.1929, *Brandt*, 356.
104. *Supra*, n° 83-XVII.
105. 2.XI.1951, *Giniès*, 513; 22.XI.1967, *Chevreau, D.O.*, mars-avril 1968, 113, et jurisp. cit. *supra*, n° 83-XVII.
105 *bis*. V. arrêt *Lebon*, précit.

148. *Les standards jurisprudentiels et le mouvement général du contrôle contentieux.*

Qu'une poignée de standards soient issus des grandes crises de la société et du droit, qu'un petit nombre d'autres aient vu leur développement encouragé sous l'influence d'expériences étrangères, que le mouvement doctrinal des années vingt et trente ait peut-être, dans une faible mesure, favorisé la prise de conscience de certaines questions, tout cela apparaît à la fois utile à la compréhension ponctuelle de certains aspects particuliers du phénomène et impuissant à rendre compte de son ampleur.

Le fait est que le mouvement général de l'emprise du juge sur l'administration, quel que soit le contentieux, est à l'extension constante depuis plus d'un siècle que le droit administratif moderne se forge. Il y a bien sûr quelques phénomènes partiels de régression ou de blocage, souvent provisoires, parfois importants : ainsi lorsqu'à la fin du XIX^e^ siècle le recours en cassation s'est peu à peu dégagé d'un recours pour excès de pouvoir en plein progrès — et qui devait arriver à maturité vers 1915 — continuant les solutions restrictives du recours pour excès de pouvoir antérieur, avant de s'assouplir quelque peu à son tour après la seconde guerre mondiale [106]. Mais dans l'ensemble, le mouvement a été impressionnant. C'est un truisme de dire qu'il a été lié à l'évolution des mentalités : nos sociétés admettent des actes qu'eussent réprouvé les précédentes, mais elles tolèrent mal certaines figures de l'injustice et ne s'accommodent guère de certains procédés et de certaines solutions de droit qu'acceptaient sans les contester, sans même peut-être les trouver choquantes, les sociétés du siècle dernier.

L'irresponsabilité de certains services apparaît proprement indicible au justiciable victime d'un grave préjudice entraîné par leur faute, l'irresponsabilité même sans faute ne semble guère plus tolérable dans certains cas et le mouvement perpétuel d'extension de la responsabilité et donc de la garantie et de la sécurité est l'un des phénomènes essentiels de l'histoire du droit administratif depuis un peu plus de cent ans.

Certains agissements de l'administration ne sont plus aujourd'hui admis comme jadis, et ce qui aurait pu apparaître pouvoir discrétionnaire en d'autres temps ne serait plus perçu que comme l'expression de l'arbitraire. Tout le vaste mouvement d'élaboration du recours pour excès de pouvoir moderne, l'enrichissement progressif de ce qu'Hauriou appelait le « bloc de légalité », correspondent à une aspiration de fond. On ne s'étonne pas ainsi que l'erreur manifeste ait connu, dans les années soixante, son plus intense développement dans le contentieux du remembrement : comment expliquer en effet à un agriculteur — dans ce monde paysan où le désir séculaire de la terre commence à peine à s'assouvir pour les rescapés de l'exode rural — qu'après avoir supporté pour partie le coût du remembrement, après avoir subi une réduction de ses apports pour les ouvrages collectifs, il lui soit donné, par des organes administratifs, les commissions communales, intercommunales ou départementales — dont l'expérience a montré qu'ils n'offraient parfois pas toutes les garanties d'indépendance —, des attributions trop sensiblement inférieures en valeur de productivité à ses apports, ou dont les équilibres culturaux marquent par rapport à ceux-ci un trop profond bouleversement ?

Le juge, immergé dans la société, même s'il relève lui-même d'une société particulière, comprend ces grands courants qui la parcourent et n'est pas sans les éprouver, même s'il doit, conscient d'autres impératifs, en tempérer l'efficace. Pour les exprimer, le standard est l'instrument indispensable.

106. V. Peiser, *Le recours en cassation..., op. cit.*, pp. 122 ss.

b) Les causes intrinsèques.

149. *De la fonction de légitimation à la semi-légitimité des standards.*

Il était apparu, dans l'exploration des possibles définitions fonctionnelles du standard, que celui-ci pouvait être considéré comme assumant des fonctions rhétoriques de persuasion et de légitimation. La référence à la normalité persuade parce qu'elle semble légitime. Et la légitimité naît de plus de la vocation généralisatrice que paraît avoir la norme posée par le juge et comportant un standard : elle semble valoir pour tous les cas identiques; elle se rattache à un système juridique intelligible pour le justiciable où le normal a aptitude à devenir la norme [107]. Or le passage du normal au normatif est un topique communément admis et classiquement identifié. Mais il s'agit du normal au sens descriptif de moyen ou de modal : le topique autorise le passage d'un aspect quantitatif des choses, leur fréquence, à la norme qui affirme que cette fréquence est favorable et qu'il faut s'y conformer, raisonnement en lui-même contestable [108].

En fait, le juge utilise ce topique, qui donne les apparences de la légitimité à la norme formulée à l'aide d'un standard, mais joue, ainsi qu'on l'a vu plus haut, de l'ambiguïté du terme normal, se réservant de passer du sens descriptif à un sens plus ou moins dogmatique de cette notion. Le juge, on l'a dit, consacre moins comme normal ce qui est le plus fréquent que ce qui est le plus fréquemment pensé ou, plus rarement, ce qui devrait selon lui être le plus fréquent.

Lorsque le juge fonde sa création normative sur ce qui est le plus fréquemment pensé, sa démarche se pare d'une semi-légitimité, légitimité matérielle à défaut d'être formelle. La méthode est bien en effet démocratique : le standard permet à la norme posée par le juge d'assurer une forme de démocratie supplétive dans les blancs du travail normatif des institutions représentatives, en puisant aux mêmes sources matérielles qu'elles. La formule « au nom du peuple français » acquiert ici toute sa portée.

Lorsque le juge entérine ce qui est le plus fréquent, il ne fait que s'abstenir, laissant le soin aux autorités qui en ont constitutionnellement la charge d'imposer les évolutions nécessaires.

Il n'y a que les standards les plus dogmatiques, mais ils ne sont pas nombreux, qui ne puissent être partiellement légitimés par une explication qui, pour être contestable au plus haut degré d'un certain point de vue, n'en est pas moins conforme au sentiment dominant.

Il y a une part de fiction dans tout cela. Mais pas plus que dans la « découverte » des principes généraux du droit, dont la doctrine se gausse d'ailleurs peut-être un peu trop, car il est vrai que, pour les principaux, ils appartiennent à ce qu'Hauriou appelait la « constitution sociale » de la France [109].

Le développement des standards dans le cadre du pouvoir normatif du juge doit ainsi s'expliquer, par-delà leur pouvoir rhétorique de légitimation, par leur réelle aptitude, dans le cadre d'un certain système de pensée, à rendre la norme du juge plus légitime, par le truchement de la demi-fiction d'un peuple législateur en permanence par l'intermédiaire de ses juges.

107. V. *supra*, n° 66 et s.
108. V. Perelman, et Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, pp. 117 ss.
109. *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., 1929, pp. 611 ss.

Sous-section II

Normes jurisprudentielles formulées à l'aide d'un standard et principes généraux du droit

150. *Distinction matérielle des règles à standard et des principes généraux du droit.*

Les principes généraux du droit, pour les plus importants d'entre eux, constituent la charte historique de notre système juridique. Ce sont les « principes de philosophie politique de la Nation », selon l'expression de M. Rivéro [110], ce que Laferrière baptisait déjà les « principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public » [111]. Sans doute, certains emplois récents de la notion, pour des raisons au demeurant louables, tendent à la galvauder un peu dans des emplois très ponctuels qui l'amoindrissent. Ainsi lorsque le Conseil d'Etat dispose qu'il y a un principe général du droit qui veut que l'administration ne puisse licencier une salariée en état de grossesse [112]. Peut-être aurait-il mieux valu aller au-delà et poser que l'administration ne peut, sauf disposition explicite ou impératif particulier du service public, être un employeur moins « social » que les employeurs du privé. M. Jeanneau avait, dès 1954, envisagé cette possible évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat vers une conception plus fonctionnelle que conceptuelle des principes généraux du droit [113]. C'est cependant non sans excès que M. Mescheriakoff croit pouvoir la consacrer [114]. Elle demeure, pour le moment, très fragmentaire, et il serait regrettable qu'il en aille autrement.

Car les standards justement permettent au juge de poser des règles prenant en compte l'évolution des mentalités, ce qui devrait permettre de laisser aux principes généraux leur caractère élaboré et leur nature historique, sans qu'il y ait là un obstacle au développement du droit fait par le juge. Il y a aujourd'hui une tendance de la doctrine à vider de son contenu originaire la notion de principe général [115], et le juge lui-même pourrait être tenté d'étendre la catégorie à l'ensemble de ses créations normatives délibérées.

Il faut selon nous que règles à standards et principes généraux du droit représentent, d'un point de vue matériel, deux couches distinctes par leur élaboration. La matière des standards représente un peu une couche primaire qui supporte l'ensemble de la pyramide des normes juridiques, qui permet de mieux la comprendre, mais qui ne parvient généralement pas à percer en l'état actuel au niveau du commerce juridique. Qu'est-ce à dire ? Le principe fondamental sur lequel est bâti tout ordre juridique est le principe de normalité. Cette idée est d'ailleurs bien ancrée dans la population : qui n'a déjà, parlant

110. « Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chron., p. 21.
111. *Op. cit.*, 2e éd., p. XIII; v. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1964, pp. 240 ss.; Mescheriakoff., « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *A.J.*, 1976, pp. 596 ss.; Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 99 notamment.
112. 8.VI.1973, *Peynet*, 464, *A.J.*, 1973.608 (chron. Franc et Boyon).
113. *Op. cit.*, p. 192.
114. Art. précit., p. 598.
115. V. ainsi Lemasurier, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe bilan coût - avantages », *Mélanges Waline*, t. 2, pp. 551 ss.

d'une réforme juridique avec des non-juristes, entendu le commentaire : « c'est normal ». Le normal, répétons-le, est moins en général le plus fréquemment pratiqué que le plus communément pensé comme juste. Le peuple, le législateur, le pouvoir réglementaire sont habilités, dans le cadre de leur compétence, à trancher, et s'attache à leur travail une présomption de conformité à ce principe fondamental de normalité. En général, sauf le cas où elles posent des normes comportant des standards, ces autorités constitutionnelles posent directement ce que nous avons appelé les directives. Mais la lecture des débats et des documents parlementaires atteste qu'ils remontent fréquemment très explicitement à l'idée de normalité, dans ses diverses acceptions. De même, le juge, lorsqu'il souhaite élaborer une règle, doit-il se demander d'abord si de l'économie générale de notre droit ne se dégagent pas quelques grands principes déjà élaborés par l'histoire, mais qui eux-mêmes à l'époque de leur premier développement ont été tirés de l'inépuisable réservoir des normes à vocation juridique issues des conceptions du temps. Si cela est le cas et si le juge les consacre comme principes généraux du droit, il ne fait que donner au droit plus d'homogénéité, qu'accoucher le corps de nos règles juridiques de tout ce qu'il implique logiquement. Le principe général du droit ne représente pas une nouveauté matérielle dans l'ordre juridique : sa consécration formelle seule est une innovation.

Si au contraire le juge souhaite poser une règle fondamentalement nouvelle, c'est à l'idée brute de normalité qu'il devra se référer : il n'aura d'ailleurs pas à se poser la question de ce qui est conçu comme normal à notre époque; c'est parce que la solution qu'il souhaite est conçue comme normale qu'il sera poussé à la mettre en œuvre.

Il n'y a dans tout cela, ajoutons-le, rien de mécanique, et le juge, dans une société parcourue de courants divers, dispose d'une assez large initiative pour l'élaboration de règles formulées à l'aide de standards.

150 *bis. La place des règles jurisprudentielles à standards et des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes.*

M. Truchet, en montrant que la norme de l'intérêt général entrait parfois victorieusement en concurrence avec certains principes généraux du droit, a ouvert des abîmes devant la réflexion classique sur la place des normes posées par le juge dans la hiérarchie des règles de droit [116]. Il apparaît que le juge met en œuvre, après les avoir mi-créées mi-découvertes, en tout cas consacrées, des normes de niveau différent selon un schéma complexe, plus complexe en tout cas que celui qui, classiquement, distingue les principes généraux du droit des simples règles jurisprudentielles n'ayant pas ce statut et auxquelles pourrait déroger le pouvoir réglementaire.

Au début de tout raisonnement dans cette matière, il faut retenir la construction de M. Chapus, fondée sur le point de vue organique. Selon cet auteur, il n'y aurait pas de hiérarchie entre les règles de droit posées par le juge [117] et, de par les normes qu'est appelé à censurer le juge administratif et celles qui s'imposent à lui, la place de ces règles dans la hiérarchie des normes serait, selon une formule fameuse, *supra*-décrétale et *infra*-législative [118].

Il semble pourtant difficile de ne pas envisager une première distinction entre règles *supra*-décrétales et règles *infra*-décrétales ou simplement, et plus certainement, décrétales (auxquelles donc les règlements peuvent déroger sans encourir la censure), puisqu'elle est expressément envisagée par la jurisprudence. D'autre part la thèse de M. Mescheriakoff, fondée sur l'idée que « le juge utilise les principes généraux du droit applicables comme s'il s'agissait de lois générales à combiner avec les lois spéciales que sont les lois écrites » [119], apparaît plus conforme à la simplicité et à la logique habituelle de notre système d'interprétation. Encore qu'une réflexion méthodique conduise à voir dans la plupart des principes généraux des normes de valeur constitutionnelle [119 *bis*]. Cette reconnaissance ne présente aucun inconvénient : il est bien évident que, de même que le juge administratif ne fait pas de contrôle de constitutionnalité des lois classique, il ne saurait écarter l'application d'une loi contraire à un principe tiré du préambule.

Où situer, dans ce cadre, les règles posées par le juge et utilisant un standard ? Il n'y a *a priori* pas de raison que le niveau hiérarchique de ces règles soit pour toutes le même : n'oublions pas que le standard n'est pas la règle mais simplement un mode de formulation et un élément de contenu pour celle-ci. Les règles jurisprudentielles à standards ne peuvent pas être de valeur *supra*-législative pour des raisons organiques ici parfaitement discernées par M. Chapus. Il faut en effet en tenir pour la fiction selon laquelle l'interprétation raisonnable de la loi qui en fin de compte modifie le sens de celle-ci au nom d'impératifs essentiels (que l'on se souvienne des arrêts *d'Aillières* et *Dame Lamotte*), n'est effectivement que l'application de la loi. Quant aux antinomies entre principes généraux et intérêt général observées par M. Truchet et se résolvant selon lui par la préférence donnée par le juge à l'intérêt général, il faut supposer qu'elles sont le reflet soit de la mise en œuvre d'un mécanisme d'interprétation, soit, ce qui est plus probable, dans une matière mouvante où la recherche doit encore accomplir des progrès, de la non-perception de la question en ces termes.

Il convient de considérer que, de façon générale, les standards que le juge rattache à un texte occupent dans la hiérarchie par définition la place de ce texte. L'analyse faite plus haut de la notion de circonstances exceptionnelles comme fruit logique de la *ratio legis* doit aussi conduire à écarter la thèse du président Odent selon laquelle la théorie des circonstances exceptionnelles serait un principe général du droit. Lorsque ces circonstances permettent de déroger à un texte législatif, la règle qui les met en œuvre est de niveau législatif; lorsqu'elles autorisent la transgression d'un texte réglementaire, elle est de niveau réglementaire [120]. Le même auteur considère aussi que la théorie de l'imprévision est un principe général du droit : il s'agit en tout cas d'une règle *supra*-contractuelle puisque, d'ordre public, les parties ne peuvent y déroger. Il est inutile de préciser d'avantage son niveau, probablement législatif pour les raisons qui vont être données ci-après à propos des grandes règles du contentieux de la responsabilité. On retiendra simplement que, d'un point de vue matériel, la référence à la notion de principe général n'est pas ici très convaincante : il s'agit en réalité, comme d'ailleurs pour toutes les théories des faits imprévisibles, d'une règle à standard.

Les grandes règles du droit commun jurisprudentiel de la responsabilité publique, qui font une forte consommation de standards, ont un rang législatif puisque l'article 34 de la Constitution exclut que le pouvoir réglementaire puisse

116. V. Truchet, *op. cit.*, pp. 174 ss.
117. « De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, pp. 99 ss.; ici p. 100.
118. *Ibid.*

119. Art. précit., p. 607.
119 *bis*. V. l'intéressante formule de 8.XII.1978, *G.I.S.T.I.*, 493, *Drt. Soc.*, 1979.57, concl. Dondoux : « lorsqu'il résulte des principes généraux du droit et notamment du préambule... »
120. V. Odent, *op. cit.*, fasc. 5, p. 1351.

disposer dans le domaine des « obligations civiles et commerciales », pour ce qui est des principes fondamentaux, ce que le Conseil d'Etat a entendu comme réservant au législateur les règles importantes en matière de responsabilité de la puissance publique [121]. Le rang législatif des règles du droit commun jurisprudentiel en la matière est d'ailleurs clairement ressenti par le juge lui-même puisqu'il applique en principe les grands adages qui régissent les relations entre loi générale et loi spéciale lorsqu'un régime législatif de responsabilité est élaboré par le législateur pour modifier sur un point ou un autre le droit commun jurisprudentiel ou pour faire face à des problèmes de responsabilité administrative nouveaux [122]. Le principe général du droit dit de l'égalité devant les charges publiques se trouve ainsi revêtir un niveau législatif. De même toutes les règles à standard du contentieux de la responsabilité.

Par le raisonnement, il est possible de montrer, mais cela serait trop long ici, qu'ainsi, soit qu'elles se rattachent à un texte, soit qu'elles relèvent du domaine de la loi ou de celui du règlement, qui par hypothèse épuisent, dans le cadre de la Constitution, le champ normatif, les règles posées par le juge et utilisant un standard sont tantôt de niveau législatif, tantôt de niveau réglementaire, en ce sens que tantôt la loi seule, tantôt le règlement peuvent y déroger. Débat subtil qui ne doit cependant pas cacher la réalité.

151. *L'immunité de fait du pouvoir normatif du juge administratif.*

Tant que l'Etat de droit se maintient, et pourvu qu'il observe sa séculaire prudence et qu'il s'en tienne à la méthode progressive qui lui est chère, le Conseil d'Etat a peu de chances de voir ses plus importantes conquêtes dans l'exercice de son pouvoir normatif remises fondamentalement en cause. Il arrive sans doute que des textes modifient des règles posées par le juge : mais dans la plupart des cas, il ne semble pas qu'il s'agisse là de la manifestation d'un rapport de forces. Les exemples de lois prolongeant, systématisant les efforts ou devançant les souhaits du juge sont certainement plus nombreux, encore que la figure inverse ne soit pas inconnue, que ceux de lois ayant pour but l'anéantissement de son travail normatif [123].

Quoi qu'il en soit, c'est dans la semi-légitimité de son œuvre, à laquelle il a été fait allusion plus haut, que le juge trouve la meilleure garantie qu'elle ne sera pas battue en brèche. Quel règlement à propos des diverses jurisprudences concernant le délai normal et entrant dans le champ potentiel du domaine réglementaire, quelle loi pour celles qui entrent dans celui du domaine législatif, pourraient disposer que leurs solutions sont invalidées et que l'administration peut agir comme bon lui semble ? Même si l'on exclut la possible riposte du juge par la mise en œuvre de normes *supra*-décrétales du type principes généraux du droit ou, pour ce qui est de la loi, par le recours à une « interprétation raisonnable » dont on connaît la redoutable efficacité, même si l'on écarte, pour ce qui est de la loi, la possible intervention du Conseil constitutionnel, une telle hypothèse est à proprement parler inconcevable. La plupart des grandes créations normatives du juge, l'erreur manifeste — qui se résume, répétons-le, à la norme selon laquelle qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire ne peut néanmoins, dans l'appréciation des faits, commettre d'erreur manifeste —, la proportionnalité et tant d'autres sont en réalité hors de quelque

121. A. 7.XII.1962, *Assoc. des forces motrices autonomes*, 664.
122. V. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, *op. cit.*, pp. 327 ss.
123. Sur tous ces points, v. l'étude précitée de Mme Bréchon-Moulènes.

atteinte que ce soit, l'Etat de droit se maintenant, non pas tant pour des raisons de droit que pour des raisons de fait.

152. *Conclusion de la section I.*

Il semble ainsi que l'étude de la technique du standard permette de préciser certains aspects complexes du travail normatif du juge, concernant ses conditions, ses modalités et son étendue.

Ses conditions sont difficiles, car l'illégitimité du travail normatif du juge ne peut pas être absolument rejetée du strict point de vue du droit constitutionnel. Il y a là une explication du recours que le juge fait à des sources matérielles dont la légitimité intrinsèque est suffisamment forte : principes généraux du droit qui cristallisent les traits essentiels de notre civilisation juridique; règles à standards qui transforment le normal, sous ses diverses figures, plus ou moins descriptives ou dogmatiques, en norme.

Les modalités de ce travail normatif sont multiples : interprétation - création à partir des standards et autres concepts peu déterminés *a priori* des textes mis en œuvre; création originaire par la consécration des principes généraux du droit et des règles à standard, formes qui ne sont pas exclusives au demeurant de dispositions normatives jurisprudentielles plus ponctuelles.

L'étendue de ce pouvoir normatif est considérable, et il jouit d'une quasi-immunité de fait. Sans doute est-il, en dehors même du cas précis de la juridiction administrative qui a dû forger elle-même les grandes lignes du droit qu'elle applique, indissociable de la fonction même de juger.

En contrepoint se pose toutefois la lancinante question du pouvoir discrétionnaire du juge, qui obscurcit une partie du débat.

SECTION II

LES STANDARDS ET LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DU JUGE

153. *Introduction.*

La thèse selon laquelle le juge administratif exercerait un large pouvoir discrétionnaire tient une place singulièrement importante dans la doctrine administrativiste. Elle semble pourtant insusceptible de rendre compte de façon satisfaisante de la réalité du travail juridictionnel si ce n'est en quelques rares exceptions aisément énumérables.

Il est utile de soulever brièvement cette question pour trois raisons : parce que c'est à propos des standards et autres vocables indéterminés des textes que la doctrine a cru pouvoir expérimenter cette thèse; parce que, si elle était admise, elle infirmerait directement les développements précédents dont il ressortait notamment que la présence d'un standard dans un texte aboutit au transfert de la réalité du pouvoir normatif de l'autorité le détenant au juge pour qu'il l'exerce alors en son nom (interprétation - création); parce qu'enfin nous aurons par la suite à réfuter le point de vue selon lequel les standards textuels ouvrent un pouvoir discrétionnaire à l'administration [124] : admettre qu'ils ouvrent un pouvoir discrétionnaire au juge nous mettrait dans l'impossibilité de mener à bien cette réfutation, le jeu de l'administration et de son

124. V. *infra*, 2e partie, titre 1er, chap. 1er.

juge se ramenant alors, comme certains auteurs l'ont pensé, à l'exercice concurrent de deux pouvoirs discrétionnaires, celui du juge prévalant simplement en dernière instance.

Nous avons déjà examiné une tentative de mise en relation du pouvoir discrétionnaire du juge et de la notion de standard chez Hauriou. Selon le maître de Toulouse, le juge, en élaborant des standards, autolimiterait sa capacité de se déterminer au coup par coup au gré des espèces. Qu'en posant un standard pour justifier une directive le juge restreigne son pouvoir, cela nous est apparu possible encore que cette interprétation ne semble pas toujours prévaloir contre l'interprétation inverse au terme de laquelle le juge autolimite moins, ce faisant, qu'il ne réserve son pouvoir [125]. Mais là n'est pas tant le problème ici : si la thèse d'Hauriou semble contestable c'est surtout parce que, si autolimitation il y a, elle n'est pas du pouvoir discrétionnaire mais du pouvoir normatif.

En fait, nous n'aboutirons pas à cette proposition en critiquant Hauriou, dont la réflexion en ce domaine ne retient guère la doctrine, mais en nous attachant à une autre relation plus souvent discernée entre standard et pouvoir discrétionnaire. Pour nombre d'auteurs, la présence dans un texte d'un standard et plus généralement d'un concept peu déterminé, ouvre un pouvoir discrétionnaire aux autorités d'exécution, c'est-à-dire en principe à l'administration et au juge. Nous essaierons de montrer par la suite que cette hypothèse n'est pas convaincante pour ce qui est de l'administration. Il va s'agir ici de préciser pourquoi elle n'est pas admissible pour ce qui est du juge.

SOUS-SECTION I

La relation standard - pouvoir discrétionnaire du juge dans la doctrine

154. *Naissance de cette doctrine dans les années trente : les thèses de MM. Goldenberg et de Lacharrière.*

Cette relation fut présente dès les débuts du mouvement du standard. Al Sanhoury écrivait ainsi que le standard « étant par définition une grande ligne de conduite, une directive générale, laisse au juge qui l'applique un certain pouvoir discrétionnaire » [126]. Pour Jean Dabin, pourtant critique à l'égard de la distinction règle/standard, on l'a vu, le standard n'en « évoque (par moins) le pouvoir discrétionnaire d'appréciation non seulement du juge mais de l'administrateur » [127].

M. Goldenberg est néanmoins le premier qui, se fondant sur une connaissance remarquable de la doctrine autrichienne et allemande, ait posé avec méthode les grandes lignes de la doctrine consistant à faire découler pour le juge un pouvoir discrétionnaire des standards textuels. Cet auteur reprend l'ensemble de la doctrine austro-allemande, pour laquelle, écrit-il, « la question des règles imprécises est... la question centrale » [128]. Les points de vue les plus significatifs de cette doctrine valent d'être rapportés car nombre de problème dont on dispute aujourd'hui étaient très clairement posés dès la fin du siècle dernier et le début de celui-ci et qu'au demeurant la doctrine française des années trente a été au plus haut point marquée, dans son ensemble, par ces travaux.

125. V. *supra*.
126. *Les restrictions contractuelles...*, *op. cit.*, p. 47; v. aussi Stati, *op. cit.*, pp. 45 et 54; et plus récemment Siorat, *op. cit.*, p. 318.
127. *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 84, n. 2.
128. *Le conseil d'Etat, juge du fait, étude sur l'administration des juges*, 1932, p. 68.

Le premier de ceux-ci est celui de Bernatzik [129]. La notion clef pour cet auteur est celle d' « appréciation ». Selon lui, il y a appréciation dès lors que l'autorité appelée à se prononcer n'est pas liée par des normes juridiques précises. Cette appréciation met en œuvre un pouvoir discrétionnaire, que ce soit l'administration qui l'exerce ou le juge : ce dernier en effet agit alors d'une façon que rien ne distingue de l'action d'un administrateur. Le domaine de l'appréciation est non celui des vérités mais celui des avis, des opinions. Dès lors le juge, s'il consent à intervenir, ne fait que substituer son opinion à celle de l'administrateur et se comporte ni plus ni moins en supérieur hiérarchique.

Aux antipodes, la doctrine de Tezner, révélée comme celle de Bernatzik, en 1886, à Vienne, mais qui en constitue une sévère critique [130]. Comme le notait Tezner, « dans une certaine mesure, la signification de tout mot est vague » et les thèses de Bernatzik aboutiraient soit à supprimer tout contrôle du juge sur de larges secteurs de la vie administrative, soit à vider le contrôle proprement juridictionnel de tout contenu. La conclusion de Tezner : si difficile qu'elle puisse s'avérer, la qualification d'un fait appartient toujours au juge et le développement des concepts dont se sert la loi est exclusivement affaire de juridiction; tout concept dont se sert la loi est un concept juridique qui doit être interprété par le juge à moins que la loi n'en décide autrement de façon expresse.

Troisième position, vingt ans plus tard, celle de Von Laun [131]. Cet auteur adopte une doctrine à peu près intermédiaire. Selon lui, il faut savoir si la loi a posé par elle-même le but à poursuivre, ou bien si elle en a laissé le soin à l'organe d'exécution. Dans le premier cas, quelle que soit la nature des concepts légaux devant être mis en œuvre, et Von Laun donne à cet égard des exemples de termes qui sont des standards, l'organe d'exécution, administrateur ou juge, ne fait jamais qu'exécuter la volonté légale, dire ce que le législateur aurait dit à sa place. Dans le second cas, au contraire, il y a pouvoir discrétionnaire.

M. Goldenberg se montre très critique pour les positions de Tezner et même de Von Laun, et il apparaît plus proche, encore qu'avec des nuances, de celles de Bernatzik. C'est à ce moment de son étude qu'il aborde la pensée de Kelsen et, secondairement, celle des autres penseurs de l'Ecole de Vienne, Merkl et Verdross [132]. La doctrine française de l'époque semble avoir été particulièrement frappée par la précision des fondements au pouvoir discrétionnaire qu'apportaient les théories de la formation du droit par degré (*Stufentheorie*) [133]. M. Goldenberg retient ainsi cette idée selon laquelle « toute exécution d'une volonté étrangère implique une plus ou moins grande liberté d'appréciation », car « jamais la détermination du degré inférieur par le degré supérieur ne peut être complète », sans quoi « un autre degré serait superflu » [134]. Ainsi la loi implique-t-elle, selon son indétermination, en proportion variable, mais dans tous les cas, à la fois une part de compétence

129. *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft*, 1886 (v. Goldenberg, *op. cit.*, pp. 64 ss.).
130. *Zur Lehre des Freies Ermessen der Verwaltungbehorde* (v. Goldenberg, pp. 68 ss.).
131. *Das Freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910 (v. Goldenberg, pp. 74 ss.).
132. L'on notera néanmoins que M. Goldenberg ne se réfère qu'à *Haupt Probleme der Staats Rechts Lehre*, 1911, et à *Allgemeine Staats Lehre*, 1925; *la Théorie pure du droit* (*Reine Rechtslehre*) n'est parue qu'en 1934.
133. V., entre autres, Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *R.D.P.*, 1928, pp. 668 ss. (et notamment pp. 684 ss.); Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, 1933.
134. *Op. cit.*, pp. 92 et 93.

liée et une part de pouvoir discrétionnaire. Et il n'y a nulle distinction à opérer entre le pouvoir discrétionnaire de l'administration et celui du juge.

Toutefois, M. Goldenberg, à ce stade de la démonstration, rompt avec les conceptions de l'Ecole de Vienne. Elles nient selon lui la liberté qu'implique le pouvoir discrétionnaire. « La différence nécessaire, écrit Kelsen, entre les deux degrés successifs de concrétisation d'une norme n'implique pas une liberté pour l'auteur de la seconde norme. » [135] Il ne fait jamais qu'exécuter la première. « On ne peut parler d'une activité étatique libre, dans les limites du droit, mais seulement d'une réalisation de ces limites, de ces règles. » [136]. Selon M. Goldenberg, l'Ecole de Vienne ne pousse pas ici ses raisonnements à leur terme logique. Il serait plus juste de dire que la notion kelsénienne de pouvoir discrétionnaire est marquée d'une forte spécificité, sur laquelle nous reviendrons par la suite et qu'il y a peut-être eu, pour la doctrine française des années trente la découvrant, une adhésion d'autant plus forte qu'elle s'opérait sur une équivoque. On a voulu, dans le cadre de la problématique française du pouvoir discrétionnaire, jalonnée des travaux de Michoud, de Duguit, d'Hauriou et de tant d'autres, utiliser les théories de l'Ecole de Vienne pour ce qu'elles avaient de global, sans, ou si rarement, les suivre jusqu'au bout.

Nous aurons l'occasion de reprendre plus à fond ces questions un peu plus loin [137]. Il suffit de retenir ici que la thèse de M. Goldenberg, qui est l'une des premières grandes thèses modernes en droit administratif, fixe les principaux traits de ce qu'on pourrait appeler la doctrine française concernant la relation standard légal - pouvoir discrétionnaire. Celle-ci s'articule en trois propositions :

1. Le standard légal met en cause une question d'appréciation et ouvre de ce fait un pouvoir discrétionnaire;

2. Si le juge se refuse à apprécier les faits, il abandonne l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire à l'administration, mais « il risque de laisser méconnaître l'intention vague mais réelle du législateur »;

3. S'il les apprécie, au contraire, « il assume l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire très étendu » [138].

A ces trois propositions s'en ajoute une quatrième, concernant les standards jurisprudentiels, c'est-à-dire créés par le juge lui-même :

4. Lorsqu'il y a standard jurisprudentiel, apparaît « dans toute sa pureté le pouvoir discrétionnaire du magistrat » [139].

Les thèses de M. de Lacharrière, qui trouvaient au demeurant, jusque dans les formulations mêmes, de solides appuis dans les conclusions de certains commissaires du gouvernement [140], parachevèrent celles de M. Goldenberg en

135. *Haupt Probleme...*, p. 499 (cité par M. Goldenberg, p. 96).
136. *Allgemeine...*, p. 240 (cité par M. Goldenberg, p. 96).
137. *Infra*, 2e partie, titre 1er, chap. 1er.
138. *Op. cit.*, p. 217.
139. *Ibid.*, p. 276.
140. V. concl. Le Vavasseur de Précourt, 13.IV.1881, *Bansais*, 432; concl. Chardenet, 19.XII.1909, *Abbé Olivier, D.*, 1910.III.21; concl. Teissier, 5.IV.1908, *Marc., S.*, 1909.III.120; concl. Corneille, 10.VIII.1917, *Baldy*, 640, etc.; v. aussi quelques fulgurants développements d'Hauriou *in Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, fasc. 1, pp. 384 ss.; Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, 1922, p. 105; à une époque plus ancienne, mal dégagée de l'esprit de la justice retenue, voici encore : Jacquelin, *Les principes dominants..., op. cit.*, pp. 181 ss. et 230 ss.; Cruet, *Etude juridique de l'arbitraire juridique, op. cit.*, p. 253; Laferrière, lui-même n'était pas étranger à ce type de raisonnement : v. *Traité..., op. cit.*, t. 1, p. 17, et t. 2, p. 574; non plus que Duguit, *Etudes de droit public*, t. 1, 1901, p. 581, et t. 2, 1903, p. 742; plus récemment, v. Donnedieu de Vabres, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives », *E.D.C.E.*, 1949, p. 30. Pour un historique de ces questions, v. les thèses de MM. Sandevoir, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, 1964, *passim;* et Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, 1970 (notamment pp. 183 ss.). La thèse de M. Sandevoir est largement consacrée à l'exploration du principe « juger l'administration, c'est *encore* administrer », principe invoqué, au début du XIXe, par les partisans de la confusion de la juridiction administrative et de l'administration active, auquel il substitue, pour tenir compte du compromis réalisé selon lui entre ce principe et le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, le principe « juger l'administration, c'est *aussi* administrer », plus modéré dans sa formulation et qui est de Jacquelin à la fin du XIXe siècle. Comme le montre de façon convaincante M. Chevallier, *op. cit., passim*, le principe de séparation n'a cessé tout au long du XIXe, de progresser, grâce, notamment, à l'action d'éminents juristes, Macarel, Cormenin, Vivien, Bouchené-Lefer, encore que ceux-ci aient davantage été partisans d'une solution mixte que purement juridictionnelle (*op. cit.*, pp. 99 ss.), sans parvenir totalement à l'emporter, l'opposition d'autres juristes éminents, Henrion de Pansey, Sirey, Joseph-Marie Portalis étant forte (*op. cit.*, pp. 97 ss.; et Sandevoir, *op. cit.*, pp. 79 ss. et 188 ss.). Ceci n'infirme pas l'hypothèse qui sera la nôtre dans la suite de ces pages : la nature théorique de tout contrôle juridictionnel est immuable (« juger c'est juger », pour reprendre la formule des partisans d'un contrôle de type judiciaire au XIXe siècle selon M. Sandevoir, *op. cit.*, pp. 338 ss.); ce qui peut varier, c'est la conscience qu'on en a; de ce point de vue, la persistance de l'idée de contrôle hiérarchique dans l'esprit d'un Conseil d'Etat se donnant de lui-même l'image d'un administrateur supérieur, son regain dans les années vingt et trente, a certainement permis, pour des raisons théoriquement fausses, les progrès d'un contrôle dont on s'aperçoit aujourd'hui sans conteste qu'il est proprement juridictionnel.
141. Lacharrière, *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, 1937, p. 3; v. critique *in* Lodovici, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, 1937, pp. 157 ss.
142. *Ibid.*, p. 43.
143. *Ibid.*, p. 76.
144. *Ibid.*, p. 91; l'on notera qu'au demeurant les idées de M. de Lacharrière n'étaient pas « maximalistes » au sein du courant qu'elles incarnaient (v. Dubisson, *op. cit.*, p. 43).

trouvant un fondement à cet immense pouvoir discrétionnaire du juge, à cette « administration des juges », selon le sous-titre de la thèse de M. Goldenberg : si le juge administratif se conduit ainsi, c'est parce que « le Conseil d'Etat n'est pas uniquement un juge » [141]. Il est en même temps juge et administrateur et exerce donc à la fois un contrôle juridictionnel et un contrôle hiérarchique. « Ce contrôle sera juridictionnel dans la mesure où il se bornera à dire le droit. Il sera hiérarchique dans la mesure où il s'exercera à l'intérieur de la zone légale où l'administration se détermine librement » [142]. Il n'est pas indifférent de constater que M. de Lacharrière considère comme signe distinctif de la « règle de droit... qu'elle a un contenu déterminé, un contour bien arrêté, une sanction assurée » [143]. Ainsi y aurait-il exercice de son pouvoir discrétionnaire par le juge, comme chez M. Goldenberg, notamment lorsqu'il accepte de contrôler la mise en œuvre des notions indéterminées. Et l'on retrouve Bernatzik lorsque M. de Lacharrière conclut qu'alors « le Conseil d'Etat se conduit comme un administrateur, suivant son sentiment, et non comme un juge, suivant le droit » [144].

Ces idées, formulées avec force dans les années trente, demeurent, explicites ou latentes, admises par une très grande partie de la doctrine française d'aujourd'hui. Il est tout à fait inutile de procéder à une énumération fastidieuse : le lecteur administrativiste sait qu'il en est ainsi.

SOUS-SECTION II

Les standards ne sauraient ouvrir un pouvoir discrétionnaire au juge

155. *Le problème des standards textuels.*

Lorsqu'une loi comporte un standard, le juge n'a en réalité que deux possibilités :

— considérer (point de vue selon nous contestable, mais, on le verra, parfois adopté par la jurisprudence) que par l'emploi de ce standard le législateur a entendu abandonner un pouvoir discrétionnaire à l'administration [145];

— considérer qu'il y a là une notion légale dont il n'y a nul lieu, dès lors qu'il accepte d'en contrôler l'application, de penser qu'elle n'est pas juridique au même titre que n'importe quelle disposition plus précise.

Que faut-il entendre en effet, dans le simple cadre des rapports loi - pouvoir discrétionnaire, par pouvoir discrétionnaire ? Il suffira de retenir ici, quitte à apporter par la suite des précisions à celles-ci, les définitions classiques de Marty et de Michoud. Il y a pouvoir discrétionnaire, écrit Marty, « lorsque la loi n'a donné aucune indication que le juge ait pu enfreindre ou mal appliquer, sur l'usage qu'il convenait de faire du pouvoir qu'elle consacrait » [146]. L'éminent juriste concluait : si la loi « dit, de façon même vague et imprécise, dans quel but ou de quelle façon le juge doit faire usage du pouvoir qui lui est reconnu, s'il est possible de dégager du texte légal une directive ou une méthode de solution, on ne peut plus dire qu'il y a pouvoir discrétionnaire » [147].

Michoud, pour sa part, en bon administrativiste, nous ouvre des perspectives plus larges en ne s'en tenant pas à la seule mise en cause de la loi : « Il y a, écrit-il, pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit » [148].

Kelsen n'était ainsi, contrairement à ce qu'a pensé M. Goldenberg, pas le moins du monde incohérent. Comme l'a écrit le maître autrichien dans la *Théorie pure du droit*, « la création des normes inférieures peut être réglée par les normes supérieures dans deux directions. Les normes supérieures peuvent déterminer l'organe par lequel et la procédure selon laquelle seront créées les normes inférieures. Elles peuvent aussi déterminer par ailleurs le contenu de ces normes. » [149]. Dans tous les cas, dit Kelsen, il y a à la fois application de la norme supérieure par la norme inférieure et création de droit, mais, bien sûr, selon les cas, en des proportions bien différentes. Dès lors, Kelsen peut tout à fait affirmer que ce qu'il appelle pouvoir discrétionnaire du juge, et qui existe toujours au moins à titre résiduel, se concilie parfaitement avec le fait que sa norme ne soit néanmoins qu'une norme d'application.

La seule question qui se pose est de savoir si la terminologie kelsénienne n'est pas ici dangereuse et susceptible d'induire en erreur [150]. Dire, dans la langue de Kelsen, que, même lorsqu'une norme supérieure édicte le détail du contenu de la norme inférieure, elle ne peut empêcher que cette dernière, dans le mouvement de concrétisation qu'elle accomplit, ajoute quelque chose, est tout à fait juste, mais ne contribue pas à résoudre le problème particulier de la qualification de la nature du pouvoir du juge lorsqu'il met en œuvre un standard textuel. Ce que permet de mieux appréhender Kelsen, c'est le caractère limité des conceptions strictement exégétiques : en fait, le juge qui interprète un standard pour le mettre en œuvre a un rôle véritablement créateur, nous y avons déjà beaucoup insisté : c'est même sa création que le législateur a souvent voulu, en toute conscience, susciter. La latitude d'action dont dispose alors le

145. Sur cette question, v. *infra*, 2e partie, titre 1er, chap. 1er.
146. *La distinction du fait et du droit, op. cit.*, p. 271.
147. *Ibid.*
148. « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *R.G.A.*, sept.-déc. 1914, p. 9.
149. *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Eisenmann, 1962, p. 316.
150. V., ainsi, Loschak, *op. cit.*, p. 92.

juge peut sans doute être baptisée pouvoir discrétionnaire au sens kelsénien de ce terme. Mais, au sens que la doctrine française accorde en général à ce terme, il n'y a nul pouvoir discrétionnaire : dès lors que l'interprétation - création a été opérée, elle vaut seule, elle est le fruit de la volonté même du législateur, et tout se passe comme s'il n'y avait jamais eu l'ombre d'un problème d'interprétation. Le standard textuel est le signe de la prise en compte par le législateur de l'impossibilité de prévoir toutes les situations et toutes les solutions, de la nécessité de faire court, de celle encore, dans des matières mouvantes, de ne pas se contraindre à modifier, pour tenir compte de l'évolution du type de référence, son texte de session en session : mais il n'implique pas du tout qu'il n'y ait pas, on ne la connaîtra qu'après que le juge se sera prononcé, qu'une seule solution correspondant à sa volonté pour une situation donnée. Tout cela avait d'ailleurs été bien perçu, dans les années vingt, par Bonnard [151], Réglade [152], Giraud [153] et d'autres encore qui refusaient l'idée de pouvoir discrétionnaire du juge, mais leurs théories, on aura l'occasion d'y revenir, étaient hypothéquées par d'autres considérations.

156. *Le problème des standards jurisprudentiels.*

Les erreurs commises dans les années vingt et trente ont amené à la conception selon laquelle l'indétermination de la loi (standard textuel par exemple) ou la lacune de la loi (pouvant entraîner un recours aux standards jurisprudentiels) engendreraient pour le juge un pouvoir discrétionnaire. Ces erreurs résultaient de ce qu'alors même que les auteurs de cette époque contestaient la doctrine exégétique par eux, à juste titre, jugée périmée, ils demeuraient prisonniers du raisonnement fondamentalement exégétique selon lequel, dès lors qu'il n'y a pas de loi, il n'y a et il ne saurait y avoir de droit. Pour adopter un vocabulaire kelsénien, on pourrait dire que, pour ces auteurs, en l'absence de loi le juge ne mettait pas en œuvre une « règle » de droit générale, mais une « norme » purement individuelle. La combinaison des articles 4 et 5 du Code civil, si souvent invoqués, menait d'ailleurs à cette solution, le premier consacrant l'obligation de juger dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des textes, et le second défendant aux juges « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Bref, comme l'écrivait le professeur Waline, « il faudra reconnaître un pouvoir discrétionnaire... à tous les juges dans les cas prévus par l'article 4 du Code civil, qui, envisageant l'hypothèse où le juge ne trouve pas dans la loi les éléments de la solution d'un litige, lui prescrit de suppléer lui-même à l'insuffisance de la loi » [154].

En réalité, les articles 4 et 5 combinés sont inapplicables. Mais il faut ici procéder par étapes.

Tout d'abord, c'est une vérité méthodologique absolument indubitable aujourd'hui, il n'y a pas de jugement sans norme préalable. Le jugement que l'on appelle parfois d'espèce, formule malheureuse, suppose une norme préalable aussi clairement constituée que le jugement bien assis et conforté par une abondante jurisprudence. Comme l'écrivait Kelsen si justement, et cet aspect de sa pensée a

151. « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, pp. 363 ss.
152. « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, pp. 413 ss.
153. « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *R.G.A.*, 1924, pp. 193 ss. et 298 ss.
154. *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, 1930, p. 10.

été étonnamment oublié dans les premiers temps de sa diffusion, dans l'entre-deux-guerres [155] :

> « Il est faux de croire que, si la décision des cas concrets n'est pas liée à des normes générales créées par la voie de la législation ou coutumièrement, les normes générales sont complètement exclues de la procédure de création de droit. Lorsque l'organe auquel un cas concret est soumis pour décision doit prendre une décision " juste ", il ne peut le faire qu'en appliquant une norme générale qu'il tient pour juste. Puisqu'une telle norme générale n'a pas été créée déjà par voie de législation ou de coutume, l'organe appelé à trouver le droit doit procéder exactement de la même façon que le législateur. » [156]

Comme l'a écrit M. Amselek, « tout jugement, toute évaluation, toute mesure, par quelque biais, sur quelque plan qu'elle intervienne, implique, de la part du sujet, la mise en œuvre d'un instrument de mesure, d'une norme, au sens le plus général du terme » [157].

A ce point du raisonnement, nous nous trouvons toutefois confronté à une difficulté : s'il n'y a pas de jugement sans norme préalable, le pouvoir discrétionnaire lui-même met en œuvre une norme, est indissociable d'un certain pouvoir normatif. Admettons qu'un administrateur se voie reconnaître un pouvoir discrétionnaire par une loi, celle-ci disposant par exemple qu'il fera ce qui lui apparaîtra convenable ou qu'il pourra recourir ou non à telle solution. Le choix que fera cet administrateur d'agir en tel sens ou de recourir à telle solution ne pourra se faire qu'en fonction d'une norme. Où l'on comprend mieux une proposition d'Hauriou : « Il ne faut pas croire qu'un pouvoir discrétionnaire soit un pouvoir qui n'a pas de règles, c'est seulement un pouvoir qui se fait à soi-même ses propres règles. » [158] Et où l'on saisit mieux ce que Kelsen pouvait entendre par pouvoir discrétionnaire : part du pouvoir qui est affranchie de l'élément d'application qui, plus ou moins, existe dans tout pouvoir.

Seul un approfondissement de la question permet sa solution : s'il est bien vrai que la norme précède inéluctablement la décision même dans le cadre d'un pouvoir analysé comme discrétionnaire, il n'empêche que cette norme n'a pas le même contenu que celle qui précède la décision dans le cadre d'un pouvoir réputé n'être pas discrétionnaire. La norme qui préside à une décision dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire a pour caractéristique d'être subjective et pour vocation de n'être appliquée qu'à la situation tranchée. Il s'agit d'une norme d'opportunité : la loi qui dit à l'administrateur « fais ce que bon *te* semble, ce qui *te* semble convenable » lui ouvre un pouvoir discrétionnaire. Dès lors que le juge veut contrôler un choix de l'administration il ne peut par contre le faire qu'au nom d'une norme proprement juridique, à vocation générale. La nature des pouvoirs de l'administration et du juge implique cette solution. L'administration est, indirectement, responsable politiquement et cela autorise

155. V. ainsi les études pourtant si pénétrantes de Carré de Malberg, *op. cit.*, pp. 4 et 108 ss., ou de M. Goldenberg.

156. *Théorie pure du droit*, p. 338; Kelsen est ici pleinement kantien (v. *Critique de la raison pure*, éd. Tremesaygues et Pacaud, 1968, pp. 148 ss. et 455); Michoud apparaît encore là comme l'un des meilleurs théoriciens de son temps malgré sa mort prématurée; v. l'étude précitée, p. 196 : « Lorsque le juge doit suppléer au silence du législateur en dégageant lui même la règle de droit à appliquer..., il n'en doit pas moins concevoir sa décision, non comme une décision d'opportunité, mais comme une règle de droit appelée à régir tous les cas semblables... Ce n'est pas là le véritable pouvoir discrétionnaire. »

157. *Méthode phénoménologique..., op. cit.*, p. 51; v. aussi Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Réflexions sur la nature des choses..., op. cit.*, p. 5, et *Eléments d'une introduction à la philosophie du droit*, 1976, pp. 21 ss.

158. Note 17.VII.1925, *Assoc. personnel Banque de France*, *S.*, 1925.III.33.

le pouvoir discrétionnaire, la norme subjective [159]. L'irresponsabilité du juge [160] exclut qu'il procède autrement que par normes générales, en invoquant non pas son choix propre mais l'évidence et la nécessité de sa solution, ce qui explique, on l'a vu, la croissance du recours au standard jurisprudentiel, à cause de son pouvoir légitimant.

Dire que le juge, en contrôlant l'administration par la mise en œuvre d'un standard jurisprudentiel, contrôle l'opportunité et exerce un pouvoir discrétionnaire est faux : il exerce par définition un authentique pouvoir normatif et contrôle la légalité *lato sensu*, légalité dont il est en réalité le maître dans le silence de la loi formelle. Dire autre chose reviendrait à poser qu'il y a par nature des matières relevant de l'opportunité et des matières relevant de la légalité, ce qu'infirme absolument l'évolution du « bloc de légalité » depuis cent ans. Comme l'écrivait le Doyen Vedel, « il y a dans la légalité toute une part d'opportunité intégrée... Ce qui s'oppose, ce n'est pas la légalité et l'opportunité, mais l'opportunité légalement définie à l'opportunité laissée à l'appréciation de l'agent ». [161]

Parler de pouvoir discrétionnaire à propos de la création par le juge de normes jurisprudentielles à standard revient à confondre deux stades. La démarche par laquelle le juge élabore la norme est certes identique à celle de l'autorité disposant d'un pouvoir discrétionnaire : le juge soupèse les avantages, les inconvénients, les conséquences, l'adaptation des diverses solutions possibles. Mais c'est un pouvoir discrétionnaire qui s'épuise en une seule fois et qui s'annihile en s'exerçant [162].

Seule une norme générale posée par le juge peut briser la norme subjective et individuelle qui étaye le choix discrétionnaire de l'administration. Cette dernière norme n'existe que par la décision elle-même et laisse subsister intact le pouvoir discrétionnaire, ce qui pose tout le problème de la récente théorie jurisprudentielle de la directive, ainsi qu'on l'a vu (jurisprudence *Crédit foncier de France*), tant que le juge ne s'y oppose pas.

Comme l'a écrit le doyen Vedel :

> « Il n'y a jamais contrôle de l'opportunité et du pouvoir discrétionnaire; au point de vue du droit qui se fait, le juge s'assure le contrôle de certains éléments d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire en forgeant des règles de droit qui étendent le domaine de la compétence liée et de la légalité [163].

157. *Les rares cas de pouvoir discrétionnaire du juge.*

Est-ce à dire que le juge ne dispose jamais d'un pouvoir discrétionnaire ? Pas le moins du monde, et Gabriel Marty avait là encore su discerner ce qu'il en était. Le Doyen de Toulouse écrivait qu'il y a pouvoir discrétionnaire du juge par exemple lorsque

> « la loi vise bien une certaine situation et prévoit aussi la solution qu'elle comporte mais elle n'impose pas au juge le devoir absolu d'appliquer en tous cas ces prescriptions... (ajoutant) Le procédé ordinairement employé par le législateur pour conférer au juge un pouvoir discrétionnaire est l'em-

159. V. André Hauriou, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *Mélanges Carré de Malberg*, pp. 231 ss.; Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, 1959, pp. 159 ss.

160. V. Loschak, *op. cit.*, pp. 42 et 43.

161. *La notion de cause..., op. cit.*, p. 94; v. aussi *ibid.*, p. 25; *Droit administratif, op. cit.*, pp. 321 ss.; et Dubisson, *op. cit.*, pp. 36 ss. et 58 ss.

162. V. à ce sujet les réflexions de M. Venezia, *op. cit.*, p. 165.

163. *Droit administratif, op. cit.*, p. 323.

ploi du mot *pourra* ou des expressions *s'il y a lieu, s'il échet,* ou *selon les circonstances,* sans qu'il y ait là toutefois un *criterium* absolu » [164].

Ainsi, dans le cadre du sursis à exécution des décisions administratives, l'article 54 du décret du 30 juillet 1963 précise-t-il que, en dérogation au principe du caractère non suspensif des recours, « le sursis *peut* être ordonné à la demande du requérant... si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée » [165]. Cette disposition ouvre un pouvoir discrétionnaire au juge, non parce qu'elle emploie les standards « difficilement réparables » et « sérieux » — en les mettant en œuvre, le juge ne fait en effet qu'appliquer le décret —, mais parce qu'elle précise que, les conditions étant réunies, le juge peut ou non accorder le sursis [166]. Le juge semblait s'être en pratique dessaisi de son pouvoir discrétionnaire, octroyant automatiquement le sursis dès lors que les conditions étaient réunies [167]. Mais un arrêt récent a montré qu'il n'en était rien en réalité, le Conseil d'Etat disposant « que, même lorsque les conditions fixées » par les textes « sont remplies, il appartient au juge administratif d'apprécier dans chacun des cas qui lui sont soumis, s'il y a lieu d'ordonner le sursis à l'exécution de la décision attaquée » [168].

Les pouvoirs du juge administratif dans les contentieux des établissements dangereux, incommodes ou insalubres et des édifices menaçant ruine sont à bien des égards des pouvoirs d'administrateur et semblent de la même manière susceptibles d'être qualifiés de discrétionnaires.

Enfin, si l'on sort du contentieux administratif, c'est à juste titre que l'on parle bien souvent d'un pouvoir discrétionnaire du juge pénal. N'est-ce pas au demeurant le travail de celui-ci qui avait inspiré à Saleilles ses développements sur l'individualisation du droit, dont nous avons dit au début qu'ils ouvraient l'ère nouvelle dans laquelle le type de question que nous abordons est devenu d'une importance capitale ?

158. *Conclusion de la section II.*

Le concept de pouvoir discrétionnaire est ainsi inadéquat pour rendre compte du pouvoir que donne au juge administratif la mise en œuvre de standards textuels ou de celui que manifeste celle de standards jurisprudentiels. Admettre le pouvoir discrétionnaire du juge dans ces cas-là, c'est lui refuser en effet un véritable pouvoir normatif alors que celui-ci résulte de son travail même, pouvoir normatif qu'il exerce par délégation du législateur et au nom de celui-ci dans un cas, et de lui-même dans l'autre.

Quoi qu'il en soit, la condamnation de la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge en la matière ne se suffit pas : car elle permet malgré tout de mieux préciser la spécificité du pouvoir normatif du juge, spécificité qui peut tendre à dissimuler sa réalité.

164. *Op. cit.*, pp. 270 et 272 (s.d.t.); v. aussi Michoud, art. précit., *R.G.A.*, sept.-déc. 1914, pp. 24 ss.
165. c.n.q.s.
166. V. Nizard, *op. cit.*, p. 9.
167. Tout au plus faisait-il parfois référence à la troisième condition qu'avait cru pouvoir discerner M. Lavau dans la jurisprudence, *in* « Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs », *R.D.P.*, 1950, p. 790; « l'énorme majorité des décisions qui ordonnent le sursis se justifient explicitement ou implicitement par des raisons d'intérêt général »; v. aussi 31.I.1964, *Caffort, A.J.*, 1964.385.
168. A. 13.II.1976, *Assoc. de sauvegarde du quartier Notre-Dame,* 100.

159. *Conclusion du chapitre II.*

La généralité qui demeure un élément essentiel de la règle ne fait pas défaut à la norme posée par le juge. Au demeurant, l'obligation faite au juge de motiver ses décisions [169] le pousse à expliquer cette généralité, à s'en convaincre lui-même et à en convaincre les autres, sinon à s'en rendre prisonnier. Comme l'a écrit M. Venezia, « l'obligation de motiver sa décision conduit le juge à formuler, au besoin en la créant, la règle de droit dont elle procède » [170].

Plus même, cette généralité, qui s'exprime bien par la technique du standard, est un élément de la légitimité des décisions que le juge prend.

Pourtant, cette généralité doublée de cette autre caractéristique de la règle, qui est son impérativité, ne parviennent pas à faire que le pouvoir normatif du juge soit un pouvoir normatif exactement comme les autres. Pouvoir normatif certes, mais pouvoir normatif officieux et informel, le pouvoir normatif du juge est doté d'aptitudes à l'évolution, à la mutabilité, à l'adaptation, qui séparent radicalement sa production de celle des sources formelles du droit. Il y a, pourrait-on dire, une libre-modélisation juridique du juge et, singulièrement, du juge administratif. La règle posée par le juge en effet n'a pas de vie propre, autonome, perceptible en dehors de ses emplois, si ce n'est dans les ouvrages de la doctrine : elle est le fruit d'une création continue, d'espèce en espèce, bien qu'ainsi qu'on l'a dit elle ne s'identifie pas aux solutions adoptées mais les précède et les rende possible.

Et c'est ce qui explique que la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge ait pu rencontrer un tel succès. A chaque fois, effectivement, le juge a une totale liberté de droit de reconsidérer sa règle, même si en fait une jurisprudence en dents de scie se trouverait rapidement confrontée à un problème de *consensus*. Le pouvoir réglementaire doit par exemple changer un règlement avant de pouvoir en faire une application nouvelle à une situation donnée. C'est au contraire la décision particulière du juge qui fait savoir qu'il a changé de norme générale. Mais le schéma est pourtant nécessairement le même : la norme générale précède la décision particulière et ne se confond pas avec celle-ci.

Cette remise en cause toujours possible, et sans formes particulières, peut incliner à penser que le juge se prononce au coup par coup, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire, comme le juge administratif aime tant à le dire. Cette perspective rend peut-être assez bien compte de la psychologie de quelques juges administratifs. Mais elle néglige les contraintes afférentes à la fonction du juge. Le juge n'a pas compétence pour substituer ses choix à ceux de l'administration. Il peut sanctionner seulement ceux-ci au nom de l'impérieuse nécessité d'un droit dont il conçoit lui-même l'architecture. Le juge, lorsqu'il tranche une espèce à partir de ses seules constructions, n'est pas, ne peut pas être « existentialiste » au sens où l'entendait le président Chenot : cet « existentialisme », si l'on veut absolument garder ce terme, ne peut intervenir que dans la phase préparatoire de la norme jurisprudentielle. Le juge est Kantien par nécessité. Quelle serait en effet la légitimité d'un jugement qui ne répondrait pas à l'impératif catégorique : « agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle » [171] ? Non que le juge y parvienne : il ne s'agit pas d'un but à atteindre ou qui se puisse atteindre. Mais parce qu'il doit faire comme s'il souhaitait l'atteindre.

169. Sur cette question, v. *infra,* 2e partie, 2e titre, chap. 1er.
170. *Op. cit.*, p. 166.
171. *Critique de la raison pratique,* éd. Picavet, 1976, p. 30; v. Perelman, *Droit, morale et philosophie,* 2e éd., 1976, pp. 60 ss.

La technique du standard, en ce sens, illustre admirablement les caractères du pouvoir normatif du juge. Il s'agit d'un réel pouvoir normatif, certes, mais qui a une aptitude particulière à la formulation de normes souples, souplesse nécessaire par manque de légitimité, souplesse volontaire par désir du juge administratif d'étreindre autant que faire se peut la réalité et de se réserver à cette fin la possibilité de multiplier les directives adaptées aux situations variées dont il a à connaître en les dégageant d'une règle suffisamment compréhensive. Le rejet de la théorie contestable du pouvoir discrétionnaire du juge à partir des standards ne doit pas masquer le caractère fondamentalement original de la libre-modélisation juridique du juge administratif [172].

160. *Conclusion du titre II.*

Ce titre aura permis de mieux percevoir les multiples dimensions du champ d'application de la technique du standard. Mesure en termes de normalité, le standard offre une gamme de possibilités qui résulte de l'ambiguïté fondamentale de la notion de normalité. A la fois technique essentielle au service du travail du juge et élément de formulation des règles de fond, le standard accompagne le juge à tous les moments. Plus fréquent dans certains contentieux, le recours à la technique n'est absent d'aucun. Instrument essentiel de l'exercice d'un pouvoir normatif dérivé du juge, au nom du législateur, le standard joue un rôle important dans le cadre de son pouvoir normatif originaire.

Et pourtant l'analyse statique de cette première partie se heurte à certaines limites.

161. *Conclusion de la première partie.*

Les acquis de cette partie sont à la fois non négligeables et d'une grande fragilité.

Lorsqu'une notion existe, et celle de standard, encore qu'elle soit moins utilisée aujourd'hui que naguère, se rencontre néanmoins fréquemment, il n'est pas sain de la laisser se transformer peu à peu en concept totalement imprécis, mal borné et donc dangereux car susceptible d'introduire un ferment de dissolution dans une matière qui, on l'avouera, ne peut guère se le permettre. La notion de standard existant, il fallait décider de l'abandonner définitivement, et d'aucuns penseront peut-être que cela eût été la meilleure solution, ou au contraire tenter d'en discerner l'utilité. Nous avons choisi ce second parti et il nous semble que la récompense de cet effort tâtonnant gît dans une seule constatation : la notion de standard permet d'embrasser d'un œil nouveau des problèmes anciens et d'unir, dans une perspective d'ensemble, des concepts et des techniques à première vue distincts, pour une meilleure compréhension du travail juridictionnel si justement mis au premier plan des recherches aujourd'hui.

Le standard est une notion stratégique, critique, ce que la doctrine, sous quelque dénomination que ce soit, a toujours aperçu. Là, il faut abandonner sinon toute espérance, comme à l'entrée de quelque enfer du droit, du moins toute certitude définitive. Nous ne nous dissimulons pas ainsi ce que l'investigation purement théorique et statique de cette première partie peut laisser d'inquiétudes : les sujets de discussion foisonnent, et la notion de standard, si elle jette, selon nous, des éclairs fulgurants sur certaines questions, n'offre pas les beaux apaisements que suscitent d'autres notions. Car, en dernière analyse, qu'a-t-on

172. Et à cet égard, quoique n'étant pas d'accord, on l'a dit, avec ses prémisses, nous rejoignons Mlle Loschak, *op. cit.*, p. 48.

dit lorsque l'on a établi la réalité et la profondeur, par le truchement de la technique du standard, du rôle jurisprudentiel de la normalité ? On objectera que le service public, la puissance publique, l'intérêt général ne sont pas des notions plus aisément appréhendables. Les juristes, et singulièrement les administrativistes, sont-ils donc condamnés à vivre dans un univers de nuées ? On peut le croire : le mode de fonctionnement du droit non seulement s'accommode, mais suppose ce jeu de notions et de techniques un peu vagues. Mais à condition d'ajouter que ces nuées engendrent des choix extrêmement précis : le standard accouche, par une délicate maïeutique, de directives qui gagnent en solidité ce qu'elles perdent en charme.

Ainsi faut-il s'attacher à la pratique des standards, pour mieux appréhender les enjeux du droit administratif et les stratégies du juge.

DEUXIEME PARTIE

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET LA PRATIQUE DES STANDARDS

162. *Introduction.*

Cette deuxième partie est tout entière consacrée à la politique jurisprudentielle *latissimo sensu* des standards au travers de deux titres de deux chapitres chacun. Politique jurisprudentielle, le refus du juge, dans certains cas, d'opérer le contrôle de la mise en œuvre des standards textuels sous prétexte qu'ils ouvrent un pouvoir discrétionnaire à l'administrateur ou un pouvoir souverain d'appréciation au juge du fond. Politique jurisprudentielle le choix d'une appréciation abstraite, *in abstracto* ou *in concreto,* terminologie que nous aurons à préciser. Politique jurisprudentielle, la façon dont le juge traite formellement sa production, avec un certain laconisme parfois. Politique jurisprudentielle, enfin, l'utilisation des standards pour la mise en œuvre de jurisprudences politiques.

Pourtant, nous avons fait le choix de donner à l'expression un sens beaucoup plus restreint. Nous entendrons par politique jurisprudentielle du standard, dans le premier chapitre du deuxième titre de cette deuxième partie, le traitement purement formel de ce type de notion dans la jurisprudence administrative en essayant de préciser la place que tient le standard dans l'*imperatoria brevitas* souvent dénoncée de la juridiction administrative. Dans le deuxième chapitre du même titre, nous essaierons de dégager les traits principaux des jurisprudences politiques que mène le juge administratif par l'utilisation des standards : par opposition au traitement formel précédemment étudié, il s'agira alors de percevoir le traitement matériel que les standards subissent dans la jurisprudence administrative.

Ce faisant, nous n'intitulerons pas politiques jurisprudentielles les positions adoptées par le juge quant aux modalités du contrôle juridictionnel et de l'appréciation des standards. Il y aurait un inconvénient de méthode à le faire. Qu'en dernière analyse les choix opérés en ces domaines puissent apparaître relever de la politique jurisprudentielle au sens large est une chose : mais il n'est pas possible de le postuler, car le juge, pour sa part, tente, encore que moins souvent que la doctrine, par l'intermédiaire de ses commissaires du gouvernement et dans le corps même de ses décisions, de donner un fondement théorique aux options qui sont les siennes, notamment en ce qui concerne le contrôle ou le non-contrôle de la mise en œuvre des standards par l'administration ou le juge du fond.

TITRE PREMIER

STANDARDS ET HYPERTROPHIE DU FAIT DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

163. *Introduction.*

La pratique des standards, ce peut être, tout d'abord, le refus de leur pratique. Ce refus, lorsqu'il intervient, s'inscrit bien sûr dans le champ encombré de la distinction du fait et du droit.

Il y a, dans la doctrine administrativiste, doctrine des juges et doctrine des professeurs, ce que nous appellerions volontiers un bloc idéologique du fait, et c'est l'un des buts essentiels de cette étude que de mieux faire saisir son caractère idéologique et de mieux le concevoir.

Il s'agira moins ici de contester les choix de la jurisprudence que leurs motivations théoriques. Le juge, dans son travail complexe, peut, pour des raisons très diverses, souhaiter là étendre son contrôle, là encore le stabiliser : il n'appartient pas à la doctrine de critiquer sa politique avec une trop grande virulence ainsi qu'elle en a pris l'habitude depuis quelques années. Les équilibres en cause sont trop délicats pour que le juge procède trop vite et l'évolution d'ensemble de la jurisprudence depuis un siècle trop satisfaisante pour qu'on puisse incriminer sa mauvaise volonté. Par contre, la doctrine peut mettre en clarté ce qui lui semble une incohérence ou encore se demander si les motivations du refus du contrôle sont bien conformes à quelques présupposés théoriques sur lesquels l'accord devrait pouvoir se faire.

Deux propositions seront soutenues dans ce titre :

1. La première proposition est que l'idée selon laquelle la norme textuelle peu déterminée *a priori* ouvre un pouvoir discrétionnaire à l'administration et un pouvoir d'appréciation souveraine au juge du fond, selon que l'on se trouve dans l'un ou l'autre contentieux de l'annulation, constitue une motivation critiquable du refus de contrôle et qu'elle est au demeurant mise en œuvre d'une façon qui n'est pas toujours cohérente (chap. I[er]);

2. La deuxième proposition est que les ramifications de cette hypertrophie du fait sont considérables et qu'elle fausse notamment, en dernière instance, les conceptions de la doctrine concernant la nature de l'appréciation des standards effectuée par le juge (chap. II).

CHAPITRE PREMIER

LES STANDARDS, LE FAIT ET LE DROIT

164. *Introduction.*

De nombreux bons auteurs ont déjà montré l'éminente fragilité, la superficialité même du clivage fait/droit [1]. Il ne s'agit pas ici de reprendre l'ensemble de cette question. Mais de se demander si la distinction opérée, tant dans le contentieux de l'excès de pouvoir que dans celui de la cassation, entre certaines « appréciations » non contrôlées et les cas de « qualification » contrôlés, correspond toujours à des différences significatives.

Force sera de convenir que non. Que la « qualification (soit) une zone de passage », selon l'expression de M. Rivéro, est vrai [2]. Mais l'hésitation théorique que l'on peut avoir à la faire plutôt question de droit ou plutôt question de fait, à la supposer définitivement indépassable, ne légitime pas, une fois posé le principe du contrôle de la qualification par le juge, son rejet par le truchement de la notion d'appréciation. On ne veut pas dire qu'il soit impossible d'opérer une distinction entre qualification juridique et appréciation des faits : mais il est étrange qu'alors que cette distinction n'est en principe pas faite et que la notion de qualification juridique est entendue assez largement, on la voit parfois significativement resurgir.

Une étude systématique de la jurisprudence permettra de mieux préciser les grandes masses du contrôle et du non-contrôle et fournira les éléments d'une critique de la conception du standard question de fait.

1. V. notamment Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit.*, Husson, « Le fait et le droit », *A.P.D.*, 1964, pp. 231 ss.

2. « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », *Dial.*, 1961, nos 3-4, p. 475.

SECTION I

LE CONTROLE DE LA MISE EN ŒUVRE DES STANDARDS PAR LE JUGE

165. *Introduction.*

Les pages qui vont suivre seront consacrées à un tableau de la jurisprudence du Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir et juge de cassation du point de vue du contrôle et du non-contrôle de la mise en œuvre par l'administration dans un cas, par le juge du fond dans l'autre, des standards.

SOUS-SECTION I

Standards et non-contrôle

§ 1. — Standards et pouvoir discrétionnaire de l'administration

166. *Refus théorique ou refus politique de contrôle ?*

Répétons-le, la question posée ici ne peut viser que les prescriptions textuelles : si le juge lui-même édicte une prescription formulée à l'aide d'un standard, ce ne peut être que pour lier le pouvoir discrétionnaire de l'administration. On ne voit pas qu'il fasse l'effort de combler les lacunes des textes pour renoncer dans un second temps aux effets de son effort. Même l'erreur manifeste est un instrument de liaison du pouvoir discrétionnaire (comme nous l'avons dit plus haut, sans vouloir faire de jeu de mot : il y a contrôle normal de l'erreur manifeste). Lorsque ainsi le juge administratif dégage le « principe traditionnel de droit public » selon lequel le gouvernement démissionnaire ne peut expédier que les « affaires courantes », ce n'est pas pour, dans un second temps, laisser l'administration préciser elle-même ce qu'elle entend par ce standard [3]. Un autre exemple suffira à préciser cette évidence. L'ordonnance du 11 août 1962, relative à la réinstallation des pharmaciens d'officine rapatriés d'Algérie, et le décret du 16 mars 1963, pris pour son application prévoyaient la possibilité d'ouverture d'officines supplémentaires dans certaines conditions, et notamment au cas de constructions prévues d'immeubles dans un délai de cinq ans. Le Conseil d'Etat crée, pour la mise en œuvre de ces dispositions, un standard :

> « Pour se livrer à cette appréciation, l'administration doit rechercher non seulement l'état d'avancement des programmes de construction sur la base desquels la demande de licence est présentée, mais encore, en fonction des données dont elle dispose, les chances *sérieuses* d'aboutissement dans un délai de cinq ans des programmes en cours ou en voie d'engagement. » [4]

3. 4.IV.1952, *Synd. région. des quotidiens d'Algérie*, 210 (*G.A.J.A.*, 387); 19.X.1962, *Brocas*, 553.

4. 2.II.1972, *Santé publique c/ Minuit-Balalud*, 106.

Le Conseil d'Etat contrôle bien sûr la mise en œuvre de la notion de « chances sérieuses ».

Jusqu'à la Première Guerre mondiale, le recours pour excès de pouvoir connaît d'incessantes évolutions, et il est de ce fait préférable de s'en tenir à la jurisprudence des soixante dernières années.

Au dépouillement, bien sûr non exhaustif, de celle-ci, le lecteur de la doctrine classique concernant la question du pouvoir discrétionnaire — doctrine selon laquelle l'indétermination de la réglementation est dans tous les cas posée comme une source formelle de pouvoir discrétionnaire, de libre appréciation pour l'administration — ne manque pas d'éprouver une grande surprise : le standard textuel, dans la jurisprudence, voit dans la plupart des cas sa mise en œuvre par l'administration contrôlée par le juge sauf exceptions politiques aisément compréhensibles [5]. A moins bien sûr d'en tenir, comme certains auteurs étudiés plus haut, pour la théorie d'un pouvoir discrétionnaire partagé entre l'administration et le juge, le contrôle effectué par ce dernier n'équivalant pas dès lors à l'absence de pouvoir discrétionnaire du premier — mais nous avons vu qu'une telle conception était, au plus haut point, contestable —, il faut bien sûr constater que ce contrôle infirme le point de vue selon lequel la prescription textuelle à standard ouvre à l'administration un pouvoir discrétionnaire.

Quoi qu'il en soit, il y a eu cependant, au cours de la période étudiée, quelques exemples de standards textuels qui ont été réputés ouvrir à l'administration un pouvoir discrétionnaire, sans que cette solution se maintienne le plus souvent aujourd'hui [6]. Ainsi l' « urgence », dans le cadre de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévue par la loi du 30 mars 1831 [7], l' « équivalence » entre apports et attributions dans le cadre du contentieux du remembrement, le Conseil d'Etat spécifiant bien qu'il y avait là « une appréciation souveraine des faits » ne pouvant être discutée devant lui [8]. D'autres exemples viennent à la plume : ainsi la notion de « besoin de la population » justifiant l'ouverture dérogatoire d'une officine pharmaceutique, terrain d'élection pendant longtemps du contrôle minimum. Mais on verra qu'une explication particulière rend compte de cette position de la jurisprudence [9].

Si bien qu'en réalité le refus de contrôle de la mise en œuvre d'un standard par l'administration apparaît, bien que fréquent, comme constitutif d'une exception. Il ressort de la jurisprudence que ce n'est pas *parce que* le standard ouvre un pouvoir discrétionnaire qu'il y a non-contrôle mais que c'est *bien qu'*il n'ouvre pas un tel pouvoir et pour des raisons politiques. L'erreur de la doctrine est d'assimiler non-contrôle et pouvoir discrétionnaire. La jurisprudence semble ici plutôt démontrer qu'il y a des compétences liées que le juge pour des raisons particulières ne souhaite pas contrôler.

Car le juge lui-même a esquissé assez tôt des efforts de théorisation de ses abstentions. Il y a, semble-t-il, ce que l'on pourrait appeler une triple réserve traditionnelle du juge administratif à l'égard des questions techniques, de certaines questions touchant à la fonction publique, et de la haute police [10].

On peut trouver éminemment critiquables ces lacunes du contrôle, et M. Mestre s'est, avec tant d'autres, montré particulièrement sévère pour la notion de

5. Sur la doctrine classique, v. les développements de la section II, *infra*.
6. V. *infra*.
7. 8.VII.1921, *Dadolle*, *R.D.P.*, 1921.385.
8. 29.XI.1950, *Millot*, 582; m. jour, *Mercier*, *R.D.P.*, 1951.572; 22.IV.1959, *Pinet*, 254.
9. V. *infra*, n° 170.
10. V. sur cette idée, avec des formulations diverses, Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, pp. 389 ss.; Debbasch, *op. cit.*, pp. 743 ss.; Odent, *op. cit.*, fsc. 6, pp. 1560 ss.

contentieux technique [11]. Mais l'important est de bien voir que le fondement du non-contrôle n'est pas théorique (le juge butant sur un irréductible pouvoir discrétionnaire) mais politique (le juge refusant pour des raisons diverses que nous allons voir d'exercer un contrôle théoriquement possible).

167. *La réserve des questions techniques.*

Quant aux appréciations techniques, le président Odent a parfaitement décrit les raisons de l'abstention du juge :

> « Nombre de décisions administratives sont prises pour des motifs dont la technicité est telle que le juge devrait en réalité s'en remettre, s'il prétendait la contrôler, aux affirmations de l'administration ou des spécialistes. Il est alors plus honnête de reconnaître qu'étant incapable d'exercer un contrôle effectif, il renonce à l'exercer plutôt que de donner l'illusion qu'il l'exerce. » [12]

La réserve des questions techniques pose un délicat problème de définition. Comme le souligne le dictionnaire *Robert*, technique, adjectif, a trois sens : 1. « qui appartient à un domaine particulier, spécialisé, de l'activité ou de la connaissance »; 2. « qui, dans le domaine de l'art, concerne ou suppose le savoir faire, les procédés de travail et d'expression plus que les dons artistiques et l'effort créateur »; 3. « qui concerne les applications de la science pure, de la connaissance théorique dans les domaines de la production et de l'économie » [13]. En bref, il y a un sens extrêmement vaste et un sens des plus précis. Le juge administratif ne semble en fait s'enfermer en aucune manière dans une définition précise. Peut-être pourrait-on dire simplement qu'il se veut avant tout honnête homme au sens que pouvait revêtir ce terme au XVIII[e] siècle, amateur éclairé. Si bien qu'on le verra, nulle appréciation artistique ou morale ne le rebute. Ne sont jamais ou presque réputés techniques les beaux-arts et les bonnes mœurs. Au contraire le sont les arts mécaniques, les décisions de haut niveau scientifique. A ce premier critère s'en superpose un second qui souvent le complète : il semble que soit souvent supposée technique la matière à propos de laquelle on a créé une commission ou une instance de décision *ad hoc*.

Le juge administratif refuse ainsi de substituer son jugement sur la qualité d'une œuvre d'art si une commission de spécialistes est intervenue dont la qualité technique est indiscutable : ainsi à propos de la qualité, qui est un standard, d'une pièce refusée par la commission de lecture de la Comédie-Française [14].

Cette solution est *a fortiori* valable pour les décisions administratives plus nettement techniques au sens qui a été dit plus haut. Alors, c'est bien sûr le fait qu'il y ait appréciation particulièrement technique qui fonde le refus de contrôle à titre essentiel. Mais le juge ne manque pas, dans nombre de cas, de souligner que ladite appréciation a été faite par tel ou tel « comité technique » [15], souligne soigneusement qu'une décision a été prise par un conseil de

11. *Op. cit.*, pp. 100 ss.; v. le dernier chapitre de notre étude sur les jurisprudences politiques du juge.
12. *Op. cit.*, fsc. 6, pp. 1563 et 1564; v. aussi concl. Mosset, 5.XII.1956, *Thibault*, *D.*, 1957.II.21; Bourdoncle, *Fonction publique et liberté d'opinion*, 1957, pp. 40 ss.; Letourneur, « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *E.D.C.E.*, 1962, pp. 51 ss.; Rivéro, « La distinction du droit et du fait », art. précit., notamment pp. 476 ss.
13. *Robert*, t. 6, V°, Technique.
14. 19.I.1954, *Palaprat*, 118, *R.D.P.*, 1954.1072 (n. Waline), *A.J.*, 1954.II.277 (obs. Long).
15. 22.II.1952, *Soc. des laboratoires Conan*, 133; S. 25.IV.1958, *Soc. « Laboratoire Geigy »*, 236; Paris, 31.III.1965, *Soc. des Etab. Février*, 739; 8.I.1971, *Ischlondsky*, 14.

classe [16] ou par un jury d'examen [17]. A propos du centre Beaubourg, le jury est dit, dans l'appréciation des « mérites comparés des projets », ne pas avoir commis d'erreur manifeste d'appréciation [18].

En dehors ou en sus de la prise en considération de l'organe, le juge s'attache le plus souvent à la nature de la matière. Assemblée d'hommes raisonnablement cultivés, le juge administratif peut se vouloir architecte, historien, moraliste, urbaniste : il se refuse à jouer les pharmaciens-chimistes, les médecins, les ingénieurs agronomes, les œnologues, les pédagogues professionnels.

Le juge n'est pas pharmacien-chimiste. C'est dans ce domaine que les décisions sont les plus nombreuses. Toute une série de standards n'y sont pas contrôlés, non pour être standards et au motif qu'ils ouvriraient un pouvoir discrétionnaire, mais pour requérir une appréciation technique trop délicate qui rend préférable le non-contrôle de la compétence liée du spécialiste : ainsi la toxicité ou le danger d'un produit capillaire [19] ou de toute spécialité pharmaceutique [20], ses « inconvénients pour la santé publique » [21], le danger que peut représenter la délivrance au public sans ordonnance médicale de médicaments contenant des substances vénéneuses [22], « l'innocuité d'un produit » [23], *etc.* Comment considérer en effet qu'en donnant à un organe le pouvoir d'écarter les produits dangereux pour la santé publique, un texte lui ouvre un pouvoir discrétionnaire ? Il y a là l'une des plus légitimement liées des compétences imaginables.

Le juge n'est pas médecin. Le Conseil d'Etat refuse d'apprécier la valeur de méthodes thérapeutiques lorsque le Conseil de l'ordre des médecins s'est fondé sur elles pour estimer que les conditions requises de moralité pour l'inscription au tableau n'étaient pas remplies, alors que le pur contrôle des conditions de moralité est, on le verra, toujours réalisé [24]. Ou lorsqu'il apprécie si un médecin a des « connaissances particulières » dans une discipline qui permettent au Conseil de l'ordre de lui reconnaître, en dehors de la possession d'un certificat d'études spéciales, une qualification [25, 26].

Le Conseil d'Etat ne contrôle pas davantage la fixation des actes dont la pratique est réservée aux docteurs en médecine [27], ou les appréciations d'ordre

16. 10.I.1969, *Gauthier,* 21.
17. 27.XI.1970, *Martin,* Tb. 1165; aptitude d'un requérant au doctorat de 3e cycle déterminée par une commission *ad hoc :* 26.I.1977, *Demaret, R.D.P.,* 1977.885.
18. 23.I.1976, *Bergerioux,* Tb. 1078, *A.J.,* 1976.420.
19. A. 27.IV.1951, *Soc. Toni,* 236.
20. 24.V.1949, *Fergant,* 239; S. 25.IV.1958, *Soc. « Laborat. Geigy »,* 236; 8.I.1971, *Ischlondsky,* 14.
21. 22.II.1952, *Soc. Laborat. Conan,* 133; 6.XI.1963, *Soc. Iranex,* 523.
22. 28.IV.1967, *Féd. nation. des syndicats pharmaceutiques de France,* 180, *A.J.,* 1967.401 (concl. Galabert).
23. Paris, 31.III.1965, *Soc. des Etab. Février,* 739.
24. A. 27.XII.1947, *Pinelli-Monnet,* 498.
25. 18.XI.1960, *Bréchet,* 639; 5.XII.1962, *Bordier,* 661; 24.IV.1964, *C.N.O.M. c/ Bricourt,* Tb. 981; 22.I.1964, *C.N.O.M. c/ Latier,* 33; 5.I.1966, *C.N.O.M. et Moisant,* Tb. 1070; v. aussi S. 26.IV.1968, *Assoc. des internes des hôpitaux de Marseille,* 267; 28.V.1971, *Langlois,* 416.
26. Jurisprudences comparables concernant les experts comptables (« compétence notoire », S. 23.I.1948, *Cauvet,* 34; 3.II.1954, *Cauvin,* 73; « expérience comparable » à celle d'un expert comptable « particulièrement qualifié » : 8.X.1975, *Colas,* Tb. 1220; S. 5.III.1976, *Lehnert,* 141; « exercice de cinq ans de responsabilité importante » : 10.IV.1974, *Beaufils,* Tb. 1132) ou les commissaires aux comptes (aptitude professionnelle : 10.IV.1974, *Justice c/ Delamarche,* Tb. 1130; 13.XI.1974, *Justice c/ Demmartin,* Tb. 1130; 26.XI.1975, *Vandevelve, J.C.P.,* 1976.II.18382 (n. Guyon).
27. 6.VI.1962, *Belig,* 376.

médical auxquelles se livrent les conseils de révision pour décider de l'aptitude physique des jeunes gens au service militaire [28].

Le juge administratif n'est pas œnologue et se refuse à apprécier la qualité d'un vin auquel a été accordé le bénéfice d'une appellation contrôlée [29].

Il n'est pas pédagogue de métier et ne contrôle pas la décision d'un conseil de classe quant à l'aptitude d'un élève à poursuivre ses études [30] ou d'une commission de spécialistes quant à celle du requérant à obtenir le titre de docteur de troisième cycle [31].

Le juge ne contrôle pas davantage l'appréciation au terme de laquelle un préfet estime que le réseau de coopératives d'un secteur satisfait aux besoins des agriculteurs [32], ou celle par laquelle une commission instituée à cet effet a établi une équivalence entre des diplômes vétérinaires étrangers et le diplôme de vétérinaire français [33].

Un dernier exemple, qui n'épuise pas la liste des possibles, celui du contentieux du remembrement. Le juge de l'excès de pouvoir n'y contrôle pas les appréciations faites par les commissions départementales quant à l'équivalence des apports et des attributions en les posant comme souveraines [34], sauf depuis près de vingt ans contrôle de l'erreur manifeste [35, 36]. En revanche, l'amélioration de l'exploitation, prévue par l'art. 19 du Code rural, après avoir été sans doute jugée notion trop technique [37] est aujourd'hui contrôlée normalement [38]. D'autres standards de ce contentieux sont traditionnellement contrôlés, ce qui montre que la Haute Assemblée ne répute jamais une matière globalement technique mais opère des distinctions selon les questions soulevées : ainsi les notions de terrain à « utilisation spéciale » [39] ou de terrains constituant une « dépendance

28. S. 6.XII.1968, *Armées c/ Bachex,* 628; sous l'arrêt *Bachex,* il est précisé qu'il marque un revirement par rapport à 25.X.1967, *Hermann,* 394; effectivement, dans cet arrêt, l'aptitude physique au service militaire est contrôlée; le président Odent estime, comme le *Recueil Lebon,* qu'il y a eu revirement; nous ne le pensons pas toutefois, car, dans l'arrêt *Hermann,* il s'agissait de plein-contentieux (v. n. *A.J.,* 1969.20, sur l'arrêt *Bachex*); notons encore le contrôle de l'aptitude physique au service colonial par S. 25.III.1960, *Génand,* 220 : mais cas particulier, car il était impossible de vacciner le requérant à cause de son état physique, or cette vaccination était prévue par les règlements; il y avait donc une condition textuelle non remplie; il est d'autres cas où des raisons politiques fortes militent en faveur du contrôle et annulent les raisons politiques qui font en principe l'exclure; il s'agit d'éviter que l'immunité ne couvre de trop graves injustices; le juge contrôle ainsi la mise en œuvre des notions d' « incapacité professionnelle » pour des raisons physiques d'un médecin, visée par l'article 140 *bis* du Code de la Santé publique (S. 12.XI.1965, *Davéo,* 610), d'aptitude physique nécessaire à la fonction enseignante (7.II.1969, *Assoc. d'éducation populaire de la Chapelle-Gaudin,* 86) et d'aptitude physique des fonctionnaires en général (19.VI.1970, *Finances c/ Clary,* Tb. 1164).
29. 14.X.1960, *Synd. agricole et viticole de Lalande-de-Pomerol,* 559 (concl. Bernard); v. aussi 20.I.1965, *Lecointre, A.J.,* 1966.590 (obs. Fromont).
30. 10.I.1969, *Gauthier,* 21; v. aussi 1.XII.1969, *Neher,* 648.
31. 26.I.1977, *Demaret, R.D.P.,* 1977.885.
32. 19.XI.1969, *Coop. des propriétaires de la Champagne,* 514.
33. Dijon, 5.II.1973, *Arrietta,* 762.
34. 29.XI.1950, *Millot,* 582; m. jour, *Mercier, R.D.P.,* 1951.572; 22.IV.1959, *Pinet,* 254; 23.XII.1960, *Lavegue-Orbinot,* 730.
35. 9.XI.1966, *Agriculture c/ Peyron,* 592; 23.VII.1974, *Agriculture c/ Bouriot,* Tb. 850; 2.X.1974, *Agriculture c/ Queyraud,* Tb. 850; 11.VI.1975, *Simille,* 344; 21.X.1977, *Agriculture c/ Mataguez,* 399.
36. De même, le déséquilibre des conditions d'exploitation, résultant en général d'un important défaut d'équivalence entre les classes en valeur culturale et entre les superficies des apports et des attributions, n'est contrôlé que pour erreur manifeste : 6.XI.1970, *Guyé,* 652.
37. 2.VI.1961, *Agriculture c/ Bruchet, A.J.,* 1961.II.725 (obs. Paulin).
38. 15.VII.1964, *Denis,* 404; 13.VII.1969, *Lévrier,* 374; 4.XII.1970, *Chéreau,* 732.
39. 31.X.1950, *Lequineg,* 522; 17.I.1962, *Faivre,* 876.

immédiate et indispensable » des bâtiments d'exploitation [40, 41]. Dans un domaine différent, le juge administratif ne contrôle pas normalement la notion de parcelles de subsistance correspondant aux besoins d'un foyer d'agriculteurs ayant bénéficié de l'indemnité viagère de départ [42].

Il est nombre de cas où il est difficile de savoir si le juge met en œuvre la réserve afférente aux questions techniques ou celle qui affecte certains problèmes de gestion de la fonction publique. Ainsi lorsqu'il refuse de contrôler l'appréciation faite par une commission de la « valeur respective » des candidats à des postes administratifs [43]. Ceci ne présente au demeurant guère d'inconvénient puisque l'effet est le même.

168. *La réserve de certaines questions touchant à la fonction publique.*

Il ne semble pas que la classification de certaines lacunes du contrôle du juge, dans le contentieux de la fonction publique, au titre de la réserve des questions techniques au sens strict du terme [44], soit pleinement convaincante, à de rares exceptions près [45].

Cette abstention du juge trouve sans doute un fondement dans l'idée qu'il se fait de l'administration : c'est une entreprise délicate, et sa hiérarchie est la mieux apte à dégager les nécessités de son bon fonctionnement. Cette conception n'implique pas que l'on suive André Hauriou et M. Venezia dans leur théorie du pouvoir discrétionnaire [46]. Le fait que le juge soit conscient de l'aspect entreprise de l'administration n'entraîne pas qu'il soit maître de considérer comme pouvoir discrétionnaire l'exercice de ses activités de gestion lorsque celui-ci est encadré par une réglementation préexistante, même lorsque cette dernière est formulée à l'aide de standards. Il considère simplement alors, dans nombre de cas, qu'il n'est pas en mesure de contrôler l'exercice d'une compétence liée dont les implications sont trop délicates, parce que lourdes de conséquences que l'administration, dans l'application des textes, est mieux à même que lui de concevoir.

L'aspect purement politique, et non théorique, de sa réticence est confirmé par le fait que le juge n'hésite pas à en sortir lorsqu'un autre impératif politique lui semble devoir prévaloir, celui de la liberté et des garanties des agents. Le contentieux de la fonction publique est, du fait de ces enjeux concurrents, à la fois l'un de ceux où le contrôle est le plus systématiquement poussé en certains domaines, on le verra, et où, en d'autres, il demeure le plus prudent [47].

On conviendra, en effet, que lorsque le juge ne contrôle pas l'appréciation à laquelle se livre le ministre de la qualité des candidats lors d'une promotion

40. 27.V.1964, *Agriculture c/ Guyénot*, 828.
41. Sur tout cela, v. notamment Vallery-Radot, « Les règles de fond du remembrement rural et la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.*, 1969, pp. 592 ss.; Bollé et Delcros, « La règle de l'équivalence dans le contentieux du remembrement rural », *A.J.*, 1976, pp. 122 ss.
42. 23.III.1973, *Marian*, 243.
43. 8.X.1971, *Justice c/ Minet*, 592.
44. Ainsi lorsque le commissaire du gouvernement Mosset, dans ses conclusions précitées, sous l'arrêt *Thibault*, estimait que le refus du juge d'apprécier l'équivalence entre deux emplois administratifs, dans l'arrêt 27.IV.1951, *Mélamède*, 226, tenait au caractère technique d'une telle question.
45. Ainsi peut-on réputer question technique, au sens vu plus haut, l'appréciation des risques et des fatigues exceptionnels que comportent certains emplois; v. 30.XI.1934, *Assoc. des officiers des Eaux et Forêts*, 1133; 4.I.1935, *Assoc. des ingénieurs de l'aéronautique*, 18.
46. V. leur exposé *supra*, et notamment la contribution précitée d'A. Hauriou, particulièrement pp. 237 ss.
47. V. Pacteau, *op. cit.*, p. 223.

au choix [48], ou de l'aptitude d'un stagiaire à exercer ses fonctions [49], lorsqu'il considère que « n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat » l'appréciation portée sur les aptitudes professionnelles d'un fonctionnaire pour le maintien en fonction, l'attribution d'une note, d'une promotion ou de distinctions de tous ordres [50], dans tous les cas, les textes ne donnent pas un pouvoir discrétionnaire, un pouvoir de choix libre, à l'administration : ils lui intiment l'ordre de dégager en leur nom la seule solution adéquate pour la question envisagée. La figure n'est pas du tout la même que celle que nous examinerons par la suite et dans laquelle les textes disposent que, les conditions étant réunies, l'administration peut ou non agir dans un sens donné. Ici, le juge s'autolimite : il pense simplement que l'administrateur est mieux à même que lui d'interpréter le standard qui lie son pouvoir [51].

Cela explique que le juge n'ait pas éprouvé la moindre gêne à changer son mode de contrôle, au gré des implications qu'il percevait à son choix en la matière, dans le domaine des équivalences d'emploi, sous les diverses formes que revêt ici le standard d'équivalence : comparabilité, analogie, correspondance, *etc.*

Initialement, il procéda très légitimement à un contrôle normal [52]. Puis il s'abstint par la suite de le faire, inaugurant néanmoins le contrôle de l'erreur manifeste dans le cadre de cette jurisprudence [53].

Il faut cependant noter qu'exceptionnellement le juge semble donner à son abstention en la matière le fondement théorique que nous aurons l'occasion de critiquer en détail par la suite, et au terme duquel le standard textuel, par son indétermination, ouvre un pouvoir discrétionnaire à l'administration. Le Conseil d'Etat précise ainsi, dans un arrêt *Bertrand*, que c'est « à défaut de dispositions législatives ou réglementaires définissant les équivalences d'emplois » qu'il refuse d'exercer son contrôle [54].

Dernier exemple de refus, semble-t-il politique, du contrôle normal, celui du juge d'apprécier l'insuffisance d'un corps de fonctionnaires sur lequel se fonde le ministre pour refuser de prendre un règlement instituant des congés spéciaux [55].

48. 14.X.1970, *Chorowitz*, Tb. 1090.
49. 12.X.1973, *Ruffinel*, Tb. 1026; v. aussi 9.I.1963, *Amicel*, Tb. 968; 18.XII.1968, *Biauzon*, Tb. 1072; 27.XI.1970, *Ville de Toulouse c/ Anisset*, 717; 28.XI.1972, *Maragnes*, Tb. 1085; et encore 21.IV.1961, *Mendez*, 251.
50. V. 9.I.1959, *Cotard*, 30; 13.VII.1961, *Lack*, 511; S. 22.II.1963, *Maurel*, 119; 2.X.1966, *Jacob*, 580; 2.X.1970, *Corbellini*, 551; 1.X.1965, *Armées c/ Vidalon*, Tb. 1028; 16.II.1973, *Santé publique c/ Barat*, 148.
51. Dans certains cas, l'inaptitude professionnelle est d'ailleurs contrôlée; v. S. 19.II.1954, *Couture*, 116; 31.V.1968, *Duperré, A.J.*, 1968.591.
52. 22.II.1950, *Jegouzo*, 116.
53. A. 27.IV.1951, *Mélamède*, 226 (concl. Delvolvé); 19.II.1958, *Poirier*, 111; 26.XI.1958, *Travaux publics c/ Rampascher, T.D.*, 55-64, t. 5, 821; 3.VII.1959, *Gouët*, 428 et 430; 17.V.1961, *Cavaignac*, 319; S. 15.II.1961, *Lagrange*, 121, *A.J.*, 1961.II.228 (chron. Galabert et Gentot); 10.I.1962, *Carpentier*, 17; S. 9.V.1962, *Cmne de Montfermeil*, 304, *A.J.*, 1962.571 (chron. Galabert et Gentot); 23.V.1962, *Derocle*, Tb. 1079; *A.J.*, 1963.38; 10.V.1963, *Assoc. fonctionnaires Chérifiens et Bartoli, A.J.*, 1963.639; 22.IV.1966, *Picq*, Tb. 1069; 21.XII.1966, *Gaillard, A.J.*, 1967.302; 11.III.1970, *Gayrard*, 181; 15.IV.1970, *Minier et Vitry*, 250; 16.VI.1971, *Synd. nation. des fonctionnaires des Eaux et Forêts, A.J.*, 1972.302 (obs. Silvéra); 28.IV.1971, *Giraudon*, Tb. 1164; 26.VI.1974, *Fellous, A.J.*, 1975.44.
54. 25.X.1968, *Bertrand*, 516; un arrêt 16.XI.1960, *Synd. nation. des inspecteurs du travail de la France d'outre-mer, A.J.*, 1961.II.229, semble s'appuyer sur la même raison; en revanche, certains cas de contrôle normal ne semblent pas pouvoir s'expliquer ainsi; v. 3.II.1965, *Chereau*, 64, *A.J.*, 1965.536.
55. 15.III.1967, *Chauveau*, 128.

Notons enfin que seul le fondement politique envisagé plus haut semble pouvoir expliquer le refus persistant du juge de contrôler la proportionnalité des sanctions et des fautes disciplinaires, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner. Mais cette jurisprudence ne concerne pas exactement la question soulevée ici : il s'agit bien alors d'un pouvoir discrétionnaire, qu'aucun texte n'entrave et que le juge s'est refusé longtemps à limiter par une norme émanée de lui-même avant d'opérer à l'époque récente un contrôle de l'erreur manifeste [55 *bis*]. Aujourd'hui, survivance intégrale de l'autolimitation politique, le refus du contrôle de l'erreur manifeste ne subsiste qu'en deux hypothèses : lorsque « l'intérêt du service » fonde la décision d'un ministre de refuser l'inscription d'un candidat à un concours [55 *ter*] ou la démission d'un agent [55 *quater*].

169. *La réserve de la haute police.*

On retrouve ici comme une résurgence de ce « mobile politique » abandonné il y a plus d'un siècle comme critère de l'acte de gouvernement. Il n'est pas vrai que l'administration jouisse en la matière, lorsqu'il y a des textes qui fixent, même à l'aide de standards, les conditions de son action, ce qui n'est d'ailleurs pas toujours le cas, d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge, simplement, préfère ne pas effectuer un contrôle de la qualification des faits dans des matières explosives et où il estime sans doute que son contrôle pourrait avoir des effets négatifs.

Ainsi, traditionnellement, se refuse-t-il à contrôler les appréciations portées par l'administration sur le « danger pour l'ordre public » d'une publication étrangère [56], sur le fait de savoir si l'activité d'un groupement est « de nature à compromettre la sécurité publique » [57], ou si la présence sur le territoire national français d'un individu constitue, selon les termes de l'ordonnance du 2 novembre 1945, « une menace pour l'ordre public et le crédit public » [58]. De même, le juge n'a pas toujours contrôlé l'appréciation de l'administration au terme de laquelle une situation présente une « urgence absolue » impliquant que le requérant soit privé de certaines garanties [59], ou celle qui pose que le déplacement à l'étranger d'un individu auquel l'administration a refusé de délivrer un passeport, est « de nature à compromettre la sûreté publique » [60, 61 et 62].

Les mesures de haute police n'ont cependant pas échappé, encore qu'avec retard [63], à l'extension du contrôle de l'erreur manifeste [64, 65].

55 *bis*. S. 9.VI.1978, *Lebon, J.C.P.*, 1979.II.19159, et notre note.
55 *ter*. 6.IV.1973, *Jacques*, 228.
55 *quater*. 4.XII.1974, *Charron*, 607.
56. 4.VI.1954, *Joudoux*, 346; 19.II.1958, *Soc. Editions de la Terre de Feu*, 114; 17.XII.1958, *Intérieur c/ Girodias, D.*, 1959.II.175 (concl. Braibant).
57. Paris, 11.I.1971, *Féd. internation. des archives du film*, 809.
58. 31.I.1964, *Bonjean*, 73; v.aussi 14.XI.1956, *Corradini*, 620; 20.III.1970, *Ghomari*, 1133; 14.III.1951, *Missir*, 159.
59. 24.X.1952, *Eckert, S.*, 1953.III.53 (n. Tissier); v. cependant : A. 18.III.1955, *Hamou ben Brahim*, 168; 16.I.1970, *Mohand Tayeb*, 25.
60. 14.V.1948, *Imbach*, 215.
61 et 62. Le juge a même refusé de contrôler le caractère de lieu de débauche d'un débit de boissons : 20.I.1954, *Guilleminot*, 40.
63. V. une analyse détaillée de cette question *infra*, titre 2, chap. 2.
64. V. notamment Paris, 9.VI.1971, *Schoenman*, 862; A. 2.XI.1973, *S.A. « Librairie Maspéro »*, 611, *A.J.*, 1973.604 (chron. Franc et Boyon), *J.C.P.*, 1974.II.17642 (n. Drago); Paris, 13.XII.1973, *Pardov*, 834, *A.J.*, 1974.219; 3.II.1975, *Intérieur c/ Pardov*, 83, *A.J.*, 1975.143 (chron. Franc et Boyon); 19.II.1975, *Fouéré, A.J.*, 1975.144; 20.X.1976, *Greenberg*, 429; A. 13.V.1977, *Pérégaux, A.J.*, 1977.399 (chron. Nauwelaers et Fabius), *R.D.P.*, 1978.253 (n. Robert); S. 27.V.1977, *Pagoaga, A.J.*, 1977.515 (chron. Nauwelaers et Dutheilhet de Lamotte).
65. V. Finkel, « L'expulsion des étrangers et le juge administratif en droit français », *A.J.*, 1978, pp. 257 ss., notamment pp. 261 ss.

170. *Non-contrôle d'un standard et présence d'une source formelle de pouvoir discrétionnaire.*

Certains cas dans lesquels le juge administratif refuse de contrôler la mise en œuvre de standards textuels semblent imputables non à la présence de ces standards, ce qui infirmerait notre hypothèse, mais à celle d'autres éléments qui constituent des sources formelles de pouvoir discrétionnaire. Comme nous l'avons vu plus haut, ces sources formelles ne sont pas mystérieuses. Marty a clairement indiqué que certaines formulations ouvrent par elles-mêmes un choix absolument libre à ceux qui doivent les mettre en œuvre [66]. Ainsi un texte disposant : « si les conditions A et B sont réunies, l'administration *pourra* accorder telle autorisation » ouvre-t-il un pouvoir discrétionnaire à l'administration pour refuser cette autorisation. En effet, même si les deux conditions sont réunies, elle sera parfaitement libre d'accepter ou de refuser de l'accorder. Par contre, l'administration ne peut logiquement accepter de délivrer l'autorisation que si les deux conditions sont réunies : aussi bien le juge doit-il, au cas de délivrance, contrôler la mise en œuvre des conditions requises.

Et c'est bien ainsi que le juge administratif procède. Il est possible d'en donner quelques exemples.

Le décret du 31 décembre 1958 et l'article 21 du décret du 30 novembre 1961 disposent que

> « le permis de construire *peut* être refusé... si les constructions, par leur situation, leurs dimensions ou l'aspect extérieur des bâtiments ou ouvrages à édifier ou à modifier, sont de nature à porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains, ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales ».

Le Conseil d'Etat a tiré de cette disposition ce que M. Pacteau appelle une compétence « dissymétrique » [67]. La Haute Assemblée estime justement que l'administration a un pouvoir discrétionnaire, limité seulement par le contrôle de l'erreur manifeste, pour octroyer le permis [68, 69]. Et, après avoir, de façon contestable, considéré qu'elle disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser le permis [69], elle opère aujourd'hui un contrôle normal des conditions mises au refus [70].

La même jurisprudence trouve application pour la mise en œuvre de l'article 4 du décret du 30 novembre 1961, selon lequel

> « le permis de construire *peut* être refusé... sur des terrains qui ne sont pas desservis par des voies publiques ou privées dans des conditions répondant à l'importance ou à la destination de l'immeuble..., notamment en ce qui concerne la commodité de la circulation et des accès et des moyens d'approche permettant une lutte efficace contre l'incendie ».

66. V. *supra*, n° 157.
67. *Op. cit.*, p. 212.
68. A. 29.III.1968, *Soc. Lotissement de la plage de Pampelonne*, 210 (concl. Vught), *A.J.*, 1968.341 (chron. Massot et Dewost); 13.VII.1968, *Mendelssohn*, 442, *A.J.*, 1968.651; 20.VII.1971, *Fayaubot*, Tb. 1165; 6.XII.1972, *Regnault de Bellescize*, 790; 28.III.1973, *Assoc. défense de Vernon*, 262; 19.V.1972, *Fontvieille*, Tb. 1204; 7.XII.1973, *Cmne de Coti-Chiavari*, Tb. 1086; S. 4.X.1974, *Equipement c/ Métras*, 467; S. 31.XII.1976, *Assoc. « Amis de l'Ile de Groix »*, 585.
69. 26.IV.1968, *Cuniasse*, 266.
70. S. 6.V.1970, *S.C.I. « Reine Mathilde »*, 308 (concl. Guillaume); 4.XI.1970, *Equipement c/ Agam*, 647; 16.III.1973, *Equipement c/ Guiral, A.J.*, 1973.256.

Là encore, ce n'est pas l'emploi des standards tels que « commodité » mais celui du verbe « pouvoir » qui ouvre à l'administration un pouvoir discrétionnaire pour l'octroi du permis [71], [72].

De même, l'article 2 du décret du 18 décembre 1948 donnait-il la faculté à l'administration de prolonger l'activité des fonctionnaires au-delà de la limite d'âge, au regard de leur aptitude : la Haute Assemblée a justement considéré que l'administration jouissait ici d'une capacité discrétionnaire de refus [73].

Plus contestable l'interprétation de l'article 179 de la loi du 7 octobre 1946 qui disposait que les

> « propriétaires d'immeubles bâtis *peuvent*, en outre, même en dehors du cas de perte de revenu prévu par l'article 183 du Code général des impôts directs, obtenir la remise ou la modération des cotisations afférentes à leurs immeubles, lorsque les revenus qu'ils en tirent, joints à leurs autres revenus, ne leur permettent pas de satisfaire aux besoins normaux de l'existence et de s'acquitter envers le trésor ».

Le Conseil d'Etat a dû en effet estimer que l'expression les « propriétaires... peuvent... obtenir » équivalait à l'expression « l'administration peut accorder » pour disposer qu'une telle prescription « n'ouvre pas aux propriétaires intéressés un droit » au cas où la condition serait remplie. Il y a là une interprétation possible mais non unique de ce texte, qui a en tout cas, du point de vue qui est ici le nôtre, au moins le mérite de confirmer le rôle qu'attribue le juge à l'emploi du verbe « pouvoir » [74].

Une autre illustration de compétence dissymétrique peut être trouvée dans l'important contentieux des créations dérogatoires d'officines pharmaceutiques. L'article L. 571, al. 7, du Code de la santé publique, qui permet de déroger au *numerus clausus* que le même texte édicte, dispose que le préfet ou le ministre *peuvent* accorder l'autorisation d'ouverture d'une officine à titre dérogatoire « si les besoins de la population l'exigent ». Là encore, très logiquement, le Conseil d'Etat a consacré le pouvoir discrétionnaire de l'administration pour refuser la dérogation [75] et a contrôlé en revanche, au cas d'octroi, la mise en œuvre de la condition légale relative aux besoins de la population [76], sauf pendant une brève période où, de façon curieuse, il s'est refusé à le faire [77].

71. 10.III.1976, *S.C.I. « Le Porquerolles »*, 144.
72. Pour l'article 2 du même décret, même chose : A. 27.II.1970, *Cmne de Bozas*, 139.
73. 29.XI.1961, *Vaulot, T.D.* 55-64, t. 5, 822.
74. Cette décision (12.X.1960, *Demoulin, A.J.*, 1961.II.48, obs. Drago) est contestable à un autre point de vue; le juge ajoute que « l'appréciation des ressources du Sieur Demoulin, à laquelle a procédé l'administration, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir »; le Conseil d'Etat fait ici du standard lui-même une source de pouvoir discrétionnaire; il est probable en fait que l'arrêt est mal motivé et que la Haute Assemblée a visé l'appréciation par laquelle l'administration a finalement décidé, comme elle le pouvait, au terme de l'interprétation faite du texte, de ne pas accorder la remise.
75. 7.II.1951, *Avenard et Carpentier*, 71; 5.VI.1953, *Bergounhoux*, 263; 22.IV.1959, *Santé c/ Béraud*, 255; 26.X.1966, *Cabanac*, Tb. 1078.
76. 20.II.1953, *Coric-Savoure*, 86; 18.III.1960, *Suzanne et Amic*, 207; 11.X.1961, *Clément*, 560; 4.IV.1962, *Synd. des pharm. Haute-Saône*, Tb. 1081; 7.XII.1962, *Lobbé*, Tb. 1091; 27.XI.1970, *Comiti-Bouillin*, 720; 2.X.1974, *Chbre synd. pharm. des Alpes-Maritimes c/ Gitenet*, Tb. 1129; m. jour, *Santé publique et Bosredon c/ Champagnac*, Tb. 1118; 22.I.1975, *Santé publique c/ Cons. ordre pharm. Rhône-Alpes*, 50; 25.VII.1975, *Bosc*, Tb. 1230; 15.X.1975, *Rodier*, Tb. 1230; S. 26.III.1976, *Cons. ordre pharm. Aquitaine*, 182; 8.XIII.1976, *Santé c/ Roume*, Tb. 1089; 10.II.1978, *Cons. ordre pharm. Région parisienne, R.D.P.*, 1978.895 (n. de Soto); 28.IV.1978, *Gomez, D.A.*, 1978, n° 158.
77. S. 19.II.1965, *Lagrange*, 122; 3.IV.1968, *Affaires sociales c/ Boichard*, Tb. 1071; 5.III.1969, *Magnin c/ Lutz*, 139; 21.VII.1970, *Synd. pharm. de l'Aude*, 503; malgré l'arrêt *Comiti-Bouillin*, 20.VII.1971, *Roume* met encore en œuvre le contrôle minimum.

Les formulations qui précèdent ne constituent pas cependant les seules sources formelles de pouvoir discrétionnaire de l'administration au terme de la jurisprudence.

Ainsi l'arrêt *Planty* disposait-il

> « qu'il résulte de la généralité des termes employés par l'article 13 H susrappelé que cet article confère au préfet les plus larges pouvoirs... Que l'appréciation à laquelle s'est livrée le préfet n'est pas susceptible d'être discutée par la voie contentieuse. » [78]

Le Conseil d'Etat, dans cette espèce touchant à une dérogation en matière de permis de construire, semblait confirmer purement et simplement le point de vue de son commissaire du gouvernement. Selon celui-ci en effet, « le contrôle redevient minimum... lorsque la condition est légalement conçue en termes si imprécis que le juge ne peut se référer à aucune norme juridique ou à aucune circonstance de fait pour asseoir son contrôle ». Cette théorie, qui ferait de la plupart des standards des sources de pouvoir discrétionnaire, ne saurait être retenue. Mais il ne faut pas oublier le contexte de l'affaire : comme le rappelait M. Baudouin, la disposition visée impliquait la prise en compte de deux éléments partiellement contradictoires, la « considération de l'environnement général » et les « nécessités d'architecture propres au groupe et au projet considéré ». Le préfet, selon la juste formule de M. Baudouin, devait faire « une conciliation entre des prescriptions aux contours insaisissables », et la condition à appliquer constituait ainsi « une pseudo-condition légale qui sert à masquer une appréciation de pure opportunité ». Aussi bien l'arrêt précise-t-il que les plus larges pouvoirs étaient confiés au préfet « en vue de concilier les exigences différentes des deux éléments qui doivent le guider ». La figure de cette condition légale correspond assez bien à ce que, on le verra dans quelques pages, Von Laun appelait « norme disjonctive » (par opposition à « norme catégorique ») [79]. Or la norme disjonctive, dans la mesure où elle place sur un même pied deux impératifs plus ou moins contradictoires, implique le pouvoir discrétionnaire et, ici encore, ce n'est pas l'emploi de standards qui en est la cause.

Cette notion de « norme disjonctive » n'est pas sans poser le problème de la valeur de la jurisprudence dite de la proportionnalité. Bien que le juge soit assez prudent en ce domaine et ne semble dans les extensions récentes de cette méthode, sanctionner que les cas où la disproportion entre le coût et les avantages est flagrante — manifeste, serait-on tenté de dire si M. Bockel ne venait de montrer qu'erreur manifeste et proportionnalité ont un champ spécifique, en dépit des hésitations du juge et de la doctrine [80] —, il n'apparaît pas moins que le juge, en même temps qu'il pose sa norme, pourrait s'en trouver assez logiquement dessaisi : comment concilier en effet l'intérêt de l'environnement et celui de la Défense nationale, tous les deux éminents, si ce n'est par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ? Et le juge n'exercerait-il pas, en dépit de la proposition rassurante du Doyen Vedel, à laquelle il a été fait référence et à laquelle nous nous sommes ralliés [81], un pouvoir discrétionnaire ici ? Les raisons théoriques formulées plus haut imposent une réponse négative : le juge doit poser une règle de droit pour cantonner le pouvoir discrétionnaire administratif. Et c'est parce qu'il est conscient de cette contrainte qu'il ne sanctionne

78. S. 17.XII.1965, *Planty, A.J.P.I.*, 1966.II.604 (concl. Baudouin).
79. V. Di Qual, *op. cit.*, pp. 105 ss.
80. « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *A.J.*, 1978, notamment pp. 366 ss. Mais l'arrêt *Lebon*, précit., infirme cette construction.
81. V. *supra*, p. 259.

que les graves disproportions : en sanctionnant toutes les disproportions selon ses objectifs propres, même les moins évidents pour la généralité des citoyens et des juristes, il abuserait effectivement de son pouvoir normatif. En maintenant assez bas la barre, il donne à sa règle un contenu dont on peut supposer qu'il trouverait un large *consensus,* et il exerce son pouvoir normatif d'une façon qui n'est pas fondamentalement différente de ce qu'il en est d'habitude.

Plus contestable peut-être est le contrôle de l'erreur manifeste dans les domaines où la loi a expressément, par l'emploi par exemple du verbe « pouvoir », confié un pouvoir discrétionnaire à l'administration, contrôle qu'il faut soigneusement distinguer de celui qui est opéré dans des domaines de compétence liée, on l'a vu, car il marque une réelle audace alors que ce dernier est plutôt le fruit d'une certaine timidité en voie d'apaisement. En vérité l'audace est moindre qu'il y paraît. L'interprétation raisonnable de la loi (ou d'un autre texte) suffit à légitimer, selon le procédé que l'on a examiné plus haut [82], un tel contrôle.

Autre source formelle de pouvoir discrétionnaire, l'absence totale de condition légale [83], dans la mesure du moins où le juge n'a pas trouvé bon de poser une règle liant le pouvoir de l'administrateur. Le plus souvent, aucun standard n'intervient dans la formulation de la prescription que le juge considère comme ne posant pas une condition légale [84]. Lorsque c'est le cas, il est cependant clair que ce n'est pas, là encore, le standard qui est source, par lui-même, de pouvoir discrétionnaire. Ainsi l'article 4 de la loi du 18 avril 1955 disposait-il que

> « l'usage des autoroutes est en principe gratuit. Toutefois l'acte déclaratif peut, dans des cas exceptionnels, décider que la construction et l'exploitation d'une autoroute seront concédées par l'Etat à une collectivité publique... ou à une société d'économie mixte. »

M. Kahn poussait la Haute Assemblée au contrôle. C'est cependant assez légitimement que celle-ci ne s'y est pas risquée [85]. La construction du texte interdit en effet de concevoir ce que la loi entendait par « cas » [86].

Ainsi, au point où nous en sommes, les solutions adoptées par le Conseil d'Etat n'apparaissent pas obscures et semblent pouvoir se résumer aux propositions suivantes :

1. L'emploi d'un standard par un texte n'ouvre pas un pouvoir discrétionnaire au profit de l'administration, mais lui impose une compétence liée;

2. Le juge toutefois ne procède pas au contrôle de toute la compétence liée pour des raisons politiques et non théoriques;

3. Il est par contre des sources formelles de pouvoir discrétionnaire qui s'imposent au juge en principe.

171. *Y a-t-il eu des effets spécifiques de la naissance du contrôle de l'erreur manifeste sur les conceptions du juge ?*

M. Kornprobst, quelques années à peine après la naissance du contrôle de l'erreur manifeste, craignait que l'extension de cette technique n'empêchât l'évolution de certains domaines de contrôle minimum vers le contrôle normal [87]. Ce point de vue a été critiqué par l'ensemble de la doctrine : de fait, le bilan de quinze ans d'erreur manifeste est important et il est aujourd'hui difficile de préciser quelles auraient pu être les évolutions du contrôle si la technique de l'erreur manifeste n'avait pas existé.

Il nous semble pourtant que la riche intuition de M. Kornprobst ne se trouve pas pleinement infirmée par les faits que l'on invoque souvent à son encontre [88]. Cette intuition se ramène finalement à une proposition de bon sens : devant l'alternative contrôle normal - contrôle minimum ancien type, le juge, pour éviter de monstrueuses iniquités, aurait pu, dans le cadre du vaste mouvement qui s'est formé en faveur de l'extension du contrôle, être tenté de passer au contrôle normal; dans le cadre du choix ternaire contrôle normal - contrôle minimum nouveau type - contrôle minimum ancien type (*hyper*-minimum), les termes du problème sont pour lui très différents. Le contrôle de l'erreur manifeste apparaît la solution optimale de conciliation de deux impératifs qui semblent présents à l'esprit du juge. « Juger c'est juger » a-t-on dit et le juge n'est pas un administrateur supérieur; cela ne veut pas dire que, de par sa formation, le juge ne soit pas accessible aux arguments de l'administrateur en faveur de sa liberté de manœuvre; là gît la raison du non-contrôle dans certains cas de la compétence liée, le juge laissant l'administrateur réaliser seul le sens de la loi ou du règlement. Mais cette sensibilité administrative n'en exclut pas une autre dont les conséquences sont inverses et qui pousse le juge non simplement à contrôler le plus souvent l'exercice de la compétence liée mais à cantonner par ses propres normes le pouvoir discrétionnaire. Il est même possible de penser, à en croire la lecture de la plupart des chroniques de l'*Actualité juridique,* que cette seconde sensibilité acquiert une importance relative croissante chez les jeunes membres du Conseil d'Etat au détriment de la première. Le contrôle de l'erreur manifeste apparaît ainsi comme une forme de « compromis historique » qui, atténuant les effets les plus insupportables de l'absence de contrôle, a probablement eu pour effet de favoriser le maintien du contrôle minimum dans nombre de secteurs.

La preuve de cette proposition est difficile à administrer par définition. Il semble pourtant que trois exemples établissent une forte présomption en ce sens. Il s'agit de trois cas dans lesquels l'absence de contrôle normal de la mise en œuvre de standards textuels, au profit du contrôle de la seule erreur manifeste, apparaît en contradiction avec la position classique de la Haute Assemblée : ne s'expliquant pas par l'obstacle théorique du pouvoir discrétionnaire, il ne semble pas que les fondements classiques de l'abstention politique du juge en rendent compte.

Le premier exemple est celui du contentieux de la notoriété médicale [89]. Le décret du 12 mai 1960, relatif aux soins médicaux dispensés aux assurés sociaux, disposait que les praticiens pouvaient demander des honoraires supérieurs au tarif à trois conditions, la première touchant à la situation de fortune de l'assuré, la seconde à ses exigences particulières, la troisième étant l'inscription du médecin

82. V. *supra* le développement sur la *ratio legis.*

83. Que le Conseil d'Etat entend un peu largement dans certains cas, on l'a vu *supra* avec l'arrêt 25.X.1968, *Bertrand,* 516.

84. V. ainsi S. 15.III.1963, *Cie électro-mécanique,* 167; S. 14.III.1975, *S.A. « Quiblier »,* 191.

85. A. 30.VI.1961, *Grpmnt déf. des riverains de la route de l'intérieur,* 452, *D.,* 1961.II.663 (concl. Kahn).

86. Cette condition a d'ailleurs disparu dans le D. 12.V.1970, et, depuis, l'absence totale de condition ouvre sans conteste un pouvoir discrétionnaire (v. A. 14.II.1975, *Merlin, D.,* 1976.II.144, n. Boivin, *R.D.P.,* 1975.1710, n. Waline).

87. « L'erreur manifeste », *D.,* 1975, chron., p. 123.

88. Il ne s'agit pas de nier ici le progrès considérable qu'a constitué le contrôle de l'erreur manifeste, et l'on n'oublie pas qu'il est des cas où le juge depuis quinze ans est passé du contrôle minimum ancien, que l'on peut appeler aujourd'hui hyper-minimum, sans contrôle de l'erreur manifeste, au contrôle normal. Ainsi, pour ce qui est, dans le cadre du contentieux du remembrement, de la détermination des catégories de culture, le Conseil d'Etat a d'abord eu recours au contrôle de l'erreur manifeste (13.VII.1961, *Achart,* 476); avant de passer au contrôle normal (6.I.1967, *Agriculture c/ Dunand,* 2).

89. Dupeyroux et Garagnon, « Le contentieux de la notoriété médicale », *D.,* 1972, chron. 4, pp. 19 ss.

sur une liste de notoriété établie par une commission paritaire. Un second décret, du 4 juillet 1960, définissait par des directives assez précises ce qu'il fallait entendre par le standard de la notoriété. Dans son article 10, il posait que ne devaient

> « figurer sur la liste de notoriété que les praticiens qui peuvent justifier soit de titres universitaires ou hospitaliers, soit d'une autorité scientifique appuyée sur des travaux personnels, soit à défaut des références indiquées ci-dessus, d'une autorité particulière liée à la durée de l'exercice de la profession et à l'appel en consultation par des confrères ».

Cette caractérisation, encore que comportant ici ou là un standard, était, on en conviendra, fort claire. Y avait-il cependant là la nécessité d'une appréciation technique susceptible d'incliner le juge à la prudence ? On pourrait le soutenir, en se souvenant de quelques-uns des exemples donnés plus haut d'appréciations réputées techniques par le juge. Mais il est possible d'objecter d'une part que des appréciations de ce type sont, quelque large que soit l'acception du terme, à la limite de ce que l'on peut considérer comme véritablement technique, et d'autre part que les cas précédemment envisagés n'étaient pas accompagnés de telles précisions textuelles.

C'est ce qu'a pensé le commissaire du gouvernement Braibant, qui a proposé le contrôle normal de la Haute Assemblée [90], qui ne l'a pas suivi et s'est contentée du contrôle de l'erreur manifeste. Cette solution est surprenante. Et il n'est pas interdit de penser que, de même qu'en tant que juge de cassation il témoigne d'une certaine méfiance vis-à-vis des organes professionnels qu'il soupçonne d'être à la fois juge et partie, le Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir n'aurait pas pleinement renoncé à son contrôle, et qu'en l'absence de la technique de l'erreur manifeste il ne se serait pas rallié durablement au contrôle minimum en ce domaine [91]. Par la suite, après que les décrets de 1960 aient été modifiés et la notion de notoriété supprimée, le contrôle restreint s'est maintenu sur les notions de « caractère suffisant des titres et travaux » et d' « effort de perfectionnement suffisant » [92].

Une seconde notion est soumise au contrôle restreint de l'erreur manifeste, qui ne se distingue pas de celles habituellement contrôlées, normalement, celle de « rapatriés les plus défavorisés » [93].

Et enfin, ainsi qu'on l'a vu plus haut, l'arrêt *Lagrange* a marqué, dans le domaine du contentieux des autorisations dérogatoires d'ouverture d'officines pharmaceutiques, un incompréhensible et provisoire retour au contrôle minimum que l'existence de l'erreur manifeste n'a pu que favoriser [94].

Ces trois exceptions ne suffisent cependant pas à remettre en question la conviction habituelle de la jurisprudence : les standards textuels n'ouvrent pas un pouvoir discrétionnaire à eux seuls mais une compétence liée que, pour des raisons politiques précises, le juge ne contrôle pas dans tous les cas.

90. Concl. 24.IV.1964, *Villard,* m. jour, *Delahaye,* 243, m. jour, *Travail c/ Duflot, Drt Soc.,* 1964.433.

91. V. S. 15.VII.1964, *Travail c/ Carrière, A.J.,* 1964.574; 7.VI.1967, *Rougemont, A.J.,* 1968.48 (obs. Peiser).

92. 16.II.1973, *Gassenc,* Tb. 1086.

93. 18.IV.1969, *Djian,* Tb. 931; 13.III.1970, *Camilleri,* 190; 8.I.1971, *Intérieur c/ Gremades,* Tb. 1166.

94. V. *supra,* n° 170, n. 77.

§ 2. — Standards et appréciation souveraine du juge du fond

172. *Le refus de principe du Conseil d'Etat juge de cassation de connaître de la mise en œuvre des standards par le juge du fond.*

Si le principe, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, est que les standards textuels n'ouvrent pas à l'administration un pouvoir discrétionnaire, le principe qui prévaut en revanche dans le contentieux administratif de la cassation, devant le Conseil d'Etat comme éventuellement devant d'autres juridictions administratives de cassation, est que la mise en œuvre des standards textuels relève de l'appréciation souveraine du juge du fond.

Le Conseil d'Etat juge de cassation contrôle l'exactitude matérielle des faits, dans la mesure du moins où il est appelé à statuer sur des éléments de preuve déjà soumis au juge du fond, et leur qualification juridique. Par contre, il ne contrôle pas l'appréciation des faits, l'abandonnant à la décision souveraine des juges du fond. On reviendra en détail sur les délicates notions de qualification, d'appréciation et même de dénaturation [95]. Il suffit pour l'instant de constater que le juge administratif de cassation estime que la mise en œuvre des standards textuels est question d'appréciation et non de qualification juridique. Après la séparation progressive du contentieux de l'excès de pouvoir et du contentieux de la cassation, consommée à l'époque de la Première Guerre mondiale, le juge administratif de cassation a ainsi maintenu une position rigoureuse, tempérée toutefois dans certains cas, on le verra par la suite.

173. *La réserve des questions techniques.*

Toutefois ne sont pas probants les cas de refus de contrôle des questions techniques. Le Conseil d'Etat juge de cassation n'a pas lieu d'être moins prudent que le Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir. Et l'on peut imaginer des cas où, même si elle n'adoptait pas la position théorique qui est la sienne, la Haute Assemblée s'abstiendrait d'exercer son contrôle pour les mêmes raisons que celles examinées plus haut.

Pourquoi ainsi contrôlerait-elle la mise en œuvre de notions telles que celles de « valeur de certaines méthodes thérapeutiques » [96], de « prix normaux » dans le cadre de la révision des marchés de la reconstruction [97], *etc.* ? A propos du refus d'apprécier la valeur de méthodes thérapeutiques, M. L'Huillier, pourtant très critique vis-à-vis de la conception restrictive que le juge de cassation a de son contrôle, estime en effet qu' « on peut comprendre... que le Conseil d'Etat ait éprouvé quelque hésitation à faire porter ses investigations sur un terrain aussi technique que celui de l'appréciation d'une méthode de diagnostic médical et qu'il ait ainsi entendu laisser à des professionnels le soin de qualifier cette méthode » [98].

95. V. *infra,* section 2.

96. 2.II.1945, *Moineau, S.,* 1946.III.9, n. L'Huillier (*G.A.J.A.,* 284); v. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, op. cit.,* pp. 428 ss., et *Contentieux..., op. cit.,* pp. 589 ss.; v. aussi 14.II.1945, *Beurekdjian,* 32; 4.IV.1951, *Galland,* 172; 16.I.1957, *Aveline,* 36; 2.II.1957, *Jockel,* 82; 19.XI.1958, *Caisse primaire S.S. Saint-Nazaire,* 567; 25.VI.1958, *Castanet,* 387; 23.IV.1958, *Beurekdjian,* 227; 14.X.1958, *Capel Wuest,* Tb. 1003; 23.I.1959, *El Kayem, A.J.,* 1959.II.85; 2.X.1959, *Raynaud,* 1089; 11.II.1970, *Maschi,* 101, *A.J.,* 1971.56; 8.III.1972, *Roux,* 198.

97. 17.II.1954, *Delhommeau,* 105; m. jour, *Soc. bretonne de construction,* 107; 23.XI.1955, *Entrep. Cuillerai,* 560.

98. N. précit., p. 11.

174. *La mise en œuvre du refus de principe.*

Elle s'exprime dans un grand nombre d'exemples qui ne peuvent en aucun cas être rattachés à une abstention politique et qui doivent de ce fait être expliqués par une prise de position théorique.

Ainsi la Haute Assemblée a-t-elle refusé de contrôler la mise en œuvre de notions telles que celles d'ouvrage de nature à favoriser la propagande allemande [99], de « tact et mesure » dans la fixation d'honoraires [100], d' « exagération manifeste » d'honoraires [101], d' « aptitude physique » [102], de gravité de risques et d'exagération du taux de cotisations [103], d'insuffisance des ressources d'un postulant à l'assistance [104], de satisfaction d'un « besoin économique général ou local » par une société financière [105], de charlatanisme [106], d'opération de « caractère spéculatif » [107], ou encore la gravité des actes d'un collaborateur [108] ou d'une faute disciplinaire [109].

Sur la notion de bien somptuaire du contentieux des dommages de guerre, l'attitude de la Commission supérieure de cassation fut assez ambiguë. Le commissaire du gouvernement Chavanon avait prononcé à ce propos d'intéressantes conclusions :

> « La notion d'élément somptuaire, écrivait cet éminent juriste, expressément visée à l'article 16 de la loi, nous paraît avoir la valeur d'une notion juridique et non d'un simple fait. Sans doute nous avons dit que cette notion dépendait des circonstances de temps, de lieu, de milieu, et le juge du fond est souverain pour caractériser ces circonstances. Par là, il est partiellement souverain pour caractériser par ricochet, l'élément somptuaire d'un bien. Mais, à cela près, en disant que tel immeuble ou tel meuble a ce caractère somptuaire, le juge du fond accomplit une tâche juridique et donne au bien envisagé une qualification. Or le juge de cassation doit exercer le contrôle de la qualification » [110].

M. Chavanon décrivait bien ainsi une jurisprudence complexe. La Commission supérieure considérait qu' « en excluant d'une manière générale » de l'indemnité

> « les aménagements ou éléments purement somptuaires que pouvait comporter le bien détruit, sans en donner une définition précise, le législateur a entendu laisser au juge le soin de discerner si tel aménagement ou tel élément du bien sinistré rentrait dans la catégorie ainsi dénommée, eu égard notamment à sa destination, son utilité économique ou sociale, son caractère normal, son prix et compte tenu des conditions de son emploi » [111].

99. S. 21.III.1947, *Baudinière*, 119, *D.*, 1948.II.556 (n. P.L.J.).
100. 9.III.1960, *Jourdan, A.J.*, 1960.II.189; v. cependant *infra*, sous-sect. 2, § 2.
101. 18.III.1963, *Nemegyel*, Tb. 822; v. aussi S. 29.XI.1968, *Veillet*, 609, *J.C.P.*, 1969.II.15883 (obs. Ould-Aoudia).
102. 27.X.1922, *Salzes*, 758; 21.XII.1960, *de Picciotto*, 722.
103. 12.I.1951, *Union comm. de Bordeaux-Bassens, D.*, 1951.II.335; 17.XII.1952, *Soc. Avenir Publicité, A.J.*, 1953.II.235.
104. 10.VIII.1917, *Bernardi*, 633; 8.II.1950, *Sansonnens*, 85; 8.XI.1950, *Bassand*, 538; 21.II.1951, *Colomb*, 100; 1.II.1952, *Méon*, 75; 6.III.1953, *Giloteaux, D.*, 1954.II.148 (n. Morange); 28.XI.1956, *Schühl*, 450.
105. 1.VII.1949, *Soc. financière de Lyon*, 323; 26.V.1948, *Monod James*, 234.
106. 16.I.1957, *Aveline*, 36; 2.X.1959, *Raynaud*, Tb. 1089; 11.II.1970, *Maschi*, 401.
107. 14.XII.1973, *Fauveau*, Tb. 1098.
108. 12.XII.1947, *Lefèvre, D.*, 1948.II.557.
109. 24.I.1968, *Persastre*, 54; en réalité, comme le juge de l'excès de pouvoir, le juge de cassation ne contrôle pas la proportionnalité entre la faute et la sanction : v. 19.III.1958, *Cre. du Gouvnt près le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables*, 1003; 18.VI.1947, *Ferrero*, 270; 7.XI.1947, *Barut*, 412; 15.X.1954, *Soc. financière de France, A.J.*, 1954.461.
110. Concl. C.S.C.D.G. 11.VII.1949, *C. du G. Indre-et-Loire c/ Lemarie*, et *id. c/ Masson, J.C.P.*, 1949.II.5145.
111. C.S.C.D.G. 14.III.1949, *C. du G. Gard c/ Coulange-Bailly, A.J.*, 1949.188; C.S.C.D.G. 9.V.1949, *Hourcade, A.J.*, 1949.506; 13.II.1950, *C. du G. Maine-et-Loire c/ Moreau, A.J.T.*, 1950.276; C.S.C.D.G. 23.VII.1949, *Cheiney, A.J.T.*, 1950.36; m. jour *Nardin, A.J.T.*, 1950.158.

Le juge ainsi visé était le juge du fond [112], et la Commission supérieure s'interdisait à première vue de contrôler le caractère somptuaire ou non d'un bien [113]. En réalité, les choses étaient plus compliquées que cela : la Commission supérieure de cassation donnait tout d'abord une définition générale des caractères du somptuaire; elle contrôlait par ailleurs la mise en œuvre de la notion tant qu'aucune circonstance particulière n'était invoquée, de façon très abstraite. Au cas inverse, elle refusait de substituer son appréciation à celle du juge du fond. La décision *Moreau* est un excellent exemple de cette méthode. La Commission supérieure y considère comme somptuaire l'emploi de peinture à l'huile pour les plafonds de pièces d'habitation et casse de ce fait la décision qui lui était soumise car elle a tenu compte dans l'indemnité de cet élément « sans justifier d'aucune circonstance particulière de nature à faire disparaître en l'espèce le caractère purement somptuaire que présente normalement l'emploi de ce mode de peinture pour les plafonds » [114].

Cette analyse subtile, qui écartèle la notion de somptuaire entre le statut d'appréciation et celui de qualification juridique, ne fut pas reprise par le Conseil d'Etat juge de cassation lorsqu'il se vit transférer ce contentieux. Dans un premier temps, il considéra la notion de somptuaire comme appréciation souveraine [115], et dans un second temps il contrôla la mise en œuvre de ce standard au titre du contrôle de la qualification juridique [116].

De façon générale, cependant, on le voit, la mise en œuvre d'un standard semble relever de l'appréciation des faits, et cette conception du juge se trouvera confirmée dans le développement suivant lorsqu'il apparaîtra que les raisons du contrôle au titre de la qualification juridique, lorsqu'il intervient, sont plus politiques que théoriques, davantage fondées sur la méfiance du juge de cassation à l'égard de certains juges du fond que sur la conviction de donner leur statut logique à de véritables questions de droit.

SOUS-SECTION II

Standards et contrôle.

§ 1. — Le contrôle de la mise en œuvre des standards dans le contentieux de l'excès de pouvoir

175. *Les standards textuels accompagnés de directives précises.*

Il convient de les étudier à part, car le fait qu'ils soient contrôlés n'est pas à proprement parler significatif. Comment le juge pourrait-il, de toute façon, voir alors dans l'indétermination du standard un signe de la volonté de l'autorité l'ayant posé d'ouvrir à l'administration un pouvoir discrétionnaire ? Le juge administratif a ainsi classiquement contrôlé la notion de « logement convenable » dû aux instituteurs des articles 4 de la loi du 19 juillet 1889 et 48-15 de celle du 25 juillet 1893, précisée par l'article 1er du décret du 25 octobre

112. V. n. anon. *Coulange-Bailly*, précit.; et art. anon. « La notion de biens somptuaires pour l'application de la législation sur les dommages de guerre », *A.J.T.*, 1951.24.
113. V., p. ex., en sus des décisions précit. : C.S.C.D.G. plén. 12.V.1958, *Lefèvre, A.J.*, 1958.II.274; C.S.C.D.G. 30.VI.1958, *de Courcel, A.J.*, 1958.II.479.
114. Décis. précit., n. 111.
115. 23.IV.1965, *Carabin de Cortes*, Tb. 1046.
116. 20.X.1965, *Etab. Poliet et Chausson*, 539; 24.IV.1968, *Baret de Lime*, Tb. 1079.

1894 [117], celle d'organisation syndicale représentative que nombre de textes ont développée par la référence aux critères d'effectifs, d'indépendance, de cotisation, d'expérience et d'attitude patriotique pendant l'occupation [118], celle de local « insuffisamment occupé » et pouvant de ce fait être réquisitionné : était en effet réputé tel le local comportant un nombre de pièces principales d'habitation supérieur à celui des personnes y ayant effectivement leur résidence principale, augmenté d'une unité pour chacune des deux premières personnes [119].

176. *Le contrôle de principe de la mise en œuvre des standards dans le contentieux de l'excès de pouvoir.*

Certains revirements par rapport à des jurisprudences anciennes attestent que là est la position de la Haute Assemblée. Ainsi à propos de l'urgence [120] et de l'extrême urgence [121] dans le cadre d'une expropriation [122], ou encore de la faute disciplinaire ayant motivé la mise en non-activité d'un officier [123].

Le juge de l'excès de pouvoir contrôle classiquement la mise en œuvre des notions de perspective monumentale [124], d'intérêt d'un site sous toutes ses formes [125], d' « intérêt archéologique suffisant » [126], d'immeuble présentant « un intérêt d'histoire ou d'art suffisant pour en rendre désirable la préservation » [127], d'objets proposés à l'exportation et présentant « un intérêt national d'histoire ou d'art » [128].

De telles matières ne sont pas affectées par la réserve des questions techniques, car, ainsi qu'y insiste le président Odent, « un esprit éclairé » peut s'y mouvoir à l'aise [129].

Il en va de même pour les notions morales. Le juge contrôle la mise en œuvre des notions de faute contre l'honneur permettant l'exclusion de l'Ordre

117. 9.IV.1930, *Ville d'Ussel*, 405; 3.V.1968, *Cmne de Fraize*, 270.
118. V., p. ex., 8.XI.1950, *Synd. nation. Cadres des compagnies de navigation*, 538; 28.II.1951, *Féd. nation. cadres de l'assur., R.D.P.*, 1951.1143; S. 28.II.1958, *Denis, A.J.*, 1958.II.204; 17.VI.1960, *Conféd. auton. du travail, A.J.*, 1961.II.113; 10.III.1961, *Féd. nation. des artisans du bâtiment, A.J.*, 1961.II.574; 4.X.1961, *Féd. fonction. C.G.T.-F.O., A.J.*, 1962.108; 11.IV.1962, *C.F.T.C.*, 275; 27.III.1968, *Union synd. médecins de France, A.J.*, 1968.487; m. jour, *Féd. odontologique de France, A.J.*, 1968.487; S. 26.X.1973, *Féd. nation. synd. indép. des industries chimiques*, 559; *A.J.*, 1973.608; A. 2.XI.1973, *Travail c/ Conféd. nation. des chauffeurs routiers*, 614; 6.II.1974, *Synd. nation. des journalistes*, 87, *A.J.*, 1974.448; 10.X.1975, *Féd. nation. des synd. détaillants en chaussures*, 505.
119. V. 25.II.1949, *Marie*, 95; S. 27.V.1949, *Etévé*, 251; v. aussi 3.I.1947, *de M..., A.J.*, 1947.56.
120. 3.X.1973, *Pougny*, Tb. 1006; S. 22.IV.1977, *Brazier*, 187, *A.J.*, 1977.377 (chron. Nauwelaers et Fabius).
121. 3.XII.1965, *Pastré*, 655, *A.J.*, 1966.241; A. 17.IV.1970, *Fusy*, 255.
122. V. *supra* n. 7. V. le contrôle de l'urgence visé par l'article 18 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 : S. 9.IV.1976, *S.G.E.N.*, 198.
123. Refus de contrôle de la qualification, sans doute pour des raisons politiques (23.IV.1958, *Jacquot*, 225), abandonné récemment (18.V.1973, *Massot*, 360, *A.J.*, 1973.353, chron. Franc et Boyon).
124. 4.IV.1914, *Gomel*, 488 (*G.A.J.A.* 121); 1.VIII.1914, *Pillot*, 1012.
125. 13.III.1935, *Moranville*, 325; S. 19.III.1948, *Passy-Mont-Blanc*, 140; 17.XII.1952, *Moskon*, 583; 29.VI.1955, *Soc. Usines Renault*, 176; 10.III.1961, *de Bausset*, 176, *A.J.*, 1961.II.635 (obs. Gardies); 11.V.1960, *S.A.R.L. Digues blésoises*, Tb. 1058; 22.I.1964, *Culture c/ de Bovis*, 941; 4.VII.1969, *Laurent*, 362; 30.I.1970, *Union Chbre synd. d'affichage*, 66, *A.J.*, 1970.231; S. 13.III.1970, *Culture c/ Benoist d'Anthenay*, 182; 22.I.1971, *Culture c/ Benoist d'Anthenay*, 67; 13.II.1974, *Aménagement du territoire c/ Assoc. déf. du Tholonet*, 107; A. 2.V.1975, *Ebri*, 280; v. aussi 27.V.1977, *Equipement et Cassignol*, 257.
126. 14.XI.1962, *Soc. Etab. Deroche*, 507.
127. 19.II.1969, *S.C.I. « Les américains »*, 111; 26.I.1972, *Culture c/ Ville du Puy*, 84.
128. S. 18.II.1966, *Biekens*, 123.
129. *Op. cit.*, fsc. 6, p. 1544.

de la Légion d'honneur [130], d' « imputation diffamatoire ou injurieuse » d'une délibération de conseil municipal autorisant son annulation par le préfet [131], de « moralité irréprochable » et de « bonne tenue », conditions d'accès à un emploi public [132], de faits « contraires à la morale professionnelle » légitimant le refus d'inscription au tableau ou de « conditions de moralité » permettant cette dernière [133], de « manquements à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs » dans le cadre du contentieux de l'amnistie lorsque, à propos des agents publics, cette notion intervient dans le contentieux de l'excès de pouvoir [134], de « caractère licencieux ou pornographique » d'une publication [135, 136], *etc.*

Donnent encore lieu à contrôle normal les notions de « crise grave du logement » de l'ordonnance du 11 octobre 1945 [137], de « besoins du pays » [138] ou de « besoins normaux » [139] légitimant une réquisition, d' « intérêt des malades » ou de « besoins sanitaires » permettant de déroger au principe du cabinet unique en faveur d'un chirurgien dentiste [140] ou d'un médecin [141], de « besoins de la circonscription » ou de « besoin sanitaire » justifiant la création ou l'extension d'un établissement sanitaire privé [142], d' « insuffisance de l'initiative privée », condition de la création d'une clinique ouverte [143], de logement « dans des conditions manifestement insuffisantes » de l'article 6

130. S. 26.VII.1935, *Calmon*, 900; 24.III.1965, *Fouquet*, 194.
131. 30.VII.1941, *Chauvin*, 152.
132. 17.XII.1941, *Blanchelande*, 224.
133. 7.IV.1944, *Marty*, 112; S. 14.VI.1946, *Van den Velgaete*, 167; 16.IV.1947, *Lambla de Sarria*, 145; 21.VII.1948, *Riss*, 466; 3.VI.1949, *Kiehl*, 265; 19.IV.1968, *Mendel*, Tb. 1083; 19.III.1969, *Gardon*, Tb. 937; 8.IV.1970, *Tarral*, 225.
134. V., p. ex., 12.I.1938, *Serruau*, 15; 19.VII.1939, *Forges*, 486; 21.VII.1939, *Altesleben*, 505; 31.III.1950, Tb. 688; 29.VII.1950, *Hurlaux*, 489; 1.XII.1950, *Gallo*, 588; 19.VI.1953, *Goudou*, Tb. 612; 19.III.1954, *Aguillaume*, 166; 10.V.1957, *Tampucci*, 300; S. 22.I.1960, *Rey*, 50 (concl. Fournier), *A.J.*, 1960.II.60; 25.VI.1958, *Leménager*, 380; 8.IV.1959, *Scora*, 213; 3.V.1961, *Pouzelgues, A.J.*, 1961.II.356 (chron. Galabert et Gentot); 15.XII.1961, *Sabadin*, *A.J.*, 1962.578 (obs. Paulin); 13.VII.1963, *Préfet de police c/ Laisney*, Tb. 822; 6.XI.1963, *Chevallier*, 524; 15.X.1965, *Wydouw*, 523; S. 13.VII.1956, *Finances c/ Garrigues*, 472; 12.VII.1969, *Finances c/ Hautcastel*, 387; S. 14.V.1971, *Transports c/ Guicherdon*, 362; 10.V.1972, *Dufond*, 352, *A.J.*, 1973.145; 21.VI.1972, *Le Roy*, 462; 21.VI.1972, *Préfet de police c/ Voitot*, 464; A. 16.I.1976, *Dujardin*, 44, *A.J.*, 1976.94.
135. 5.XII.1956, *Thibault*, 463, *D.*, 1957.II.22 (concl. Mosset).
136. Dans ces domaines comme dans tous les autres, le juge contrôle aussi bien sûr l'application des standards qu'il a lui-même forgés (v. la jurisp. déjà citée 18.XII.1959, *Soc. Films Lutétia*, 693, *G.A.J.A.*, 491); v. aussi A. 24.I.1975, *Intérieur c/ Soc. Rome-Paris Films*, 57, *A.J.*, 1975.131 (chron. Franc et Boyon).
137. 9.I.1948, *Barbedienne, J.C.P.*, 1948.II.4132, 1re esp., n. Fréjaville; 14.V.1948, *Cmne de Veules-les-Roses, Gaz. Pal.* 17.VIII.1948; v. aussi T.C. 24.VII.1947, *Gerony, D.*, 1947.II.415 (n. Fréjaville), et Carbonnier, « La notion de crise grave du logement », *J.C.P.*, 1948.I.728.
138. 9.II.1966, *Féd. nation. Aviation civile*, 101; 24.III.1971, *Equipement c/ Mallard*, 252.
139. 12.XI.1948, *Chatard*, 426; 31.V.1950, *Olivera*, 331.
140. 8.XI.1972, *Ageron*, 720; v. aussi S. 29.XI.1968, *Ferray*, 608.
141. 21.I.1976, *Préjean*, 49; v. aussi 13.V.1970, *Brien*, Tb. 1176; m. jour, *Barisain-Monrose*, 320; 2.X.1970, *Chappelart*, Tb. 1165; en réalité, à propos de ces trois derniers arrêts, on peut se demander s'ils ne mettaient pas en œuvre le « contrôle moyen » décrit par MM. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, pp. 395 ss., mais que ces auteurs réservent au domaine des mesures de police exceptionnelles. Il semble en effet que le Conseil d'Etat se soit fondé non sur le fait qu'il y avait une situation pouvant impliquer des « besoins sanitaires », mais sur le fait que les motifs invoqués par l'administration étaient en eux-mêmes « de la nature de ceux qui peuvent légalement justifier » une dérogation.
142. 8.I.1964, *Soc. Sainte-Croix-des-Neiges*, 16; 30.X.1970, *Constantin*, 631; 6.XII.1972, *Soc. Clinique de l'Oasis*, Tb. 1203; 19.X.1973, *Santé et Sécurité sociale, R.T.D.S.S.*, 1973.517 (concl. Rougevin-Baville).
143. A. 11.I.1963, *Santé publique c/ Léonetti*, 21, *A.J.*, 1963.434 (obs. Paulin); S. 10.IV.1964, *Clinique du Chablais*, 215; v. aussi 2.II.1949, *Brésard*, 45; A. 14.V.1954, *Synd. maisons de santé du Languedoc*, 276, A. 10.X.1958, *Delarbre*, 482; v. Dran, art. précit.

de la loi du 15 juillet 1954, condition de la réquisition [144], de « motifs reconnus sérieux et légitimes » autorisant le refus de vente d'H.L.M. [145], de « tact et mesure » dans la fixation d'honoraires [146], de « cas social grave » constituant dispense du service militaire [147], de « réserve » lorsque cette notion est utilisée par un texte [148], de « faute disciplinaire » [149], d' « insuffisance professionnelle » invoquée à l'appui d'une mesure de licenciement [150], d' « inaptitude physique » à l'exercice de certaines fonctions [151], de compatibilité entre l'état physique d'un candidat à la fonction publique et l'emploi sollicité [152], [153], de « préjudice important » que peut causer une importation à une branche de la production nationale [154], d' « insuffisance de disponibilités de sucre » et de « stocks de la régie des alcools supérieurs aux besoins » [155], d'animal « malfaisant ou nuisible » [156]. Il faut encore retenir que les références textuelles à la notion de circonstances exceptionnelles font l'objet d'un contrôle de leur mise en œuvre par le juge [157]. La notion d'utilité publique, dans le cadre du

144. 14.X.1960, *Hergot, A.J.*, 1961.II.159; 25.III.1964, *Perrot,* 206; v. aussi 21.IV.1950, *Duval,* 233 (art. 28 O. 11.X.1945 et L. 2.IV.1946).

145. Il ne semble pas qu'il faille ici rattacher le contrôle au fait que le décret du 1er novembre 1966 ait assorti la loi du 10 juillet 1965 de directives, car celles-ci étaient purement indicatives (« peuvent notamment être considérés comme tels... »); Nantes, 5.V.1969, *Lassaux,* 631, avait tranché en faveur du contrôle restreint; mais le Conseil d'Etat opère un contrôle normal : 12.I.1968, *Finances c/ Perrot,* 39; S. 20.XI.1970, *Belz,* 693, *A.J.*, 1971.55; 1.X.1971, *O.P.H.L.M. Manche c/ Françoise,* 578; S. 21.VII.1972, *S.A.H.L.M. Centre c/ Rancher, A.J.*, 1973.213; m. jour, *S.A.H.L.M. Centre c/ Dedenis,* 587; Nancy, *O.P.H.L.M. Vosges,* 833; Paris, 8.IV.1975, *Soc. H.L.M. « La Sablière »,* 702; 10.III.1978, *O.P.H.L.M. Région parisienne c/ Eitelvein, D.A.*, 1978, n° 127.

146. S. 18.II.1977, *Hervouet* (2e esp.), 100 (concl. Dondoux), *A.J.*, 1977.271 (chron. Nauwelaers et Fabius).

147. 31.I.1969, *Gardarein,* 55 (concl. Rigaud); 20.II.1970, *Armées c/ Lienhart,* 127; Paris, 15.XII.1967, *Lienhart,* 636, n'est par contre pas très bien motivé.

148. S. 1.XII.1972, *Obrego, A.J.*, 1973.41 (chron. Cabanes et Léger et concl. Grévisse); A. 31.I.1975, *Volff,* 70; m. jour, *Exertier,* 75, *A.J.*, 1975.124 (chron. Franc et Boyon); *a fortiori* bien sûr lorsque notion jurisprudentielle.

149. 14.I.1916, *Camino,* 15 (*G.A.J.A.* 128).

150. 19.II.1954, *Couture,* 116; 31.V.1968, *Duperré,* 346; 22.II.1974, *Nguyen-Duc-Duy,* Tb. 1118; v. aussi dans un domaine un peu différent : 5.XII.1951, *Macon,* 569; 13.IV.1956, *Mohamed Hadj Larbi* (Req. 34.323, non publié); 18.VI.1948, *Chastenet de Géry,* 633; 22.IV.1955, *Bocquet* (Req. 15477, non publié).

151. S. 28.VI.1946, *Paoli, S.*, 1947.III.46 (n. P. H.); S. 19.XII.1947, *Sajous,* 476; S. 12.XI.1965, *Davéo,* 610; 19.VI.1970, *Economie c/ Clary,* Tb. 1164; ces décisions marquent un revirement par rapport à 27.III.1925, *Mariani,* 17.XI.1944, *Leménager,* 297; v. *supra* n. 28 les fondements politiques de cette jurisprudence : il y a là appréciation technique, mais le juge n'en tient pas compte à cause de l'importance des enjeux; v. aussi, dans un autre domaine un peu différent : 20.III.1951, *Bégué,* 132.

152. S. 25.VII.1952, *Loubeyre, D.* 1953.II.5 (concl. Guionin; 3.VI.1953, *Girard,* 259.

153. V. Bernard, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 53 ss.

154. A. 4.III.1966, *Manufacture produits chimiques de Tournan,* 174 (art. 19 *bis* Code des douanes).

155. 15.VII.1960, *S.A. distilleries Cornic,* 479 (art. 11 D. 9.VIII.1953).

156. 9.V.1975, *Féd. franç. des sociétés de protection de la nature,* 294. Le Conseil d'Etat contrôle la mise en œuvre de la notion d' « originalité suffisante » d'une marque, mais elle est forgée par lui à partir de l'art. 3 al. 2 L. 31.XII.1964 relative aux marques de fabriques (S. 30.X.1970, *Soc. lyonnaise de dépôts,* 624); v. aussi l'intéressante jurisprudence élaborée à partir de la nouvelle rédaction des articles 157 et 158 du Code forestier, en matière d'autorisations de défrichements : 3.V.1974, *Soc. alsacienne de sables et graviers,* 258, *A.J.*, 1974.592 (concl. Dondoux); A. 13.XII.1974, *Soc. Ciments Lafarge, A.J.*, 1975.237 (n. Charbonneau); les textes ouvrent un pouvoir discrétionnaire par l'emploi du verbe « pouvoir », mais l'annulent immédiatement pour partie par l'énoncé de cas dans lesquels le refus d'autorisation doit être prononcé; les standards utilisés sont alors contrôlés normalement.

157. S. 23.V.1969, *Jammes,* 266; 17.III.1971, *Féd. nation. des producteurs de vin de consommation courante,* 215; v. aussi 19.XI.1969, *Hatte-Devaux,* 512.

contentieux de l'expropriation, est aussi classiquement contrôlée [158], encore qu'il soit sans doute possible d'estimer qu'avant la proportionnalité l'appréciation abstraite de l'utilité publique était caractéristique plus d'un « contrôle moyen » [159] que d'un contrôle normal [160].

§ 2. — Le contrôle de la mise en œuvre des standards dans le contentieux de la cassation

177. *Le caractère exceptionnel du contrôle de la mise en œuvre des standards dans le contentieux de la cassation.*

Dans de très riches conclusions récentes, le commissaire du gouvernement Dondoux notait que le Conseil d'Etat juge de cassation ne s'interdit pas de « moduler l'intensité » de son contrôle, précisant :

> « La réserve de l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond est quelquefois si formelle qu'on se demande ce qu'il reste de cette notion... Dans d'autres cas, au contraire, vous allez si loin dans la reconnaissance du caractère souverain de l'appréciation des faits par les juges du fond qu'on se demande ce qu'il reste de la notion de contrôle de la qualification juridique des faits. » [161]

De fait, les exceptions au refus du contrôle, la considération des standards textuels comme véritables instruments de qualification juridique sont rares. Alors que, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, les exceptions politiques (la triple réserve déjà envisagée) ont pour but d'éviter au juge le contrôle, elles jouent ici, le principe inverse prévalant, un rôle opposé : le juge administratif de cassation renonce à considérer les standards textuels comme simples questions de fait, d'appréciation, réservées souverainement au juge du fond, lorsqu'il éprouve de la méfiance à l'égard de ce dernier. La révolution que la doctrine s'est plue à reconnaître dans le fameux arrêt *Teyssier* fut une révolution politique qui n'entama pas profondément le refus théorique de contrôler en cassation la mise en œuvre de standards par le juge du fond.

L'arrêt *Teyssier* décida d'opérer le contrôle, au titre de la qualification juridique des faits, de la mise en œuvre de la notion d'atteinte « à la dignité et aux intérêts généraux de la profession médicale » [162]. Cette décision était moins révolutionnaire sans doute qu'on ne l'a parfois dit [163] et elle n'était pas

158. A. 17.II.1950, *de Rothschild,* 113; 10.I.1958, *Bô, A.J.*, 1958.II.128; 23.X.1963, *Musy, A.J.*, 1964.173; 4.III.1964, *Borderie, A.J.*, 1964.624; 28.X.1964, *Hué, A.J.*, 1965.302; Nice, 17.II.1965, *Départ. de la Corse, A.J.*, 1965.305 (obs. Weil); 12.IV.1967, *Soc. nouv. entrep. d'hôtels, A.J.*, 1967.291; v. aussi, après la mise en œuvre de la proportionnalité des arrêts où elle ne joue pas de rôle particulier : A. 6.VII.1973, *Michelin et Veyret,* 481; 26.VI.1974, *Gaubert,* 374, *A.J.*, 1975.84.

159. Sur cette notion, v. *supra* n. 141.

160. V. plus particulièrement 13.V.1964, *Malby et Bedouet, A.J.*, 1965.35; 10.VII.1968, *Troussier, A.J.*, 1969.109.

161. Concl. précit. sous les deux arrêts S. 18.II.1977, *Hervouët,* 98 ss. (p. 106).

162. A. 16.V.1947, *Teyssier, D.*, 1948.II.557.

163. En dépit du flottement sur la nature juridique des décisions d'inscription au tableau, qui ne prendra fin qu'avec l'arrêt 12.XII.1953, *de Bayo,* 544, les considérant définitivement comme des décisions administratives, il apparaît que certaines décisions peuvent être considérées comme relevant du contentieux de la cassation, qui, dès avant *Teyssier,* opéraient le contrôle de la notion de comportement « contraire à la dignité de la profession médicale et par suite aux règles de la moralité professionnelle »; v. ainsi : S. 4.V.1945, *Klotz,* 92; et 14.V.1943, *Gremeaux, S.*, 1944.III.28; 30.VI.1944, *Martignon,* 289; 16.II.1945, *Niérat,* 35; l'incertitude sur la frontière des deux contentieux a peut-être favorisé ce pas en avant.

sans présenter des particularités susceptibles d'en limiter la portée [164]. Quoi qu'il en soit, se marquait là une volonté délibérée de la Haute Assemblée d'éviter pour l'avenir les abus inévitablement engendrés par la multiplication de juridictions dont les qualités de sérieux et d'impartialité n'apparaissaient pas toujours équivalentes à celles dont faisaient montre les juridictions traditionnellement reliées à elle par la voie du recours en cassation [165]. Les juridictions professionnelles étaient bien sûr visées à titre essentiel : mais pas exclusivement, tant fut grande la prolifération de juridictions de tous ordres que la fin de la guerre et les nécessités de l'après-guerre engendrèrent. L'épuration professionnelle fut notamment l'objet de toutes les « sollicitudes » du Conseil d'Etat : il s'agissait d'éviter que les résultats ne fussent trop différents de ceux de l'épuration administrative dont il connaissait par la voie de l'excès de pouvoir [166].

Le Conseil d'Etat juge de cassation a ainsi accepté de contrôler la mise en œuvre de notions telles que celles de « termes violents et injurieux » tenus par un médecin à l'égard d'un confrère et de l'administration, celui-ci ayant ainsi « manifestement dépassé les bornes du droit de critiquer qui appartient aux membres de la profession médicale » [167], de « manquements graves à la moralité » d'un médecin [168], d'acte « publicitaire de nature commerciale » [169], d' « acte de nature à déconsidérer la profession médicale » [170], de fait « constitutif d'un manquement (aux) obligations professionnelles » [171], de « manquement à la loyauté ou à la solidarité professionnelle » [172], de « manquement au devoir de courtoisie » prescrit par le Code de la profession d'expert-comptable [173] et, de façon générale, de fait constitutif d'une faute disciplinaire [174].

Le juge de cassation contrôle encore, comme le juge de l'excès de pouvoir, la mise en œuvre de la notion de « manquement à la probité, aux bonnes mœurs et à l'honneur » des lois d'amnistie [175].

164. En ce sens, v. Dupuy, « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », *R.D.P.*, 1950, notamment p. 540.

165. M. Jacquemart, *Le Conseil d'Etat juge de cassation*, 1957, pp. 240 ss., voyait dans la distinction entre juridictions professionnelles et non professionnelles la *summa divisio* de la question; v. aussi Peiser, *op. cit.*, pp. 144 ss. et 402 ss.; Rouvière, *Le Conseil d'Etat, juridiction de cassation*, 1958, pp. 183 ss.; et Debbasch, *Procédure administrative..., op. cit.*, p. 429; *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 589.

166. V. les développements de M. Jacquemart, *op. cit.*, pp. 248 et ss.

167. 9.XI.1951, *Fischer*, 523; A. 4.I.1952, *Simon*, 13 (concl. Letourneur); 12.IV.1957, *Dévé*, 266; v. Schultz, « Le Conseil d'Etat et les pouvoirs de l'ordre des médecins », *R.D.P.*, 1976, notamment pp. 1455 ss.

168. S. 20.II.1953, *Armelin*, 88.

169. 21.II.1968, *Troques, A.J.*, 1968.254; contrôle parfois effectué au titre de la dénaturation : 2.X.1970, *Saiag-Gambillard, A.J.*, 1971.177.

170. 13.V.1974, *Carpentier*, 284, *R.T.D.S.S.*, 1975.34 (concl. Braibant).

171. 12.XI.1975, *Teboul*, 564; v. aussi 30.I.1963, *Schaltin, A.J.*, 1963.432.

172. 12.II.1965, *Garry*, 108; v. aussi 16.X.1964, *Caro*, 475.

173. 25.I.1961, *de Bonald, T.D.* 55-64, t. 6, 99.

174. 4.VI.1958, *Auzerais*, 309; 8.II.1967, *Nugues*, 60; 1.VII.1970, *Chanot*, 458; 18.VII.1973, *Rager*, 531; 7.XI.1973, *Baraf*, Tb. 1095.

175. V., p. ex., 21.VII.1948, *Roques*, 338; 2.II.1949, *Fécan*, 44; A. 29.IV.1949, *Parent*, 194; 6.V.1949, *Grunberg*, 790; 17.VII.1950, *Lusquin*, Tb. 688; 29.I.1954, *Sparfel*, 69; S. 12.VII.1955, *Grunberg*, 407 (concl. Guionin); S. 2.III.1956, *Berson et Mouillard*, 104; S. 19.X.1956, *Princeteau*, 378; 14.XII.1956, *Baudin*, 478; 15.VII.1957, *Senequier*, Tb. 852; 16.X.1957, *Gopée*, 534; 30.X.1957, *Delteil*, 568; 18.XII.1957, *Monod*, 687 (concl. Grévisse); S. 20.VI.1958, *Louis*, 368; 10.XII.1958, *Cubertier*, 635; 2.X.1959, *Raynaud*, 484; S. 23.III.1962, *Boileau*, 205; 27.XI.1962, *Briault*, 427; 18.III.1963, *Nemegyel*, Tb. 822; 22.V.1963, *Nordmann*, Tb. 822; S. 31.V.1963, *Kraemer*, 337 (concl. Braibant), *D.*, 1963.II.553; 26.VI.1963, *Jozet, A.J.*, 1964.61 (obs. Paulin); 7.X.1964, *Béraud*, 450; 13.VII.1966, *Caisse centrale S.S. c/ Rohner*, Tb. 873; 16.XI.1966, *Caisse centrale S.S. Région parisienne*, Tb. 1079; 5.VII.1967, *Raybaud*, 300; 13.XII.1967, *Sarrazin*, 489; 24.I.1968, *Persastre*, 54; S. 19.IV.1968, *Cons. ordre médecins Puy-de-Dôme*, Tb. 859; S. 17.V.1968, *Andrei, A.J.*, 1968.596; 3.VIII.1968, *Pennec*, 413; 30.X.1968, *Assemat*, Tb. 859; S. 29.XI.1968, *Veillet*, 609, *J.C.P.*, 1969.II.15883 (obs. Ould Aoudia); 11.XII.1968, *Bouton*, Tb. 859; 14.II.1969, *Marcuccini*, Tb. 741; 16.V.1969, *Hait-Hin*, 254; 6.VI.1969, *Sevelinges*, Tb. 742; 11.VII.1969, *Tomatis*, Tb. 741; S. 28.XI.1969, *Dupraz*, 543; 11.II.1970, *Maschi*, 101, *A.J.*, 1971.56; m. jour, *Pech*, 103; 4.XI.1970, *Faup*, Tb. 938; 31.III.1971, *Barbet*, 264; S. 30.IV.1971, 72.364, *X...*, 318, *D.F.*, 1972, comm. 683 (concl. Schmeltz); 20.VII.1971, *Dadoun*, Tb. 938; m. jour, *Mulot*, Tb. 938; 1.X.1971, *Gantier*, Tb. 938; S. 17.XII.1971, *Virapin-Apou*, 779 (concl. Braibant); 12.I.1972, *Perier*, Tb. 987; 1.III.1972, *Ducreux*, 179; 5.VII.1972, *Ouahnon*, 511; 28.II.1973, *Ferreux*, 179; 4.V.1973, *Salphati*, 326; 9.V.1973, *Bensadoun*, 343; 26.X.1973, *Caisse primaire de la Somme*, 600; 11.VI.1975, *Barbet*, Tb. 877; 12.XII.1975, *Dequeker*, Tb. 877; 25.II.1976, *Santé publique c/ Alçay*, 114; 4.II.1976, *Gautard*, Tb. 771; 1.XII.1976, *Rechtman*, Tb. 771.

176. S. 14.III.1975, *Rousseau*, 195.

177. S. 18.II.1977, *Hervouët*, 1re esp., 98 (concl. Dondoux), *A.J.*, 1977.271 (chron. Nauwelaers et Fabius).

178. Arrêt cité *supra;* v. aussi 22.X.1975, *Cintrat*, Tb. 1235.

179. V. Goldenberg, *op. cit.*, p. 221; Bernard, art. précit., p. 57; et concl. Delvolvé, A. 27.IV.1951, *Mélamède*, 234.

180. *Op. cit.*, p. 213.

Deux décisions récentes peuvent faire croire à un abandon progressif par le juge de ses positions restrictives traditionnelles. Il a accepté de contrôler la mise en œuvre de la notion de fait de nature à justifier une sanction disciplinaire par le Conseil supérieur de la magistrature à l'encontre d'un magistrat du siège [176]. Abandonnant sa jurisprudence *Jourdan*, à laquelle il a été fait allusion plus haut, il a contrôlé par ailleurs la mise en œuvre de la notion de « tact et mesure » dans la fixation d'honoraires par le Conseil national de l'ordre des médecins [177]. Cette dernière décision est cependant largement due, si l'on en croit les conclusions de M. Dondoux, à la volonté du juge de « veiller à la symétrie » de ses solutions puisqu'il intervenait dans l'affaire *Hervouët* à la fois en tant que juge de l'excès de pouvoir [178] et que juge de cassation.

178. *Conclusion de la section.*

Ainsi, de la jurisprudence ressort une double leçon :

1. Le standard textuel, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, est, par lui-même et à défaut d'une source formelle de pouvoir discrétionnaire, générateur de compétence liée : mais cette compétence liée ne fait pas toujours l'objet d'un contrôle de la part du juge, cette abstention ne pouvant s'expliquer que par des raisons politiques;

2. Le standard textuel, dans le contentieux de la cassation, est générateur d'appréciation souveraine du juge du fond : mais cette conception extensive de l'appréciation souveraine laisse la place, pour des raisons politiques là encore (mais qui ont le mérite, on le verra, de faire indirectement prévaloir un point de vue théorique juste), au contrôle de la qualification juridique dans certains cas.

Il faut, à ce point du raisonnement, examiner une proposition récemment développée par M. Pacteau mais qui, à défaut d'avoir été systématisée auparavant de façon aussi intéressante, n'était pas tout à fait étrangère à la doctrine [179]. M. Pacteau estime que

> « la véritable clef de la jurisprudence, celle qui permet d'appréhender vraiment le débat intellectuel au terme duquel le juge de l'excès de pouvoir décide de procéder ou non au contrôle de la portée reconnue par l'agent public aux faits de l'espèce (est) le point de vue des intérêts en cause » [180].

Cette proposition semble à la fois juste au plus haut point et peut-être grosse de certains dangers; car il n'est pas possible d'exclure absolument une analyse théorique des fondements du contrôle et du non-contrôle pour lui substituer

une analyse purement politique. L'analyse politique, à laquelle la doctrine est contrainte par la jurisprudence du Conseil d'Etat, se greffe sur un certain nombre de conceptions théoriques préexistantes. Pour s'en tenir au contentieux de l'excès de pouvoir, le schéma n'est pas ainsi : 1. Principe : non-contrôle; 2. Exception : contrôle si des libertés, garanties et droits importants sont en jeu. Mais : 1. Principe théorique : contrôle; 2. Exception politique : non-contrôle dans le cadre de la triple réserve déjà examinée; 3. Exception politique à l'exception politique : retour au contrôle dans les cas envisagés par M. Pacteau.

Cela n'enlève aucunement son intérêt à l'interprétation de ce dernier. Elle rend compte aussi de l'attitude du juge dans le contentieux de la cassation : 1. Principe théorique (contestable, mais là n'est pas, pour le moment, le problème) : non-contrôle; 2. Exception politique : contrôle lorsque les risques d'arbitraire sont excessifs.

Quoi qu'il en soit, il faut maintenant, par le recours à la doctrine, situer ces jurisprudences dans une perspective plus générale : le juge y apparaîtra, d'une certaine manière, avoir été plus rigoureux que la doctrine classique dans l'analyse de son rôle comme juge de l'excès de pouvoir. Mais cette rigueur semble faire défaut à la conception qu'il se fait de ses pouvoirs de juge de cassation.

SECTION II

CRITIQUE DE LA CONCEPTION DU STANDARD QUESTION DE FAIT

179. *Introduction.*

Ainsi y a-t-il une certaine contradiction dans la jurisprudence. Car enfin si le principe, pour le juge de l'excès de pouvoir, est de considérer le standard textuel comme relevant du contrôle de la qualification juridique des faits, on s'explique les difficultés rencontrées par le juge de cassation, et de ce fait par la doctrine, pour opérer la distinction parfois délicate entre l'appréciation et la qualification juridique.

On peut se demander si la position du Conseil d'Etat juge de cassation ne se fonde pas souvent sur des arguments dont on pouvait légitimement penser que le regretté Doyen Marty en avait eu raison il y a cinquante ans : la jurisprudence de la Cour de cassation est à cet égard souvent plus satisfaisante. Les conceptions du juge administratif de cassation présentent, en dehors de leurs inconvénients intrinsèques, le défaut de contaminer, selon nous, la doctrine dans ses développements sur la mise en œuvre des standards textuels par le juge de l'excès de pouvoir. L'appauvrissement que le Conseil d'Etat juge de cassation fait subir trop souvent à la notion de qualification juridique des faits est repris par la doctrine lorsqu'elle disserte sur le contentieux de l'excès de pouvoir et les analyses de cette dernière peuvent retentir ponctuellement sur celles du juge.

SOUS-SECTION I

Le standard n'est pas une source formelle de pouvoir discrétionnaire

180. *Introduction.*

Il semble que la question étudiée ici soit l'une de celles à propos desquelles la distance entre la pratique du juge et la construction doctrinale soit la plus grande. Pour nombre d'auteurs, la présence d'un standard textuel, généralement non baptisé tel, est le signe d'un pouvoir discrétionnaire. Si le juge accepte de contrôler sa mise en œuvre, il se livre ainsi au contrôle du pouvoir discrétionnaire ou encore de l'opportunité : il se fait juge du fait.

§ 1. — LA THEORIE DU STANDARD SOURCE DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

1° UNE THÉORIE LONGTEMPS DOMINANTE :

181. *Une théorie toujours actuelle.*

La lecture de la thèse de M. Pacteau atteste la pérennité de ce courant. Cet auteur considère en effet que « l'indétermination » [181], les « appréciations administratives qui ne correspondent à aucune condition légale précise » [182], « la mise en œuvre de conditions parfois très plastiques (comme les conditions d'intérêt ou d'utilité publique, d'intérêt du service) ou en tout cas très imprécises (comme une condition de « besoin reconnu » ou de « circonstance impérieuse ») » [183], ouvrent la voie au pouvoir discrétionnaire.

Cette position n'est pas isolée. On peut citer M. Gardies, qui estime que le Conseil d'Etat devient « juge du fait » lorsqu'il met en œuvre la notion d' « intérêt général au point de vue historique et pittoresque » [184], M. Fréjaville considérant qu'est « question de fait » la notion de « crise grave du logement » [185], et même M. Galmot, selon lequel « le législateur (manifeste) sa volonté de laisser à l'administration un pouvoir discrétionnaire... lorsque la loi définit de façon si vague les faits qui conditionnent l'intervention des mesures... qu'un contrôle de leur qualification juridique se rapprocherait dangereusement d'un contrôle de leur opportunité », ajoutant cependant que des expressions telles qu' « individus dangereux pour la défense nationale » ou « personne dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité de l'ordre public », n'ouvrent pas la voie à un pouvoir discrétionnaire [186]. Ou encore le président Odent : « L'étendue du contrôle juridictionnel sur la qualification juridique des faits varie en fonction de la définition plus ou moins précise des circonstances de fait dont l'autorité compétente doit tenir compte pour prendre une décision » [187, 188].

---

181. *Op. cit.*, p. 209.
182. *Ibid.*, pp. 209 et 210.
183. *Ibid.*, p. 210.
184. Obs. 10.III.1961, *de Bausset, A.J.*, 1961.II.636.
185. N. 9.I.1948, *Barbedienne, J.C.P.*, 1948.II.4132.
186. Concl. Galmot, S. 5.II.1965, *Assoc. Comité d'entente pour l'Algérie française*, 73.
187. *Op. cit.*, fsc. 6, p. 1544; point de vue cependant nuancé; v. pp. 1541 ss.
188. Nombre de grands manuels demeurent assez allusifs sur cette question (v. Laubadère, *op. cit.*, t. 1, p. 275; Rivéro, *op. cit.*, pp. 81 ss. et 253 ss.; Vedel, *op. cit.*, pp. 317 ss. et 596 ss.; Waline, *op. cit.*, t. 1, pp. 344 ss.); les grands manuels de contentieux sont plus nettement critiques à l'encontre de cette doctrine (v. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, pp. 389 ss.; Debbasch, *Contentieux..., op. cit.*; v. aussi Bénoit, *op. cit.*, p. 547).

Cette doctrine, diffuse, trouve ses fondements théoriques dans les écrits, parmi d'autres, de Roger Bonnard, du professeur Eisenmann, du président Stassinopoulos et de M. Goldenberg, écrits très divers mais dont les conséquences ultimes, en dépit des prémisses différents, sont proches [189].

182. *La théorie de Roger Bonnard* [190].

Selon cette théorie, dite parfois de l'énoncé légal des motifs, il y aurait pouvoir discrétionnaire dès lors que la loi n'énonce pas les motifs au nom desquels l'administration peut exercer sa compétence. Ce n'est pas, dans cette proposition, le légicentrisme, aujourd'hui battu en brèche, qui doit être retenu. Le véritable problème se situe à un autre niveau : Bonnard tendait en effet à assimiler à la non-énonciation des motifs leur énonciation imprécise. Selon lui, il n'y avait « plus d'élément suffisant pour la liaison de l'administration, lorsque l'existence des faits énoncés comme motifs ne peut s'établir qu'à la suite de certaines libres appréciations de qualité et de valeur » [191]. On retrouve la même argumentation chez nombre d'auteurs de l'entre-deux-guerres, et notamment, avec des nuances, chez Réglade, dont la contribution se signale toutefois par la façon intéressante dont elle complète les justes vues de Bonnard quant à l'impossibilité de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le juge lorsqu'il contrôle la prétendue opportunité des décisions administratives [192].

183. *La théorie du professeur Eisenmann.*

Au départ de cette réflexion, une observation fondamentale : « le caractère discrétionnaire d'un pouvoir, et par conséquent des actes qu'il implique, résulte d'un certain état du droit, d'un certain état de la réglementation juridique » [193]. Cet état se déduit assez aisément de la définition de la compétence liée : il n'y a certes pas de discrétionnalité lorsqu'un pouvoir « est déterminé, d'une façon absolue, rigoureuse, par des règles de droit » [194]. Par conséquent,

> « la source de la discrétionnalité, c'est l'absence de détermination rigoureusement impérative, stricte, de l'action. Dès que, sur un point quelconque, sous un rapport quelconque, l'action à accomplir par le sujet n'est pas absolument déterminée, « du » pouvoir discrétionnaire fait son apparition... La source de la discrétionnalité, c'est l'incomplète ou l'imparfaite détermination de la réglementation. C'en est la source et c'en est la mesure, plus la réglementation est impérative et moins il y a de place pour la discrétionnalité; moins elle est impérative, et plus le degré de discrétionnalité est grand » [195].

On reviendra sur un aspect qui semble pouvoir être contesté dans cette proposition fameuse : l'impérativité et la détermination ne sont pas des notions parfaitement assimilables. Quoi qu'il en soit, le professeur Eisenmann poursuit sa démonstration [196] et la complète par une série de propositions complémentaires : il peut y avoir du pouvoir discrétionnaire en dehors de la volonté même de l'auteur de la réglementation s'il y a indétermination de fait de celle-ci (l'existence du pouvoir discrétionnaire ne se reconnaît pas à l'emploi de telle ou telle formule); il n'y a pas lieu de faire la distinction entre règles législatives et règles jurisprudentielles pour déterminer l'existence et prendre la mesure de la discrétionnalité. Ce dernier point de vue ne peut que faire l'unanimité. Quant au précédent, M. Eisenmann le nuance un peu en reconnaissant que certaines formules jouent par elles-mêmes un rôle [197].

189. V. les développements de MM. Di Qual, *op. cit.*, pp. 87 ss.; Dubisson, *op. cit.*, pp. 14 ss.; Ricci, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, pp. 20 ss.

190. V. notamment « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, pp. 363 ss.; *Précis de droit administratif*, 4e éd., 1943, pp. 74 ss.

191. *Précis..., op. cit.*, p. 80.

192. Réglade, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, pp. 413 ss.; v. aussi Giraud, « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *R.G.A.*, 1924, pp. 193 ss. et 298 ss.

193. *Cours de droit administratif, D.E.S.*, 1949-1950, précit., p. 428; v. Goyard, « Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs », *Recueil Eisenmann*, pp. 339 ss.

194. *Ibid.*, p. 429.

195. *Ibid.*

196. *Ibid.*, pp. 430 ss.

Qu'en est-il toutefois des formulations du type standard au terme de cette doctrine ? Le pouvoir discrétionnaire, précise cet auteur, se retrouve

> « dans chacun des mots dont se compose la réglementation, ou des notions qui correspondent à ces mots... Il suffit que l'une quelconque des notions auxquelles fait appel la réglementation soit en elle-même indéterminée pour que du pouvoir discrétionnaire apparaisse » [198].

Ce sont bien ici, à titre essentiel, les standards qui sont visés, les exemples donnés le démontrent : l'auteur illustre son propos par les notions de « cause grave », d' « exigences de la défense nationale », de « bonnes mœurs », d' « ordre public », de « bonne foi », *etc.* [199].

A ce point de son raisonnement, M. Eisenmann est contraint, pour rendre compte de la jurisprudence, de reprendre l'idée selon laquelle le juge exercerait un pouvoir discrétionnaire en acceptant de contrôler la mise en œuvre de telles notions [200]. On a déjà eu l'occasion de critiquer ce point de vue [201]. Surtout, n'est-il pas en contradiction avec la thèse fondamentalement juste de M. Eisenmann selon laquelle le Conseil d'Etat, autant que le législateur, est maître du champ du pouvoir discrétionnaire administratif, la légalité étant constituée par celui-là autant que par celui-ci ? Faut-il considérer comme équivalents le pouvoir normatif par lequel le juge arrête le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le pouvoir discrétionnaire qu'il substitue au pouvoir discrétionnaire de celle-ci ? La pensée de l'auteur ne peut se concevoir que si on l'admet. Ici s'exprime à l'état pur la notion Kelsénienne du pouvoir discrétionnaire dont on a dit qu'elle était dotée d'un fort particularisme [202]. Mais Kelsen, dont M. Eisenmann a été le traducteur, a une conception plus extensive que celle qui fonctionne dans notre droit administratif de la notion de pouvoir discrétionnaire. On peut aussi noter la marque de Fritz Fleiner, dont les *Principes généraux* ont été eux aussi introduits par M. Eisenmann dans notre pays en 1933 [203]. Ce second ouvrage permet de mieux comprendre la tentative de M. Eisenmann, qui réside, selon nous, dans l'essai d'une conciliation de la conception extensive du pouvoir discrétionnaire que suppose le Kelsénisme et de la conception moins large de la doctrine française. Fleiner insiste en effet sur le problème central que pose cette conciliation.

> « Le législateur, écrit cet auteur, vise (le) pouvoir discrétionnaire administratif lorsque, par exemple, il invite l'autorité administrative à prendre, en cas de danger pour la sécurité publique, les *mesures nécessaires* pour le maintien de l'ordre public, ou lorsqu'il autorise à exproprier en faveur d'une entreprise à ériger *dans l'intérêt public*, ou lorsqu'il la charge de subordonner l'octroi

197. *Ibid.*, pp. 442 ss.

198. *Ibid.*, p. 451.

199. *Ibid.*, pp. 410 et 452.

200. *Ibid.*, p. 454.

201. *Supra*, 1re partie, 2e titre, chap. 2, sect. 2.

202. *Ibid.*

203. *Les principes généraux du droit administratif allemand*, 1933, trad. Eisenmann.

d'une autorisation d'ouvrir un débit à la preuve de l'existence d'un *besoin* » 204.

Fleiner poursuit cependant en notant que

> « de ce phénomène, il faut en rapprocher un autre que l'on fait souvent rentrer dans les cas de pouvoir discrétionnaire. Le législateur peut avoir laissé un jeu assez large dans l'interprétation d'une notion dont il a fait usage ».

Il donne quelques exemples, ceux des notions d'accident du travail, d'expropriation, entre autres, tous extérieurs à la catégorie du standard. Et il conclut en posant qu'

> « il ne s'agit pas alors d'un pouvoir de décision discrétionnaire délégué à ces organes; la solution réside dans la loi elle-même; il s'agit de la reconnaître par une interprétation exacte » 205.

Sans doute, mais comment et pourquoi faire une distinction entre certaines notions et certaines autres, alors qu'elles ont en commun de se prêter à interprétation ? Quel critère adopter pour qualifier une certaine interprétation d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et l'autre d'exercice en quelque sorte délégué du pouvoir législatif ?

Cette question rend compte de l'obstacle auquel se heurte la synthèse de M. Eisenmann. Soit l'on s'en tient au Kelsénisme le plus strict et l'on répute tous les exemples donnés par Fleiner exercice d'un pouvoir discrétionnaire : alors, on rend compte sans aucun doute d'un certain mouvement du droit mais cette notion de pouvoir discrétionnaire ne correspond pas à ce que l'on entend par là en droit français. L'interprétation est absorbée par un pouvoir discrétionnaire largement entendu. Soit l'on essaye d'opérer une conciliation entre le schéma kelsénien et la réalité jurisprudentielle et l'on ne peut manquer alors d'évoluer, si paradoxal que puisse paraître cette assertion à propos de la pensée du professeur Eisenmann, vers une conception matérielle du clivage pouvoir discrétionnaire/interprétation, telle que celle de Fleiner; les notions textuelles proprement juridiques donnant lieu à interprétation et les notions textuelles formées à partir du langage de tous les jours, du vocabulaire des valeurs, engendrent le pouvoir discrétionnaire.

Il y a là une conséquence qui est aux antipodes des thèmes habituels du professeur Eisenmann mais qui résulte presque nécessairement de la définition du pouvoir discrétionnaire par la seule indétermination de la règle de droit 206.

184. *La théorie du président Stassinopoulos.*

Elle avance sans masque et oppose d'emblée les « notions juridiques » et les « notions vagues », déniant par là même à ces dernières la possibilité d'être dites juridiques. Le début de la démonstration est hors de toute contestation.

> « Le droit, écrit M. Stassinopoulos, prend parfois soin de faire siennes certaines parmi les notions qui sont comprises dans l'ensemble des connaissances humaines; ce faisant, il les transforme en notions juridiques, transformation qui s'opère à la suite de la définition donnée par la loi. La notion devient alors une notion juridique et doit être distinguée de la notion commune admise dans la société. » 207

204. *Ibid.*, p. 94 (s.d.t.).
205. *Ibid.*, p. 95.
206. V. aussi Dubisson, *op. cit.*, pp. 46 ss.
207. *Traité des actes administratifs*, 1954, p. 147.

L'éminent auteur donne l'exemple de la notion « ancien combattant », dont chacun peut se faire une idée, mais qui n'est appliquée que dans des conditions spéciales déterminées par la loi. Il y a là une « notion juridique au sens étroit ». Mais la loi ne définit pas toutes les notions qu'elle emploie et il convient de faire une place particulière aux « notions juridiques au sens large ». La loi se réfère alors implicitement à l'expérience commune ou aux connaissances techniques. A l'expérience commune : ainsi, s'il y a proscription des « jeux de hasard », il n'y aura aucun doute pour dire que le jeu d'échecs n'en est pas un, alors que la roulette sera unanimement déclarée telle. Aux connaissances techniques : les notions techniques sont des notions pleinement juridiques s'il appartient à une autorité spécialisée de déterminer leur contenu. On ne peut que suivre M. Stassinopoulos lorsqu'il écrit que, si « pour des raisons pratiques, le contrôle d'une appréciation technique doit être exclu dans la plupart des cas..., du point de vue théorique » elle n'en est pas moins une « notion juridique au sens large » 208. C'est là, on l'a vu, la position du juge administratif français : les notions techniques assez peu déterminées *a priori,* mais, précisément, déterminables par l'autorité compétente, ouvrent non pas un pouvoir discrétionnaire, mais une compétence étroitement liée à celle-ci; le juge refuse cependant de contrôler cette liaison qui demeure ainsi dépourvue de sanction juridictionnelle.

Deuxième catégorie, les notions vagues :

> « Au-delà des notions juridiques au sens étroit (qui sont précisées directement par la loi) et des notions juridiques au sens large (précisées indirectement par le renvoi à l'expérience commune ou technique), il y a tout un vaste champ de notions dont le sens n'est précisé par aucune de ces expériences et que la loi, intentionnellement, n'a pas tenu à préciser. » 209

Ainsi, si la loi vise la promotion du « plus capable » des fonctionnaires. Une telle notion ne se trouve pas parmi les connaissances communes ou techniques. Il n'y a pas là « une question d'interprétation, mais une question d'usage d'une liberté qui a été laissée à dessein par la loi » à l'administration 210.

Dans une formule lapidaire, qui n'est pas fausse dans le contexte du rapport particulier du pouvoir discrétionnaire à la loi, M. Stassinopoulos conclut : « On peut donc dire que le domaine du pouvoir discrétionnaire commence là où se termine celui de l'interprétation. » 211

Ce développement du maître grec est en fait très proche de celui, précité, de Fleiner. Et il a le même mérite : celui d'insister lui-même sur la difficulté de sa mise en œuvre. Comment en effet, dans la plupart des cas, pourra-t-on distinguer des notions juridiques au sens large et des notions vagues ? La catégorie des standards se trouve écartelée entre les deux types ainsi discernés par le savant auteur : la notion de fonctionnaires « les plus capables » serait selon lui, une notion vague; celle de « mœurs impeccables » au contraire une notion juridique au sens large 212. En réalité, deux notions de ce type ne se distinguent qu'à un point de vue, celui de leur auditoire, pour parler comme les rhétoriciens; l'une s'apprécie en fonction de l'opinion globale, l'autre en fonction d'un jugement plus spécialisé, mais néanmoins aussi accessible au juge que le premier. La distinction opérée par M. Stassinopoulos est en fait, pour s'en tenir à ces deux exemples, opératoire au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

208. *Ibid.*, p. 149.
209. *Ibid.*, p. 150.
210. *Ibid.*, p. 151.
211. *Ibid.*
212. *Ibid.*, p. 153.

Mais, on l'a dit, pas sur ce fondement : la Haute Assemblée s'autolimite simplement, pour des raisons politiques, dans certains domaines du contentieux de la fonction publique, et pour des raisons techniques si « le plus capable » apparaît tel au terme d'un concours.

M. Stassinopoulos a dû être conscient des difficultés de mise en œuvre de sa théorie, puisqu'il a consacré un développement particulier aux notions qu'il baptise « notions directives ». Il en donne deux exemples : les « mesures nécessaires pour assurer l'ordre et la sécurité », le « candidat le plus actif ». Selon lui, « la loi, tout en confiant en principe la détermination (du sens de ces notions) à l'appréciation de l'organe (administratif) réfrène cette faculté en imposant des directives générales » [213]. On croit entrevoir la signification de cette distinction entre notions vagues et notions directives et il est possible de la préciser à partir de celle opérée par M. Stassinopoulos entre les notions de « fonctionnaires les plus capables » et de « fonctionnaires les plus actifs ». La capacité serait une notion vague parce qu'elle peut viser dans des proportions difficilement pondérables, une série de sous-standards : le fonctionnaire le plus capable sera celui qui, dans le même temps, sera le plus intelligent, le plus actif, le plus courtois, le plus résistant, le plus rapide, le plus fidèle, le plus discret, *etc.* Au contraire, la notion de fonctionnaire le plus actif sera équivoque. Bref, il faudrait faire une distinction entre standards vagues et standards directifs. Or il ne semble pas qu'elle soit possible. La décomposition des termes du type standard n'a pas, pour le casuiste de talent, de fin et la distinction de standards-atomes et de standards-molécules est, dans la plupart des cas, impossible. Qu'est-ce ainsi qu'un fonctionnaire actif ? Celui qui est efficace dans son travail ou celui qui travaille beaucoup ? Celui qui ne manque jamais ou celui qui est rapide ? La distinction de M. Stassinopoulos est donc trop subtile et il en est pleinement conscient : il l'a fait intervenir parce qu'il avait un doute sur la validité ultime de sa bipartition entre notion juridique au sens large et notion vague. Il conclut d'ailleurs qu'en dernière analyse toute notion directive pourra être rattachée à l'une ou l'autre catégorie : il appartiendra au juge de trancher au coup par coup [214].

Une telle construction ne satisfait guère. Son auteur reconnaît qu'elle ne rend pas compte, ce qu'il regrette, de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique. Pas plus que de celle de son homologue français.

185. *La théorie de M. Goldenberg.*

Dans sa riche étude, cet auteur émet une idée originale :

> « Les règles de droit qui ne contiennent, écrit-il, qu'une définition vague des faits à considérer et ne donnent qu'une directive constituent un type intermédiaire entre la définition précise, la compétence liée d'une part, et l'absence de définition des faits, le pouvoir discrétionnaire d'autre part. » [215]

Le choix du juge pour l'un ou pour l'autre possible est alors délicat. Selon M. Goldenberg, qui annonce ici des thèses modernes, telles que celles de M. Pacteau, le critère de ce choix est politique : il tranche pour le contrôle normal si un droit individuel est en cause, et pour l'absence de contrôle, on dirait aujourd'hui le contrôle minimum, dans le cas inverse [216].

213. *Ibid.*
214. *Ibid.*, p. 154.
215. *Op. cit.*, p. 217; v. aussi Vénézia, *op. cit.*, p. 25.
216. *Ibid.*, p. 221.

Ainsi, pour M. Goldenberg, l'indétermination est source autant de pouvoir discrétionnaire que de liaison, et aucun point de vue théorique ne peut résoudre cette antinomie. On peut imaginer que le contrôle de l'erreur manifeste dans la mise en œuvre des notions indéterminées eût été dans la logique d'une telle analyse.

2° Essai de compréhension de la théorie :

186. *Une définition matérielle du droit.*

Il est absolument nécessaire de comprendre les raisons pour lesquelles la liaison standard textuel - pouvoir discrétionnaire a pu apparaître évidente à beaucoup et demeure aujourd'hui, même non clairement exprimée, diffuse. Ce n'est pas la contribution du professeur Eisenmann à la question qui peut nous mettre sur la voie de la découverte du fondement d'un tel sentiment : ancrée profondément dans la théorie kelsénienne du pouvoir discrétionnaire, ce n'est que dans la mesure, on l'a dit, où elle veut davantage rendre compte de la notion plus restreinte du pouvoir discrétionnaire qui prévaut en général, qu'elle aboutit à une distinction entre normes plus ou moins indéterminées, les premières donnant lieu à pouvoir discrétionnaire. Insensiblement on est passé à une conception matérielle du juridique, en dépit de prémisses inverses.

M. Stassinopoulos nous donne la clef du succès de la théorie étudiée en formulant sa distinction entre notions juridiques et notions vagues. Il y aurait ainsi une spécificité matérielle fondamentale du langage du droit, l'opposant au langage ordinaire. Les notions vagues, morales ou autres, ne seraient pas juridiques par nature. Le Doyen Marty a été l'un des premiers, dans le cadre de son analyse du contentieux de la cassation, à discerner clairement les présupposés de ces conceptions :

> « Si nous essayons de dégager maintenant le fond commun des diverses opinions que nous venons d'exposer, il nous paraît tenir dans les propositions suivantes : il existe des notions proprement juridiques; en ce qui les concerne, il est possible de relier la notion abstraite aux faits particuliers du procès par une série de déductions logiques;... dans ce cas, le travail de qualification est une opération logique, une interprétation de la notion juridique... Pour d'autres notions au contraire, celles d'injure grave ou de manœuvre frauduleuse par exemple, un pareil travail de définition et un semblable effort de précision par voie d'analyse logique est impossible... L'opération de qualification est une impression synthétique née de l'examen direct des preuves et des faits dont elle ne peut être disjointe : la qualification est en pareil cas inséparable de la constatation des faits et par conséquent insusceptible de contrôle » [217].

Quoi qu'il en soit, la définition matérielle du droit aboutit nécessairement à une distinction entre qualifications juridiques et qualifications non juridiques. Celle-ci est à l'origine du clivage marqué entre qualification et appréciation, qui, il faut l'avouer, trouve un renfort dans certaines expressions d'une jurisprudence qui vise parfois des « appréciations contrôlées » ou des « appréciations non contrôlées », non sans un certain « flottement » que M. Weil dénonçait récemment [218].

Il faut éviter ici, pour comprendre la théorie étudiée, de poser la question de savoir si la qualification juridique, au sens ordinaire du terme, est en elle-

217. *Op. cit.*, pp. 200 et 201.
218. Contrib. à *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Cahiers de l'I.F.S.A.*, n° 16, 1978, p. 46.

même une question de droit ou une question de fait. Elle est évidemment passerelle d'un type de question à l'autre, tout en étant sans doute plus certainement question de droit [219] : car le fait n'est pas un « donné » mais un « découpé » si l'on peut ainsi s'exprimer. Le juriste, selon l'expression de M. Hauser, ne s'intéresse qu'au « fait qui a réussi » [220]. Le fait n'existe pas à l'état brut, il n'existe qu'en fonction de la règle qu'on veut lui appliquer et qui permet de le constituer en tant que fait susceptible de qualification juridique [221], ce qui n'est pas sans discréditer quelque peu la figure classique du syllogisme juridique [222].

Mais tout cela importe peu ici. Car la théorie décrite entend finalement par qualification juridique autre chose que ce que ce terme exprime classiquement. Au sens classique, en effet, « qualifier, selon l'expression de M. Frossard, c'est attribuer à des faits ou à des actes juridiques une certaine qualité prise en considération par le droit » [223].

Or certains auteurs distinguent, au sein de cette qualification juridique au sens large, une qualification juridique au sens strict, que l'on pourrait peut-être rendre par le terme « subsomption » qu'utilise parfois la doctrine allemande, et une appréciation des faits. M. Deschenaux a ainsi opposé la « qualification juridique » à la « qualification matérielle » des faits [224]. L'essentiel d'une telle distinction se trouvait déjà chez Bernatzik [225]. Mais c'est M. Jean-Jacques Dupeyroux qui l'a le mieux systématisée à l'époque récente. Son raisonnement se déploie dans le cadre de l'analyse du contentieux de la cassation, mais cela n'a pas d'importance ici. Selon cet auteur, souvent, mais pas toujours, doivent être opérées des qualifications successives : la qualification proprement juridique et, préalablement, une qualification des faits par rapport à une norme non juridique. Ainsi, dans les affaires portant sur des débats thérapeutiques :

> « Le Conseil d'Etat, écrit M. Dupeyroux, ne peut se prononcer sur le point de savoir si telle ou telle prescription est " de nature à " entraîner une sanction sans que ces prescriptions aient été préalablement confrontées à une norme purement médicale, sans que le comportement du praticien ait été mis en parallèle avec celui qui aurait dû être le sien en l'état actuel de la médecine : les faits doivent d'abord faire l'objet d'une qualification médicale, et c'est ensuite seulement et à partir de cette première qualification qu'il peut être procédé à la confrontation des faits ainsi « préparés » à la norme disciplinaire. Le Conseil d'Etat déclare que l'appréciation des juridictions professionnelles « sur le caractère abusif ou non » des prescriptions litigieuses est souverain, car c'est au regard d'une norme non juridique que ces prescriptions sont appréciées » [226].

Ce développement subtil est tout entier fondé on le voit sur l'idée que le droit a un domaine particulier, sur la conception selon laquelle une qualification médicale, morale, technique, *etc.*, n'est, par définition, pas une qualification juridique. Le rôle du juge est dès lors, juge de l'excès de pouvoir ou juge de cassation, ramené à la portion congrue. La fonction essentielle est celle jouée par l'appréciation qui détermine le caractère du fait appréhendé; la qualification au sens strict consiste à dire simplement que si le fait a bien un tel caractère, alors il

219. V. Marty, *op. cit.*, p. 204.
220. *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, 1971, p. 76.
221. V. Husson, « Le fait et le droit », *A.P.D.*, 1964, p. 238.
222. V. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit.*, pp. 39 ss.
223. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, op. cit.*, p. 110.
224. Deschenaux, *La distinction du fait et du droit..., op. cit.*, p. 22.
225. V. *supra*, 1re partie, 2e titre, chap. 2, sect. 2; et Goldenberg, *op. cit.*, pp. 64 ss.
226. Dupeyroux, « Sécurité sociale et médecine expéditive » , *D.*, 1960, chron. 8, p. 43.

peut entraîner telles conséquences de droit (telles pratiques sont abusives : si elles sont abusives, elles constituent une faute et sont passibles d'une sanction).

On va revenir, dans quelques pages, sur ces conceptions pour les critiquer. Mais la notion de contrôle de moralité élaborée par le Doyen Hauriou, encore que différente, va permettre de confirmer les traits essentiels de ce que l'on peut appeler l'environnement théorique des analyses étudiées. La thèse centrale du maître toulousain est ici que l'examen de la légalité ne suffit pas à épuiser le contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir. Pour autant, il se refuse à en conclure que le juge apprécie l'opportunité des décisions administratives : le contrôle effectué qui n'est pas contrôle de la légalité est dit contrôle de la « moralité administrative » [227]. En réalité, le problème posé à Hauriou provenait de son légalisme persistant. Mais il est intéressant et significatif, pour rendre compte de la création normative du juge, qu'il ait choisi d'opposer la moralité à la légalité, ou encore, on l'a vu, le « droit » à la « police juridique » [228]. Par-delà les critiques plus techniques que l'on pourrait adresser aux développements d'Hauriou concernant le détournement de pouvoir comme instrument privilégié du contrôle de moralité, et tout en prenant en considération le fait que le sens donné au terme moralité par cet auteur n'a pas le sens usuel, on ne peut voir dans une telle conception d'ensemble, dont on a dit à quel point elle a pu marquer le développement de la réflexion sur la notion de standard, que la marque d'une conception matérielle du droit latente dans une large part de la doctrine contemporaine.

187. *L'assimilation de l'indétermination et de la non-impérativité.*

Une deuxième explication possible de la théorie étudiée peut résider dans le fait, et c'est particulièrement net chez le professeur Eisenmann [229], qu'elle ne distingue pas entre la détermination de la réglementation et son impérativité. Il est juste de conclure, si l'on pose que l'indétermination de la norme entraîne son absence d'impérativité, qu'elle ouvre le champ au pouvoir discrétionnaire : mais est-ce le cas ?

§ 2. — Critique de la théorie du standard source de pouvoir discrétionnaire

1° CRITIQUE DES FONDEMENTS INVOQUÉS EN FAVEUR DE CETTE THÉORIE :

188. *L'inexistence d'un domaine du droit.*

Pour s'en tenir au droit positif, il apparaît qu'il n'y a pas de critère matériel du droit, ce que Weber exprimait en posant qu' « il n'existe aucune règle ayant une importance sociale qui n'ait été, au moins une fois, quelque part, une prescription de droit » [230]. Le droit, sur la très longue période, ne se distingue

227. V. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1927, fsc. 1, pp. 384 ss., et Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, 1929, *passim;* sur cette théorie, v. Dubisson, *op. cit.*, pp. 39 ss.; Goldenberg, *op. cit.*, pp. 114 ss.; Lacharrière, *op. cit.*, pp. 106 ss.; Lodovici, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, 1937, pp. 157 ss.; Loschak, *op. cit.*, p. 43; Sfez, *op. cit.*, pp. 120 ss. et 399 ss.; Vedel, th. précit., pp. 176 ss.; Fournier, « Maurice Hauriou, arrêtiste », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 155 ss. (notamment pp. 161 ss.).
228. Hauriou, *Précis...*, p. 386; v. aussi Welter, *op. cit.*, pp. 21 ss. et 77 ss.
229. V. *supra*, n° 183.
230. *Economie et société*, 1971, t. 1, p. 338; v. aussi Virally, *La pensée juridique, op. cit.*, pp. 25 ss.; Carbonnier, *Sociologie juridique*, pp. 127 ss.

des autres systèmes normatifs, la morale par exemple, que d'un point de vue organique et formel. Et si la laïcisation du droit a supprimé les intersections des ensembles normatifs que constituent le droit et la religion, les domaines soumis à l'emprise du droit ne cessent néanmoins de croître à l'époque contemporaine. Est droit la production de certains organes, qui peuvent être très divers, le peuple, le législateur, le juge, des contractants, *etc.*, dans certaines formes : le peuple, par exemple, n'est pas législateur en permanence, il ne l'est que selon certaines formes, et la coutume elle-même, encore qu'il lui manque ce degré suprême de formalisme qu'est l'écrit, n'est pas exempte de certaines caractéristiques formelles et procédurales [231].

Dès lors, il ne semble pas qu'il soit possible de distinguer entre des qualifications juridiques et des qualifications non juridiques au sein d'une norme de droit donnée. La qualification technique et la qualification morale, la qualification politique et la qualification religieuse ont une égale aptitude à devenir des qualifications juridiques dans la mesure où les conditions organiques et formelles susdites sont remplies.

189. *La notion de qualification dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir.*

On voit qu'il faut contester avec force la théorie d'auteurs comme MM. Dupeyroux ou Deschenaux. Elle est, on le verra, malheureusement admise par le Conseil d'Etat juge de cassation à propos de la jurisprudence duquel M. Dupeyroux a justement élaboré ses développements. Mais, en dépit de sa portée globale, elle ne rend pas compte de la notion de qualification mise en œuvre par le juge de l'excès de pouvoir. Celui-ci contrôle par principe la mise en œuvre de la qualification juridique au sens large, en dépit d'un vocabulaire parfois fluctuant. Et lorsqu'il s'abstient de le faire, ce n'est pas parce qu'il croit buter sur des qualifications « non juridiques » : c'est simplement qu'il ne se sent pas en mesure ou qu'il préfère ne pas exercer son contrôle. Très récemment encore, le commentateur averti de la jurisprudence administrative qu'est M. Braibant le confirmait :

> « Dans un certain nombre d'hypothèses de qualification non contrôlée, c'est-à-dire de pouvoir discrétionnaire, il n'y a en réalité qu'une seule décision légale; seulement, le juge ne va pas censurer la décision illégale qui aurait été prise sur la base d'une erreur d'appréciation. Je prends l'exemple, qu'on cite toujours, du produit toxique. Il est évident qu'on n'a pas le droit de refuser la mise en vente d'un produit non toxique; le refus de mise en vente d'un produit non toxique est une décision illégale. Mais ce qui est vrai, c'est que le juge ne va pas rechercher, sauf erreur manifeste d'appréciation, si en fait le produit est ou n'est pas toxique. Il n'y a donc qu'une décision légale possible, mais il y a un contrôle atténué du juge sur ce genre de décision. » [232]

Développement auquel on ne saurait rien ajouter : on peut simplement regretter qu'en son début M. Braibant ait gardé l'expression « pouvoir discrétionnaire », ici dépourvue de sens puisque toute sa démonstration montre qu'il y a en fait mise en œuvre d'une compétence liée non contrôlée.

231. On ne se ralliera donc pas pleinement à la proposition d'Hermann Kantorowicz (*The definition of law*, 1958, pp. 78 ss.) et du Doyen Carbonnier (ouv. précit., p. 135), de définir le droit par la « justiciabilité », car, alors, soit l'on adopte la thèse selon laquelle le seul *eventus judicii* est le critère du droit, et on met la définition du droit entre les mains de ceux qui commettent des erreurs sur son contenu, soit on adopte la thèse de la justiciabilité effective, et l'on exclut la possibilité de règles de droit dont la mise en œuvre ne soit pas contrôlée par le juge, règles qui pourtant existent, on l'a vu à propos de la jurisprudence du contentieux de l'excès de pouvoir.

232. Contrib. à *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Cahier IFSA* précit., p. 59.

La notion de qualification que retient le juge de l'excès de pouvoir est celle qu'affirmait vigoureusement le Doyen Marty. Pour le doyen toulousain, la distinction opérée entre qualifications proprement juridiques et qualifications non juridiques « n'est pas seulement incertaine et imprécise..., elle doit être entièrement rejetée, car elle méconnaît la nature de l'opération de qualification » [233]. Le mécanisme de la qualification est unitaire :

> « Pour qualifier, il faut toujours passer du concret à l'abstrait... Il y a toujours passage des faits particuliers du procès à des notions générales et abstraites. S'il en est ainsi, aucune différence de nature ne sépare la qualification proprement juridique... de l'appréciation morale et matérielle » [234].

190. *Scolie sur le vocabulaire juridique.*

Il est une hantise légitime, dans le cadre de toute discipline, c'est de craindre qu'un vocabulaire insuffisamment particularisé n'entraîne des difficultés pratiques. Un juriste écrivait il y a tout juste cinquante ans :

> « Nous combattons... pour la spécialité de la langue juridique. Parce que toute langue populaire est, par essence, variable et changeante; tandis que la langue juridique, pour assurer la sécurité des intérêts protégés par la loi, doit présenter la plus grande stabilité. Parce que toute langue populaire sert avant tout les exigences de l'imagination et des sentiments; tandis que la langue juridique, tant pour assurer le développement scientifique du droit que pour hausser celui-ci au-dessus des passions, doit relever de la seule raison » [235].

Noble mais utopique projet. Il n'y a qu'une infime partie du vocabulaire utilisé par les autorités normatives qui relève du *corpus* restreint des termes exclusivement juridiques [236]. En revanche, les notions dont le droit fait sa pâture et qui sont empruntées à l'ensemble du champ des activités humaines « ne sont pas reçues par le droit, écrit justement M. Deschenaux, sans subir une élaboration » [237].

Aussi bien, la clef de la distinction entre questions de droit et questions de fait, notions juridiques et notions non juridiques, ne peut-elle résider dans une analyse sémantique. Il est bien certain que tout ce que le droit peut préciser sans inconvénient, il doit le faire, que dès lors qu'il peut utiliser des termes spécifiques, des « notions originaires » selon la formule de Motulsky [238], il est préférable qu'il le fasse [239]. Mais le droit ne cesse pour autant d'être droit si,

233. *Op. cit.*, p. 202.

234. *Ibid.*, pp. 203 et 204.

235. Becquart, *Les mots à sens multiples dans le droit civil français*, 1928, p. 156.

236. V. Visser't Hooft, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », art. précit., p. 278.

237. *La distinction du fait et du droit..., op. cit.*, p. 39. V. aussi, dans le même sens, Gény, *Science...*, t. 3, p. 466; Marty, *op. cit.*, pp. 206 et 214; Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique..., op. cit.*, pp. 154 ss. (notamment p. 159).

238. *Op. cit.*, p. 60.

239. On ne saurait à cet égard se joindre au concert de ceux qui, se réclamant il est vrai d'une longue tradition juridique (l'ordonnance de Villers-Cotterêts) et littéraire (Montaigne et Racine), demandent l'abandon de toutes les expressions proprement juridiques; v. la critique du Doyen Vedel, préface à La Marnierre, *op. cit.*, p. VI. Et sur ces questions en général se reporter à Raymondis et Le Guern, *Le langage de la justice pénale*, 1977, pp. 6 ss.; Mounin, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *A.P.D.*, 1974, pp. 7 ss.; Scarpelli, « La définition en droit », *L. et A.*, 1958, notamment pp. 129 ss.; en dehors du droit, v. Guilbert, « La spécificité du terme scientifique et technique », *L.F.*, fév. 1973, pp. 5 ss.; Phal, « La recherche en lexicologie au CREDIF, la part du lexique commun dans le vocabulaire scientifique et technique », *L.F.*, mai 1969, pp. 73 ss.; le livre de MM. Sourioux et Lerat, *Le langage du droit*, 1975, intéressant à d'autres points de vue est lacunaire sur ce type de question.

dans cet effort, il laisse subsister pour certaines notions « l'imperfection technique des sciences plus hautes dont elles dérivent », selon l'expression de Gény [240], s'il utilise, comme l'écrivait plus sobrement Motulsky, des « notions dérivées » [241]. « Du moment qu'un mot, même usuel, est employé par la loi, la notion correspondante, quoique tirée de la vie courante, devient notion légale », affirmait justement Marty [242]. Considérer le contraire aboutirait à priver, dans le cadre d'une détermination parfaitement arbitraire du juridique et du non juridique, le juge de tout pouvoir réel de contrôle aussi bien dans le contentieux de l'excès de pouvoir, où il se heurterait à un pouvoir discrétionnaire envahissant, que dans celui de la cassation, où le pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond prévaudrait le plus souvent [243], cette dernière figure illustrant assez largement la situation du contentieux administratif de la cassation.

La transformation que subit le terme de la langue non spécifiquement juridique utilisé par le droit peut être matérielle, et elle l'est souvent [244]. Mais elle est surtout, et cela seul importe, formelle.

191. *L'impossible assimilation de l'indétermination et de la non-impérativité de la règle.*

Le dictionnaire Robert pose les définitions suivantes : « Impératif : qui exprime ou impose un ordre » [245]. « Déterminer : indiquer, délimiter avec précision » [246]. L'impérativité et la détermination de la norme sont, on le voit, deux notions de nature différente. L'impérativité est une qualité extérieure au contenu même de la norme. La détermination au contraire est une qualité interne à la norme, une modalité de la norme. Que la norme soit ou non indéterminée, elle est toujours impérative, sauf si elle en décide elle-même autrement par le truchement de certaines formules déjà rencontrées. Jean Dabin écrivait justement ainsi que la question de l'indétermination est

> « sans rapport avec le problème de l'impératif de la loi. La règle énoncée en termes généraux, laissant, aux parties d'abord, au juge ensuite, un pouvoir plus ou moins large d'appréciation selon les circonstances n'est pas moins impérative que la règle formulée en termes précis. L'impératif demeure d'une certaine conduite à tenir, mais celle-ci n'est pas déterminée d'avance, ce qui donne ouverture à un choix raisonné de la part du sujet, sans pour autant le délier de l'obligation. » [247]

Si l'indétermination n'équivaut pas à l'absence d'impérativité de la norme, il n'en demeure pas moins que dans certains cas l'absence de détermination a pour effet l'absence d'impérativité. Tant que l'indétermination n'est qu'*a priori* et que la norme demeure « déterminable » par le fait d'une opération intellectuelle adéquate, l'impérativité de la règle implique que le juge fasse cette opération. Mais si la règle est non seulement indéterminée *a priori,* mais « indéterminable », si sa mise en œuvre suppose un choix pleinement subjectif, l'exercice

240. *Science...*, t. 3, p. 469.
241. *Op. cit.*, p. 60.
242. *Op. cit.*, p. 206.
243. V. l'utile développement de M. Miedzianagora, *Philosophies positivistes du droit et droit positif, op. cit.*, pp. 133 ss.
244. V., sur cette question, Husson, art. précit., pp. 238 ss.; Perelman, « La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien », *Dial.*, 1961, nos 3-4, notamment p. 604; Thomas, « La langue du droit romain, problèmes et méthodes », *A.P.D.*, 1974, pp. 103 ss. (notamment pp. 115 ss.); Virally, *La pensée juridique, op. cit.*, pp. 11 ss.; v. aussi *infra,* le dernier chapitre de cette étude sur les jurisprudences politiques des standards.
245. *Op. cit.*, t. 3, p. 621.
246. *Ibid.*, t. 2, p. 183.
247. Dabin, *Théorie générale..., op. cit.*, p. 84.

d'un « pouvoir de vouloir » comme l'écrit M. Py [248]; alors naît le pouvoir discrétionnaire. Ce n'est pas l'indétermination mais l' « indéterminabilité » de la règle si l'on nous permet ce néologisme, qui est source de pouvoir discrétionnaire. La pure et simple indétermination *a priori,* celle des standards textuels notamment, non seulement permet mais implique et exige l'interprétation du juge et l'exercice normal de son contrôle.

2° Indéterminabilité de la règle et pouvoir discrétionnaire :

192. *Indétermination et indéterminabilité de la règle.*

On trouve dans la doctrine nombre d'éléments de critique de la thèse selon laquelle l'indétermination de la règle, et donc le standard textuel, est source de pouvoir discrétionnaire [249], et, en dépit de la force du courant contraire, il y a toujours eu des auteurs pour se rallier à la fameuse formule de Michoud concernant, selon son expression, les « concepts légaux ayant une certaine imprécision » :

> « En théorie, il n'existe qu'une seule solution exacte; toute autre repose sur une erreur d'appréciation. Il s'agit seulement de dégager la véritable règle de droit et de l'appliquer à un fait. La divergence possible des solutions a pour cause unique l'insuffisance, l'incertitude des jugements humains. » [250]

Demeure le problème des sources textuelles du pouvoir discrétionnaire qui ne représente qu'une partie de la question générale des fondements de celui-ci (car, au-delà du problème particulier de la configuration des textes qui autorise un certain pouvoir discrétionnaire, il faudrait poser celui de la configuration de l'ensemble du droit). Quand peut-on dire qu'un texte ouvre nécessairement la voie à un pouvoir discrétionnaire ?

Rappelons qu'il ne s'agit pas ici de trouver le fondement du non-contrôle juridictionnel. Comme nous l'avons montré et comme cela ressort nettement de la jurisprudence administrative, le champ du non-contrôle, ou plutôt, aujourd'hui, du contrôle minimum, est plus vaste que celui du pouvoir discrétionnaire [251].

Une première remarque : le champ du pouvoir discrétionnaire ouvert, explicitement si l'on peut dire, par les textes eux-mêmes est plus réduit qu'on ne le dit parfois. L'essentiel du pouvoir discrétionnaire provient de l'absence totale de texte et de l'absence de règle posée par le juge. Pour reprendre l'heureuse distinction de M. Bockel dans un article récent — qui se substitue à des partitions plus complexes de la question sans inconvénient — il est bien rare dans un domaine que le pouvoir discrétionnaire ne se manifeste pas de ce fait soit au niveau de « l'appréciation de l'opportunité de l'action », soit au niveau du « choix du contenu de la décision » [252]. Ce premier domaine du pouvoir discrétionnaire est, si l'on veut, un pouvoir discrétionnaire en dehors du « bloc de légalité », un pouvoir discrétionnaire « par omission». Le second domaine, celui qui nous intéresse ici, peut être dit celui du pouvoir discrétionnaire « par commission » : le rapprochement avec omission ne doit pas abuser, il s'agit ici

248. *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux,* 1976, pp. 54 ss.
249. V. notamment Di Qual, *op. cit.*, p. 173; Forsthoff, *op. cit.*, pp. 150 ss.; v. aussi, encore que sa position soit éloignée de celle-ci, Waline, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel,* 1930, p. 10.
250. Art. précit., *R.G.A.*, sept.-déc. 1914, p. 11.
251. Car on ne peut suivre M. Kornprobst quand il estime que lorsque le juge ne contrôle pas un texte imprécis, il « délie un pouvoir qui était lié » (v. « La compétence liée », *R.D.P.*, 1961, pp. 935 ss.).
252. Art. précit., pp. 358 et 359.

du terme « commission » entendu dans son sens premier d' « acte de l'autorité donnant charge et pouvoir » pour un domaine particulier.

Or il n'y a pas lieu de penser que les fondements de ce pouvoir discrétionnaire par commission soient différents de ceux du pouvoir discrétionnaire par omission. Le fondement de ce dernier est bien l'indéterminabilité de la règle : le juge, saisi d'un litige, peut se borner à invoquer l'absence de norme textuelle; il peut aussi lier le pouvoir qui s'est exercé par l'édiction d'une norme émanée de lui ou, plus ou moins fictivement, découverte; s'il ne s'y résoud pas la règle à appliquer est à proprement parler indéterminable : il est impossible de la déterminer.

De même, il y aura pouvoir discrétionnaire par commission lorsque, pour quelque stade que ce soit de la mise en œuvre d'une décision administrative — le choix d'agir ou de ne pas agir, le choix d'agir dans un sens ou dans un autre —, le texte édictant la règle l'aura fait en des termes tels que cette règle soit indéterminable : la règle est indéterminable à partir du moment où celui qui la met en œuvre ne peut se borner à l'accomplir, mais est contraint d'effectuer des choix autonomes. Ouvre un pouvoir discrétionnaire la règle qui donne le pouvoir d'agir ou de ne pas agir, pas celle qui prescrit l'action au cas de nécessité. Ouvre un pouvoir discrétionnaire la règle qui donne le pouvoir d'agir selon sa convenance propre, non la règle qui prescrit d'agir de façon convenable.

Il y a pouvoir discrétionnaire par commission d'un texte dès lors qu'en mettant en œuvre ce texte on ne peut en aucune manière être réputé l'interpréter, le réaliser, mais qu'on doit être dit réaliser sa volonté propre [253].

193. *Figures de l'indéterminabilité d'un texte : les sources formelles du pouvoir discrétionnaire.*

Le rôle du verbe « pouvoir » et de quelques autres formules nous est déjà connu par la jurisprudence [254]. Elles ouvrent bien la voie à l'indéterminabilité. Certaines réflexions de Von Laun permettent toutefois d'élargir la question des sources formelles du pouvoir discrétionnaire. Pour cet éminent juriste, il ne faisait pas de doute que lorsqu'un organe exécutif, administrateur ou juge, traite un concept légal du type « bon père de famille », il n'a qu'une chose à faire, exécuter la volonté légale, retrouver ce que le législateur aurait fait à sa place [255]. Le *Dehnbare Begriff*, littéralement « concept élastique », n'ouvre pas à qui que ce soit un pouvoir discrétionnaire. Pourtant, Von Laun ajoutait que les choses devaient être autrement considérées lorsque la loi utilisait la notion particulière d' « intérêt public ».

> « La catégorie de l'intérêt public, écrivait Von Laun, dans la traduction de M. Goldenberg, est fondamentalement différente de toutes les autres catégories employées par la loi, celles-ci signifiant liaison, celle-là est la négation de la liaison, elle signifie la libération de la puissance exécutive du devoir d'obéissance envers la puissance législative. C'est un blanc-seing, une norme en blanc; l'administration doit remplir le vide selon sa propre conviction. Ce que l'autorité tient pour l'intérêt public est réellement tel au sens juridique » [256].

Cette position ne fut au demeurant pas ignorée des successeurs de Von Laun. Fleiner, par exemple, le suivait sur ce point, arguant de ce que l'administration

253. On se reportera avec profit à nombre de développements de MM. Py et Ricci, *op. cit., passim.*
254. V. *supra*, n° 170.
255. Goldenberg, *op. cit.*, p. 75.
256. *Ibid.*, p. 76.

est techniquement la spécialiste de la détermination de l'intérêt public [257]. Et l'on trouve une opinion identique chez Forsthoff [258].

Le raisonnement n'est pas sans force. La notion d'intérêt public, et ses variantes, a en effet certaines caractéristiques de la « norme disjonctive » au sens donné par Von Laun à ce terme. Surtout, d'un point de vue constitutionnel, il aurait été possible de concevoir la marge de liberté donnée du fait de l'emploi de cette formule par les textes à l'administration comme la contrepartie de la responsabilité politique du gouvernement devant la chambre.

Mais l'intérêt général n'est pas à vrai dire indéterminable, et comme l'a noté avec pénétration M. Truchet, « en général, les commissaires du gouvernement n'évoquent (l') inquiétude » qu'une telle notion peut susciter « que pour la dissiper, et assurer leur auditoire que le problème en cause n'est pas si difficile qu'il ne puisse le trancher » [259]. La norme textuelle faisant référence à l'intérêt général lie tout autant l'administration que n'importe quelle autre norme. Tout au plus aurait-on pu concevoir que le juge ne contrôle pas pleinement cette compétence liée, ce qu'il n'a pas estimé le plus souvent devoir faire : on aurait pu imaginer une convention tacite en ce sens entre le juge et le législateur. Mais les raisons politiques militant en ce sens ont été contrebalancées par d'autres : comment le juge aurait-il pu ne pas contrôler une compétence liée dont l'exercice, pour ne prendre que l'exemple de la notion d'utilité publique du contentieux de l'expropriation, touche au plus profond le droit de propriété ? [260]

Le juge administratif toutefois, conscient de ces impératifs contradictoires, a mis longtemps à abandonner son contrôle abstrait de la notion d'utilité publique par la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*. Aujourd'hui encore, il autolimite son contrôle. Il se refuse à censurer tout manque de proportion ou à contrôler, par exemple, le choix effectué par l'administration entre plusieurs tracés pour une voie autoroutière [261]. Cette autolimitation est technique et non théorique : il doit être admis que si l'opération envisagée par l'administration est d'utilité publique, le choix opéré par elle de ses modalités de détail est le meilleur.

Mais, quoi qu'il en soit, il n'y a nul obstacle définitif, que la juste prudence du juge, à ce qu'il se fasse plus teznérien qu'il ne l'est déjà. Et même l'intérêt général ne saurait être considéré comme une source formelle de pouvoir discrétionnaire [262].

SOUS-SECTION II

Le standard n'est pas une source formelle d'appréciation souveraine du juge du fond

194. *Introduction.*

On sera ici plus bref, car la plupart des développements qui précèdent, concernant la notion de qualification juridique des faits, et qui faisaient parfois appel d'ailleurs aux apports de la doctrine du contrôle de cassation, sont trans-

257. *Op. cit.*, p. 94.
258. *Op. cit.*, p. 159.
259. *Op. cit.*, p. 322.
260. V. le dernier chapitre de cette étude.
261. V. 22.II.1974, *Adam*, *R.D.P.*, 1975.486; S. 7.X.1977, *Synd. des paludiers*, 380.
262. V. Vedel, th. précit., pp. 315 ss.; et, sur Tezner, en plus des références précitées, v. Michoud, art. précit., *R.G.A.*, 1914, t. 3, pp. 9 ss.; Sabourin, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *A.J.D.A.*, 1974, pp. 396 ss. (notamment p. 405).

posables à la matière de ce dernier contentieux. Par contre, la démonstration va se trouver affrontée à un handicap majeur : alors que la jurisprudence de la Haute Assemblée pouvait étayer les pages antérieures, celles qui suivent vont se placer en rupture avec la pratique effective du Conseil d'Etat, telle qu'elle a été décrite à la section précédente. Celle-ci, rappelons-le, peut se ramener à deux propositions :

1. Les standards textuels sont des sources formelles d'appréciation souveraine du juge du fond;

2. Le juge de cassation accepte cependant de transgresser ce principe pour des raisons politiques classiquement identifiées par la doctrine et notamment par méfiance envers certaines juridictions et volonté de défendre les droits essentiels de l'individu. Ce faisant, le juge de cassation n'abandonne pas le principe initial : il préfère d'ailleurs parler alors d' « appréciation contrôlée », plutôt que de contrôle de la qualification juridique, encore que cette dernière observation souffre des exceptions.

La doctrine selon laquelle le standard est une source formelle d'appréciation souveraine du juge du fond se trouve très renforcée par cet appui de la jurisprudence. On essaiera cependant, en ne négligeant pas quelques éléments attestant un certain malaise de celle-ci, d'esquisser sa critique.

§ 1. — La théorie du standard source d'appréciation souveraine

1° La systématisation doctrinale :

195. *Une systématisation ancienne dans la doctrine privatiste.*

Une telle position était en fait dans la logique de la succession des systèmes retenus par la doctrine privatiste. Une fois abandonnée la distinction véritablement trop restrictive des concepts définis et des concepts non définis par la loi [263], s'est imposée celle des concepts déterminés, définis ou non par la loi, et des concepts indéterminés. La mise en opposition des qualifications générales et des qualifications spécifiques — ou encore des qualifications d'espèce et des qualifications emportant définition générale, applicables non seulement à un seul litige, mais à tous les cas semblables — ébauchée par le Doyen Marty qui, avec le « *criterium* de la généralisation possible », avait mis au point un fondement téléologique du contrôle, fondé sur le but de l'institution d'une Cour suprême, l'unification, n'a guère retenu la doctrine [264].

Comme le rappelait Marty dans son grand livre, la distinction entre concepts déterminés et indéterminés, qui est une modalité de la distinction entre « appréciation juridique et appréciation non juridique, morale, consciencieuse, ou matérielle » [265], date des années 1830 et a été notamment formulée par le Conseiller de Broé et le procureur général Dupin. Elle se résume ainsi :

> « Parmi les notions dont la loi fait usage et auxquelles elle rattache certaines conséquences, il en est qui, même si elles n'ont pas été définies par le législateur, sont susceptibles d'une définition abstraite et générale à laquelle la Cour suprême peut se référer pour exercer son contrôle. Telles sont, dit le procureur Dupin, la notion d'escalade ou celle d'homicide. D'autres notions, au contraire, ne sont pas susceptibles d'être définies *a priori*, de façon précise, telle la notion de manœuvre frauduleuse en matière d'escroquerie ou, selon le conseiller de Broé, celles d'outrage, d'offense, d'attaque ou d'excitation. L'attribution de qualification de cet ordre ne suppose pas une appréciation juridique et le « travail désintéressé du jurisconsulte » (Dupin), mais une appréciation de l'ensemble des circonstances de la cause, résultant du *sentiment intime* du magistrat, en un mot une appréciation morale » [266].

Nombreux sont les auteurs qui se sont ralliés à une telle conception, et notamment Chénon, avec sa distinction des notions légales ayant une signification précise et déterminée et des notions légales comportant une certaine latitude d'appréciation [267]. Et jusqu'au saisissant Cournot dont on peut se demander quelles sont les matières qui ont bien pu échapper à ses investigations méticuleuses et synthétiques à la fois [268].

196. *Une systématisation implicite pour une partie de la doctrine publiciste.*

Les publicistes sont, dans l'ensemble, avares de développements théoriques sur cette question. Pour autant leur accord avec les argumentations qui précèdent n'est guère douteux puisqu'ils contestent assez faiblement dans l'ensemble la jurisprudence de la Haute Assemblée qui apparaît fondée sur de telles considérations. La grande thèse de M. Peiser sur cette question, comme les autres ouvrages qui lui sont consacrés, s'essaye surtout à rendre compte le mieux possible d'une jurisprudence qui, mise à part son acceptation du contrôle de l'exactitude matérielle des faits (encore qu'avec certaines nuances), apparaît à tous devoir être jugée à l'étalon du modèle, sans doute, on va le voir, un peu idéalisé, de contrôle de cassation que semble constituer, une fois pour toutes la Cour suprême judiciaire [269].

Le schéma élaboré, à propos de certaines décisions de la Haute Assemblée, par le professeur Dupeyroux rend ainsi assez bien compte à la fois de la jurisprudence du Conseil d'Etat, sauf exceptions politiques, et du sentiment de la doctrine publiciste, encore que cet auteur soit privatiste de formation [270].

2° L'accord de la doctrine avec la jurisprudence :

197. *Doctrine, jurisprudence judiciaire et jurisprudence administrative.*

Cette doctrine traditionnelle semble rendre mieux compte de la jurisprudence administrative que de la judiciaire. Cette dernière, peut-être du fait des nécessités de la fonction qu'elle exerçait, ne s'est en réalité, très tôt, pas sentie liée par des conceptions qui auraient fait obstacle à l'efficacité de son action.

Pour s'en tenir à quelques exemples, furent ainsi précocement contrôlées des notions telles que celles d' « attaque contre la dignité royale » [271], de fait de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération dans le cadre du contentieux de la diffamation [272], de « compte rendu fidèle » [273], de publication

263. V., à ce propos, les développements de Marty, *op. cit.*, pp. 192 ss., et de F. Rigaux, *op. cit.*, pp. 239 ss.
264. *Op. cit.*, pp. 204 ss. et 364 ss.; on remarquera que certains éléments de cette méthode étaient déjà présents chez Pierre de Chauveron, *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle*, 1908, pp. 3 et 15.
265. *Op. cit.*, p. 197.

266. *Ibid.*, pp. 197 et 198.
267. V. *Origine, conditions et effets de la cassation*, 1882, *passim.*
268. V. Marty, *op. cit.*, pp. 198 ss.
269. V. Peiser, *op. cit.*, pp. 151 ss.; Jacquemart, *op. cit.*, pp. 239 ss.; Rouvière, *op. cit.*, pp. 183 ss.
270. V. *supra*, n° 186.
271. Cass. crim. 5.VIII.1831, *S.*, 1832.I.102.
272. Cass. crim. 15.I.1869, *D.*, 1869.I.380; Cass. crim. 9.IV.1897, *Bull.* 130; Cass. crim. 26.VI.1922, *D.*, 1922.I.115.
273. Ch. réunies 7.IV.1897, *S.*, 1898.I.58; Ch. crim. 2.V.1901, *S.*, 1905.I.151.

« contraire aux bonnes mœurs » [274], d' « outrage public à la pudeur » [275]. Depuis 1861, la force majeure est contrôlée [276], depuis 1873, la faute de l'article 1382 [277], et de même la faute grave dans les divers domaines où cette notion joue un rôle [278], en dépit de quelques résistances [279].

Il est bien sûr possible de donner nombre d'exemples de standards qui pendant longtemps n'ont pas été contrôlés ou qui le demeurent encore. Ainsi des notions telles que celles d' « injure grave » ou de « violation grave des devoirs du mariage », cause de divorce [280]. Ou d'urgence en matière de référé [281]. Mais dans l'ensemble, en dépit des nuances qu'il conviendrait de marquer selon que cette haute instance statue au civil ou au pénal, en dépit aussi des incertitudes qui affectent parfois la jurisprudence, le mouvement général du contrôle est clair : les standards textuels, moins peut-être parce qu'il a la conviction théorique qu'il doit le faire que parce que les nécessités l'impliquent, sont de plus en plus systématiquement contrôlés par le juge judiciaire de cassation.

Quoi qu'il en soit, on le voit, la jurisprudence judiciaire n'infirme ni ne confirme finalement la théorie étudiée. Le Doyen Marty en était convaincu qui notait que la Cour suprême n'avait pas dû toujours être « guidée en cette matière par des vues d'ensemble rigoureuses » et qu'elle s'était « souvent décidée sous l'influence de circonstances particulières au gré des impressions du moment » [282].

La jurisprudence du Conseil d'Etat, telle que nous l'avons décrite il y a quelques pages, apparaît, dès lors qu'il ne s'agit pas des juridictions professionnelles, d'une certaine façon plus attachée à la doctrine des notions indéterminées [283, 284].

198. *La jurisprudence du Conseil d'Etat n'est cependant pas exempte de doutes : le contrôle de la dénaturation des faits.*

Comme l'a justement écrit le Doyen Debbasch, « il est difficile de définir avec précision la notion d'appréciation des faits » [285]. Les cas qui se prêtent

274. Cass. crim. 18.V.1905, *D.*, 1905.I.260.
275. Cass. crim. 11.IV.1891, *Bull.* 83; Cass. crim. 14.XI.1903, *Bull.* 636.
276. Cass. crim. 28.II.1861, *S.*, 1861.I.671; Cass. crim. 28.IV.1865, *D.*, 1865.I.245; Cass. civ., 16.XI.1892, *D.*, 1893.I.325.
277. Cass. civ., 15.IV.1873, *S.*, 1873.I.174; Cass. civ., 28.I.1879, *S.*, 1879.I.358; Cass. civ., 22.X.189, *S.*, 1890.I.532; Cass. civ. 25.XI.1902, *S.*, 1903.I.132; Cass. civ. 24.XI.1913, *S.*, 1914.I.408.
278. Cass. civ., 13.I.1892, *S.*, 1893.I.257; Cass. civ., 19.IV.1924, *S.*, 1924.I.303.
279. Req. 21.XI.1893, *D.*, 1894.I.235; Cass. civ., 15.XII.1908, *S.*, 1913.I.37.
280. Req. 6.II.1860, *D.*, 1860.I.122; Req. 27.X.1914, 2e esp., *D.*, 1916.I.168 Req. 19.I.1916, *D.*, 1916.I.249; Req. 10.V.1943, *D.*, 1943.50; Cass. civ. 16.XII.1963, *D.*, 1964.II.227; Cass. civ. 21.VII.1975, *J.C.P.*, 1975.IV.305.
281. Cass. civ., 15.XII.1873, *D.*, 1874.I.113; et jurisprudence citée *in* Jestaz, *op. cit.*, pp. 254 ss.
282. *Op. cit.*, p. 257; v. aussi Chauveron, *op. cit.*, pp. 10 et 52; Gény, *Méthode...*, t. 2, p. 196.
283. V. les remarques de MM. Goy, *Eléments psychologiques de l'acte juridique en droit public français*, 1958, multig., t. 1, pp. 386 et 387; Jacquemart, *op. cit.*, p. 240; Peiser, *op. cit.*, p. 387; Vedel, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 626.
284. V. la position beaucoup plus rigoureuse du tribunal de révision allemand, curieusement infléchie toutefois à la période la plus récente (v. Marty, « Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le tribunal suprême », *Recueil Edouard Lambert*, t. 2, pp. 728 ss., et notamment p. 743); et Habscheid, « Les cours supérieures en R.F.A. et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne », *R.I.D.C.*, 1968, pp. 79 ss. et notamment pp. 88 ss.).
285. *Procédure administrative contentieuse et procédure civile* ,th. précit., p. 429; m. auteur, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 589; Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, p. 615; *Odent*, *op. cit.*, fsc. 6, p. 1642; Peiser, *op. cit.*, p. 388.

au double niveau d'analyse précisé par M. Dupeyroux ne sont pas très nombreux et leur mise en œuvre révèle une subtilité de casuiste qui, par un clivage spécieux, appauvrit à l'extrême la notion de qualification.

Aussi bien la Haute Assemblée révèle-t-elle ses doutes en transgressant la pureté initiale (et strictement intellectuelle) de ce schéma, soit en élargissant le contrôle de la qualification juridique à ce qu'elle considère habituellement comme appréciation souveraine, figure bien connue dans le contentieux de la cassation des décisions des juridictions professionnelles, soit, au lieu de « grignoter » ainsi par le haut, si l'on ose cette expression, en « grignotant par le bas », par la mise en jeu du contrôle de la dénaturation des faits.

La notion de dénaturation est complexe. Comme l'écrivait Marty, « rien n'est plus vague que le mot dénaturation dont la Cour de cassation fait un très large usage » [286]. L'acte dénaturé, tel que l'entend cette haute instance, et pour s'en tenir à l'essentiel, est l'acte visé comme fondement d'une décision, mais à propos duquel le juge du fond, sans en avoir contesté la valeur ni le sens, soit a développé des constatations en contradiction avec son contenu, soit s'est livré à une interprétation inutile de clauses claires et précises [287]. La Cour de cassation ne vise jamais que la dénaturation d'un acte. « Pourquoi la Cour suprême ne peut-elle reprocher la dénaturation d'une circonstance de fait ? » se demande Mme Marraud. Sa réponse : « En ayant pour objet des " faits ", la dénaturation empiéterait sur d'autres formes de contrôle et perdrait cette individualité qui, de toute évidence, la caractérise. » [288]

Le Conseil d'Etat juge de cassation ne procède pas seulement ainsi. Et ce n'est qu'en méconnaissant la nature propre de sa technique que l'on peut comparer le contrôle de la dénaturation des faits auxquels il se livre au contrôle de la dénaturation des actes qu'il pratique au demeurant comme la Cour de cassation [289]. Selon la définition du président Odent,

> « les juges du fond dénaturent les faits au sens où la jurisprudence administrative entend cette expression, lorsqu'ils donnent de faits matériellement exacts une interprétation fausse au tendancieuse » [290].

En réalité, le sens profond de la création de cette technique jurisprudentielle semble lié au besoin du juge de contrôler certaines appréciations habituellement posées comme souveraines. C'est au demeurant le point de vue de ce commentateur averti de la jurisprudence qu'est le président Odent :

> « La distinction entre la dénaturation des faits soumise au contrôle du juge de cassation et l'appréciation souveraine des faits qui relève du pouvoir souverain des juges du fond est assez subtile : cette difficulté même de tracer les limites exactes entre ces deux notions facilite l'exercice par le juge de cassation de son contrôle sur l'activité des juridictions administratives qui lui sont subordonnées. » [291]

Ainsi, dans l'affaire *Simon*, qui est l'un des rares cas d'annulation pour dénaturation d'une décision juridictionnelle, le Conseil national de l'ordre des méde-

286. *Op. cit.*, p. 293.
287. *Ibid.*, pp. 297 ss.; et Marraud, *La notion de dénaturation en droit privé français*, 1974, notamment pp. 165 ss.
288. *Op. cit.*, p. 16.
289. Contrôle de la dénaturation des actes, v. : S. 16.XII.1960, *Colombel*, 713; S. 5.V.1967, *Geisz*, 199.
290. *Op. cit.*, fsc. 6, p. 1646.
291. *Ibid.*, pp. 1646 et 1647; point de vue que partage le Doyen Debbasch, *Contentieux administratif*. *op. cit.*, p. 591 : « Le juge de cassation exerce de manière indirecte un... contrôle sur la qualification technique. Il examine si le juge souverain n'a pas dénaturé les faits. »

cins reprochait au docteur Simon d'avoir utilisé pour condamner les méthodes thérapeutiques françaises « des termes injurieux pour les médecins français qui les utilisent, les taxant notamment d'imprudence et d'esprit de lucre ». La Haute Assemblée estima que le C.N.O.M. avait dénaturé les faits [292]. En réalité, note M. Debbasch,

> « Le Conseil d'Etat exerce ainsi indirectement un contrôle sur la qualification technique. Le Conseil de l'ordre avait estimé que les termes employés par le docteur Simon étaient injurieux parce qu'il pensait que la méthode thérapeutique critiquée était bonne. En contrôlant la qualification donnée au propos du docteur Simon, le Conseil d'Etat contrôle par là même la qualification de la méthode thérapeutique » [293].

Cette interprétation est peut-être, ainsi formulée, un peu audacieuse. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat s'est livré là à un contrôle de la qualification proprement juridique, sur une appréciation réputée souveraine (pour des raisons théoriques contestables mais pour des raisons politiques éventuellement admissibles), par le truchement du contrôle de la dénaturation [294, 295].

Au demeurant, la Haute Assemblée est pleinement consciente de la nature profonde, et dictée par sa fonction contentieuse, de la dénaturation. Et elle substitue parfois au contrôle de la dénaturation, dans un domaine d'élection de celui-ci, le contrôle de la qualification inexacte. L'arrêt *Lesaffre* en est un bon exemple :

> « Qu'il résulte des pièces du dossier soumis au juge du fond que les prétendues " conférences " visées par cette décision avaient le caractère de simples " interviews "; qu'ainsi, en estimant que le requérant a fait des conférences radio-diffusées tombant sous le coup des dispositions de l'article 4 sus-reproduit, la chambre supérieure de discipline a donné une qualification inexacte aux faits reprochés. » [296]

A tel point que MM. Auby et Drago, parlant de la dénaturation, pensent que « cette technique d'analyse (est) plus ou moins abandonnée » [297].

§ 2. — Critique de la théorie du standard source d'appréciation souveraine

1° L'absence de fondement théorique a l'abstention du juge de cassation :

199. *Les conséquences logiques de la distinction des rapports juge de cassation - juge du fond et juge de l'excès de pouvoir - administration.*

Comme y insiste bien M. Peiser :

> « La cause essentielle de la différence des deux recours est la différence de nature des décisions sur lesquelles ils portent. Le recours en cassation est un recours contre les décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort, le recours pour excès de pouvoir un recours contre les décisions des administrateurs actifs... L'autonomie de la fonction juridictionnelle est à la base de l'autonomie du recours en cassation » [298].

Il faut admettre cette proposition qu'*a priori* il n'y a aucune raison pour qu'un juge du fond puisse procéder à des qualifications non juridiques, alors que cela apparaît possible assez fréquemment, et sans obstacle majeur, pour l'administrateur en cas d'indéterminabilité de la règle de droit, ainsi qu'on l'a vu. Le juge du fond se trouve dans une situation qui, à bien y réfléchir, n'est pas éloignée de celle du juge de l'excès de pouvoir. L'indéterminabilité de la règle peut l'amener à s'abstenir. Mais dès lors qu'il opère un contrôle de la qualification, et d'autant plus que cette qualification est en principe opérée par le texte mis en œuvre, cela ne peut être, pour des raisons à propos desquelles on a précédemment amplement débattu, qu'un contrôle de la qualification juridique. On peut pleinement admettre que le juge de cassation ne contrôle pas l'exactitude matérielle des faits, choix opéré, avec des nuances, par le juge judiciaire de cassation, et refusé, avec des nuances aussi, par le juge administratif de cassation, mais il n'est pas concevable que ce qui est, quoi que l'on en ait, contrôlé au titre de la qualification juridique par le juge du fond, ne puisse l'être au même titre par le juge de cassation.

La distinction entre appréciation souveraine et qualification juridique ne peut se légitimer que par la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire au juge du fond, dont l'une des sources formelles serait le standard. Or cela est insoutenable pour les raisons déjà développées [299]. Il serait par contre possible qu'un texte ouvre au juge du fond un pouvoir discrétionnaire par l'emploi de certaines formules rendant la règle indéterminable (« le juge peut... », *etc.*) [300].

Ainsi, le non-contrôle par le juge de cassation de la mise en œuvre par le juge du fond de certaines qualifications plus ou moins indéterminées s'explique par la même hypertrophie du fait, la même conception matérielle du droit, que celles qui fondent la doctrine extensive d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration fondé sur la simple indétermination de la règle.

200. *La qualification au sens classique est une opération fondamentalement juridique dans le cadre du contentieux de la cassation.*

Il est inutile de reprendre ici les développements consacrés à cette question à propos du contentieux de l'excès de pouvoir. Il faut simplement remarquer que leurs conclusions sont renforcées par la nature propre du contentieux de la cassation. S'il est vrai que le juge de cassation n'est pas un nouveau degré de juridiction, sa fonction l'oblige à réprimer toutes les contraventions au texte mis en œuvre par le juge du fond et à intervenir toutes les fois que cela est nécessaire pour le maintien de l'unité de la jurisprudence. Quand bien même le juge du fond lui-même aurait élaboré la norme, il ne devrait pas en aller autrement [301].

Sans doute, initialement, le but d'unification de la jurisprudence n'était-il pas visé par l'institution de la Cour de cassation, mais la pratique consacrée par la loi du 1er avril 1837 n'est pas douteuse sur ce point. Or l'extension de la théorie critiquée aboutit ni plus ni moins à vider de son contenu le contrôle

292. A. 4.I.1952, *Simon*, 13 (concl. Letourneur).
293. *Contentieux..., op. cit.*, p. 591.,
294. Nous rejoignons l'opinion de M. Peiser, *op. cit.*, p. 381, qui estime qu'en l'espèce il y avait « une pure question de droit dans la mesure où cette appréciation est indispensable à l'exercice d'un contrôle de la légalité ».
295. V. aussi 9.XI.1951, *Fischer*, 523, concl. Guionin; 5.VI.1953, *Hiff*, 264; 18.XII.1957, *Monod*, 687, concl. Grévisse; 28.II.1958, *Cayro*, 129; 9.II.1966, *C. du G. Colmar c/ Debré-Feldbau*, 101; S. 18.XI.1966, *Chabaud*, 611; 9.VI.1967, *Taillandier*, 242; S. 9.V.1969, *Lachenaud*, 246; 2.X.1970, *Saiag-Gambillard, A.J.*, 1971.177.
296. 12.IV.1972, *Lesaffre*, 282.
297. *Op. cit.*, t. 2, p. 618.
298. *Op. cit.*, p. 151.
299. V. notamment 1re partie, 2e titre, chap. 2.
300. *Ibid.*
301. V. Marty, *op. cit.*, p. 207.

du juge de cassation. Comment est-il ainsi possible que le Conseil d'Etat juge de cassation considère que la qualification d'un comportement de « charlatanisme », cette notion étant explicitement visée par l'article 24 du Code de déontologie médicale, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ? [302] Comment écarter la proposition de Motulsky :

> « Le contrôle de la Cour suprême doit s'exercer aussi bien que sur l'application des règles de droit à contours fermes, à l'égard des formules vagues et générales, des *standards* dont la souplesse permet de saisir des phénomènes sociaux trop fuyants pour se prêter à l'emprisonnement dans une règle précise. » [303]

En fin de compte, la Haute Assemblée devrait prendre dans le contentieux de la cassation la position qu'elle a adoptée dans celui de l'excès de pouvoir : par principe, les standards textuels ouvrent la voie à une question de qualification juridique; mais de même qu'il y a des compétences liées dont l'exercice n'est pas contrôlé par le juge de l'excès de pouvoir, il peut y avoir des qualifications juridiques dont l'exercice ne le soit pas par le juge de cassation. C'est moins l'absence de contrôle qui, dans ce dernier cas, est contestable dans la jurisprudence actuelle, confortée par une part de la doctrine, que les fondements que celle-là comme celle-ci croient devoir lui donner et que sa généralisation.

2° LA POSSIBILITÉ D'ASSIGNER UN FONDEMENT POLITIQUE A L'ABSTENTION DU JUGE :

201. *La légitimité d'une autolimitation politique du juge.*

Le juge abandonnant le principe de l'hétérolimitation de son pouvoir de contrôle dès lors qu'il y a standard textuel pourrait toutefois s'autolimiter lorsqu'il y verrait avantage et notamment se montrer prudent dans les matières techniques, laisser à un juge spécialisé une latitude d'action.

Certains juristes privatistes ont déjà élaboré une conception de ce type. Ainsi M. Rigaux pour lequel

> « on ne saurait, par la distinction du fait et du droit, fixer les limites du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juridictions de fond » [304]

ou M. Jestaz qui estime que

> « la Cour de cassation ne juge sans doute que le droit, mais (qu') il n'est pas certain qu'elle juge tout le droit » [305].

Le raisonnement de ce dernier auteur, à propos de l'urgence, est particulièrement intéressant. Il commence par poser que « l'urgence est et ne peut être qu'une notion de droit dès lors que le législateur lui attribue un contenu normatif ». Par suite, si la Cour de cassation

> « refuse son contrôle, c'est parce que l'urgence est plus facilement ressentie que définie, c'est parce que les faits qui la constituent échappent à toute systématisation; force est bien de faire confiance à l'intuition juridique des magistrats qui sont au contact direct avec ces faits, et la Cour de cassation préférera la finesse du juge des référés à la géométrie de ses propres formules » [306].

302. 11.II.1970, *Maschi*, 100.
303. *Principes d'une réalisation..., op. cit.*, p. 159.
304. *La nature du contrôle..., op. cit.*, p. 77.
305. *Op. cit.*, p. 9; cette formule doit peut-être être nuancée pour la Cour de cassation qui ne juge sans doute pas que le droit (v. Marty, *op. cit.*, p. 364) et certainement pour le Conseil d'Etat juge de cassation qui contrôle dans une certaine mesure l'exactitude matérielle des faits; mais cela n'a en l'occurrence aucune espèce d'importance.

On ne s'accordera pas tout à fait avec le vocabulaire employé, et on ajoutera que le Conseil d'Etat, qui depuis l'arrêt *Farman* [307] contrôle, dans les limites déjà mentionnées, l'exactitude matérielle des faits, est mieux à même de contrôler les notions les plus délicates, dès lors que leur contenu n'est pas techniquement trop complexe, que la Cour de cassation. Mais l'ensemble de ce raisonnement permet de revenir à des bases théoriques mieux établies sans pour autant verser dans l'irréalisme d'un pan-contrôle irréalisable vis-à-vis de certaines juridictions traditionnelles ou très éminentes, à la fois par la technicité des matières qu'elles peuvent traiter et par la tension qu'une telle attitude ne manquerait pas d'engendrer.

202. *Les limites imparties à une telle autolimitation.*

L'autolimitation que s'imposerait le juge ne saurait cependant avoir l'ampleur de l'hétérolimitation qu'il s'est cru longtemps contraint de respecter scrupuleusement et qu'il ne transgresse finalement pas aussi fréquemment qu'on le dit parfois. En d'autres termes, le débat n'est pas de pure théorie (ce qui ne suffirait pas au demeurant à le priver d'intérêt). C'est à une assez profonde inflexion des frontières du contrôle et du non-contrôle de la mise en œuvre des standards textuels par le juge du fond que devrait conduire l'abandon des principes qui régissent encore le contentieux de la cassation.

203. *Conclusion de la section II.*

Ainsi une bonne part de la doctrine est-elle prisonnière d'une idéologie du fait bien que celle-ci ne soit pas toujours en accord avec les principes de la jurisprudence. Cette hypertrophie doctrinale du fait a deux racines. La première tient à la conviction d'une bonne part des auteurs, jusqu'à une période récente, que certaines notions sont par nature insusceptibles d'être des notions juridiques, conception à la fois étrange dans un climat de positivisme juridique et pourtant explicable par ce climat. Etrange parce qu'en effet le positivisme aurait dû mettre à l'abri ses tenants de toute tension entre le droit matériel et le droit formel et donc les incliner à admettre comme norme juridique, sans discussion préalable, toute prescription ayant les attributs formels nécessaires et suffisants à cet effet. Mais explicable par ce climat parce que le positivisme, dans sa lutte pour le droit positif contre le droit naturel, semble avoir fini par croire que lorsque le droit se référait explicitement aux valeurs, il perdait sa qualité de droit. C'est ce curieux paradoxe qui peut expliquer que les positivistes — qui auraient dû être les tenants à la fois d'une conception formelle du droit, et, secondairement, pour nuancer la rigidité d'un point de vue trop étroitement formel, d'une conception empirique des sources de droit — soient devenus en dernière analyse les défenseurs d'un légalisme étroit et les promoteurs d'une conception matérielle du droit.

La deuxième racine a trait à un couple d'opinions antithétiques : celle selon laquelle le juge ne mène pas de politiques et celle selon laquelle il ne mène que des politiques dans l'élaboration des limites de son contrôle. La première a longtemps prévalu : et cela explique en partie que l'absence de contrôle ait pu être assimilée purement et simplement, dans le cadre du contentieux de l'excès

306. *Op. cit.*, p. 9.
307. 5.VIII.1924, *Farman*, 829.

de pouvoir par exemple, à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire. La deuxième opinion domine aujourd'hui largement une doctrine qui a une forte propension à penser non seulement qu'il n'y a pas de contraintes théoriques extérieures à la volonté du juge mais que la jurisprudence, qui à défaut de se voir imposer de véritables principes de l'extérieur pourrait s'en imposer à elle-même, ne le fait pas et est dominée par l'empirisme. Les « faiseurs de systèmes » baissent les bras et critiquent, parfois avec âpreté, la Haute Assemblée, persuadés de l'inutilité de leurs synthèses. De ce fait, la tendance de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui est, avec des hésitations, avec des reculs parfois, indéniablement, dans le domaine du contentieux de l'excès de pouvoir au contrôle progressif de toute compétence liée, au sens donné à ce concept, et dans celui de la cassation — par une prétendue exception politique qui n'est qu'une prise en compte du principe théorique qui devrait prévaloir — au contrôle accru de ce qu'il faut bien considérer comme des qualifications juridiques, est louée quant au fond mais dénigrée d'un point de vue théorique, le Conseil d'Etat étant soupçonné n'avoir que mépris hautain pour les catégories élémentaires de la matière juridique et les notions mêmes de droit et de fait apparaissant désormais dénuées d'intérêt.

204. *Conclusion du chapitre premier.*

L'étude de la technique du standard autorise ainsi le dépassement de certaines distinctions entre notions juridiques déterminées et notions juridiques indéterminées, qui ont marqué à un point extrême le développement de la doctrine, qu'elles soient ou non démenties, selon que l'on se trouve dans le contentieux de la cassation ou dans celui de l'excès de pouvoir, par la jurisprudence.

L'abcès ainsi percé doit cependant, selon nous, être vidé jusqu'au bout. Car l'hypertrophie du fait, en tant qu'elle est une idéologie, a vocation à la globalité : ses effets ne s'arrêtent pas aux signes qui viennent d'être décrits. Elle entraîne, pour les standards dont la mise en œuvre est contrôlée, quel que soit le contentieux, excès de pouvoir, cassation ou pleine juridiction, la croyance de la doctrine dans leur appréciation *in concreto*. Ainsi l'idéologie du fait qui engendre le refus du contrôle de la mise en œuvre de certains standards, a-t-elle pour effet second de fonder la thèse de l'appréciation *in concreto* des standards dont la mise en œuvre est contrôlée.

CHAPITRE II

LE JUGE ADMINSTRATIF ET L'APPRECIATION DES STANDARDS

205. *Introduction.*

La question de l'appréciation, au sens que ce terme revêt lorsque l'on parle d'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*, est fondamentale dans le cadre de l'étude de la technique du standard. On peut imaginer — encore que parmi eux aucun n'ait consacré de développement particulier à cette question — quelle solution auraient logiquement apporté les participants au mouvement du standard dans les années vingt à ce « problème de fond » qui, comme l'écrivait avec pénétration M. Dejean de La Bâtie, est « celui de l'uniformité ou de l'individualisation du standard juridique » [1] : l'appréciation *in concreto* aurait fait l'unanimité de ces juristes prompts à vanter une méthode juridique propre à suivre la vie dans ses nuances infiniment subtiles.

De fait, si les standards sont presque intrinsèquement, pour une part de la doctrine, des questions de pur fait, il est bien naturel que celle-ci estime que leur appréciation, lorsqu'il y a contrôle de la mise en œuvre d'un standard, soit aussi concrète que possible. Si en effet le standard semble à cette doctrine question de fait, c'est parce que le jugement porté sur la mise en œuvre du standard lui apparaît ne pouvoir être que subjectif, parce que le standard lui-même est considéré par elle comme insusceptible d'un étalonnage suffisamment stable pour que l'on puisse parler du caractère normatif de la prescription qui le contient. Le standard aboutit au jugement d'espèce, et donc au pouvoir souverain du juge du fond ou au pouvoir discrétionnaire de l'administration relayé parfois par le pouvoir discrétionnaire du juge. Dès lors que le juge procède au contrôle de sa mise en œuvre il est en quelque sorte condamné à substituer sa subjectivité à une autre subjectivité, dans une appréhension directe, non médiatisée si l'on peut dire, des faits auxquels il applique une norme taillée à leur mesure : c'est l'appréciation *in concreto* [2].

1. *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français, op. cit.*, p. 6.
2. Lorsqu'il procède, dans le contentieux de la responsabilité par exemple, à mise en œuvre directe lui-même, il n'en va pas différemment dans la logique de ce point de vue.

La théorie de l'appréciation *in concreto* s'enracine dans l'hypertrophie du fait. Celle-ci a fait l'objet d'une critique. Celle-là n'est pas davantage soutenable et, au demeurant, la jurisprudence ne l'adopte pas.

SECTION I

CRITIQUE DE LA DOCTRINE DOMINANTE DU PRIMAT DE L'APPRECIATION *IN CONCRETO*

206. *Introduction.*

Une fois encore, les publicistes apparaissent moins intéressés par ce type de problème que les privatistes. Néanmoins, lorsqu'ils l'abordent, on le verra, ils sont quasi unanimes non seulement à constater, mais encore, d'une certaine manière, à se louer que le juge administratif, juge administrateur, se saisisse de l'ensemble des éléments de l'affaire et élabore un type de référence parfaitement adéquat, bref apprécie le standard *in concreto,* car c'est le sens que la doctrine, dans l'ensemble, attribue à la notion d'appréciation *in concreto.*

D'aucuns, à la lecture des pages qui suivent, estimeront peut-être qu'il n'y a ici qu'une querelle de mots. Nous ne le croyons pas : le système des significations étant ce qu'il est, le choix des expressions *in abstracto* ou *in concreto* n'est pas purement conventionnel. Mais, quand bien même cela serait, il n'est pas indifférent, pour une meilleure compréhension de l'idéologie du fait dont le standard a favorisé l'épanouissement, de concevoir que le choix du terme opéré n'est pas dépourvu de sens.

SOUS-SECTION I

La doctrine dominante du primat de l'appréciation in concreto.

§ 1. — La définition des divers modes d'appréciation par la doctrine

1° LA DÉFINITION RESTRICTIVE DE L'APPRÉCIATION *in abstracto* :

207. *La définition restrictive de l'appréciation* in abstracto *est la plus traditionnelle* [3].

C'est ainsi celle qui prévaut dans la thèse de M Cornu. Pour cet auteur, il y a appréciation *in abstracto* lorsque, par exemple, « pour savoir si l'individu est en faute », le juge le compare « à un type d'homme diligent qui apparaîtra sous les espèces du *bonus paterfamilias, vir prudens* ou *o spoudaios* » [4]. « Type unique, type abstrait, type moyen sont les trois traits dominants » du modèle ainsi choisi [5]. Au contraire, dès lors qu'il y a prise en compte des circonstances de temps et de lieu, ou encore recours à plusieurs types différents de référence, par exemple, dans le cadre du contentieux de la responsabilité, lorsque le juge fait référence non plus au *bonus paterfamilias* mais au professionnel avisé, il n'y aurait plus, selon M. Cornu, appréciation *in abstracto,* mais appréciation *in concreto* [6].

Dans la doctrine publiciste, on retrouve le même type de conception sous la plume de Duez lorsqu'il estime que la faute de service est appréciée « *in concreto,* d'après la diligence moyenne qu'on peut légitimement exiger du service » [7]. Dès lors en effet que ce n'est pas la diligence de n'importe quel service mais d'un service public particulier, cet auteur, à la suite de Maurice Hauriou estime qu'il n'y a pas appréciation *in abstracto.*

Et il ne faut pas penser que seul le contentieux de la responsabilité (et de façon plus générale le plein contentieux) soit concerné par cette problématique. On retrouve sous la plume de M Truchet, à propos de la notion d'intérêt général, une même conception restrictive de l'appréciation *in abstracto.* Pour cet auteur, « l'appréciation abstraite de l'intérêt général » n'a pas à se « soucier des circonstances de l'espèce... L'appréciation concrète, en revanche, s'attache à ces circonstances » [8].

2° LA DÉFINITION EXTENSIVE DE L'APPRÉCIATION *in abstracto* :

208. *La définition extensive subjectiviste.*

Il semble que l'on puisse distinguer deux modalités de définition extensive : une définition extensive subjectiviste et une définition extensive objectiviste.

Selon la première, il s'agit d'examiner la conscience de l'auteur du dommage, rechercher si cette conscience lui reproche son imprudence ou sa négligence, examiner l'acte à travers l'agent; on apprécie alors la faute délictuelle *in concreto* » [9]. En fait, ce premier point de vue est nuancé dans la suite du développement de MM. Mazeaud et Tunc. Ce qu'ils appellent les circonstances « internes » englobent à la fois les conditions subjectives et les conditions objectives personnelles [10].

Mais l'intérêt de leur première proposition est de refléter le sentiment d'une partie de la doctrine pour laquelle toute appréciation qui ne part pas de ce que ressent subjectivement l'agent doit être dite *in abstracto* [11].

209. *La définition extensive objectiviste.*

C'est celle à laquelle se rallient finalement MM. Mazeaud et Tunc, pour lesquels « le type de comparaison varie nécessairement dans chaque affaire »

3. Rappelons que le clivage *in abstracto/in concreto* mis en œuvre ici n'est pas, encore qu'il y ait des communications entre les deux séries de significations, celui utilisé par la doctrine ancienne et qui distinguait la détermination *in abstracto* des règles juridiques, faite par le législateur, et leur détermination *in concreto,* faite par le juge et l'administration, pour le cas envisagé; v., p. ex., Gény, *Méthode...,* t. 1, p. 106; *Science...,* t. 3, p. 457; L'Huillier, n. 2.II.1945, *Moineau, S.,* 1946.III.10.

4. *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, op. cit.,* p. 225.
5. *Ibid.*
6. *Ibid.,* pp. 227 ss.; v. aussi, dans le même sens, Bettremieux, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français,* 1921, pp. 73 ss.
7. *La responsabilité de la puissance publique,* 2e éd., 1938, p. 25.
8. *Op. cit.,* p. 243.
9. Mazeaud et Tunc, *op. cit.,* t. 1, p. 480.
10. *Ibid.,* pp. 491 ss.
11. V. Crisafulli, *De la négligence dans la* law of torts *du droit anglais,* 1939, Brière de l'Isle, « La faute inexcusable, bilan et perspectives », *D.,* 1970, chron. 15, pp. 73 ss.

et « doit être placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu que le défendeur lui-même » [12]. Conception que M. Pirovano précise ainsi :

> « L'appréciation abstraite de la faute n'implique pas, écrit ce dernier, la référence à un type unique, c'est-à-dire à un être fictif et inconditionné qui ne vivrait à aucune époque définie et que l'on ne pourrait situer en aucun milieu... On tiendra compte des circonstances de temps, de lieu, de profession, *etc.* On comparera l'action de l'automobiliste à celle que l'automobiliste avisé et normalement prudent aurait eue dans les mêmes circonstances " externes ". On rapprochera le comportement de tel médecin de celui d'un médecin normalement doué. A une division des tâches et des compétences doit nécessairement correspondre un fractionnement de la norme de prudence et de diligence. » M. Pirovano poursuit : « Mais une telle spécification de la règle de comportement ne revient-elle pas, en définitive, à une appréciation concrète de la faute ? Il n'en est rien. En réalité le type de référence, bien que déterminé en fonction des circonstances concrètes de temps, de lieu, de profession, reste un type abstrait, une construction de l'esprit, résultant, pour l'essentiel, de données statistiques. » [13]

L'appréciation *in concreto* est alors celle qui compare le comportement observé au comportement habituel de l'agent, non pas en tant qu'il est un agent devant se conformer à un certain type de comportement (l'appréciation serait alors bien sûr *in abstracto*) ni en tant qu'il s'est subjectivement, intentionnellement et en toute conscience, comporté ainsi (l'appréciation serait alors *in concreto* subjectiviste), mais en tant que lui, tel qu'il est, se conduit effectivement ainsi ou ainsi (appréciation *in concreto* objectiviste).

C'est cette conception qui prévaut dans les ouvrages de MM. Moreau [14], et Richer, encore que ce dernier, à la suite de M. Dejean de La Bâtie, développe comme on le verra, une conception tripartite de l'appréciation [15].

§ 2. — La mise en œuvre des divers modes d'appréciation par la doctrine

1° L'appréciation *in concreto* du juge administratif :

210. *La doctrine soutient dans l'ensemble que le juge administratif recourt surtout à l'appréciation* in concreto.

Si quelques auteurs pensent que, tout autant que le juge judiciaire, le juge administratif apprécie en principe *in abstracto* [16], l'écrasante majorité de la doctrine, par-delà les divergences sus-analysées des conceptions, est persuadée du contraire et, depuis la fameuse note du Doyen Hauriou sous l'arrêt *Tomaso-Grecco*, considère que la faute du service public s'apprécie *in concreto*,

12. *Op. cit.*, pp. 489 et 490.
13. *Faute civile et faute pénale*, 1966, pp. 134 ss.
14. *Op. cit.*, p. 199; encore qu'il la baptise, selon nous de façon contestable, « subjective » : « l'erreur de conduite, écrit cet auteur, apparaîtra comme purement subjective » dans l'appréciation concrète; « tel fait sera considéré comme fautif, s'il dénote chez son auteur une négligence inhabituelle eu égard à son comportement normal. L'acte est donc apprécié à travers l'agent »; le subjectif qui est ce qui se rapporte au sujet pensant, n'est pas, si ce n'est par une abusive assimilation, le personnel, ce qui est propre à chacun.
15. *Op. cit.*, multig., pp. 32 ss. et 380 ss.; cette thèse a fait l'objet récemment d'une publication condensée; v. *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, 1978, p. 64.
16. V. ainsi Richer, *op. cit.*, multig., pp. 32 ss.; Moreau, *op. cit.*, pp. 200 ss.

« d'après les habitudes de diligence du service » [17], « en fonction des circonstances de fait dont elle a été entourée, (car) il n'y a pas de critérium objectif possible de la faute du service public, c'est une notion qui varie avec chaque catégorie d'espèces » [18]. Les privatistes [19] comme les publicistes [20] s'accordent ainsi à distinguer l'appréciation *in abstracto* de la faute opérée en principe par le juge judiciaire, de l'appréciation *in concreto* à laquelle s'adonnerait le juge administratif le plus souvent, quitte à nuancer parfois cette analyse.

2° Les fondements invoqués a l'appui de cette thèse.

211. *Un premier fondement :* ex facto ius oritur.

Le fondement théorique essentiel de la prédominance de la croyance à l'appréciation *in concreto* est simple : la conviction de nombre d'auteurs qu'il est possible d'élaborer des jugements sans norme préalable. Pour une bonne part de la doctrine, le juge administratif se plongerait en général dans les faits, dans leurs moindres détails, et en tirerait une solution de pure espèce, solution exhaustive par rapport aux faits de l'espèce en ce sens qu'elle ne procéderait pas à cet appauvrissement que constitue l'abstraction, mais solution unique parce qu'elle serait trop pleine de la réalité qu'elle appréhende pour se prêter à en saisir une autre. Cette conception alimente assez logiquement la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge comme celle de la formation du droit d'origine jurisprudentielle par induction [21]. Et on la trouve clairement exprimée chez M. Waline :

> « Le Conseil d'Etat, note cet auteur, ne juge pas la faute d'après un critère préétabli, tel que la conduite d'un bon père de famille; il examine dans chaque cas s'il y a eu faute, en tenant compte de toutes les circonstances de fait. » [22]

212. *Un second fondement : l'hétérogénéité de l'administration et l'homogénéité de l'individu.*

La conception dominante de l'appréciation *in concreto* étant assez extensive par rapport à celle que nous retiendrons ci-après, il n'est pas étonnant que la multiplicité des services publics, par opposition à ce qui apparaît être l'unité fondamentale de l'individu, puisse fonder la distinction opérée par la doctrine entre l'appréciation *in abstracto* de la faute privée, en référence au type unique du *bonus paterfamilias*, et l'appréciation *in concreto* de la faute administrative, sans référence unique, le service étant à lui-même sa propre mesure. C'est l'idée fondamentale de l'arrêt *Blanco*, selon laquelle « la responsabilité varie avec les besoins du service » [23], et que M. Rivéro, en accord avec la doctrine, résume ainsi :

> « Le juge, pour apprécier (la faute), ne se réfère pas à une norme abstraite; pour décider, dans chaque espèce, s'il y a faute ou non, il se demande ce

17. 10.II.1905, *Tomaso-Grecco*, 139 (concl. Romieu), *S.*, 1905.III.113 (n. Hauriou) (*G.A.J.A.* 58).
18. Defrénois, *La faute du service public*, 1937, p. 31.
19. Cornu, *op. cit.*, pp. 225 ss.
20. V. Couzinet, « La notion de faute lourde administrative », *R.D.P.*, 1977, p. 290; Dorlencourt-Detragiache, *op. cit.*, p. 45; Mathiot, *Les accidents..., op. cit.*, pp. 149 et 166; Rivéro, *Droit administratif, op. cit.*, p. 276; de Soto, Rev. somm. de jurisp., *R.D.P.*, 1949, p. 91; Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, p. 405; Waline, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 564.
21. V. *supra*, sur ces deux thèses, 1re partie, 2e titre, chap. 2.
22. *Op. cit.*, p. 564.
23. 8.II.1873, *Blanco, D.*, 1873.III.17 (concl. David) (*G.A.J.A.* 1).

qu'on était, dans ce cas, en droit d'attendre du service, compte tenu de sa mission, des circonstances de temps, de lieu, des ressources dont disposait le service en personnel et en matériel. » 24

Développement fondamentalement juste, mais qui, par là-même, fait mieux ressortir l'inaptitude de la notion d'appréciation *in concreto* à rendre compte de l'appréciation effectivement réalisée par le Conseil d'Etat.

213. *Le rôle des formules de la jurisprudence.*

Il ne doit pas être négligé, car la doctrine s'est toujours plu à le souligner. Ainsi M. Defrénois écrivait-il pour étayer sa thèse de l'appréciation *in concreto* de la faute :

> « Jamais le Conseil d'Etat n'accorde ou ne refuse une indemnité sans faire figurer dans son arrêt une des formules suivantes : *dans ces conditions, dans les circonstances de l'espèce, étant données les circonstances de fait ci-dessus relatées,* indiquant par là qu'il s'est livré, avant de prendre sa décision, à un examen détaillé des conditions dans lesquelles se présente l'espèce qui lui est soumise; et c'est au résultat de cet examen qu'il peut apprécier si la faute du service public présente un caractère de gravité suffisant pour entraîner la responsabilité de l'administration. » 25

L'importance attachée à de telles formules est confirmée par les commissaires du gouvernement. Ainsi M. Fournier estimait-il, s'adressant au Conseil d'Etat, qu' « il n'existe pas une définition générale et absolue de la notion d'honneur. C'est en fonction des circonstances propres à chaque cas particulier que vous prenez votre décision » 26.

Sans qu'il soit utile de s'attarder sur une méthode que connaissent bien tous les commentateurs des arrêts de la Haute Assemblée, il est possible de retenir quelques exemples de formules particulièrement envahissantes. Le Conseil d'Etat vise tour à tour les « circonstances de l'affaire » 27, les « circonstances de temps et de lieu » 28, les « circonstances de l'espèce » 29, les « circonstances sus-rappelées » 30. Il précise que c'est « dans les conditions où il s'est produit » qu'un accident est imputable à un défaut d'entretien normal » 31,

24. *Op. cit.*, p. 276.
25. *Op. cit.*, p. 74; dans le même sens, Duez, *op. cit.*, p. 40.
26. S. 22.I.1960, *Rey*, 50, *A.J.*, 1960.II.54 (concl. en l'espèce p. 58); v. aussi concl. Braibant A. 28.V.1971, *Equipement c/ Féd. de défense « Ville Nouvelle Est »*, *A.J.*, 1971, p. 467; chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc, 23.IV.1969, *Soc. Bouclier et Chatagnat*, *A.J.*, 1969.II.287; et chron. Cabanes et Léger A. 20.X.1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, *A.J.*, 1972.583.
27. S. 21.XII.1934, *Pannetier*, 1224; 29.I.1936, *Chatry*, 139; 22.XII.1936, *Apard*, 1144; 18.III.1938, *Collas*, 854; 28.V.1947, *Mutuelle du commerce*, 223; S. 19.V.1950, *Cie d' « exploit. automob. »*, 304; 16.V.1958, *Cmne de Marnia*, 274; 11.III.1960, *Soc. « La maïserie »*, 190; 10.X.1961, *Eveillard*, 629; 17.I.1964, *Soc. thermale de l'Aude*, *A.J.*, 1964. II.449; S. 25.III.1966, *Soc. « Les films Marceau »*, *A.J.*, 1966.II.256 (concl. Rigaud); 7.IV.1967, *Cmne de La Roque-Gageac*, Tb. 721 et 927; 13.X.1967, *Dubois*, Tb. 926; Paris, 10.VII.1968, *Ibarrondo*, *A.J.*, 1970.54; 30.X.1968, *Assemat*, Tb. 859; m. jour, *Girardo*, Tb. 1100; S. 29.XI.1968, *Veillet*, 609; 12.VII.1969, *Education nationale c/ Warembourg*, 407; 3.X.1969, *S.A. « Les cars sétois »*, 423; 31.III.1971, *Petit*, 265; 10.III.1971, *Jamès*, *A.J.*, 1971.II.622.
28. 26.V.1948, *Durand*, 231; 28.XI.1952, *Barloy*, 533; 14.XI.1957, *Soc. d'urbanisme ville de Nantes*, 611.
29. 5.V.1944, *Trompier-Gravier*, *R.D.P.*, 1944.256; 28.VI.1950, *Bonhomme*, *R.D.P.*, 1951. 530; 28.VII.1951, *Laruelle et Delville*, *R.D.P.*, 1951.1087; 19.VI.1953, *Goudou*, Tb. 612; 8.I. 1959, *Chirpratis*, *A.J.*, 1959.II.96; 22.III.1961, *Mathien*, Tb. 1206; 6.XI.1963, *Chevallier*, 524; 31.III.1971, *Barbet*, 264; S. 14.V.1971, *Transports c/ Guichardon*, 362.
30. A. 20.X.1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, *A.J.*, 1972.597.
31. 13.I.1965, *Cie d'assur. et de réassur. Atlanta*, 18.

que c'est « eu égard notamment à l'état antérieur des lieux » qu'un dommage « a revêtu un caractère spécial et anormal » 32. Le juge invoque encore les « moyens du service » 33, pose qu' « il ne résulte pas de l'instruction... » 34, ou bien dispose qu' « en l'espèce » 35, « compte tenu des conditions » 36, il convient de se rallier à telle ou telle solution 37.

SOUS-SECTION II

Critique de cette doctrine

§ 1. — L'inadaptation des conceptions dominantes

1° L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES CATÉGORIES D'APPRÉCIATION CHOISIES :

214. *Les modes d'appréciation retenus ne permettent pas d'envisager toutes les possibilités de façon distincte.*

Le plus grave défaut des conceptions exposées plus haut est, fondées qu'elles sont sur deux modes d'appréciations seulement, appréciation *in abstracto* ou abstraite et appréciation *in concreto* ou concrète, d'aboutir à ce que l'un des deux modes ainsi reconnus — et peut-être les deux — souffre d'une grave hétérogénéité. L'accord est alors assez facilement trouvé mais au détriment de la valeur opérationnelle des concepts.

Si l'on s'attache à la définition restrictive de l'appréciation *in abstracto*, qui est, et surtout a été, la plus utilisée, il apparaît en effet que l'appréciation *in concreto* se trouve alors frappée d'une dualité irréductible. Est appréciation *in concreto* non seulement celle qui prend en compte tous les éléments caractérisant le comportement étudié pour en sortir une norme d'application unique, si l'on peut dire, mais encore l'appréciation qui se contente de ne pas se référer à un type abstrait unique et procède à une modélisation un peu plus fine quoique encore très abstraite. Le seul fait de distinguer l'enfant de l'adulte ou le professionnel du profane devient le signe de l'appréciation *in concreto*.

La version subjective de la notion d'appréciation *in concreto* conduit à considérer comme relevant de l'appréciation *in abstracto* toute appréciation qui ne prend pas en compte l'activité proprement subjective de l'agent. La notion d'appréciation *in abstracto* acquiert alors une extraordinaire hétérogénéité puisque relèvent de cette catégorie aussi bien la prise en considération d'un type unique, que celle d'un type intégrant des qualités spécifiques de l'acteur qui doit être jugé, que celle enfin d'un type élaboré à partir du seul comportement habituel de cet acteur juridique.

32. S. 22.X.1971, *Blandin*, *A.J.*, 1971.687.
33. On aura l'occasion de revenir en détail *infra* sur la portée de cette formule; v. 6.VII.1960, *Travaux publics c/ Menan*, *A.J.*, 1961.II.514; 17.XI.1965, *Hôpital-hospice d'Autun*, Tb. 1054; S. 5.I.1966, *Hawezack*, 6, *D.*, 1966.II.317 (n. Moderne); 20.XI.1968, *Cie d'assur. « La Fortune »*, 579; 26.III.1971, *Lallemand*, Tb. 1193.
34. 9.XI.1956, *de Leusse*, *A.J.*, 1957.II.21; 25.III.1957, *de Salvagnac*, *A.J.*, 1957.II.265.
35. 9.X.1959, *Hôpital de Dax*, *A.J.*, 1959.II.295 (obs. anon.); 3.VII.1968, *Pennec*, 413; 14.II.1969, *Marcuccini*, Tb. 741; 10.V.1972, *Dufond*, 352; 11.VI.1975, *Barbet*, Tb. 877.
36. S. 17.XII.1971, *Virapin-Apou*, 779.
37. V. aussi, « dans les circonstances où elle a été commise, l'infraction... » : 2.II.1949, *Fécan*, 44; 11.XII.1968, *Bouton*, Tb. 859.

La version objectiviste de la notion d'appréciation *in concreto* tend dès lors à être la plus satisfaisante : elle est celle qui considère que l'appréciation *in concreto* se fait à partir du comportement habituel de l'agent, pris comme étalon; *a fortiori* relève d'elle la prise en compte, si elle est possible, de l'attitude subjective de celui-ci. Est dès lors considérée comme appréciation *in abstracto* aussi bien l'appréciation en référence à un modèle unique (le *bonus paterfamilias*) que l'appréciation en référence à un modèle plus fin, prenant en considération certains éléments de spécification (le professionnel, l'enfant, *etc.*), qui n'aboutit pas à la mise en œuvre d'une norme individuelle (tirée du comportement habituel de l'agent), mais catégorielle (tirée du comportement soit habituel, soit nécessaire de la catégorie à laquelle appartient l'agent).

Quoi qu'il en soit, même dans ce dernier cas demeurent deux obstacles. Le premier tient toujours à la persistance d'une trop grande hétérogénéité de la catégorie de l'appréciation *in abstracto* ainsi entendue. Le deuxième est plus grave et concerne l'hétérogénéité de la catégorie de l'appréciation *in concreto*. L'assimilation de la recherche de l'intentionnalité à l'appréciation *in concreto* n'est guère pertinente. Parlant de la faute délictuelle caractérisée par la volonté de nuire, M. Dejean de La Bâtie est, à juste titre, particulièrement net :

> « Au premier abord, écrit-il, on est facilement enclin à admettre qu'une telle faute s'apprécie *in concreto*. En effet, pour savoir si l'auteur d'un acte dommageable a agi avec la volonté de nuire, le juge doit nécessairement procéder à un examen de la psychologie individuelle, faire porter son investigation sur l'état d'âme du sujet en cause... Ce qui distingue l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* de l'illicite, ce ne saurait être, en réalité ,le caractère plus ou moins abstrait ou concret de l'attitude qu'il s'agit de qualifier. La seule distinction rationnelle tient à la détermination concrète ou abstraite de la norme à laquelle cette attitude est confrontée » 38.

Il y a ainsi, chez certains auteurs 39, une confusion entre la recherche de l'intention et le mécanisme de l'appréciation *in concreto*, qui implique seulement comparaison du comportement examiné avec le comportement cru bon par l'agent ou avec le comportement habituel de celui-ci.

2° Le caractère peu convaincant des fondements invoqués :

215. *Critique de la théorie du jugement sans norme.*

Cette critique a déjà été opérée plus haut 40. Il ne s'agit pas ici de la reprendre. Qu'il soit simplement permis de noter que s'il est possible au sociologue de trouver maints passages du fait au droit, et au psychologue de rendre compte de certains mécanismes du travail du juge en ce sens, cette constatation ne peut invalider la proposition selon laquelle la juridicité est une qualité formelle. C'est en ce sens que les développements de Kelsen sur « science causale et science normative », fondés sur la distinction de la « causalité » et de l' « imputation », et la rupture que ces deux modes de relation tendent à promouvoir entre fait et droit, sont au-delà, en deçà, ou

38. *Op. cit.*, p. 55.
39. V. ainsi Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, 1947, pp. 83 ss.; Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. 1, pp. 415 et 676.
40. V. le dernier chapitre de la première partie.

à côté de toute contestation « réaliste », historique ou sociologique 41. La norme ne peut, même si elle est inspirée des faits d'une espèce, que précéder théoriquement sa mise en œuvre, qu'être parfaitement extérieure à l'affaire à laquelle elle est appliquée, bref, qu'avoir toutes les caractéristiques de n'importe quelle norme générale.

D'un point de vue non pas formel mais matériel, il faut ajouter qu'en dépit d'une croyance commune il n'est pas vrai que les faits comportent le jugement que l'on porte sur eux. Les faits sont de grands muets pour ceux qui ne savent pas leur poser les bonnes questions : non seulement ils n'ont pas, on l'a vu, la capacité d'enfanter la norme d'un point de vue formel, mais encore ils ne comportent pas les éléments nécessaires à la constitution matérielle de celle-ci. Les faits, qui ne sont perçus au demeurant que dans la mesure où l'on dispose sinon déjà de la norme du moins d'une idée de la norme à appliquer, ne prennent leur sens que dans la mesure où ils sont, comme l'on dit aujourd'hui, « informés » par la norme.

216. *Critique du fondement tiré de l'hétérogénéité de l'administration et de l'homogénéité de l'individu.*

Ce fondement présente le double inconvénient d'exagérer les deux caractéristiques retenues. Le juge judiciaire, au demeurant, est bien éloigné d'une conception unitaire de l'individu. Comme l'a montré M. Dejean de La Bâtie dans son beau livre, la Cour de cassation ne se réfère pas seulement à un type unique d'homme moyen, mais utilise nombre de types spécifiques, le professionnel de tel art, l'enfant de tel âge, *etc.* 42.

L'irréductible originalité de chaque service public n'est, pour sa part, qu'un fondement apparent de la thèse soutenue. Les exigences semblent au contraire pouvoir être *a priori* plus uniformes à l'encontre d'une administration qui est un construit, comme tel modifiable, qu'à l'encontre de ce donné, sinon non modifiable du moins doté d'une forte rigidité, qu'est l'aptitude individuelle. Les aptitudes du bon service public sont en réalité probablement assez homogènes aux yeux du juge. Ce n'est pas le niveau de l'obligation qui varie beaucoup, d'un service à l'autre, c'est la difficulté de la tâche à accomplir. De même que le juge judiciaire absoudra le *bonus paterfamilias* mis dans une situation délicate de n'avoir pas eu l'attitude optimale, de même le juge administratif, pour s'en tenir au contentieux de la responsabilité, n'engage-t-il la responsabilité de certains services pour certaines activités que sur le fondement de la faute qualifiée 43, ce qui ne correspond pas à un abaissement du niveau de l'obligation mais à son maintien à un niveau donné en prenant en compte l'environnement auquel elle se trouve affronté.

Il ne s'agit pas ici de poser définitivement que le juge administratif ne tient pas compte des catégories de services, l'on verra par la suite qu'il n'en va pas ainsi, mais de montrer simplement que, s'il ne le fait pas, ce n'est pas par une sorte d'impossibilité radicale, de révolte irréductible de la matière dont il traite.

41. *Théorie pure..., op. cit.*, pp. 104 ss.; v. aussi Virally, *La pensée juridique, op. cit.*, p. XVI ss.; la critique de ce dernier auteur, très mesurée au demeurant, nous semble ainsi à la fois importante et moins efficace qu'il peut y paraître; lire sur ce point le début de la *Théorie pure*, pp. 1 et ss., sur la notion de « pureté ».
42. *Op. cit., passim.*
43. V., sur ce point, *infra*, dernier chapitre de cette étude.

217. *La portée des formules de la jurisprudence.*

Ces formules ne sont pas le signe nécessaire d'une appréciation *in concreto*. Même l'appréciation la plus abstraite imaginable par référence à un type unique implique la prise en compte des circonstances de l'affaire. Ainsi, lorsque l'on veut apprécier un comportement par rapport à celui du *bonus paterfamilias*, faut-il bien se demander ce que ce type abstrait aurait fait à la place de l'auteur du comportement étudié, dans des circonstances comparables.

La fonction de ces formules, qui sont en fait des clauses de style, n'est pas de révéler le mode d'appréciation employé, quel qu'il soit, mais, ainsi que l'a écrit M. Yves Gaudemet, de « limiter la portée de la décision » [44].

Seule la référence aux « moyens » du service pose des problèmes particuliers et délicats, dont il sera question par la suite [45].

3° La limitation contestable du champ d'investigation :

218. *La question du mode d'appréciation adopté ne se pose pas à propos de la seule notion de faute.*

La doctrine, dans l'ensemble, consacre tous ses développements à l'appréciation de la faute. La raison de cette concentration des efforts est double : il est vrai tout d'abord que c'est à propos de la faute que la question de l'appréciation se pose avec le plus d'évidence et que les choix doivent être les plus explicites; la question de l'appréciation s'est d'autre part ancrée à l'origine dans le débat sur le point de savoir s'il fallait faire prévaloir une conception subjective ou objective de la faute. M. Dejean de La Bâtie lui-même demeure curieusement prisonnier d'une conception assez restrictive du rôle des modes d'appréciation lorsqu'il précise que celui-ci s'affirme exclusivement « dans tous les domaines où il fallait (que le juge précise) au regard de ces cas particuliers, l'extension d'une notion juridique souple comportant un élément humain », [46, 47].

La problématique du standard invite à refuser une telle limitation du champ de l'investigation. La question de l'appréciation étant celle du modèle de référence choisi, de l'étalon retenu, plus ou moins abstrait, plus ou moins transcendant par rapport à l'objet ou au sujet étalonné, présente le même intérêt *a priori* dans n'importe quel contentieux.

§ 2. — La nécessité d'une plus grande précision des définitions

1° La thèse de M. Dejean de La Batie :

219. *Le passage d'un système à deux à un système à trois termes.*

M. Dejean de La Bâtie a essayé de dépasser le système classique, n'incluant que deux termes, qui interdisait à la doctrine de parvenir à une homogénéité suffisante de chacun et de rendre ainsi l'analyse opératoire. Il pose qu'

44. *Op. cit.*, p. 106.
45. V. *infra*, dans quelques numéros.
46. *Op. cit.*, p. 5.
47. V. cependant l'effort d'extension de M. Truchet, *op. cit.*, pp. 243 ss.

> « en présence d'une notion juridique impliquant référence à l'humain l'appréciation peut osciller, assurément, entre deux pôles extrêmes qui sont la référence à un type purement abstrait et celle qui serait faite à la personne même du sujet en cause. Mais elle peut aussi faire choix d'un type intermédiaire, moyennement abstrait, si l'on peut dire, retenant par exemple certaines particularités du sujet à l'exclusion des autres. » [48]

Des restrictions doivent être faites quant aux directives d'application dont M. Dejean de La Bâtie assortit son schéma. Très proche en ce sens du mouvement des standards, il distingue des notions « intrinsèquement normatives » et des notions « qui tout en pouvant recéler une norme, portent en elles-mêmes un contenu humain incontestable, un certain poids de réalité sensible » [49]. Tout d'abord, on l'a vu, le terme dogmatique est ici préférable au terme normatif. Mais le choix de M. Dejean de La Bâtie est intéressant parce que significatif : bien que cet auteur soit éloigné de la plupart des positions que nous avons critiquées, il aboutit cependant à considérer que les notions qui « portent en elles-mêmes un contenu humain », expression au demeurant assez floue, devraient faire naturellement l'objet d'une appréciation *in concreto* tandis que les notions « intrinsèquement normatives » se prêteraient plutôt à l'appréciation *in abstracto* [50]. En fait, aucune distinction de traitement ne peut être faite dans cette perspective. Il est possible, à propos des notions « portant en elles-mêmes un contenu humain », d'adopter n'importe quel type de mode d'appréciation.

220. *L'indifférence de la qualification du mode d'appréciation intermédiaire.*

M. Dejean de La Bâtie estime par ailleurs que le choix d'un vocabulaire ou d'un autre est indifférent, dans la définition des divers modes d'appréciation. Et, de fait, à moins d'introduire comme M. Richer, dont la pensée est très proche de celle de M. Dejean de La Bâtie, le terme nouveau d'appréciation *a priori* pour qualifier le niveau d'appréciation le plus abstrait [51], il apparaît bien que les termes abstrait et *in abstracto*, d'une part, concret et *in concreto*, d'autre part, utilisés traditionnellement de façon indifférenciée, sont équivalents. Dès lors, distinguer, pour les besoins de l'approfondissement de la spécificité de chaque mode d'appréciation, l'*in abstracto* et l'abstrait et l'*in concreto* et le concret est un fait de pure convention.

Mais est-ce à dire que l'on puisse suivre M. Dejean de La Bâtie lorsqu'il estime que, pour qualifier le mode d'appréciation intermédiaire, le choix de l'expression *in concreto* ou *in abstracto* ne comporte pas « d'autre réponse que celle que chacun veut bien lui donner » ? [52].

Un premier motif, selon nous, s'opposerait au maintien d'une telle incertitude : la tendance de la doctrine à surévaluer, pour des raisons dont nous avons déjà dit qu'elles étaient proprement idéologiques, tout ce qui a trait au fait, à sa saisine la plus immédiate possible, doit faire choisir le vocable *in abstracto*, qui éloigne des réflexes les plus spontanés et conduit donc à l'approfondissement de la réflexion. Mais ce n'est pas la seule raison : la logique immanente à la question renforce le choix stratégique des termes. Car les mots n'ont pas ici l'autonomie qu'on leur prête souvent par rapport aux choses qu'ils désignent. La relation signifiant/signifié ne doit pas en l'espèce être conçue

48. *Op. cit.*, p. 7.
49. *Ibid.*, pp. 7 et 8.
50. *Op. cit.*, pp. 8 ss.
51 *Op. cit.*, version imprimée, p. 64.
52. *Op. cit.*, p. 7.

comme absolument arbitraire et contingente. Et l'on ne s'accordera pas avec M. Dejean de La Bâtie lorsqu'il estime que « l'on se trouve en présence de modes d'appréciation *a priori* très variés » que, « d'un point de vue technique, on n'a... que l'embarras du choix », ajoutant toutefois que certains « procédés sont véritablement adéquats aux fins que se propose le droit » [53].

2° Les modes d'appréciation possibles :

221. *Essai d'analyse logique des appréciations possibles.*

Un effort de simplification permet en réalité de placer logiquement chaque mode d'appréciation par rapport aux autres et ce faisant de dépouiller de son arbitraire le choix d'une expression ou d'une autre pour désigner tel ou tel mode d'appréciation. Ce qui contribue à donner le sentiment de l'arbitraire lorsque l'on considère le clivage abstrait/concret dans les efforts les plus récents et les plus rigoureux de précision de ces questions, c'est qu'il semble ne pas y avoir de solution de continuité entre l'*in abstracto* et l'*in concreto* : on passe insensiblement d'un domaine à l'autre au gré du nombre de « particularités » de l'objet mesuré retenu pour constituer l'instrument de mesure [54].

Or ce qui nous semble être la *summa divisio* de la matière, la distinction de l'appréciation intrinsèque et de l'appréciation extrinsèque, implique une rupture absolue entre l'appréciation *in concreto* et l'appréciation *in abstracto*.

On entendra par appréciation intrinsèque l'appréciation qui consiste à rapporter l'objet étudié à un étalon constitué à partir de cet objet tenu pour unique. Et par appréciation extrinsèque, celle qui rapporte l'objet étudié à un étalon constitué à partir ou à propos de la catégorie d'objets dont il est réputé relever.

Au sein de l'appréciation intrinsèque, on peut, toujours de façon déductive, concevoir deux sous-modes d'appréciation :

— la (non-)appréciation concrète. Elle ne devrait, en principe, pas présenter d'intérêt juridique, mais elle doit être envisagée comme le terme théoriquement imaginable d'une démarche de concrétisation poussée à l'extrême (on aura d'ailleurs l'occasion de voir qu'elle est, exceptionnellement, utilisée). Sa caractéristique essentielle est, sacralisation du fait, d'être exhaustive par rapport au réel, d'accepter, comme absolution juridique, la chaîne infinie des causes, de ne pas permettre le jugement mais l'explication propre à ce que Kelsen appelait les « sciences causales ». Il est possible d'en donner un exemple élémentaire : soit un accident de la route causé par un conducteur ivre; on peut, ce qui était le cas avant que l'alcoolisme au volant ne soit visé par les textes, arrêter l'intérêt que l'on porte à la chaîne des causes à l'état d'ivresse (l'accident a eu lieu à cause de cet état; le conducteur normal ne conduit pas sous l'empire d'un tel état et l'auteur de l'accident était donc en faute); la (non-)appréciation concrète reviendrait à remonter à l'infini la chaîne des causes; par exemple : l'accident est survenu du fait de l'ivresse de tel conducteur; si ce dernier était ivre, c'est parce qu'il a pu se procurer de l'alcool dans telles conditions et pour tel type de raisons tenant à la structure générale de notre système économique par exemple; s'il a eu envie de consommer de l'alcool, c'est pour oublier telle difficulté qui le frappait à ce moment de sa vie et parce que, élevé dans telles conditions, l'alcool était chez lui l'instrument privilégié d'un tel oubli; si cette difficulté était survenue, c'est pour telle raison particulière, *etc.* La (non-)appréciation concrète est, on le voit, le modèle de l'appréciation que suggère l'avocat d'assises à ses auditeurs, et c'est d'ailleurs dans le cadre de l'application de la loi pénale qu'elle trouve son application la plus fréquente : le mouvement de l'individualisation du droit (d'où est sorti celui des standards) s'est au demeurant, avec Saleilles, d'abord épanoui dans ce domaine;

— l'appréciation *in concreto*. Elle constitue, en revanche, un véritable mode d'appréciation. Elle détermine simplement l'étalon applicable à partir de l'objet auquel il doit être appliqué. Elle se subdivise en deux sous-modes à son tour :

- l'appréciation *in concreto* subjective : elle est celle qui forge l'étalon applicable à partir de ce qui est jugé normal par le sujet lui-même. Ainsi, si l'on considérait que n'est pas fautif l'agissement que son auteur ne considère pas comme tel. Les vices du consentement jouent parfois de cette manière : il y a vice non pas parce qu'il est normal qu'il y ait eu vice, mais parce qu'effectivement il y a eu vice et bonne foi [55]. Dès lors, par contre, que la question de savoir si le vice a été déterminant se fonde sur un schéma présomptif, bref sur le *plerumque fit*, l'appréciation devient parfaitement extrinsèque [56];
- l'appréciation *in concreto* objective : elle est celle qui forge l'étalon applicable à partir de la pratique habituelle du sujet jugé. Le meilleur exemple d'appréciation *in concreto* objective est celui auquel convie l'article 1927 du Code civil :

> « Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. »

L'appréciation extrinsèque comporte deux niveaux possibles :

— l'appréciation *in abstracto*, qui est la plus complexe de toutes les appréciations, ce qui explique les difficultés de sa maîtrise. En effet, si toute appréciation *in abstracto* est mise en œuvre d'un étalon élaboré à partir de ce qu'est ou de ce que doit être le comportement de la catégorie dont relève l'objet ou le sujet étudié, le mode de constitution de cette catégorie peut être très variable. Si la doctrine n'hésite pas à parler d'appréciation *in abstracto* dès lors que la catégorie est très nombreuse (enfants) ou très simplement déterminée (professionnels), fondée sur une seule spécification, elle semble troublée par l'exiguïté ou la complexité de certaines populations de référence. L'exiguïté : ainsi si le juge, pour l'élaboration du standard de prudence, forge plusieurs étalons, l'un pour les enfants de moins de six ans, l'autre pour les enfants de six à dix ans, l'un pour les personnes âgées, *etc.*; ou si, ainsi à propos de la notion d'utilité publique, il distingue un étalon propre aux petites agglomérations, un autre pour les grandes, *etc.* La complexité : la population de référence peut être conçue non à partir d'un seul critère mais de plusieurs, non sur le fondement d'une seule appartenance, mais sur celui de l'intersection de plusieurs appartenances; on peut imaginer des modèles à deux, à cinq, à dix entrées, encore que ces derniers soient exclus de par les problèmes que soulèveraient leur mise en œuvre. Reprenons l'exemple de l'utilité publique : son modèle peut être non seulement facteur de la population prise globalement, mais de

53. *Ibid.*, p. 7.
54. V. Richer, *op. cit.*, multig., p. 382.

55. V. Ghestin, *La notion d'erreur...*, *op. cit.*, pp. 35 ss.; et Dejean de La Bâtie, *op. cit.*, pp. 220 ss. pour l'erreur et 227 ss. pour le dol.
56. Contestable à cet égard est le point de vue de M. Le Tourneau, *La règle* nemo auditur..., *op. cit.*, p. 228.

sa variation saisonnière (agglomération balnéaire), de sa structure (âge, secteurs d'activité, *etc.*), et de bien d'autres caractéristiques. Quelles que soient ces distinctions au sein de l'appréciation *in abstracto*, doit être réputée telle toute appréciation extrinsèque qui ne se fonde pas sur un type unique;

— l'appréciation abstraite est en effet celle qui se fonde sur un modèle de référence unique. Elle ne retiendra pas ainsi la qualité d'enfant, de handicapé, de professionnel mais le *bonus paterfamilias* bien connu des juristes. Cet homme-là est bien sûr un homme situé, homme de notre époque, de nos régions. D'une certaine manière, l'appréciation abstraite est indissociable de l'appréciation *in abstracto*, puisque cette dernière a, en quelque sorte, une fonction dérogatoire par rapport à elle : le type unique du *bonus paterfamilias*, adulte sans handicap particulier et sans qualification précise pour le domaine en cause, n'existe évidemment que par opposition à l'enfant, au handicapé, au professionnel, pour ne retenir que ces trois spécifications.

222. *L'irréductible complexité de l'appréciation* in abstracto.

L'analyse logique qui précède permet, semble-t-il, d'exclure l'indétermination qui, non sans dangers virtuels, puisque cette question est profondément liée à celle de la relation droit - fait, préside à l'analyse des divers modes d'appréciation mis en œuvre par la jurisprudence. Un exemple va permettre de le vérifier. Dans un développement, passionnant du point de vue de la sociologie judiciaire, M. Dejean de La Bâtie remarque ainsi que, dans le cadre de la mise en œuvre de la notion de besoins à propos de la détermination des obligations alimentaires, le juge apprécie lesdits besoins, non seulement de façon purement abstraite, en référence à une certaine idée de l'homme, mais en tenant compte de l'âge, de l'appartenance sociale, de la qualité intellectuelle, et il en conclut que « l'appréciation *in concreto* prédomine de façon très nette » [57]. Un peu plus loin, cet auteur développe le même point de vue à propos de la notion de besoins liés au logement [58]. Or la jurisprudence judiciaire donne ici une clef intéressante. Elle oppose, selon les citations qu'en fait M. Dejean de La Bâtie, les « véritables besoins » aux « simples convenances » ou aux « habitudes ». N'est-ce pas là la manifestation claire du choix de l'appréciation *in abstracto*, même si le modèle de référence, à plusieurs spécifications, est très affiné, et du refus de l'appréciation *in concreto* subjective, fondée sur la conception propre de ses besoins (la « convenance ») qu'a l'individu, ou de l'appréciation *in concreto* objective, mesurant le besoin à l'aune du besoin satisfait à l' « habitude » ?

Quoi qu'il en soit, l'appréciation *in abstracto* demeure, pour être pleinement unitaire d'un point de vue théorique, susceptible d'applications dont la portée est très différente selon le nombre de spécifications qu'elle met en jeu. Il suffira de retenir ici que, pour des raisons qui ne sont pas obscures (il ne s'agit pas de dissoudre la règle en une poussière de règles), le juge met en principe en jeu, dans le cadre de l'appréciation *in abstracto*, des modèles à une ou à un très faible nombre de spécifications, conservant à cette appréciation un caractère d'abstraction suffisant. La figure de l'affinement extrême du type de référence, dont l'emploi sera souligné lorsqu'il y aura lieu dans la suite de ce développement, permet surtout de comprendre comment la doctrine a pu être tentée de qualifier d'*in concreto* certaines appréciations *in abstracto*.

57. *Op. cit.*, pp. 242 ss.
58. *Ibid.*, pp. 251 ss.

Il est en réalité impossible de se dissimuler qu'au-delà d'un certain niveau d'affinement l'appréciation *in abstracto* se transforme non pas en appréciation *in concreto*, mais en pure et simple (non-)appréciation concrète. On va le voir dans quelques lignes. Le passage de l'une à l'autre ne peut pas être formalisé : il faut s'en remettre à la prudence du commentateur, si peu satisfaisante soit cette solution [59].

223. *Conclusion de la section I.*

Il demeure nécessaire de vérifier si, en dépit de cadres d'analyse trop peu rigoureux, la doctrine classique sur le sujet n'a pas néanmoins eu une juste idée des choses en affirmant que le juge administratif utilise des modes d'appréciation moins abstraits que le juge judiciaire.

SECTION II

LES MODES D'APPRECIATION MIS EN ŒUVRE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

224. *Introduction.*

Sur les bases d'analyse ainsi dégagées, il va être possible de brosser à grands traits un tableau des modes d'appréciation que retient le juge administratif, à partir d'un certain nombre d'exemples — car il est impossible de couvrir tout le champ des standards — et de préciser les fondements des choix qu'il opère.

SOUS-SECTION I

Le juge administratif apprécie les standards le plus souvent in abstracto

§ 1. — La faible place des appréciations intrinsèques dans la jurisprudence

225. *L'emploi de la (non-)appréciation concrète.*

Ce type d' « appréciation », dont nous n'aurons pas de peine à démontrer l'illégitimité par la suite, ne devrait pas en principe être utilisé par le juge administratif. Il l'est pourtant à titre tout à fait exceptionnel.

On pourrait d'abord imaginer qu'il en va ainsi lorsque, dans le cadre de la responsabilité d'un service public, la jurisprudence, pour ne pas reconnaître celle-ci, prend en considération les « moyens » de ce service. L'on verra cependant, et heureusement, que cette référence doit être comprise comme la mise en œuvre, sans doute un peu ambiguë, de l'appréciation *in abstracto* [60].

59. V. *infra*, n° 225.
60. V. *infra*.

Pourtant, une décision *Angillis* n'est pas sans surprendre :

> « Cons... que si le quartier de grille d'arbre auquel le sieur Angillis impute l'accident présentait à cette date une légère saillie, la dite enquête n'a fait apparaître, compte tenu notamment de la pénurie des grilles mutuellement adaptables à laquelle le service de la voirie n'avait pu remédier à cette époque, aucun défaut d'entretien normal de la voie publique. » 61.

A moins de considérer cet arrêt comme consacrant la force majeure et donc l'absence d'imputabilité — mais la formulation employée doit faire exclure cette interprétation —, il faut bien reconnaître que cette décision, au demeurant fort mal motivée (si la saillie était vraiment légère, il était inutile d'invoquer la pénurie), est un exemple de (non-)appréciation concrète.

Cette dernière technique apparaît parfois comme un moyen de juger en équité dans des domaines où l'appréciation *in abstracto* ou abstraite, qui prévaut habituellement, aboutirait à des résultats jugés insupportables. Ainsi, dans le contentieux de l'amnistie, à propos de la notion d'acte contraire à l'honneur et à la probité, la décision concernant l'infortunée Dame Baudin. Celle-ci, pharmacienne, avait servi de prête-nom à des personnes non habilitées à exercer la pharmacie. Un tel comportement est en principe exclu de l'amnistie. Mais la Haute Assemblée reprend intégralement l'argumentation concrète du C.N.O. des pharmaciens, selon laquelle

> « elle s'est trouvée placée dans une situation illégale à la suite de difficultés financières dues à une grave intervention chirurgicale et à des travaux importants qu'elle était dans l'obligation d'effectuer dans son officine; qu'en outre, à l'origine, les emprunts qu'elle avait contractés n'avaient d'autre but que de lui permettre de régler ses dépenses et que ce n'est qu'ultérieurement qu'elle a accepté, ne pouvant rembourser ces emprunts, de servir de prête-nom »,

et conclut « qu'eu égard à l'ensemble de ces constatations les faits reprochés à la dame Baudin ne constituaient pas un manquement à l'honneur et à la probité » 62.

Plus délicat est le classement de la notion de distance anormale entre domicile et lieu de travail, standard du droit fiscal dont il a déjà été question. En principe, la notion de distance normale est appréciée *in abstracto,* eu égard à l'importance de l'agglomération en cause, « compte tenu de l'étendue et de la configuration de l'agglomération » disent certains arrêts 63. Il semble que, dans cette jurisprudence, au titre de la spécification-agglomération, le juge ait bâti plusieurs modèles de distance normale, correspondant à divers types d'agglomération : 10 kilomètres et plus sont des chiffres normaux pour les très grandes villes françaises 64, 5 à 10 kilomètres pour les grandes métropoles régionales 65, *etc.*

Mais la jurisprudence, dont le but est d'éviter les abus non motivés, admet de nombreuses dérogations à ce schéma initial. Le Conseil d'Etat a ainsi estimé qu'étaient des distances normales :

— plus de 20 kilomètres pour un contribuable qui, en utilisant un prêt non encore amorti, a fait construire sa maison dans l'Eure pour suivre l'entreprise dont il était alors directeur commercial et qui depuis a fait faillite 66;

— 110 kilomètres pour un contribuable dont l'épouse exploite, au lieu de son domicile, un fonds de commerce 67;

— une distance importante motivée par l'obligation de vivre à la campagne pour des raisons de santé 68;

— 19 kilomètres pour un contribuable nanti d'une nombreuse progéniture 69, *etc.*

Dans ce cas-là, il est possible de reconnaître une appréciation *in abstracto,* envisageant une spécification-santé, une spécification-besoins du foyer, *etc.* Mais de telles spécifications sont parfaitement extérieures à l'appréhension de ce qui constitue, dans une agglomération donnée, la distance moyenne lieu de travail - domicile : elles ont un rôle dérogatoire et visent à entériner des choix personnels. On passe de l'appréciation *in abstracto* à la (non-)appréciation concrète. A ceci près que tout choix personnel ne sera pas consacré par le juge qui ne retient que ceux qui lui apparaissent légitimes. Pour cette raison, la notion de distance normale est appréciée d'une façon qu'il est difficile de classer.

226. *L'emploi de l'appréciation* in concreto *subjective.*

Le jugement de l'auteur de l'acte sur la nature de son acte n'est pas pris en compte par le juge administratif. Ce dernier écarte parfois expressément le recours à ce mode d'appréciation. Ainsi, dans le cadre du contentieux de l'amnistie, à propos d'une candidate à un emploi public qui avait prétendu faussement être titulaire d'un diplôme, la Haute Assemblée estime-t-elle qu'elle a manqué à la probité,

> « en admettant même qu'elle ait pu estimer qu'elle réunissait les conditions requises pour obtenir ledit diplôme » 70.

De la même manière, ainsi qu'on le verra, dans le contentieux des promesses non tenues, renseignements erronés et attitudes équivoques de l'administration, la bonne foi subjective de l'administré n'est jamais retenue : seule est prise en compte par le juge sa bonne foi objective dans le cadre d'une mise en œuvre particulière de la théorie de l'apparence qui, ne s'attachant qu'à la croyance légitime et éclairée, à l'exclusion de la crédulité, implique, assez sévèrement le plus souvent, une appréciation dotée d'un haut degré d'abstraction 71.

227. *L'emploi de l'appréciation* in concreto *objective.*

Il est très rare au moins explicitement. Il peut cependant arriver que le juge considère comme normal le délai mis par une administration à réaliser une opération pour la raison que ce délai est le délai « habituellement » requis par elle dans ce cadre 72. Et il y a tout lieu de supposer qu'implicitement l'appréciation *in concreto* objective, qui sanctionne un comportement au nom du comportement habituel de son auteur, joue un certain rôle dans la jurisprudence, mais dissimulée sous les dehors de l'appréciation extrinsèque qui sanctionne

61. 23.VII.1952, *Angillis,* 391, *R.D.P.,* 1953, p. 739.
62. 14.XII.1956, *Baudin,* 478; v. aussi S. 28.XI.1969, *Dupraz,* 543.
63. 20.III.1970, 74.655, *X...,* 212.
64. Paris (8.V.1970, 76.859, *X...,* 317); Lyon (20.III.1970, précit.).
65. Grenoble (20.III.1970, 75.730, *X...,* 213); Poitiers, 13 km sont une distance anormale (Poitiers, 10.V.1972, *X...,* 877).
66. 16.I.1974, 87.784, *X...,* Tb. 963; v. aussi 16.I.1974, 90.158, *X...,* Tb. 131.
67. 29.V.1974, 90.875, *X...,* Tb. 963.
68. 30.I.1974, 88.371, *Finances c/ X...,* Tb. 963.
69. 20.X.1974, 92.936, *X...,* Tb. 963.
70. 10.V.1957, *Tampucci,* 300.
71. V. *infra.*
72. V. A. 22.VI.1963, *Shell-Berre,* 387; m. jour, *B.P.,* 388; et Strasbourg, 4.XI.1975, *Soc. Stenger,* 769.

le fonctionnement réel du service au nom de son fonctionnement sinon idéal, du moins jugé satisfaisant.

L'emploi de l'appréciation *in concreto* objective apparaît par ailleurs inévitable dans certaines hypothèses de mise en œuvre de la force majeure en ce qui concerne l'imprévisibilité. Le caractère inhabituel d'une crue ne peut bien évidemment s'apprécier qu'eu égard au régime habituel d'un cours d'eau. Il en va de même pour le jugement porté sur la violence d'un vent [72 *bis*].

§ 2. — La place importante de l'appréciation abstraite dans la jurisprudence

228. *L'intrication des appréciations extrinsèques.*

Marquer une césure entre le domaine de l'appréciation abstraite et celui de l'appréciation *in abstracto* n'est pas chose facile, car les deux modes d'appréciation entrent souvent, dans une matière donnée, en concurrence. Au fil des développements, il faudra marquer ces nuances et ces inflexions. Le seul but de ces pages est de montrer le rôle essentiel que jouent les modes d'appréciation extrinsèque, et notamment les plus abstraits d'entre eux, appréciation abstraite et appréciation *in abstracto* à simple et élémentaire spécification.

229. *Note sur quelques indices d'appréciation abstraite.*

Lorsque, dans le contentieux de l'amnistie, un arrêt estime que des agissements sont

> « par nature exclus du champ d'application de l'amnistie comme constituant des manquements à l'honneur » [73],

le juge se livre à une appréciation abstraite. Il dispose en effet que ces agissements doivent être *a priori*, en dehors de la prise en compte de la personnalité ou des fonctions de leur auteur, ou de toute autre spécification, réputés tels [74].

L'appréciation abstraite est attestée par une formule similaire dans le cadre des décisions de la jurisprudence de la clause exorbitante où, dans la perspective de la définition de cette dernière comme clause non pas inhabituelle mais insusceptible de figurer dans un contrat de droit privé, elle est posée comme conférant « aux parties des droits » ou mettant « à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles ou commerciales » [75], ou encore comme « clause différant par (sa) nature de celles qui peuvent être inscrites

72 *bis*. V. *infra*, n° 281.

73. 15.X.1965, *Wydouw*, 523.

74. En général, la notion de manquement à l'honneur et à la probité est appréciée *in abstracto* : v. *infra*.

75. 20.X.1950, *Stein*, 505; v. aussi S. 15.II.1935, *Soc. franç. de constructions mécaniques*, 201; 30.IV.1948, *Cie des produits chimiques et raffineries de Berre*, Tb. 640; S. 29.VI.1951, *Soc. minière du Cap Corse*, 383; T.C. 28.III.1955, *E.D.F. c/ Déptnt des Basses-Pyrénées*, 615; 26.II.1958, *Cie des mines de Falémé-Gambie*, 128, *A.J.*, 1958.II.183; sur la notion de clause exorbitante, v. Himario, *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, 1933; Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », *A.J.*, 1961.I, pp. 123 ss.; m. auteur, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *Mélanges Waline*, t. 2, pp. 497 ss.; Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *Etudes Mestre*, pp. 527 ss.; Waline, n. 26.II.1965, *Soc. Vélodrome parc des Princes*, *R.D.P.* 1965, pp. 1175 ss.

dans un contrat analogue de droit civil » [76]. D'autres formulations indiquent clairement l'appréciation abstraite [77]. Le plus souvent, toutefois, l'appréciation abstraite de la clause exorbitante ne peut être découverte que par l'analyse, sans qu'aucun indice particulier ne la désigne, notamment, encore que pas exclusivement, lorsqu'est dite exorbitante la clause non pas impossible, mais seulement inusuelle dans un contrat entre particuliers [78]. L'appréciation *in abstracto*, fondée par exemple sur une distinction entre types de contrats, ne semble jouer que très exceptionnellement. Ainsi lorsque la Haute Assemblée, dérogeant à son système habituel, estime « qu'en l'espèce la réduction de 50 % sur le tarif ordinairement applicable aux particuliers, prévue en faveur de l'hôpital-hospice de Dax, ne constitue pas une disposition exorbitante du droit commun » [79, 80].

Dès lors que la qualification d'un comportement est opérée à partir de la mise en œuvre du *plerumque fit*, en d'autres termes d'un schéma présomptif, le juge a nécessairement recours à une appréciation extrinsèque, en général abstraite, plus rarement *in abstracto*. Ainsi lorsque le juge utilise l'expression « ne pouvoir... », à laquelle un développement a été consacré, dont il résultait qu'il faut la considérer comme un indice de standard [81]. Quand il est dit qu'un individu ne pouvait ignorer un énévement, il est fait référence à un type unique, ce qui est le propre de l'appréciation abstraite, sauf si est visée une aptitude particulière, par exemple à une profession, et qu'il faut de ce fait entendre : un professionnel de telle discipline ne pouvait ignorer. En réalité, sauf exception, cette tournure n'est mise en œuvre que dans le cadre de l'appréciation abstraite.

C'est notamment le cas de l'appréciation de l'imprudence de la victime d'un défaut d'entretien normal. Certains auteurs ont pensé que le fait que le juge prenne en considération la connaissance des lieux par la victime était le signe

76. T.C. 19.VI.1952, *Soc. des combustibles et carburants nationaux*, 628, *R.D.P.*, 1953-192; v. aussi T.C. 6.VII.1946, *Etat français c/ Soc. Etab. frigorifiques lyonnais*, 330.

77. Contrat ayant un « caractère de droit privé résultant de son objet même » (26.I.1951, *S.A. Minière*, *R.D.P.*, 1952.193); « une telle clause, qui repose sur des motifs de police, d'ordre et de moralité publique, est exorbitante du droit commun » (T.C. 20.IV.1959, *Soc. nouv. d'exploitation des plages*, *A.J.*, 1960.II.3; 25.XI.1959, *Soc. nouv. d'exploitation des plages*, 627); « que l'existence de clauses définissant au profit de l'administration contractante des prérogatives de puissance publique imprimait au bail le caractère d'un contrat administratif » (Nancy, 23.V.1967, *P...*, *A.J.*, 1968.250).

78. V., p. ex. 17.VII.1923, *Soc. des magasins généraux*, 581; 21.I.1944, *Léoni*, *R.D.P.*, 1945.254; 23.II.1944, *Trahand*, *R.D.P.*, 1945.256; S. 14.V.1948, *Jacquin*, 213; 12.VII.1949, *Perez*, 350; 18.I.1950, *S.A. procédés Fouque*, 35; 22.III.1950, *Territoire de Saint-Pierre-et-Miquelon*, 177, *R.D.P.*, 1952.193; 27.VII.1950, *Peulabœuf*, 668; 14.XII.1951, *Glaunès*, 597; 2.IV.1952, *Cie de l'Union*, 203; T.C. 19.VI.1952, *Soc. interprof. des viandes*, 629; 22.IV.1953, *Stanesco*, 620, T.C. 3.XI.1958, *Préfet de l'Aube c/ Decesse*, *A.J.*, 1959.II.2; 23.I.1959, *Lacombe*, *A.J.*, 1959.II.127; T.C. 14.XI.1960, *Soc. coop. agric. d'Ablis*, *A.J.*, 1961.II.89; m. jour, *Soc. Vandroy-Jaspar*, *A.J.*, 1961.II.89 (obs. Laubadère); 21.XII.1960, *Favier*, *A.J.*, 1961.II.90; T.C. 28.V.1962, *Soc. immobilière et thermale*, 818; T.C. 2.VII.1962, *Cazautets*, 823; 10.V.1963, *Soc. coop.* « *La prospérité fermière* », *R.D.P.*, 1963.597 (concl. Braibant); 8.I.1965, *Da Fonseca*, 7; A. 26.II.1965, *Soc. Vélodrome du Parc des Princes*, 133 (concl. Bertrand), *R.D.P.*, 1965.506 (n. Waline, pp. 1175 ss.); Paris, 18.I.1966, *Chalon*, 703; 29.VI.1966, *Soc. pour le traitement industriel des bois*, *A.J.*, 1966.563 (concl. Galabert); T.C. 16.I.1967, *Préfet de la Seine et Soc. Vélodrome du Parc des Princes*, 652, *A.J.*, 1967.288; 17.II.1967, *Hardy*, *A.J.*, 1967.559; 4.X.1967, *Trani*, 352; S. 17.XI.1967, *Roudier de La Brille*, 428, *A.J.*, 1968.123 (chron. Massot et Dewost); 16.IV.1969, *S.N.C.F.*, 194; T.C. 15.VI.1970, *Cmne de Comblanchien*, 889; T.C. 10.V.1971, *Soc. Laboratoires Derveaux*, Tb. 966; T.C. 17.XI.1975, *Leclert*, 800.

79. 9. X. 1959, *Hôpital-hospice de Dax*, *A. J.*, 1959. II. 295 (obs. anon.).

80. Certains dommages de travaux publics ne sont pas anormaux « par leur nature » : S. 11.V.1962, *Travaux publics c/ Duboul de Malafosse*, 321, *A.J.*, 1962.591 (concl. Combarnous); 21. XII. 1932, *Travaux publics et Guérin*, 1116.

81. V. *supra*, 1re partie, titre 1er, chap. 2.

d'une appréciation *in concreto* [82]. En fait, cette prise en considération de la connaissance, généralement présumée, des lieux ne sert aucunement à constituer le type de référence : elle le nourrit. Il s'agit de savoir comment se serait comporté le type unique de l'usager prudent dans une situation de voisinage de son domicile et de l'obstacle dont il a été la victime. Pour le juge, il ne fait aucun doute que cet usager de référence premièrement n'aurait pas ignoré l'obstacle, et deuxièmement se serait, à son abord, montré particulièrement prudent. Ce que traduisent les formules de la jurisprudence. La demoiselle Laget,

> « qui chaque jour traversait (le) pont pour se rendre à son travail et en revenir et qui connaissait l'emplacement du canal et l'absence de clôture de ses berges, ne pouvait ignorer la direction à suivre pour éviter une chute dans le canal » [83].

Le sieur Sourd,

> « lequel habitait Fréjus depuis plus d'un an, ne pouvait pas ne pas connaître la disposition des lieux » [84].

Au contraire, la dame Vve Pottier, tombée sur un dépôt de matériaux, « pouvait, le lendemain » de sa mise en place, « en ignorer l'existence » bien qu'elle demeurât dans le quartier [85].

De la même manière, à la suite d'une signalisation de limitation de vitesse, les automobilistes « pouvaient s'attendre à un certain risque » [86].

Ce type de raisonnement (et les conséquences qu'il faut en tirer du point de vue du mode d'appréciation mis en œuvre) est bien sûr utilisé en dehors de la jurisprudence de la responsabilité pour dommage de travaux publics. Ainsi, à propos de jeux tauromachiques, le juge administratif estimera-t-il que

> « le sieur Bernard, âgé de vingt et un ans au moment de l'accident, qui résidait à Nîmes, soit à 10 kilomètres de Garons, commune où l'organisation d'un tel jeu est de tradition, ne pouvait ignorer les caractéristiques de ce dernier »

et donc qu'en traversant la rue

> « immédiatement après le passage de taureaux, sans avoir pris soin de s'assurer qu'aucun d'eux ne s'écartait des autres et ne revenait en arrière »,

il a commis une imprudence [87]. Ou que les frères Amoudruz,

82. V. Moreau, *op. cit.*, pp. 215 ss.
83. 30.I.1929, *Ville de Marseille*, 127.
84. 19.V.1936, *Ville de Fréjus*, 581; v. aussi 29.XII.1944, *Cmne de Sens-de-Bretagne*, 335; 11.VI.1947, *Travaux publics c/ Gerbe*, 257; 31.X.1948, *Travaux publics c/ Trédé*, 402; 5.V.1954, *Coronel*, 252; 13.XI.1964, *Ville de Marseille c/ Dor., A.J.*, 1965.311; 12.II.1975, *Lussagnet*, Tb. 1302.
85. 29.X.1956, *Pottier*, 395; v. aussi 16.VII.1955, *Ville de Béziers, A.J.*, 1955.II.411; 2.XII.1955, *Bertrand, A.J.*, 1956.II.39; m. jour, *Barba, A.J.*, 1956.II.40; S. 3.V.1957, *Ducoin, A.J.*, 1957.II.267 (concl. Gazier); 28.VI.1957, *Guinlé, A.J.*, 1957.II.417; 16.XI.1957, *Ville de Marseille c/ Poro, A.J.*, 1957.II.458; 27.XI.1957, *Soc. d'études et d'entreprises de travaux publics*, 646; 15.VII.1957, *Lambert, A.J.*, 1957.II.417; 16.V.1958, *Erpeldinger, A.J.*, 1958.II.259; Lille, 9.I.1959, *Lecouffe, A.J.*, 1959.II.93; Lille, 15.IV.1959, *Oliviez, A.J.*, 1959.II.337; 15.VII.1959, *Janssen, A.J.*, 1959.II.272; 14.III.1962, *Cie d'assur. « Le Phénix », A.J.*, 1963.49; 17.IV.1963, *Travaux publics c/ Gauthier, A.J.*, 1963.570; 27.I.1965, *Morard*, 57; 28.IV.1965, *Travaux publics c/ Profichet, A.J.*, 1965.540; S. 26.I.1968, *Maron*, 69, *A.J.*, 1968.295; 11.VI.1969, *Phélipon*, 305; 20.X.1971, *Cmne de Saint-Martin-d'Uriage*, Tb. 1224; 28.IV.1972, *Pothier*, Tb. 1247; 5.I.1973, *Bontron*, 17; S. 4.V.1973, *Entrep. Matière*, 324, *A.J.*, 1974.43; A. 14.II.1975, *Vimart*, 113.
86. 8.XI.1961, *Aubert, A.J.*, 1962.463.
87. Montpellier, 7.II.1975, *Bernard*, 686.

> « fréquentant la plage d'Houlgate depuis plusieurs années, ne pouvaient pas ignorer le danger que, alors que la marée commençait à peine à monter, eu égard à l'état de la mer ainsi qu'à la violence des courants, il y avait à se baigner à l'heure et à l'endroit où s'est produit l'accident » [88, 89].

Il apparaît par contre que l'utilisation de la formule étudiée dans le cadre de la théorie de l'imprévision — ainsi lorsque le Conseil d'Etat estime qu'une société « n'a pas pu ne pas faire entrer dans ses prévisions la hausse des prix » [90] — ou dans celui de la théorie des sujétions imprévues — ainsi lorsque la Haute Assemblée considère que « la disposition des lieux... ne pouvait échapper à la société au moment de la conclusion du marché » [91] — s'effectue dans le contexte d'une appréciation *in abstracto* où sont visées les capacités de prévision d'un professionnel.

En revanche, la notion de désordre apparent de la responsabilité décennale postule l'appréciation abstraite. Si des vices n'ont « pu apparaître au maître de l'ouvrage » avant la réception définitive, cela ne veut pas dire qu'ils eussent été hors de portée des investigations d'un technicien [92].

Dans la plupart des cas, cependant, il est impossible de s'appuyer sur de tels indices pour orienter la réflexion.

230. *L'appréciation abstraite de la faute de l'administré.*

Son application la plus fréquemment relevée par la doctrine a pour effet le refus du juge d'opérer une distinction, lorsqu'il apprécie l'imprudence de la victime d'engins dangereux, généralement militaires, entre l'adulte et l'enfant. On aurait pu imaginer que la Haute Assemblée considère divers niveaux de prudence exigible selon l'âge des victimes. Mais elle ne s'est pas ralliée à cette solution. Comme l'a écrit le professeur Bénoit, au sein d'une doctrine unanime dans sa critique, la jurisprudence se fonde en l'espèce sur « des impératifs abstraits et irréels et non (sur) un examen des faits » [93]. En réalité, il y a à cette attitude des raisons bien élucidées par la doctrine, qu'elles ne convainquent d'ailleurs pas, et sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir, notamment la volonté du Conseil d'Etat de ne pas faire supporter à l'administration les effets du manquement des parents à leur devoir de surveillance [94].

Quoi qu'il en soit, c'est par une appréciation parfaitement abstraite de la prudence que le juge administratif décèle l'imprudence, ce « manque de prévoyance ou de précaution », selon la formule des dictionnaires, qui suppose une

88. S. 23.V.1958, *Amoudruz*, 301.
89. Autres exemples d'appréciation abstraite signalée par l'expression « ne pouvait ignorer » : 5.VI.1918, *Cousteix*, 540; 26.I.1923, *Nautret*, 95; 26.I.1938, *Cmne de Beuzec*, 94; 28.VI.1950, *Bonhomme, R.D.P.*, 1951.530; 9.II.1951, *Groupnt des mareyeurs de Fécamp, R.D.P.*, 1951.1159; 4.V.1962, *Travaux publics c/ Soc. transports Fruchaud*, Tb. 1103; A. 29.VI.1962, *Soc. Manurhin*, 432; 19.V.1965, *Lenfant*, 290; 22.I.1969, *Perez*, 38; 21.IV.1971, *Besnard-Bernadac, A.J.*, 1971.429; 28.V.1971, *Cmne de Châtelaudren*, 400; 13.XII.1972, *E.D.F., C.J.E.G.*, 1973, jurisp., 89; 14.XI.1973, *E.D.F. c/ Leynaert*, 646.
90. 24.VI.1936, *Soc. d'entrep. de Gobertange*, 697; v. aussi Cons. préf. Lille, 19.I.1950, *Soc. des eaux de Berck, A.J.T.*, 1950.209; S. 23.I.1959, *Cmne d'Huez*, 67; Lille, 28.I.1975, *Soc. europ. de patinoires*, 683.
91. 28.III.1962, *Soc. d'études et de répartition des travaux d'Indre-et-Loire*, Tb. 1020; v. aussi 19.V.1943, *Caisse des dépôts et consignations c/ Dumez*, 126.
92. 17.I.1973, *S.A. « Entrep. Saudemont »*, 43.
93. A. 5.XII.1952, *Renon et Fichant, J.C.P.*, 1953.II.7493; v. aussi Becet, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers*, 1969, pp. 36 ss.; Moreau, *op. cit.*, pp. 209 ss.; Richer, *op. cit.*, multig., t. 1, pp. 34 ss.
94. V. *infra*, titre 2, chap. 2.

claire conscience des risques, chez l'enfant de onze ans qui ramasse dans un champ une fusée paragrêle non éclatée [95], ou joue avec une grenade [96], ou chez le groupe d'enfants « âgés de dix à quatorze ans » qui s'introduisent dans un fort et y manipulent des engins explosifs [97, 98].

Parfois, la Haute Assemblée ne précise pas l'âge de la victime et se contente de viser le « jeune » Untel [99]. Ce laconisme (qui n'est pas sans inquiéter, car lorsque l'âge est explicitement visé, les enfants ont généralement plus de dix ans, et l'on peut supposer que la discrétion du Conseil d'Etat dissimule des âges plus tendres) atteste la volonté du juge administratif de procéder à une appréciation abstraite de la prudence de la victime en ces domaines.

Ne doit pas être distinguée, à cet égard, de la précédente, la jurisprudence concernant l'imprudence des jeunes enfants sur la voie publique et dans leur utilisation des divers ouvrages publics. Imprudents furent « la jeune Gennesson, âgée de six ans », qui s'était « imprudemment lancée sur la chaussée » [100], le « jeune Laurent », qui « s'amusait à se suspendre au rebord de la vasque » d'un bénitier [101], le jeune Edme, « âgé de huit ans », qui s'est livré, sur des barres destinées à recevoir des lits de repos dans un préventorium, à des exercices d'équilibre interdits par la direction [102], la « jeune » Dossetto, qui avait laissé, dans une église, la main entre un pilier et le vantail d'une grille et dont les doigts furent sectionnés par la rotation de celle-ci [103, 104].

Les prescriptions dont la violation est ainsi sanctionnée sont baptisées par M. Moreau, dans une formule où l'humour se mêle à la pitié, « le décalogue que la juridiction administrative édicte à l'usage des enfants » [105].

L'imprudence est cependant parfois niée par la jurisprudence parce qu'enfantine : il y a alors, assez rarement, appréciation *in abstracto*. Ainsi la blessure causée à une petite fille de 7 ans par la présence de branches basses de sureau non élaguées dans une école publique ne sera pas considérée comme le fait du « comportement de la victime, contre laquelle aucune faute ne peut être retenue » [106]. De même, à propos de l'accident survenu à un enfant du fait d'un choc violent avec une porte vitrée dans son école, accident révélant un aménagement défectueux, le Conseil d'Etat a-t-il estimé que « le comportement de la victime, eu égard à son jeune âge » n'a pas été constitutif d'une imprudence [107, 108]. Mais, dans l'ensemble, en dépit de l'appel de certains de ses

95. 1.VII.1936, *Lacour*, 717.
96. 9.XII.1949, *Godfroy*, 811.
97. 7.I.1953, *Pierne*, 4.
98. V. aussi affaires similaires : S. 21.I.1948, *Tison*, 29 (14 ans); 10.VII.1949, *Le Pajolec, R.D.P.*, 1950.455 (14 ans); 5.XII.1952, *Renon et Fichant, J.C.P.*, 1953.II.7493, obs. Bénoit (10 et 15 ans); 20.XI.1953, *Melani, R.D.P.*, 1954.811 6 et 11 ans); 6.VI.1956, *Peroti, A.J.*, 1956.II.371 (14 ans); 22.I.1969, *Perez*, 38 (14 ans), etc.
99. 8.XII.1937, *Plantier*, 1008; 22.I.1904, *Mignon*, 43; 12.I.1923, *Bascan*, 38; 26.I.1923, *Nautret*, 95; 23.II.1923; *David*, 189; 29.IV.1931, *Travaux publics c/ Bocquet*, 454; S. 21.XII. 1934, *Renaude*, 1223; 10.VIII.1945, *Ville de Nîmes c/ Grenier*, 178; 20.I.1954, *Guevel, R.D.P.*, 1954.812; 24.XI.1965, *Gauthe*, 641; 20.V.1966, *Office municipal d'H.L.M. de Castres*, 348; 1.II.1974, *Cmne de Sainte-Anastasie*, 79.
100. 20.XI.1942, *Haus*, 329; v. aussi 3.XII.1948, *Bucciero*, 457; 26.V.1976, *Salabaras*, 276.
101. 7.IX.1945, *Laurent*, 190; v. aussi 28.III.1947, *Rousselle*, 143.
102. 17.XI.1961, *Edme*, 644.
103. 20.IV.1966, *Ville de Marseille*, 266.
104. V. aussi 5.IV.1974, *Allieu*, 216; 9.VII.1975, *Ville de Cognac*, 413; 25.II.1976, *Morvan*, 116.
105. *Op. cit.*, p. 209.
106. 22.XII.1954, *Education nationale et Cmne de Bussy-Lettrée*, 684; v. aussi 7.I.1970, *Cmne de Cassis*, 10, *A.J.*, 1970.255 (il n'y a pas eu un « comportement anormal, eu égard à son âge, de la victime »); par contre, solution inverse *in* 22.V.1968, *Marin, A.J.*, 1968.600.
107. S. 28.II.1964, *Armées c/ Kankowky, A.J.*, 1964.580.
108. V. aussi 26.VI.1963, *Seguinot*, 400.

commissaires du gouvernement, qui plaident pour « la maladresse souvent inhérente à un âge avancé » et pour « l'imprudence, voire l'inconscience, qui, sans être son privilège exclusif, sont propres à la jeunesse » [109], le juge administratif se refuse à une évolution systématique vers l'appréciation *in abstracto* en ces domaines.

De la même manière, il reste fidèle à une conception abstraite, unitaire, de la prudence de l'administré adulte. Le type unique de l'usager de la voie publique doit ainsi « s'attendre normalement à rencontrer sur les voies publiques » certains obstacles peu importants, tels que des pavés mal égalisés [110]. Il doit « se prémunir en prenant toutes précautions utiles » contre « les risques ordinaires de la circulation » [111] et faire face à « l'obstacle ne dépassant pas par sa nature et son importance ceux que les conducteurs de véhicules automobiles doivent s'attendre à recontrer suur une voie publique » [112]. Le type unique ne se déplace pas en courant dans l'obscurité [113], il ouvre les yeux en plein jour, à pied comme en voiture [114], et *a fortiori* la nuit [115], il ne circule pas à pied sous l'empire de l'alcoolisme [116], il ne pénètre pas sur un chantier où il n'a rien à faire [117], il redouble de prudence dans ses évolutions dans un bâtiment antique [118], il s'assure avant de plonger dans une étendue d'eau, quelle qu'elle soit, qu'il le peut sans risque [119], il vérifie, avant de pénétrer dans un ascenseur, que la cabine est à l'étage [120]. A vélomoteur, il évite les flaques d'eau qui peuvent dissimuler des excavations [121], et porte un casque, même si ce n'est pas encore obligatoire [122]. En voiture, il ne roule pas à une vitesse excessive [123], surtout si la route est glissante ou présente quelque autre difficulté [124], il n'installe pas deux passagers à la place d'un seul à l'avant de

109. Concl. Bertrand S. 23.VI.1967, *Soc. Dieppedalle-Leprévost, A.J.*, 1976.616.
110. 11.VII.1944, *Bachelerie*, 199; 13.IV.1945, *Taillefer*, 75.
111. 4.V.1948, *Travaux publics c/ Dernelle*, 198; 24.X.1952, *Michot, R.D.P.*, 1953.739; 25.II.1953, *Fagard, R.D.P.*, 1953.1087; 15.VII.1957, *Soc. des routes économiques, A.J.*, 1957.II.375; 16.V.1958, *Vincenti, A.J.*, 1958.II.292; 20.X.1961, *Travaux publics c/ Schaechtelin, A.J.*, 1962.194; 19.X.1963, *Bouchet, A.J.*, 1964.119; 31.III.1965, *Travaux publics c/ Guilbert*, Tb. 1080; 30.X.1970, *Ville de Troyes, A.J.*, 1971.181.
112. 12.X.1955, *Travaux publics, A.J.*, 1955.II.412 (obs. Coulet); 20.XI.1974, *Servant, A.J.*, 1975.145; v. aussi 29.XI.1961, *Déptnt Bouches-du-Rhône, A.J.*, 1962. 384; 24.I.1962, *Loir*, Tb. 1140; 24.IV.1963, *Cmne de Bois-Colombes, A.J.*, 1963.II.571; S. 27.I.1967, *Zemmour*, 48.
113. 22.VI.1955, *Buttard, A.J.*, 1956.II.40.
114. 2.V.1959, *Ville de Bourges, A.J.*, 1959.II.166; 7.X.1966, *Ville de Bordeaux*, 526; 24.I.1964. *Tallec, A.J.*, 1964.188; 2.X.1970, *Blasco, A.J.*, 1971.313; 17.XI. 1971, *Travail*, Tb. 1224; A. 9.VI.1972, *S.E.L.F., A.J.*, 1972.421 (concl. Kahn); 5.X.1973, *Mogin*, 552; 1.II.1974, *Portelli*, Tb. 1201; 19.IV.1974, *S.A. Sondages « Entrep. Bachy »*, 241, *A.J.*, 1974.451.
115. 22.I.1960, *Caisse régionale de S.S. de Nantes, A.J.*, 1960.II.69; 19.V.1965, *Déptnt de l'Allier*, Tb. 1083, *A.J.*, 1965.539; 29.III.1968. *Cmne du Coteau, A.J.*, 1968.488; 23.X.1974, *Cie « Général Accident »*, 510.
116. 27.I.1965, *Pasquelin*, 54.
117. 7.X.1966, *Demma*, 1127; 2.VII.1969, *Duverney-Pret*, 354.
118. 23.II.1968, *Ville de Nîmes*, 139.
119. 29.V.1968, *Prod'homme*, Tb. 1131; 9.II.1972, *Edel*, Tb. 998.
120. 23.III.1966, *Soc. Otis-Pifre*, 231; 15.III.1968, *C.H.R. de Toulouse c/ Pla*, Tb. 1130, 9.VII.1975, *Finances c/ Ascinter-Otis*, 414.
121. 2.XII.1970, *Soc. des eaux de Marseille, A.J.*, 1971.245 (n. Moderne).
122. 14.X.1964, *Gradolato, A.J.*, 1965.179; 24.II.1975, *Lineau*, Tb. 1303.
123. 21.XI.1958, *Ville de Briare*, 578; 13.V.1959, *E.D.F. c/ Garnier, A.J.*, 1959.II.163; Lyon, 26.II.1960, *Malosse, A.J.*, 1960.II.71; 30.X.1963, *Carlier, A.J.*, 1964.119 (obs. Laporte); S. 4.XI.1966, *Déptnt de la Vendée, A.J.*, 1967.560.
124. 15.VII.1958, *Meunier, A.J.*, 1958.II.413; Lille, 31.X.1958, *Etab. Dufaye, A.J.*, 1959.II.92; Lille, 9.I.1959, *Lecouffe, A.J.*, 1959.II.93; Lyon, 23.XII.1959, *Soc. chimique de Gerland, A.J.*, 1960.II.75; 20.X.1961, *Travaux publics c/ Schaechtelin, A.J.*, 1962.194; Clermont-Ferrand, 12.X.1962. *Lucas, A.J.*, 1963.437 (concl. Paulin); 25.VI.1965, *Peyre, A.J.*, 1966.58; 18.V.1966, *Sourbe*, Tb. 1127; 12.VI.1968, *Ville de Louviers, A.J.*, 1968.600; 21.X.1970, *Soc. Nessi-Bigeault, A.J.*, 1971.316; A. 9.VI.1972, *Allemand, A.J.*, 1973.151.

sa voiture [125], il n'amorce pas certaines manœuvres délicates la nuit, par mauvaise visibilité [126], il ne roule pas avec des pneus usés [127], il se montre particulièrement attentif aux limites de la route par temps de neige [128], il n'engage pas sans raison son véhicule lourdement chargé sur l'accotement [129], ou sur un chemin manifestement trop étroit [130], ou sous une voûte d'évidence trop basse [131].

En dehors de la prudence au sens strict, le type unique possède une suffisante habileté notamment dans la conduite de son véhicule [132]. Il y a là l'ébauche d'une appréciation *in abstracto* : le juge ne fait plus seulement appel aux qualités de tout homme normal mais à celles de cette forme de spécialiste qu'est le conducteur.

Dans un tout autre domaine, le type unique ne descend pas avec une bougie repérer l'origine d'une fuite de gaz [133], il ne continue pas à avancer dans un quartier interdit en dépit des sommations faites par une sentinelle [134], il ne se place pas, lors d'un feu d'artifice, à un endroit dangereux [135], il n'abandonne pas sa voiture sur un môle que la marée recouvre [136], il ne demeure pas dans un cours d'eau après l'ouverture des vannes en connaissant le danger [137]. De même est appréciée abstraitement par référence au modèle de la prudence commune la faute d'une entreprise ou d'un particulier qui n'ont pas pris les mesures de précaution minimums pour prévenir les risques d'incendie [138], ou qui n'ont pas fait appel rapidement aux services de lutte contre ce type de sinistre [139], ou aux services compétents après la rupture d'un conducteur électrique [140]; ou la faute de l'entrepreneur qui fait passer ses ouvriers trop près d'une ligne à haute tension et de ces derniers qui acceptent [141], celles d'un mauvais nageur, qui, par mauvaise mer, s'éloigne du rivage [142], du nageur qui enlève la grille de protection du conduit d'évacuation d'eau dans une piscine et explore ce dernier, à plus de 5 mètres de profondeur [143], d'un

125. 7.III.1969, *Equipement c/ Yvrard*, 147.
126. Lyon, 26.II.1960, *Lopez c/ Paire, A.J.*, 1960.II.190.
127. 22.VI.1960, *Evenou, A.J.*, 1961.II.39; Bordeaux, 17.VI.1961, *Preziosi, A.J.* 1961.II.654 (concl. Luce); 29.XI.1967, *Vocanson*, Tb. 950; 6.X.1972, *Roux*, Tb. 1247.
128. 11.X.1963, *Ravier, A.J.*, 1964.119.
129. 30.X.1958, *Mercier, A.J.*, 1959.II.5.
130. 11.VI.1971, *S.A. Rhin et Rhône*, Tb. 1201.
131. 26.I.1973, *Beinat*, 79.
132. 24.IV.1963, *Soc. d'assur.* « *Les travailleurs français* » *c/ Raguideau, A.J.*, 1963.571; 13.I.1965, *Cie d'assur. Atlanta*, 18; 15.XII.1965, *Marchandier*, Tb. 1080; S. 13.X.1972, *Caisse régionale de réassurances mutuelles agricoles*, 635, *A.J.*, 1973.153; 7.V.1975, *Caisse primaire d'assurance maladie Charente-Maritime*, 294; A. 9.I.1976, *Aménagement du territoire c/ Berkowitz*, 21 (concl. Théry).
133. 9.X.1970, *Entrep. Bourdin, A.J.*, 1971.317; v. aussi 21.XI.1952, *Cie d'assur. l'Union, R.D.P.*, 1953.737; 24.XI.1965, *G.D.F.*, Tb. 1082; 18.XI.1970, *Picard, A.J.*, 1971.180; *Toulouse*, 8.VII.1975, *Lagrange*, 742.
134. 23.I.1935, *Diébold*, 94.
135. 6.II.1953, *Testé, R.D.P.*, 1953.1089.
136. 12.X.1956, *Ville de Dinard, A.J.*, 1956.452; ni à l'aplomb d'un toit chargé de neige alors que les risques de chute sont apparents : 23.II.1973, *Cmne de Chamonix*, 170, *A.J.*, 1973.159 (chron. Cabanes et Léger).
137. 27.II.1957, *Bollinger, A.J.*, 1957.173; v. aussi 15.III.1957, *Cie gén. des eaux, A.J.*, 1957.II.174.
138. 15.VI.1956, *Ville de Louviers, A.J.*, 1956.373; 30.XI.1960, *Union gén. du Nord, A.J.*, 1961.II.366; 21.II.1964, *Cie d'assur.* « *La Fraternelle* », *A.J.*, 1964.578; 21.I.1966, *Cie d'assur.* « *La paix* », *A.J.*, 1966.519.
139. 2.XII.1960, *Strohmaier, A.J.*, 1961.II.367; 29.XI.1963, *Brun, A.J.*, 1964.114; 19.III. 1965, *Fouet*, 183.
140. 27.XI.1957, *Régies syndicales d'électricité de la Gironde, A.J.*, 1958.II.294.
141. S. 15.VII.1959, *E.D.F. c/ Cornut, A.J.*, 1959.270.
142. 4.X.1961, *Verneuil*, 533.
143. 3.III.1971, *Portal*, 182, *A.J.*, 1971.435.

responsable d'enfants qui les laisse s'écarter de la zone de bains surveillée [144], d'un blessé hospitalisé, dont les mouvements sont totalement entravés, et qui tente tout de même d'allumer une cigarette [145], de spectateurs du centenaire d'une ligne de chemin de fer qui montent sur une marquise non prévue à cet effet [146], *etc.* Bien sûr, l'adulte, dont on a dit que l'enfant lui était en la matière assimilé, ne saurait *a fortiori* pas sans imprudence ramasser des projectiles non éclatés et autres objets dangereux [147]. Il est inutile de poursuivre l'énumération : la faute de l'administré est, non pas exclusivement, on le verra, mais souvent appréciée de façon abstraite.

231. *L'appréciation abstraite de la faute personnelle.*

Il semble que, bien qu'elle n'ait pas été toujours utilisée, elle soit actuellement largement dominante. Plus, il y a sans doute là une clef susceptible de faciliter l'appréhension de la notion de faute personnelle [148].

La doctrine s'accorde aujourd'hui pour considérer qu'il y a faute personnelle soit lorsque l'agissement fautif est dépourvu de tout lien avec le service, soit lorsque, bien qu'ayant un lien avec le service, il revêt un caractère de particulière grossièreté ou d'intentionnalité. Si on laisse de côté la figure de l'intentionnalité, qui pose, on l'a déjà dit, des problèmes particuliers, il apparaît que les critères de la faute personnelle impliquent son appréciation abstraite. Cela est évident pour la faute sans lien avec le service qui ne se distingue en rien de la faute d'un particulier, en principe appréciée abstraitement. Cela est vrai aussi pour la faute particulièrement grossière. Il y a eu une ébauche de cette analyse dans la distinction opérée parfois entre obligations de droit commun et obligations de service [149] : la violation des premières aurait constitué une faute personnelle et celles des secondes une faute de service. Une ébauche simplement car, en vérité, ce critère, au demeurant délicat à mettre en œuvre, ne peut rendre compte de la jurisprudence. La faute personnelle n'est pas la faute que commet l'administrateur dans le cadre de ses obligations de simple particulier si elle est notamment cela. Elle est par contre, lorsqu'elle s'assimile à la faute grossière, la faute que le simple particulier aurait conçue comme faute en dehors de toute aptitude particulière. En d'autres termes, elle n'est jamais une faute technique requérant le savoir d'un professionnel de l'administration. En ce sens, elle se prête à l'appréciation abstraite, tout au moins dans la quasi-totalité des cas. Il y a là, semble-t-il, un critère de la faute personnelle; si toute faute d'un administrateur qui peut être appréciée abstraitement n'est pas une faute personnelle, toute faute personnelle est en principe susceptible de l'appréciation abstraite.

Ainsi, sont réputés fautes personnelles, dans le cadre d'une appréciation abstraite, le fait pour un maire de faire interpeller de façon outrageante sur la voie publique une jeune femme [150], d'autoriser l'établissement d'un tir forain

144. 9.II.1966, *Ville du Touquet*, 91, *A.J.*, 1966.440.
145. 13.VII.1963, *Centre hospitalier d'Argenteuil, A.J.*, 1964.65.
146. 9.III.1966, *Travaux publics c/ Latu, A.J.*, 1966.362.
147. 9.XI.1937, *Wasik*, 919.
148. V. les débats sur cette notion *in* Douc Rasy, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service*, 1963.
149. V. Douc Rasy, *op. cit.*, pp. 49 ss.
150. 21.II.1936, *Ducassé, R.D.P.*, 1936.300; v. aussi T.C. 8.XI.1902, *Grosson*, 645; 4.XII.1897, *Lalande*, 759; 23.VI.1954, *Litzler*, 376.

sans s'assurer du fait de savoir si les conditions de son installation assurent la sécurité de la population [151], [152], *etc.*

232. *L'appréciation abstraite de la faute de ou du service.*

Il ne faut pas tirer de ceci la conclusion que, dans le cadre de la faute *du* service, anonyme, ou *de* service, non anonyme, mais qui ne se cumule pas nécessairement avec la faute personnelle, toute faute qualifiée sera appréciée abstraitement. Il peut y avoir des fautes lourdes révélant non pas un comportement inadéquat par rapport à celui du *bonus paterfamilias* sans compétence particulière, mais un comportement inadéquat par rapport à celui que l'on peut attendre de l'administrateur ou de l'administration dotés de certaines compétences techniques. Alors l'appréciation s'opère *in abstracto*. Il est possible de supposer néanmoins que, dans la plupart des cas, l'appréciation de la faute qualifiée, notamment de l'ancienne faute manifeste, est abstraite. Point n'est ainsi besoin de se référer à un modèle particulièrement élaboré d'administrateur compétent ou d'administration spécialiste pour considérer comme fautes lourdes la méconnaissance systématique des prescriptions des textes [153], la carence absolue d'un maire dans le domaine de la police de la salubrité [154], l'imprudence dramatique de la personne chargée de la surveillance d'une plage, qui a orienté un groupe d'écoliers dans une zone dangereuse [155].

En réalité, dans de nombreux cas de faute simple, le modèle du *bonus paterfamilias* suffit aussi bien à sanctionner le comportement de l'administration défaillante, que cette défaillance soit celle d'un individu précisément déterminé ou non, et il est inutile de s'attarder sur cet aspect du problème. Il suffira de retenir que si l'appréciation abstraite est envisageable pour la détermination de la faute administrative, c'est pour une raison bien simple : dans la plupart des cas, celle-ci ne présente aucune spécificité par rapport à la faute d'un particulier. Imprudence ou agissement malheureux d'un service ou d'un homme de ce service, elle aurait constitué, de la part d'un simple particulier, une faute au même titre. Le type unique du *bonus paterfamilias* suffit à sanctionner, dans nombre de cas, le mauvais comportement de l'administration, même si celui-ci a trait à une matière spécifiquement administrative. En effet, ce n'est pas au gré de la particularité des matières que se constituent les modèles spécifiques d'administrateurs ou d'administration compétents, mais au gré des aptitudes particulières que requièrent ces matières. Lorsqu'aucune aptitude ou compétence particulières n'est requise, le juge n'a nul besoin de recourir à l'appréciation *in abstracto* de la faute administrative. Celle-ci demeure cependant la plus importante, on le verra par la suite.

233. *L'appréciation abstraite du manifeste.*

A première vue, la référence au manifeste renvoie à un type abstrait unique. Le manifeste, autre nom de l'évident, semble postuler, lorsqu'il qualifie une notion, son accessibilité, sinon à quiconque, du moins à cet individu doté de capacités normales qui constitue le type unique. En réalité, si le juge administratif apprécie souvent abstraitement le manifeste, il recourt parfois aussi

151. 29.I.1936, *Le Guillon*, 138; 7.V.1952, *Cmne de Fontaine-Simon*, *R.D.P.*, 1953.739; v. aussi 26.VII.1918, *Lemonnier*, 761, concl. Blum (*G.A.J.A.* 145).
152. V. aussi 6.II.1953, *Testé*, *R.D.P.*, 1953.1089; 17.VI.1959, *Victor*, 366; v. aussi S. 29.VII.1943, *Ville de Perpignan c/ Dalbiez*, 218.
153. 24.III.1976, *Thiémard*, 179, *A.J.*, 1976.203 (chron. Boyon et Nauwelaers).
154. 4.I.1961, *Palmier*, 2; 29.XI.1963, *Ecarot*, *A.J.*, 1964.189 (obs. Moreau).
155. 9.II.1966, *Ville du Touquet*, 91, *A.J.*, 1966.440.

à son appréciation *in abstracto*, qui ne prend plus pour terme de référence le bon père de famille mais un modèle doté de compétences particulières. C'est le cas bien sûr pour les standards de pure administration du droit articulés autour de cette notion [156], mais aussi pour certains standards de fond. Cette proposition sera vérifiée à partir de quatre exemples : les notions d'ordre manifestement illégal, d'acte manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration, de mauvais vouloir manifeste et d'erreur manifeste.

Il faut ici, s'agissant de notions qui ne font pas appel à des comportements assez élémentaires, mais à une certaine capacité intellectuelle du type de référence, préciser quelque peu les qualités dont ce dernier doit être doté. La doctrine civiliste a beaucoup débattu du type de référence unique adéquat. Il résulte de cet effort qu'il faut à la fois rejeter le recours à l'excellent *paterfamilias* [157], et le recours à un type très médiocre, élaboré à partir des citoyens les moins capables. En réalité, et l'on retrouve ici la question étudiée plus haut du caractère empirique ou dogmatique des standards, la doctrine civiliste considère dans son ensemble que le type de référence n'est pas un type moyen au sens statistique du terme (le but du droit n'est-il pas de redresser ?) mais un type teinté d'un léger dogmatisme, possédant les qualités élémentaires dont notre tradition humaniste pare l'homme. Comme l'écrivent MM. Mazeaud et Tunc,

> « le type de comparaison, ce n'est ni l'homme très prudent ou très avisé ,ni l'homme moyennement prudent ou moyennement avisé, c'est l'homme prudent et avisé » [158].

De cette constatation préliminaire, il faut tirer la conséquence suivante : ce n'est pas parce que le type de référence adopté par le juge pour l'appréciation du manifeste apparaît quelque peu exigeant par rapport à l'idée que l'on se fait, à tort ou à raison, du « Français moyen », « *the man of the Clapham omnibus* » disent les juristes anglais, qu'il faut en conclure à l'appréciation *in abstracto* d'un manifeste mesuré non pas à l'aune du type unique mais de l'administrateur compétent ou du juge lui-même. Cela peut être mais n'est pas nécessairement le cas.

La notion d'ordre manifestement illégal, qui est l'une des conditions du droit et même du devoir de désobéissance de l'agent public, s'apprécie semble-t-il abstraitement. Comme l'écrit M. Catherine, l'ordre manifestement illégal est celui qui « constitue une illégalité flagrante, grave, perceptible à tous » [159]. Et M. Chérigny, dans son étude très exhaustive de la question, précise à la fois les modalités d'une appréciation *in abstracto*, fondée sur une spécification-compétence, et son refus par le juge :

> « Un fonctionnaire supérieur hautement qualifié apparaîtrait au juge mieux à même qu'un agent subalterne inexpérimenté d'apprécier immédiatement la grave illégalité de l'instruction reçue. Un tel système ne peut cependant pas être retenu ».

156. V. *supra*, 1re partie, 2e titre, chap. 1er; nous ne reviendrons pas sur ces standards dans le présent développement.
157. Celui de la responsabilité aquilienne que postule le fameux adage *in lege Aquilia et levissima culpa venit*.
158. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. 1, p. 488.
159. *Le fonctionnaire français*, 1961, p. 104; sur ce sujet, v. Ayoub, *La fonction publique*, *op. cit.*, p. 240; Mourgeon, *op. cit.*, pp. 422 ss.; Plantey, *Traité pratique de la fonction publique*, 3e éd., *op. cit.*, t. 1, pp. 451 ss.; Piquemal, *Le fonctionnaire : devoirs et obligations*, *op. cit.*, p. 99; et, surtout, Chérigny, « Le devoir de désobéissance à l'ordre illégal dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *R.D.P.*, 1975, pp. 867 ss.

Employant le terme « subjectif » dans un sens que nous avons critiqué, mais cela n'affecte en rien la validité de l'idée exprimée, M. Chérigny conclut :

> « Le recours de la haute juridiction à l'idée d'évidence et non pas de connaissance permet de limiter considérablement le caractère subjectif de la notion d'ordre manifestement illégal » 160.

Ajoutons que la solution de l'appréciation *in abstracto* aurait pu avoir l'effet fâcheux d'autoriser la désobéissance de l'administrateur fin juriste, même en l'absence d'erreurs grossières, pourvu toutefois que l'autre condition de la désobéissance soit réunie.

Aussi bien le recours à l'appréciation abstraite du caractère manifeste de l'illégalité d'un ordre fut-il d'emblée prôné par le commissaire du gouvernement Chenot dans ses conclusions sur l'arrêt *Langneur*. Selon lui, le Conseil devait

> « apprécier très largement la marge d'incertitude dans laquelle un agent est couvert par l'ordre qu'il reçoit. Nous pouvons seulement exiger de lui qu'il ne ferme pas les yeux devant l'évidence » 161.

Dans l'arrêt *Langneur* le Conseil d'Etat a d'ailleurs suivi M. Chenot en posant que l'illégalité manifeste est celle qui affecte l'ordre « présentant de toute évidence un caractère illégal ». Et l'étude des principaux arrêts rendus en la matière ne permet à aucun moment de découvrir une inflexion vers l'appréciation *in abstracto* par la prise en considération implicite ou explicite d'une compétence particulière de l'agent public. Il n'est jamais arrivé que fût retenue comme autorisant ou imposant un acte de désobéissance un ordre dont l'appréciation de l'illégalité pouvait exiger une quelconque compétence ou aptitude particulière 162. L'arrêt *Pouzelgues* permet de conforter cette impression. Il estime tout d'abord que

> « les actes dont s'agit présentaient de toute évidence un caractère illégal »,

et il ajoute que

> « compte tenu de la nature des fonctions exercées par ce dernier, (ils) constituaient des manquements à l'honneur » 163.

La dissymétrie du traitement ne peut pas ne pas apparaître : la netteté de l'appréciation *in abstracto* pratiquée dans le second considérant met en évidence l'appréciation abstraite du premier.

Les considérations qui précèdent valent pour la notion d'acte manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration. Sans doute l'illégalité manifeste et la voie de fait n'ont-elles pas un champ d'application identique. La plupart des illégalités manifeste de la jurisprudence *Langneur* n'ont nulle raison de correspondre à un cas de voie de fait : l'illégalité manifeste est une notion dont le champ est à la fois beaucoup plus vaste et plus restreint que la « décision manifestement insusceptible ». Pour qu'il y ait voie de fait, il faut en effet qu'il y ait atteinte à une liberté

160. Art. précit., p. 883.
161. 10.XI.1944, *Langneur*, 288, *D.*, 1945.II.87 (concl. Chenot).
162. V., p. ex., 27.V.1949, *Arasse*, 249; 28.XI.1951, *Luccioni*, 558; 2.XI.1959, *Sinay*, 643; 31.V.1961, *Intérieur c/ Maccario, A.J.*, 1962.55; S. 4.I.1964, *Intérieur c/ Limonier, A.J.*, 1964.447; 3.VI.1964, *Manssano, A.J.*, 1965.117; 10.II.1965, *Morati*, 91; 2.XI.1966, *Dessendier*, 580; 1.II.1967, *Cuny*, 52; 3.XI.1967, *Frémont, A.J.*, 1968.411; 30.X.1968, *Ponama*, 538.
163. 3.V.1961, *Pouzelgues, A.J.*, 1961.II.356 (chron. Galabert et Gentot).

ou à la propriété privée et qu'il y ait opération matérielle d'exécution. Inversement, la voie de fait n'implique pas nécessairement la présence d'une illégalité manifeste de la décision adminsitrative; il peut y avoir voie de fait par exécution irrégulière d'une décision régulière. Voie de fait et première condition du devoir de désobéissance ne sont donc appelées à coïncider qu'exceptionnellement et n'ont, à notre connaissance, jusqu'ici jamais coïncidé dans la jurisprudence.

Quoi qu'il en soit, l'appréciation du manifeste s'opère de la même manière dans les deux cas. L'acte « manifestement insusceptible » doit véritablement être un acte très grossier qui apparaîtrait illégal à l'homme de référence, si peu frotté de droit soit-il, pourvu, ce qui semble pouvoir être légitimement attendu de lui, qu'il ait une vue sommaire de l'économie de notre système juridique : mais, une fois de plus, le type unique de référence n'est pas le « Français moyen ». L'acte manifestement insusceptible ne requiert, pour être considéré comme tel, aucune compétence ou aptitude particulière 164. Il ne constitue, comme le soulignent certaines espèces, « de toute évidence qu'une simple voie de fait » 165.

La consécration assez restrictive de la voie de fait qu'engendre, pour ne pas parler du relatif déclin récent de la théorie, l'appréciation abstraite est au demeurant légitime dans la mesure où elle permet, dans une perspective nettement « disciplinaire », de transgresser l'ordre normal des compétences.

La notion de mauvais vouloir manifeste de l'administration est le fruit, on l'a déjà dit, d'une adapatation par le juge administratif de l'article 1153 du Code civil qui dispose que « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir les dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance » 166. La transformation de la condition de mauvaise foi en condition de mauvais vouloir manifeste ne semble pas devoir être considérée à la légère. On a dit quelle tension animait la notion de bonne foi, notion le plus souvent subjective, et alors simple question de fait ne constituant pas un standard, mais parfois objective, la bonne foi délimitant le champ de la croyance légitime. Le changement de formule attesterait la volonté de la Haute Assemblée de lever l'ambiguïté 167. Il est peut-être aussi, dans une certaine mesure, impliqué par l'anonymat des services auxquels le juge a pu hésiter à prêter des sentiments strictement liés à l'individu : cette raison est cependant secondaire, car il arrive souvent que, par une volonté délibérée, certains agents publics fassent par exemple obstacle à l'exécution d'une décision de justice.

En tout état de cause, la question de l'appréciation de la notion de mauvais vouloir manifeste est assez complexe, selon nous pour trois raisons.

La première raison tient à la persistance, à titre dérogatoire, de la condition de mauvaise foi subjective. Parfois, cela est clair, comme dans l'arrêt *sieur de*

164. V., p. ex., 18.XI.1949, *Carlier*, 490; S. 6.IV.1951, *Sainteau*, 180; T.C. 27.VI.1966, *Guigon, A.J.*, 1966.547; 13.VII.1966, *Guigon*, 476; S. 10.X.1969, *Muselier*, 432.
165. V. T.C. 4.VI.1940, *Soc. Schneider*, 248; T.C. 17.II.1947, *Perrin*, 501; 12.V.1949, *Dariès*, 599; 10.XII.1956, *Guyard*, 590; T.C. 28.V.1962, *Guériel*, 820.
166. V. Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, pp. 528 ss.; Odent, *op. cit., fsc.* 4, *p.* 1267; Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op. cit.*, t. 2, pp. 83 ss.; Dorlencourt-Detragiache, *op. cit., pp.* 89 *ss.*
167. D'autres expressions sont parfois utilisées : « mauvaise volonté systématique » (28.VII.1951, *Delville*, 465); « négligences graves et mauvais vouloir » (9.XI.1949, *Marquis*, 467); « négligence assimilable à un mauvais vouloir » (Marseille, 15.V.1974, *Eymard*, 702); assez rarement, il peut être fait référence à la « mauvaise foi » parfois associée au « mauvais vouloir » (25.III.1957, *de Salvagnac, A.J.*, 1957.II.265). V. *supra*, n° 40 *in limine* et n° 85-I *in fine*.

Salvagnac, qui, constatant un retard, sans préciser lequel, n'en conclut pas au mauvais vouloir parce que, même si ce retard a été important, la bonne foi de l'administration est, pour le juge, patente :

> « qu'il ne résulte pas de l'instruction que la date tardive à laquelle... lui a été payée une indemnité, soit imputable au mauvais vouloir ni à la mauvaise foi de l'autorité administrative » 168.

La deuxième raison a trait à ce que, si le manifeste implique en principe l'appréciation abstraite, la notion de mauvais vouloir à laquelle il est associé peut se prêter à un autre traitement. On concevra en effet que, dans la mise en œuvre de la notion objective de mauvais vouloir, le juge puisse recourir à l'appréciation *in abstracto,* modulant par exemple les délais qui attestent ce mauvais vouloir en fonction des types de service, ou à l'appréciation *in concreto* objective, assez indiquée ici, à bien y réfléchir, tirant d'un délai inhabituel la conclusion qu'il y a eu mauvais vouloir.

La dernière raison doit être cherchée dans la sévérité qu'entraînerait une appréciation abstraite sincère du manifeste en cette matière. Le type unique, même averti, des difficultés du fonctionnement des services ne manquerait pas d'être plus dur que le juge pour une administration souvent bien lente en ce domaine.

Aussi bien la notion de manifeste ne renvoie-t-elle pas ici au type de référence unique — celui-ci serait certainement plus enclin à juger manifeste le mauvais vouloir administratif —, mais au juge lui-même : il s'agit de savoir si à ses yeux un retard anormal par rapport à la pratique habituelle d'un service établit, sauf à ce que l'instruction démontre la bonne foi subjective du service, le mauvais vouloir objectif de celui-ci. Cette hypothèse semble confirmée par le laconisme de la jurisprudence dès lors qu'elle pose qu'il n'y a pas eu mauvais vouloir manifeste. Lorsque le mauvais vouloir est reconnu manifeste, les chiffres donnés sont en revanche souvent effarants. Pour quelques exemples de retard de deux ans, ce qui n'est déjà pas négligeable [169], combien de retards de quatre à cinq [170], sept à huit [171] et même dix et plus [172], le triste record étant toutefois détenu par l'affaire *Caucheteux et Desmonts,* dix-huit ans [173].

La question de l'appréciation de l'erreur manifeste est délicate elle aussi. L'erreur manifeste, soit, selon la distinction opérée plus haut, qu'elle limite le refus de contrôle politique de la mise en œuvre d'une compétence liée, soit qu'elle empiète sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, en le liant partiellement au moyen d'une norme de bons sens, semblait *a priori* se prêter à l'appréciation abstraite, par simple référence à une capacité normale d'intellection, celle de l'homme « prudent et avisé ». M. Kornprobst saluait « l'entrée, inespérée, de l'évidence dans le droit administratif » [174]. M. Vincent parlait d'une « erreur qui frappe l'esprit avec la force de l'évidence » [175]. Et

168. 25.III.1957, *de Salvagnac, A.J.,* 1957.II.265; v. très proches : 9.XI.1956, *de Leusse, A.J.,* 1957.II.21; 15.VII.1957, *Simon, A.J.,* 1957.II.373 (obs. Sillard).
169. S. 19.V.1950, *Cie d'exploit. automob.,* 304; 13.VII.1963, *Soc.* « *L'auto-épuration* », *A.J.,* 1964.64.
170. S. 20.III.1974, *Soc. France-Reconstruction, A.J.,* 1974.325; Marseille, 15.V.1974, *Eymard,* 702.
171. 20.XI.1963, *Finances c/ Bauzou, A.J.,* 1964.190 (obs. Moreau).
172. 7.XII.1921, *Huguet,* 1023; 31.III.1954, *Entrep. Macquart, A.J.,* 1955.II.226; Paris, 10.VII.1968, *Ibarrondo, A.J.,* 1970.54.
173. 2.V.1962, *Caucheteux et Desmonts, A.J.,* 1962.458 (chron. Galabert et Gentot).
174. Art. précit., p. 123.
175. Art. précit., p. 408.

pour M. Pacteau, le Conseil d'Etat s'attacherait « au fond moins à l'importance proprement dite de l'erreur commise qu'à son évidence » [176]. Autrement dit, le juge laisserait passer des violations manifestes pour lui, juriste avisé, qui ne sauraient l'être pour l'esprit du non-spécialiste auquel un résumé de l'affaire et du droit applicable serait fait. C'est bien la définition donnée par le commissaire du gouvernement Braibant : « une erreur évidente... qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé » [177].

Et de fait, dans la jurisprudence, il est des erreurs qui peuvent être dites manifestes dans ce premier sens, le plus pur et le moins exigeant quant aux capacités de compréhension juridique du modèle de référence. L'erreur manifeste affectant l'équivalence dans le contentieux du remembrement est de celles-ci. Comme l'a écrit M. Braibant, c'est l'erreur si « apparente qu'elle peut être perçue même par un profane » [178]. Ainsi, il n'y a pas besoin d'être un grand technicien ou un grand juriste pour découvrir l'absence d'équivalence en valeur de productivité réelle résultant d'attributions inférieures de 1 % ou plus par rapport aux apports [179]. L'esprit éclairé admettrait sans doute que l'équivalence ne puisse être réalisée plus finement encore. Demeure bien sûr le caractère parfaitement arbitraire de la règle du 1 %, indissociable de toute quantification délibérée, ainsi qu'on le verra au chapitre suivant.

L'appréciation abstraite de l'erreur manifeste permet aussi de rendre compte, dans le même contentieux, de beaucoup d'autres décisions consacrant la mise en œuvre de celle-ci : il est ainsi bien évident que la suppression d'un chemin n'est pas sans effet sur la valeur d'une parcelle [180]. Et il n'est pas réellement difficile d'établir le caractère satisfaisant ou non de l'accès à une parcelle [181] ou le fait de savoir s'il y a rapprochement des terres et des bâtiments d'exploitation [182, 183].

Dans le second cadre traditionnel de l'erreur manifeste, celui de la jurisprudence des équivalences ou des analogies d'emploi, il apparaît de la même manière que la référence au type unique suffit à rendre compte des solutions. Le type ainsi mis en œuvre, informé des aspects essentiels de ces fonctions, ne discernerait probablement pas d'absence d'équivalence entre les métiers de garde champêtre et de cantonnier dans une petite commune [184], ou d'aide ouvrier professionnel et d'ouvrier d'entretien de la voie publique [185], ou de

176. *Op. cit.,* p. 247; v. aussi Auby et Drago, *op. cit.,* t. 2, p. 394; Drago, n. A. 2.XI.1973, *Soc.* « *Librairie Maspéro* », *J.C.P.,* 1974.II.17642; Vedel, *Droit administratif, op. cit.,* p. 600.
177. Concl. S. 13.XI.1970, *Lambert,* inéd., cit. *in* chron. Labetoulle et Cabanes, *A.J.,* 1971.33; v. aussi Baudouin, concl. S. 17.XI.1965, *Planty, A.J.P.I.,* 1966.603 : « erreurs qui présenteraient un caractère flagrant »; et, m. C. du G., concl. S. 6.XI.1970, *Guyé, R.D.P.,* 1971.520 : « L'illégalité doit, si l'on ose dire, être prise sur le fait ».
178. Concl. précit. sous *Lambert.*
179. Sur la règle des 1 %, v. 2e titre, chap. 1er, développements concernant la quantification; v. aussi 13.VII.1961, *Achart,* 476; 13.X.1961, *Agriculture c/ Weitzdorfer, A.J.,* 1962.192; et, dans des domaines voisins, équivalence par catégories de cultures : 13.VII.1962, *Agriculture c/ Vigneron,* Tb. 878; 15.VII.1964, *Denis, A.J.,* 1964.721; 17.III.1965, *Agriculture c/ Desvoix,* 175; ou équivalence par classes de cultures : 20.XII.1968, *Gindre,* 669; 6.XI.1970, *Guyé,* 652; 22.I.1971, *Anson,* Tb. 1166; 12.III.1971, *Bourgeois,* Tb. 929; 16.VI.1971, *Agriculture c/ Sahuc,* 450; 26.I.1972, *Agriculture c/ Manceau,* 978; 3.V.1972, *Agriculture c/ Bizières,* 330; 27.IV.1973, *Agriculture c/ Chardon,* Tb. 893; 27.VI.1973, *Agriculture c/ Brung,* 437; S. 21.XII.1973, *Parbaile,* 745; 23.VII.1974, *Agriculture c/ Bouriot,* Tb. 850, *etc.*
180. 20.IV.1966, *Michel,* Tb. 867.
181. 4.XI.1966, *Agriculture c/ Nardin,* Tb. 1069.
182. 22.VI.1966, *Quittat,* Tb. 867; contrôle normal mainteant : S. 11.VII.1969, *Levrier, A.J.,* 1969.633 (concl. Baudouin).
183. Un profane pourrait aussi apprécier grossièrement l'adéquation d'une indemenité pour destruction de plantations (S. 24.V.1974, *Agriculture c/ Fayard,* 309).
184. S. 15.II.1961, *Lagrange,* 121, *A.J.,* 1961.II.228 (chron. Galabert et Gentot).
185. S. 9.V.1962, *Cmne de Montfermeil, A.J.,* 1962.571 (chron. Galabert et Gentot).

commissaire du gouvernement près les juridictions tunisiennes de droit commun et d'administrateurs des services civils de l'Algérie [186], [187]. Un nombre élémentaire de données permettrait à chaque fois à n'importe qui d'apprécier la rupture de l'équivalence au-delà d'un certain seuil.

Dans la seconde vague des conquêtes de l'erreur manifeste, l'appréciation abstraite du manifeste semble souvent convenir de la même façon. Qu'il s'agisse du contrôle de l'aptitude physique au service national [188], de l'aptitude scolaire [189], de l'aptitude d'un fonctionnaire à recevoir de l'avancement [190], du fait de savoir si un rapatrié est parmi les plus défavorisés [191], de la notoriété médicale [192], la décision inadéquate au-delà d'un certain seuil ne peut qu'apparaître telle au type de référence adopté. Il ne fallait pas ainsi être grand clerc pour considérer que le sieur Rougemont, justifiant « de nombreux titres hospitaliers et universitaires..., ancien interne des hôpitaux de Paris, assistant en chirurgie des hôpitaux de Paris », ayant exercé en outre « à la faculté de Paris diverses fonctions et en particulier celles de chef de clinique chirurgicale », bref muni de « titres dont un petit nombre de praticiens seulement peuvent se prévaloir », devait manifestement figurer sur la liste de notoriété [193]. Ou pour trouver surprenant le refus de la qualification de spécialiste à un médecin ayant exercé des fonctions médicales très importantes [194] ou celui d'inscrire comme expert-comptable — selon la procédure qui, à défaut du diplôme, exige « une expérience comparable à celle d'un expert comptable » et la justification de « quinze ans d'activité dont cinq ans au moins dans des fonctions ou missions comportant l'exercice de responsabilités importantes d'ordre administratif, financier et comptable » — un candidat ayant « occupé pendant plus de vingt ans les fonctions d'inspecteur général des services administratifs de la ville de Paris » [195].

On remarquera d'ailleurs que la plupart des matières dont il vient d'être question relèvent d'une compétence liée, et que l'abstention du juge n'y est fondée que sur son incapacité technique. Il ne peut dès lors, sauf à se contredire, relever l'erreur manifeste que si cela est possible en l'absence d'une aptitude technique particulière : son autolimitation politique en ces matières le contraint à s'identifier au type unique de référence [196]. Cela est net dans le domaine hautement technique de l'appréciation des dangers d'une substance. Dans l'affaire *Fédération des syndicats pharmaceutiques,* le commissaire du gouvernement Galabert entrevoyait bien une possible erreur d'appréciation. Il

186. 23.V.1962, *Derocle,* Tb. 1079, *A.J.,* 1963.38.

187. V. aussi 10.V.1963, *Assoc. des fonctionnaires chérifiens et Bartoli, A.J.,* 1963.639; 21.XII.1966, *Gaillard, A.J.,* 1967.302; et 17.V.1961 *Cavaignac,* 319; 10.I.1962, *Carpentier,* 17; 25.X.1968, *Bertrand,* 516; 26.VI.1974, *Fellous, A.J.,* 1975.44.

188. S. 6.XII.1968, *Armées c/ Bachex,* 628.

189. 10.I.1969, *Gauthier,* 21.

190. S. 22.II.1963, *Maurel,* 119.

191. 13.III.1970, *Camilleri,* 190; 8.I.1971, *Intérieur c/ Gremades,* Tb. 1166.

192. S. 24.IV.1964, *Villard, Drt Soc.* 1964.433 (concl. Braibant); m. jour, *Travail c/ Duflot, ibid.;* m. jour, *Delahaye, ibid.* et 243; S. 15.VII.1964, *Travail c/ Carrière, A.J.,* 1964.574; v. aussi sous l'empire des nouveaux textes, 16.II.1973, *Gassenc,* Tb. 1086.

193. 7.VI.1967, *Rougemont,* 240, A.J., 1968.48 (obs. Peiser).

194. 28.V.1971, *Langlais,* 416.

195. S. 5.III.1976, *Lehnert,* 141.

196. L'extension de l'erreur manifeste au domaine de la haute police semble s'être opérée sous les mêmes auspices; v. 3.II.1975, *Intérieur c/ Pardov,* 83, *A.J.,* 1975.143 (chron. Franc et Boyon); 19.II.1975, *Fouéré, A.J.,* 1975.144; et jurispr. citée *infra* dans le deuxième chapitre de cette étude.

mentionnait notamment l'abondance des attestations d'éminents spécialistes qui donnaient « à penser que l'administration (exagérait) quelque peu les dangers présentés par les préparations en cause ». Mais il concluait de façon très significative que l'administration avait « entendu prévenir un risque qu'il n'était pas déraisonnable, pas manifestement erroné d'envisager » [197].

Il semble pourtant qu'il soit difficile que le juge, au fur et à mesure qu'il se familiarise avec cette technique et avec les domaines où elle le fait pénétrer, ne s'enhardisse pas progressivement jusqu'à apprécier le manifeste par rapport à un type plus exigeant. En principe c'est l'erreur très importante qui est manifeste, et le contrôle de l'erreur manifeste permet de sanctionner les appréciations gravement erronées. Mais cette coïncidence de l'erreur grave et de l'erreur manifeste n'est pas le moins du monde nécessaire et l'on peut imaginer des cas d'erreurs importantes que seul un spécialiste serait à même de déceler. Supposons que la Haute Assemblée, informée du détail d'une affaire par les conclusions de son commissaire du gouvernement, acquière la conviction qu'une erreur a été commise, dont les conséquences ne sont pas négligeables, peut-on penser qu'elle ne la sanctionnera pas au motif qu'elle n'est pas véritablement évidente aux yeux du type de référence ? Toute erreur importante découverte sera nécessairement réputée manifeste : la vérité est que le plus souvent lorsqu'il n'y a pas erreur manifeste, il n'y a pas erreur du tout au regard de notre système juridique tel qu'il est. L'erreur manifeste ne s'oppose pas, dans la plupart des cas, à l'erreur qui n'est pas manifeste pour un esprit normalement éclairé, mais à l'absence d'erreur discernable pour le juge le plus éclairé et le mieux informé qui soit.

C'est ce type de référence beaucoup plus exigeant qui est à l'œuvre dans certains arrêts. Ainsi, pour ne retenir que quelques décisions récentes, lorsque le juge estime qu'une taxe parafiscale perçue au profit d'un Fonds de développement agricole « n'est pas manifestement inadaptée » [198]. Ou que la majoration pour retard dans le paiement d'une taxe, majoration de 5 % par mois, a « manifestement excédé ce qui était nécessaire » [199].

Les longs développements des commissaires du gouvernement pour montrer le caractère manifeste d'une erreur [200], les contradictions entre les décisions des tribunaux administratifs et du Conseil d'Etat sur le point de savoir si une erreur est manifeste ou non [201], tout cela montre que le juge est « sur le fil du rasoir » [202] et atteste que le type de référence qui sert à établir le caractère manifeste de l'erreur est à géométrie variable, le plus souvent non doté de compétences et aptitudes particulières, capable seulement d'appliquer son bon sens à l'espèce, mais disposant parfois cependant de quelques vertus supplémentaires, celles du technicien plus que du profane : alors se profile l'appréciation *in abstracto* du manifeste, le juge se montrant tour à tour apte à concevoir en spécialiste les aspects les plus variés du savoir.

197. Concl. S. 28.IV.1967, *Féd. nation. des syndicats pharmaceutiques, A.J.,* 1967.407; v. aussi 6.XI.1963, *Iranex,* 523; Paris, 31.III.1965, *Soc. Etab. Février,* 739; 8.I.1971, *Ischlondsky,* 14.

198. S. 14.III.1975, *S.A. Quiblier,* 191.

199. A. 28.V.1976, *Centre technique des conserves de produits agricoles c/ Gregory, A.J.,* 1977.94 (n. Moderne).

200. V. ainsi les remarques du professeur Drago sur les concl. Braibant A. 2.XI.1973, *Librairie Maspéro, J.C.P.,* 1974.II.17642; et Auby et Drago, *op. cit.,* t. 2, p. 394.

201. V., p. ex., S. 6.XII.1968, *Armées c/ Bachex,* 628; 26.XI.1975, *Vandevelve, J.C.P.,* 1976.II.18382 (n. Guyon).

202. Pacteau, *op. cit.,* p. 250; v. aussi Py, *op. cit.,* p. 134 ss.

De façon générale, il apparaît ainsi qu'en principe, et c'est assez dans la logique de sa signification, le manifeste est apprécié abstraitement [203], sauf, ainsi qu'on l'a entrevu, modelage particulier par le juge du type de référence à partir duquel il l'élabore.

234. *L'appréciation abstraite du dangereux.*

Le dangereux pourrait ne pas être apprécié de façon abstraite : il ne serait pas invraisemblable d'envisager, puisque c'est généralement dans le cadre du contentieux de la responsabilité que la question du caractère dangereux d'une activité ou d'un objet se pose, qu'est dangereux l'objet (ou qu'est dangereuse l'activité) qui s'est effectivement révélé(e) tel (ou telle) [204]. Alors le caractère dangereux de l'objet ou de l'activité serait une pure question de fait : ici la mitraillette qui érafle la peau serait réputée bénigne, là la maigre dépression du sol de la voirie, qui a par hasard mortellement fait trébucher, considérée comme dangereuse. Le juge administratif n'a pas adopté cette appréciation *ex post* du caractère dangereux, préférant considérer que certains objets et certaines activités sont *a priori* dangereux et pas d'autres. Cette attitude est contestée par la doctrine qui insiste justement sur les « difficultés de déterminer de manière précise quelles sont les choses qui sont dangereuses et celles qui ne le sont pas » et qui regrette que l'on en soit « réduit le plus souvent à s'en remettre

203. Ainsi l' « imprudence manifeste » (3.XII.1948, *Bucciero,* 457); l' « expertise manifestement inutile » (15.XI.1957, *A.J.,* 1958.II.33); la « rémunération manifestement exagérée » : l'exagération est ici appréciée *in abstracto* « eu égard à l'importance des services effectivement rendus et des rémunérations généralement attachées à des fonctions ou des services analogues dans des entreprises similaires »; mais le caractère manifeste est apprécié abstraitement (v. 17.XII.1956, *A.J.,* 1957.II.127; 19.VI.1959, *A.J.,* 1959.II.233; 12.XI.1975, *Finances c/ Soc. X...,* 566); v. encore logement « dans des conditions manifestement insuffisantes » (14.X.1960, *Hergot, A.J.,* 1961.II.159; 25.III.1964, *Perrot,* 206); personnels n'ayant « manifestement pas fait l'objet d'un développement de carrière » satisfaisant (S. 22.II.1963, *Maurel,* 119); pont révélant « d'une manière manifeste » qu'il n'était pas destiné à supporter la circulation d'un camion d'un poids exceptionnel (8.XI.1968, *Fayemendy,* 555); chemin d'une largeur « manifestement plus étroite » que celle d'un camion (11.VI.1971, *S.A. Rhin et Rhône,* Tb. 1201); local n'étant pas « manifestement » trop exigu (26.IV.1974, *Hayat, A.J.,* 1974.455); propos ayant manifestement dépassé les bornes du droit de critique qui appartient aux membres de la profession médicale » (9.XI.1951, *Fischer,* 523); de même la notion de manifeste est appréciée abstraitement dans les nombreuses formules du type « faute manifeste » : la faute manifeste est celle qui saute aux yeux du type de référence unique même s'il n'est pas averti du détail des obligations pesant sur l'administration; certains cas présentent davantage de difficultés; on pourrait ainsi imaginer que le type de référence ne puisse pas ne pas être doté de compétences particulières dans le cadre de la formule « mesures manifestement insuffisantes » pour prévenir une panne d'avion (15.XI.1950, *de Peretti, R.D.P.,* 1951.1152); en réalité, si l'insuffisance ne peut être décelée que par un spécialiste, le propre de l'insuffisance manifeste est que, les faits de l'espèce étant brièvement rapportés au type de référence unique, il ne pourrait manquer de la discerner; de même, si, dans le cadre des théories des faits imprévisibles, ainsi qu'on le verra, l'imprévisibilité s'apprécie *in abstracto* (l'imprévisibilité n'est pas ce qui ne peut être prévu, par le type de référence unique, mais par le professionnel de la branche étudiée, modèle évidemment exigeant, encore que le juge se montre assez indulgent le plus souvent), l'expression « fait manifestement imprévisible » ne postule pas pour autant l'abandon de l'appréciation abstraite du manifeste : le fait manifestement imprévisible apparaît tel au type de référence unique lorsque, considérant l'enchaînement des faits, il suppute les chances qu'avait le professionnel compétent de prévoir certains faits; ici, le « manifestement » exprime le sentiment du juge honnête homme, qui fait par ce biais irruption dans la qualification du comportement du justiciable (v., p. ex., 24.XI.1905, *Cie parisienne de l'air comprimé,* 863; 16.III.1906, *Martin,* 239); le même point de vue doit être adopté pour la notion de dépenses « manifestement très inférieures au coût réel d'une opération d'utilité publique » (11.V.1951, *Le Marchand, R.D.P.,* 1951.1131).

204. Sur la question, v. Marcel Sfez, *La notion de chose dangeruese dans la jurisprudence du Conseil d'Etat,* 1956, ainsi que Chapus, *op. cit.,* pp. 270 ss.; Latournerie, « De la faute et du risque... », art. précit.; Lucchini, « Le fonctionnement de l'ouvrage public », *A.J.D.A.,* 1964, pp. 357 ss.

à une jurisprudence fluctuante, procédant par simples affirmations, qui allonge ou réduit à sa guise la liste des choses dangereuses » [205]. Mais les choses sont ainsi et le caractère dérogatoire des effets qu'entraîne la consécration du caractère dangereux d'un objet ou d'une activité rend cette situation mieux acceptable, d'autant que le système inverse conduirait à la généralisation du caractère dangereux de tout ce qui a pu causer un dommage.

Il faut préciser ce que peut vouloir dire en la matière appréciation abstraite puisque, enfin, il n'est plus ici question du comportement d'un type unique de référence. Il ne s'agit plus d'un homme étalon, concentré des qualités que l'on peut légitimement attendre d'un homme sans talent particulier mais sans médicorité non plus. Mais le schéma n'est pas fondamentalement différent : de même que, dans l'appréciation abstraite de la prudence, on prête à tout individu la qualité nécessaire pour se comporter en homme prudent, dans l'appréciation abstraite du caractère dangereux d'une activité ou d'un objet on pose la qualité, la capacité, l'aptitude de cette activité ou de cet objet à engendrer le danger.

Le juge vise donc en principe le dangereux par nature. Il répute dangereux, avec les effets de droits particuliers que cela comporte, en eux-mêmes et dans tous les cas, explicitement le plus souvent, parfois plus discrètement, les conducteurs et réseaux électriques [206], les objets et les matières susceptibles de donner lieu à explosion [207], le gaz d'éclairage notamment [208], les conduites d'eau [209], la circulation automobile, cette dernière jurisprudence ne présentant plus qu'un intérêt historique [210].

Très caractéristique aussi de cette appréciation essentialiste, la jurisprudence en matière de responsabilité de la puissance publique pour emploi d'armes dangereuses. Le juge administratif distingue les « armes ou engins comportant des risques exceptionnels pour les personnes et les biens », mitraillettes [211], pistolets et autres armes à feu [212], des armes ou engins dont ce n'est pas le cas, matraques [213] ou encore grenades lacrymogènes [214].

Le danger des premiers est parfois dit « inhérent » — c'est-à-dire essentiel, immanent, inséparable — à de tels engins [215].

205. Obs. Moderne Réunion, 9.XII.1970, *Dalleau,* A.J., 1971.561.

206. 11.VI.1913, *Nicolas,* 653 (cette première décision est fort laconique); 25.I.1929, *P.T.T. c/ Cie gaz de Beauvais,* 94, *D.,* 1929.III.35 (concl. Latournerie); 12.I.1934, *S.A. forces motrices du Ht-Rhin,* 68; 17.V.1934, *Soc. Sud-Lumière, S.,* 1934.III.81 (n. Mathiot); 13.III.1936, *Guerre c/ Soulié, S.,* 1936.III.49 (n. P.L.); 21.I.1949, *Soc. grand-combienne d'éclairage, R.D.P.,* 1949.631; 27.XI.1957, *Régies syndic. d'électricité de la Gironde, A.J.,* 1958.II.294.

207. 27.V.1914, *Ville de Nantes,* 660 (là aussi, décision laconique : le caractère dangereux n'est pas explicitement invoqué); 28.III.1919, *Regnault-Desroziers,* 329; A. 21.X.1966, *Armées c/ S.N.C.F.,* 557.

208. 9.II.1940, *Cie europ. du gaz,* 57; 1.V.1942 *Soc. du gaz de Marseille,* 142.

209. 21.III.1947, *Ville de Marseille,* 123.

210. 22.XII.1924, *Soc. d'assur. mutuelles* « *Les travailleurs français* », *D.,* 1925.III.9 (n. Appleton); 6.III.1926, *Crétin,* 310; 29.VI.1934, *Lallement, S.,* 1934.III.63; 9.VII.1948, *Capot et Denis,* 326, *R.D.P.,* 1948.576 (n. Waline); 2.XII.1949, *Leroy, R.D.P.,* 1950.457; 17.VII.1950, *Soc.* « *La Mutuelle Richelieu* », *R.D.P.,* 1951.530; 3.XI.1954, *Cmne de St-Louis-du-Sénégal, A.J.,* 1955.II.27 (obs. Coulet); motocyclettes : 2.XII.1931, *Le Bret,* 1057; 28.VII.1943, *Luksenburg,* 208.

211. 24.VI.1949, *Lecomte,* 307, *J.C.P.,* 1949.II.5092, concl. Barbet (*G.A.J.A.* 325); 26.V.1950, *Bonnet,* 327, *R.D.P.,* 1951.536.

212. 24.VI.1949, *Franquette et Daramy,* 309; 16.III.1951, *Amphoux, R.D.P.,* 1951.1160; 1.V.1951, *Jung,* 312; 27.VII.1951, *Aubergé et Dumont, R.D.P.,* 1952.1070, *D.,* 1952.II.110 (concl. Gazier); 2.XI.1951, *Bernard, ibid.,* 1071; 14.XII.1951, *Roth, ibid.;* 27.IV.1953, *Nicol, R.D.P.,* 1953.1090.

213. S. 8.VII.1960, *Petit,* 463, *A.J.,* 1960.II.157 (chron. Combarnous et Galabert).

214. 16.III.1956, *Domenech,* 124 (concl. Mosset), *A.J.,* 1956.II.226 (chron. Fournier et Braibant).

215. 27.VII.1951, *Aubergé et Dumont,* précit.

Comme l'écrivait justement M. Chapus dans sa thèse :

> « D'autres choses telles que des rochers en surplomb, des arbres menaçant de s'abattre, pourraient être considérées comme dangereuses mais le Conseil d'Etat les exclut, jusqu'à l'heure actuelle, de sa liste des choses dangereuses. » 216

Effectivement, en principe, les chutes de rochers ou d'arbres sont traitées par le juge à l'aide de la théorie du défaut d'entretien normal 217. Exceptionnellement toutefois, une telle matière a pu donner lieu à l'application de la théorie des choses dangereuses 218, 219.

Toujours abstraitement seront réputés non dangereux les bicyclettes 220, les véhicules hippomobiles 221, les trains 222... mais pas les étalons 223. Le juge estimera encore qu'un toboggan « ne présentait pas en lui-même le caractère d'un ouvrage particulièrement dangereux » 224 et qu'un tronc d'arbre à demi enfoncé dans le sable d'une plage « ne présentait pas par lui-même le caractère d'un objet dangereux » 225. On que la participation à des championnats de rugby n'est pas une activité exceptionnellement dangereuse 225 *bis*.

Le dangereux peut cependant, plus rarement, être apprécié *in abstracto*. R. Latournerie nous initie à cette possibilité :

> « Le danger des ouvrages publics, écrivait-il, tel que l'entend la jurisprudence, s'apprécie dans certains cas par rapport aux circonstances de tous ordres qui peuvent le faire naître. Il arrive ainsi qu'un ouvrage qui, dans la plupart des occasions, ne saurait être réputé dangereux, le devienne à la faveur de certaines circonstances. A côté de la catégorie des ouvrages dangereux en eux-mêmes, il existe donc des ouvrages qui ne présentent qu'un danger relatif » 226.

Le recours à l'appréciation *in abstracto* du dangereux apparaît surtout dans le cadre de la jurisprudence de la responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics 227, avec d'ailleurs des conséquences juridiques moins drastiques sur l'économie générale de la responsabilité — ainsi tel type d'obstacle sera réputé dangereux pour telle catégorie d'ouvrage et pas pour telle autre —, ou encore dans le domaine de la responsabilité pour carence du pouvoir de police 228.

---

216. *Op. cit.*, p. 274.
217. Pour les chutes de rochers, v., p. ex., 6.IV.1934, *Stein*, 649; 7.X.1960, *S.A.R.L. Etab. Jullien, A.J.*, 1961.II.371; 10.VI.1964, *Castellane, R.D.P.*, 1964.1048; la Haute Assemblée précise parfois que les chutes de pierres proviennent d'une paroi ne présentant pas « par elle-même de danger » (12.VI.1970, *Equipement c/ Chevallier*, 407).
218. V. Réunion, 9.XII.1970, *Dalleau, A.J.*, 1971.558 (obs. Moderne); A. 6.VII.1973, *Equipement c/ Dalleau*, 482, *A.J.*, 1973.607.
219. Le fait pour une route d'être « exposée aux avalanches » ne suffit pas à lui donner « le caractère d'un ouvrage exceptionnellement dangereux » (S. 11.IV.1975, *Déptnt de la Hte-Savoie*, 230, *D.*, 1976.II.178, n. Horrut).
220. 17.XII.1930, *Maniable*, 1075.
221. 4.XII.1929, *Duvalleix*, 1069.
222. 20.III.1946, *Cie l'Urbaine et la Seine*, 91.
223. 26.XII.1951, *Magniez, R.D.P.*, 1952.1067.
224. 20.IV.1966, *Rivière*, 270.
225. 5.IV.1974, *Allieu*, 216.
225 *bis*. S. 2.II.1979, *Agriculture c/ Gauthier, A.J.*, nov. 1979, p. 48, concl. Dondoux (en sens inverse, les premiers juges : Lyon 1.VII.1976, *A.J.*, 1978.53).
226. « De la faute et du risque... », art. précit., p. 169.
227. V., p. ex., 9.X.1957, *S.N.C.F. c/ Bordier, A.J.*, 1957.II.411; 7.III.1958, *Piel*, 154.
228. 29.XI.1963, *Ecarot, A.J.*, 1964.189 (obs. Moreau); dans cet arrêt, la motivation est typique de l'appréciation *in abstracto* : « Considérant que l'utilisation comme lieu d'aisance du rez-de-chaussée inhabité d'un immeuble reconstruit, ouvert à tout venant sur la voie publique, créait dans une ville de l'importance de Tarascon, compte tenu des circonstances locales, et notamment de la proximité d'un marché, un danger grave pour la salubrité publique »; on peut en effet observer la mise en œuvre de deux spécifications : une spécification-importance de la ville et une spécification-situation dans la ville.

235. *L'appréciation abstraite de l'immoralité.*

Les diverses figures que revêt, sous des formulations variées, l'immoralité dans la jurisprudence administrative — manquement à l'honneur, aux bonnes mœurs, à la probité, pure et simple immoralité, absence de dignité, *etc.* — donnent en principe lieu à l'appréciation *in abstracto* ainsi qu'on le verra par la suite.

Dans certains cas, toutefois, la moralité est appréciée abstraitement, par référence à la pratique et aux conceptions du type unique de référence élaboré par le juge 229. Ainsi, lorsque les candidats à un emploi public ou à l'inscription au tableau doivent témoigner, ou lorsque l'agent ou le professionnel sanctionnés disciplinairement n'ont pas témoigné d'une « moralité irréprochable » et d' « une bonne tenue », le type de moralité envisagé peut être spécifique aux fonctions souhaitées ou exercées — le juge vise alors parfois, dans le cadre d'une appréciation *in abstracto*, les conditions « relatives à la morale professionnelle », la « dignité de la profession », les « garanties suffisantes en ce qui concerne la profession dont s'agit » 230 —, mais peut aussi être plus universel et correspondre à ce qui est requis non des seuls professionnels mais de chacun 231.

Il y a tout lieu de penser par ailleurs que la notion de moralité est appréciée abstraitement dans le cadre de la jurisprudence *Films Lutétia*, où elle revêt une signification parfois plus complexe que la signification commune 232. Lorsque les arrêts, dans le cadre de cette jurisprudence, disposent qu'un film est de « caractère immoral », ils le font en effet de façon abstraite 233. La référence aux « circonstances locales » ou « particulières » ne doit à cet égard pas égarer : il s'agit d'une condition autonome d'interdiction d'un film, quelque restriction que l'on puisse émettre au sujet de cette jurisprudence 234. Le juge ne dit pas que là un film est immoral et qu'ici il ne l'est pas, ce qui serait procéder à une appréciation *in abstracto*, au demeurant curieuse, de l'immoralité, si l'on entend celle-ci au sens strict 235. Il dispose qu'un film immoral en lui-

---

229. V. sur ces questions Catherine, *Le fonctionnaire français, op. cit.*, pp. 87 ss.; Chérigny, *Le juge administratif gardien de la moralité des administrés*, multig., *op. cit.*; Mourgeon, *La répression administrative, op. cit.*, pp. 324 ss.
230. 7.IV.1944, *Marty*, 112; 14.II.1945, *Beurekdjian*, 32; S. 4.V.1945, *Klotz*, 92; S. 14.VI. 1946, *Van den Veegaete*, 167; 16.IV.1947, *Lambla de Sarria*, 145, *A.J.*, 1947.177; 27.XII.1947; *Pinelli-Monnet*, 498; A. 9.VI.1950, *Daver*, 355, *A.J.T.*, 1950.411; 6.IV.1951, *Athiel*, 758; S. 20.II.1953, *Armelin*, 88; 20.VI.1958, *Louis*, 368, S. 8.I.1960, *Intérieur c/ Rohmer*, 12; 20.X.1961, *Dutot, A.J.*, 1962.188; S. 8.I.1960, *Intérieur c/ Faist*, 12; 10.II.1960, *Pernaud*, 99; 8.IV.1970, *Tarral*, 225; 13.V.1974, *Carpentier*, 284; 22.I.1975, *Brunel*, 49.
231. V. 17.XII.1941, *Blanchelande*, 224; 21.VII.1948, *Riss*, 666; 3.VI.1949, *Kiehl*, 265; 26.IV.1950, *Krupp*, 235; 16.III.1951, *Kurtzmann, R.D.P.*, 1951.1148; 26.VI.1963, *Chariol, A.J.*, 1964.62; S. 13.I.1965, *Caisse des écoles du X^e arrond.*, 27; 22.XII.1965, *Vialle*, 705; 25.X.1968, *Regnier, A.J.*, 1969.305; 9.XII.1970; *Beauville, A.J.*, 1971.425.
232. Sur cette jurisp., v. notamment Chérigny, *op. cit.*, t. 2, pp. 41 ss.
233. S. 18.XII.1959, *Soc. « Films Lutétia », A.J.*, 1960.II.127; 14.X.1960, *Soc. « Films Marceau », R.D.P.*, 1961.140 (n. Waline), *A.J.*, 1960.II.351; 23.XII.1960, *Union gén. cinématog., A.J.*, 1961.II.105; S. 9.III.1962, *Soc. nouv. Etab. Gaumont, A.J.*, 1962.372 (concl. Gand); S. 4.V.1962, *Ville de Montpellier, A.J.*, 1962.447; A. 19.IV.1963, *Ville de Saverne, A.J.*, 1963.375; m. jour, *Ville de Marseille, ibid.*; m. jour, *Soc. « Films Marceau », ibid.*; m. jour, *Ville de Senlis, ibid.*; 15.I. 1965, *Soc. « Films Marceau »*, Tb. 863; 23.II.1966, *Soc. Franco-London film*, Tb. 886; 25.II.1966, *Soc. nouv. Etab. Gaumont*, Tb. 886.
234. V. Weil, n. *Soc. « Films Lutétia », D.*, 1960.II.172.
235. On ne suivra pas à cet égard les points de vue de MM. Juret, n. *Soc. « Films Lutétia », Rev. adm.*, 1960.33, Galabert et Gentot, chron. 14.X.1960, *Soc. « Films Marceau », A.J.*, 1961.I.80, et Rigaud, concl. S. 25.III.1966, *Soc. « Films Marceau », A.J.*, 1966.254; ces auteurs, choqués par cette jurisprudence, ont en effet voulu en minimiser la portée.

même peut dans certaines circonstances locales présenter des inconvénients autorisant son interdiction, ce qui n'est pas du tout la même chose.

Il semble cependant que deux courants se soient mêlés dans cette jurisprudence dont rendent compte des conclusions du commissaire du gouvernement Gand, qui apparaît en avoir été l'un des protagonistes. Le premier courant s'identifie à l'appréciation abstraite : le juge doit jauger

> « ce qui, compte tenu des idées morales communément admises par la masse des citoyens, lui paraît ou non pouvoir présenter une influence particulière sur ceux-ci. (Il) fait nécessairement abstraction des circonstances de temps et de lieu et des réactions différentes qu'un même film peut avoir sur des hommes auxquels l'histoire et la géographie ont pu donner des mentalités très diverses. »

Alors, les deux conditions sont distinctes : le juge apprécie d'abord abstraitement l'immoralité du film, puis il évalue les circonstances locales. Toutefois, il peut arriver que l'immoralité, très largement entendue et confinant à la simple inopportunité éthique, résulte des circonstances. On évolue alors, à titre complémentaire, vers une appréciation *in abstracto* de l'immoralité : tel type de scène sera réputé « immoral » ici et pas là, tel autre là et pas ici. Ce que M. Gand exprime en précisant qu'

> « il est des endroits et des époques où il n'est pas opportun de présenter un film anticlérical ou prenant trop de liberté avec les valeurs militaires traditionnellement reconnues » 236.

236. *L'appréciation abstraite de l'utilité publique.*

Dans son étude sur la notion d'intérêt général dans la jurisprudence administrative, M. Truchet constatait que, pour l'appréciation de cette notion, l'attitude du juge « oscille entre deux pôles, l'appréciation abstraite de l'intérêt général et son appréciation concrète » 237. La première, précisait-il, suppose seulement un

> « intérêt général par nature, largement indépendant des circonstances de l'espèce; la seconde retient un intérêt général en situation, largement déterminé par ces circonstances » 238.

Avant la jurisprudence *Ville nouvelle Est*, une opération était dite en elle-même d'utilité publique, d'une façon absolument indépendante des conditions particulières de sa réalisation. Le caractère très abstrait de l'appréciation était confirmé par les formules employées : la construction d'un ensemble d'H.L.M. 239, l'aménagement d'un terrain de jeu et d'une cité ouvrière 240, la création d'un lotissement 241, par exemple, étaient dits

> « au nombre des opérations pour la réalisation desquelles la déclaration d'utilité publique peut légalement être autorisée ».

La Haute Assemblée estimait ailleurs que

> « la création d'un aérodrome... constitue en elle-même une opération pouvant être légalement d'utilité publique » 242.

236. Concl. 9.III.1962, *Soc. « Etab. Gaumont »*, précit.
237. *Op. cit.*, p. 243.
238. *Ibid.*, v. aussi Raux, « L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation », *A.J.*, 1967, pp. 197 ss.
239. 23.X.1963, *Musy*, *A.J.*, 1964.173.
240. 10.VII.1968, *Troussier*, *A.J.*, 1969.109.
241. S. 5.V.1972, *Ferdinand*, *A.J.*, 1973.143.
242. 13.V.1964, *Malby et Bedouet*, *A.J.*, 1965.35 (Cf. *Grassin infra*).

La jurisprudence *Ville Nouvelle Est* consiste pour le juge, il est inutile d'insister ici sur un point bien connu, à, une opération étant en elle-même d'utilité publique, se demander si les inconvénients de ses conséquences, sa « désutilité », ne l'emportent pas sur leurs avantages, sur son utilité. Notre hypothèse tient en deux propositions :

— L'appréciation de l'utilité publique est abstraite depuis *Ville nouvelle Est* comme auparavant;
— La nouvelle jurisprudence n'a pas renforcé le courant favorable à l'appréciation *in abstracto* que la Haute Assemblée n'a jamais ignoré.

Lorsque le juge se pose la question de savoir si tel avantage est de nature à contrebalancer tel inconvénient, il procède à une appréciation abstraite simplement plus complexe que celle à laquelle il avait recours pour considérer qu'une opération est en elle-même d'utilité publique. C'est d'ailleurs pour cette raison que cette jurisprudence nouvelle, dont on a tant parlé et dont on attendait tant, encore qu'utile pour certains cas limites où le choix administratif est presque absurde, loin de mieux étreindre le réel, donne l'impression d'être curieusement artificielle et formelle. Les affaires les plus intéressantes à cet égard sont celles du plateau du Larzac et des bois de Fontevraud. Faut-il du fromage ou des canons ? L'alternative de l'affaire du Larzac n'est que l'écho d'une vieille question politique que l'on ne peut trancher qu'abstraitement, *a priori*. On ne voit pas où il y a appréciation concrète à poser, comme l'a fait le juge administratif, que l'extension d'un champ de manœuvre qui répond aux exigences nouvelles de la formation des militaires est un intérêt supérieur à celui de la préservation de 1 400 hectares 243 ou plus encore de 14 000 hectares 244 de bois et de cultures. Il peut apparaître légitime, nous ne trancherons pas, de faire prévaloir un intérêt national sur un intérêt particulier et local, les impératifs de la défense nationale sur ceux de l'écologie et de la survie d'une population traditionnelle : mais il y a là une hiérarchisation parfaitement abstraite et *a priori* des valeurs.

Cette constatation ressort de quelques exemples parmi d'autres :

— Vaut-il mieux qu'un « campus » soit totalement inséré dans un ensemble d'habitations modernes ou que soient sauvées, au milieu du tissu moderne, une centaine d'habitations anciennes ? La réponse à cette question ne peut être le fruit d'une appréciation *in concreto* comme le pensait M. Braibant 245;
— Vaut-il mieux une organisation meilleure de la circulation routière ou la préservation des conditions essentielles au bon fonctionnement d'un hôpital psychiatrique ? 246
— Vaut-il mieux que la circulation soit améliorée par une voie autoroutière ou que la nature et la propriété privée soient sauvegardées ? 247
— Vaut-il mieux qu'il y ait pour les uns, pour le plaisir de leurs dimanches et de leurs mois d'août, un centre de loisir avec lac artificiel et terrain de camping, ou pour les autres, pour ceux qui aiment leur région, leur maison,

243. 1.VI.1973, *Abraham*, 394; A. 7.III.1975, *Assoc. amis de Fontevraud*, 179, *A.J.*, 1976.208 (n. Hostiou).
244. Toulouse, 21.VI.1974, *Tarlier*, 736; A. 5.III.1976, *Tarlier*, 133, *A.J.*, 1976.207 (n. Colson), *J.C.P.*, 1977.II.18650 (n. Truchet).
245. A. 28.V.1971, *Equipement c/ Féd. déf. « Ville nouvelle Est »*, 420, *A.J.*, 1971.420, concl. Braibant, chron. Labetoule et Cabanes, *R.D.P.*, 1972.454, n. Waline (*G.A.J.A.*, 562).
246. A. 20.X.1972, *Soc. civ. Ste-Marie-de-l'Assomption*, *A.J.*, 1972.590 (chron. Cabanes et Léger).
247. A. 22.II.1974, *Adam*, 145, *A.J.*, 1974.212; A. 23.VII.1974, *Gaulier*, 453, *A.J.*, 1975.39.

le maintien de la physionomie de la première et la conservation de la propriété de la seconde ? [248]

— Vaut-il mieux une déviation qui favorise la circulation des touristes ou la préservation de la faune, de la flore et de l'emploi d'un petit nombre de paludiers ? [249]

Il n'y a de réponse à ces questions que par la mise en œuvre très abstraite de ce que le juge croit être les choix de la dogmatique sociale à un moment donné. Sans doute l'instrument mis en œuvre est-il intéressant : si l'armée demandait un département entier pour ses essais le juge estimerait qu'il y a disproportion. Mais le choix serait toujours aussi abstrait : c'est arbitrairement que le juge considère que tant d'unités de bien-être pour les touristes valent tant d'unités de recul de la nature, ou que tant d'unités de progrès militaire valent tant d'unités de satisfactions individuelles refoulées.

Il serait par contre faux de dire qu'il n'y a jamais appréciation *in abstracto* de l'utilité publique. Mais celle-ci n'est pas à proprement parler liée au développement de la jurisprudence *Ville nouvelle Est*. Il y a appréciation *in abstracto* de l'utilité publique lorsque le caractère d'utilité publique d'une opération est fonction par exemple de la catégorie à laquelle appartient la collectivité bénéficiaire. Ainsi la Haute Assemblée se livrait-elle, dans l'arrêt *Borderie,* à appréciation *in abstracto* lorsqu'elle estimait qu' « eu égard notamment à son importance et à son activité », une commune n'avait pas d'intérêt à la gestion d'un centre hippique municipal [250]. De même le tribunal administratif de Nice, lorsqu'il dispose que

> « l'utilité publique d'un projet doit être appréciée compte tenu de son objet et de l'intérêt qu'il présente, eu égard notamment à l'importance et à l'activité de la collectivité au bénéfice de laquelle l'expropriation est poursuivie » [251].

C'est cette appréciation *in abstracto* qui s'est maintenue, par-delà la rupture de la décision *Ville nouvelle Est,* lorsque le juge estime que la « réalisation, dans une agglomération de l'importance d'Aix-en-Provence, d'une rocade destinée à faire face à l'accroissement du trafic automobile » présente un caractère d'utilité publique [252]. Tout au plus la nouvelle jurisprudence peut-elle favoriser le développement de l'appréciation *in abstracto* par le climat qu'elle concourt à développer. On peut songer à l'arrêt *Grassin,* au terme duquel l'opération de création d'un aérodrome de 700 000 F dans une commune de 1 100 habitants est « hors de proportion avec les ressources financières de la commune » [253]. La formulation est neuve mais la solution n'aurait, on vient de le noter avec l'arrêt *Borderie,* pas été impossible au moment de la décision *Malby et Bedouet* [254].

248. 13.XI.1974, *Teuma,* 552; v. aussi 22.X.1975, *Assoc. riverains de la R.N.* 158, 527.
249. Nantes, 7.V.1975, *Assoc. « Les amis de Mesquer »,* 718 (confirmé par S. 7.X.1977, *Synd. des Paludiers,* 380); comp. avec une solution inverse dans une affaire proche : Poitiers, 29.X.1975, *Beau de Loménie,* 766.
250. 4.III.1964, *Borderie, A.J.,* 1964.624; au contraire, Nice et Cagnes, groupées dans un syndicat intercommunal, avaient intérêt à la construction d'un hippodrome : 10.I.1958, *Bô, A.J.,* 1958.II.128; v. aussi A. 23.I.1970, *Neel, A.J.,* 1970.298 (obs. Homont).
251. Nice, 11.II.1970, *Soc. « La Valmasque »,* 809.
252. 4.I.1974, *Equipement c/ Brun,* 6; A. 28.XI.1975, *Pourtier,* 603.
253. S. 26.X.1973, *Grassin,* 598 (concl. Bernard), *A.J.,* 1974.34 (n. J.K.).
254. 13.V.1964, précit.

Aussi bien, on le voit, ce n'est pas tant la nature du mode d'appréciation de l'utilité publique, le plus souvent abstrait, que sa mise en œuvre qui a été bouleversée par la décision capitale de 1971.

237. *Autres exemples d'appréciation abstraite.*

Il serait possible, ponctuellement, d'en discerner quelques-uns. Notons simplement, car il faut exclure l'examen de chaque standard, que la notion de « besoin » est susceptible d'appréciation abstraite. C'est notamment le cas lorsque, pour évaluer un besoin individuel, le juge se fonde sur le besoin qu'il attribue au type de référence unique : ainsi pour les notions de « besoins normaux d'existence » d'une troupe, de revenus ne permettant pas de satisfaire aux « besoins normaux de l'existence », *etc.* L'appréciation de besoins collectifs peut aussi être abstraite si le besoin est conçu comme uniforme : il en va ainsi de notions telles que celle de « besoin hospitalier ». Par contre, le juge glisse nécessairement vers l'appréciation *in abstracto* lorsqu'il vise les « besoins du pays » permettant de déroger au *numerus clausus* en matière d'ouverture d'officines pharmaceutiques : car alors le *numerus clausus* est l'expression du besoin conçu abstraitement de façon uniforme. La dérogation ne peut se fonder que sur une appréciation *in abstracto* prenant en compte quelques types de situations particulières la légitimant [255].

§ 3. — Le rôle dominant de l'appréciation in abstracto dans la jurisprudence

238. *L'appréciation* in abstracto *de la faute de l'administration.*

M. Richer, renversant la perspective classique, a très justement posé que.

> « le droit commun de l'appréciation de la faute de service est l'appréciation *in abstracto* » [256].

Cela est vrai pour la faute de l'administration en général, et cela se confirme pour le défaut d'entretien normal.

Quelques exemples l'attestent pour ce qui est de la première figure, qu'il s'agisse de la faute *de* service, dont l'auteur est identifié, ou de la faute *du* service, anonyme.

L'appréciation *in abstracto* de la faute de service peut consister dans l'exigence d'une capacité particulière de l'agent public : le type de référence n'est plus le type de référence unique mais un type doté de certaines aptitudes. Ainsi, le simple « manque de sang-froid » d'un agent de police qui blesse un passant d'un coup de feu (avant la jurisprudence fondée sur la notion de chose dangereuse) n'a pu être considéré comme une faute qu'au terme d'une appréciation *in abstracto* [257]. Il en va de même pour l'appréciation de la faute de gardiens de prison qui ont laissé des individus s'emparer d'un détenu placé sous leur garde : le type de référence n'est pas là le *bonus paterfamilias* mais le gardien suffisamment courageux et prêt à encourir certains risques [258].

255. V. *supra* les développements du numéro 84-IV.
256. *Op. cit.,* éd. imprimée, p. 65.
257. 6.II.1935, *Montillier,* 160.
258. 29.VII.1950, *Laporte,* 495.

Les exemples pourraient être multipliés sans profit, car tout cela est assez net. On verra par ailleurs un peu plus bas [259], à propos de la prise en compte des moyens du service, que l'appréciation *in abstracto* prédomine aussi bien pour la faute du service que pour la faute de service.

Mais un développement particulier doit être consacré à l'appréciation du défaut d'entretien normal qui a beaucoup retenu la doctrine [260]. Une première remarque : la jurisprudence ne se pose pas en principe la question de savoir si le service avait ou non les moyens d'assurer un entretien d'un type donné. Tous les arrêts semblent se référer à un service type, unique, vis-à-vis duquel l'usager peut avoir certaines exigences et pas d'autres.

Le service de la voirie, par exemple, « ne peut être obligé de faire enlever à tout instant ou de signaler les objets divers qui peuvent s'y trouver délaissés en dehors de son fait » [261]. Par contre, au bout d'un certain délai, le service doit avoir agi, soit en enlevant l'obstacle soit, au moins, en le signalant [262]. Il est possible, dans tous ces cas, que le juge prenne en compte les particularités du service ou les particularités de l'ouvrage (ouvrage important, ouvrage secondaire), mais il n'en dit rien. De la même manière, au cas d'obstacle non pas extérieur à l'ouvrage mais affectant l'ouvrage lui-même, le juge ne retient pas le défaut d'entretien normal avant un certain délai, sans autre précision [263]. De façon générale, l'entretien normal ne peut exiger de l'administration une attitude irréaliste, sauvegardant les usagers des « risques imprévisibles contre lesquels il est pratiquement impossible de (les) prémunir » [264].

La discrétion du juge quant au mode d'appréciation mis en œuvre est constant dans cette jurisprudence, Le plus souvent, il se contente de poser qu'un fait révèle par lui-même un défaut d'entretien normal sans préciser la nature du modèle utilisé. Il faut ici approfondir la question des modes possibles d'appréciation du défaut d'entretien normal. Un problème préalable doit être tranché : laquelle des deux spécifications imaginables est-elle légitime en la matière, la spécification-ouvrage ou la spécification-service ? En d'autres termes, l'entretien normal est-il celui qu'assure le service normal, ou celui qui permet à l'ouvrage d'être dans un état normal. La jurisprudence, on le verra, utilise fréquemment une expression au terme de laquelle l'entretien normal est celui qui assure à l'ouvrage un état conforme à sa destination. C'est donc la spécification-ouvrage qui doit être retenue. Le système de la présomption de faute permet justement de passer de la défectuosité à la faute, de la qualité de l'ouvrage à la qualité du service. Dès lors il n'est pas pertinent de tirer du fait qu'il y a plusieurs types d'ouvrages la conclusion qu'il y a appréciation *in abstracto* de l'entretien de chacun d'eux. Il faut poser que si, pour un type d'ouvrage donné, il y a un seul modèle d'entretien normal, l'entretien normal est apprécié abstraitement, et que si au contraire, pour un type d'ouvrage donné,

259. V. *infra* n° 239.

260. V., p. ex., Mathiot, *op. cit.*, pp. 149 et 166; Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, p. 405.

261. 11.XII.1936, *Békaert*, 1101; S. 27.VI.1930, *Le Pape*, 671; 5.IV.1933, *Soual*, 413; 9.VI.1937, *Benne*, 580; Lille, 31.III.1958, *Franchomme, A.J.*, 1958.II.190; 17.II.1960, *Travaux publics c/ Moussiegt*, 119; 22.X.1975, *Bergon*, 521.

262. 16.VI.1935, *Poirier*, 599; 9.XI.1951, *Semensatis, R.D.P.*, 1952.1065; 16.III.1960, *Cie maritime des transports de goudron*, 199; 29.VI.1960, *Travaux publics c/ Payelle, A.J.*, 1961.II.513.

263. V., p. ex., 14.X.1952, *Michot, R.D.P.*, 1953.739; 4.V.1961, *Travaux publics c/ Cie d'assur. « Seine et Rhône »*, *A.J.*, 1962.195; Clermont-Ferrand, 12.X.1962, *Lucas, A.J.*, 1963.437 (concl. Paulin); 8.II.1967, *Ville de Marseille c/ Rivaux, A.J.*, 1967.567; S. 26.IV. 1968, *Ville de Cannes, A.J.*, 1968.653; 25.III.1973, *Equipement c/ Fougère*, Tb. 1139.

264. 6.V.1970, *Viollet*, 831.

il y a plusieurs modèles d'entretien admissibles, en fonction de l'importance particulière de l'ouvrage par exemple, alors il y a appréciation *in abstracto* de l'entretien normal. Sachant qu'est de toute façon exclue en la matière l'appréciation *in concreto* objective qui consisterait à ce que le juge se pose la question de savoir si, par exemple, le tronçon de route parsemé d'excavations qui ont entraîné l'accident l'était habituellement, et, en cas de réponse positive, à ce qu'il considère que l'entretien a été normal : cela serait absurde.

La question du choix du mode d'appréciation de l'entretien normal peut donc se résumer à ceci :

— soit, pour un type d'ouvrage donné, l'entretien normal est conçu de façon uniforme : alors il y a appréciation abstraite;

— soit, pour un type d'ouvrage donné, l'entretien normal est susceptible de niveaux d'exigence différents selon que l'ouvrage appartient à une sous-catégorie ou à une autre, en fonction de son importance, de son utilisation, et alors il y a appréciation *in abstracto*.

Le juge, on l'a dit plus haut, est très discret en ce domaine, et l'on pourrait être tenté de conclure de sa jurisprudence qu'il procède à appréciation abstraite.

Ainsi semble-t-il considérer toujours, pour s'en tenir à quelques exemples, comme défaut d'entretien normal : le mauvais état d'un chemin, tel qu'il entraîne son effondrement [265], le mauvais état de viabilité, dès lors qu'il dépasse un certain seuil [266], l'état de grave vétusté d'un pont [267], le mauvais état des voies

265. 6.III.1896, *Cie de Lyon c/ Quinson*, 238.

266. V. ainsi 24.XII.1897, *Ville de Roubaix*, 851; 12.II.1919, *Commerce et Danguilhem*, 138; 21.VII.1920, *Travaux publics c/ Soc. marseillaise de trafic maritime*, 737; 22.I.1930, *Ménard*, 92; S. 2.II.1934, *Préfet de la Seine-Inférieure c/ Bellanger*, 172; 20.VII.1935; *Auguste*, 855; 3.VII.1935, *Préfet de Meurthe-et-Moselle c/ Weber*, 855; S. 6.I.1937, *Travaux publics c/ Pasteur Valléry-Radot*, 24; 7.VI.1939, *Tempez-Lebas*, 380; 8.III.1930, *Boff*, 152; 9.II.1940, *Fourel*, 57; 28.II.1941, *Fayolle*, 28; 29.VIII.1941, *Loo*, 167; 10.IV.1942, *Travaux publics c/ Tuech*, 113; 12.V.1942, *Soc. du gaz de Nice*, 154; 22.V.1942, *Bonald*, 165; S. 11.XII.1942, *Cie gén. des eaux c/ Fighiéra*, 352; 13.I.1943, *Soc. messageries laitières*, 6; 15.I.1943, *Soc. Rol-Lister*, 11; 4.VI.1943, *Travaux publics c/ Martin*, 143; Cons. Préf. Alger, 13.V.1949, *Spelta, A.J.T.*, 1950.156; 17.III.1950, *Travaux publics c/ Torta*, 174; 12.X.1955, *Travaux publics, A.J.*, 1955.II.412 (obs. Coulet); 2.XII.1955, *Bertrand, A.J.*, 1956.II.39; 2.XII.1955, *Barba, A.J.*, 1956.II.40; 13.VI.1956, *Travaux publics c/ Pouradier-Duteil*, 245; Lyon, 1.II.1957, *Blint, A.J.*, 1957.II.376; 22.II.1957, *Bertin, A.J.*, 1957.II.216; 6.V.1957, *Revil*, Tb. 1044; 15.V.1957, *Travaux publics c/ Evrard*, Tb. 1044; 19.VI.1957, *Cmne de Fougères, A.J.*, 1958.II.30; 26.VI.1957, *Cmne de Rethel, A.J.*, 1957.II.417; 28.VI.1957, *Guinlé, A.J.*, 1957.II.458; 16.XI.1957, *Ville de Marseille c/ Poro, A.J.*, 1957.II.458; S. 14.II.1958, *Cmne de Nay, A.J.*, 1958.II.63 (concl. Long); 23.V.1958, *Novello, A.J.*, 1958.II.259; 15.VII.1958, *Cmne de Bastia, A.J.*, 1958.II.411; 15.VII.1958, *Meunier, A.J.*, 1958.II.413; 5.XII.1958, *Déptnt Réunion, A.J.*, 1959.II.9; Lille, 9.I.1959, *Lecouffe, A.J.*, 1959.II.93; 2.V.1959, *Travaux publics c/ Regouvelet, A.J.*, 1959.II.166; 2.V. 1959, *Ville de Bourges, A.J.*, 1959.II.166; Lyon, 19.VI.1959, *Caisse primaire de S.S. de Roanne, A.J.*, 1958.II.334; Lyon, 27.XI.1959, *A.J.*, 1960.II.35; Lyon, 23.XII.1959, *Soc. chimique de Gerland, A.J.*, 1960.II.75; 22.I.1960, *Caisse régionale de S.S. de Nantes, A.J.*, 1960.II.69; Lyon, 26.II.1960, *Lopez c/ Paire, A.J.*, 1960.II.190; 22.III.1961, *Mathien*, Tb. 1206; 3.V.1961, *Billmann, A.J.*, 1961.II.516; 20.X.1961, *Soler, A.J.*, 1962.194; 10.I.1962, *Travaux publics c/ Martin, A.J.*, 1962.383 (obs. Luce); 14.III.1962, *Cie d'assur. « Le Phénix »*, *A.J.*, 1963. 49; 24.IV.1963, *Cmne de Bois-Colombes c/ Galland, A.J.*, 1963.571; 24.IV.1963, *Entrep. Aix, A.J.*, 1963.572; 29.IV.1963, *Navarro, A.J.*, 1963.572; 26.VI.1963, *Kisseleff*, Tb. 1007; 16.X.1963, *Pommier*, Tb. 1007; 4.I.1964, *Déptnt du Nord, A.J.*, 1964.507; 15.IV.1964, *Roman, A.J.*, 1964.651; S. 20.XI.1964, *Ville de Carcassonne, A.J.*, 1965.186; 27.I.1965, *Morard*, 57; 27.I.1965, *Pasquelin*, 54; 25.VI.1965, *Peyre, A.J.*, 1966.58; 20.V.1966, *Berenger*, 353; 7.X.1966, *Ville de Bordeaux*, 526; S. 4.XI.1966, *Déptnt de la Vendée, A.J.*, 1967.560; 4.I.1967, *Cmne de Sornay, A.J.*, 1967.II.364; 29.XI.1967, *Vocanson*, Tb. 950; 29.III.1968, *Cmne du Coteau, A.J.*, 1968.488; 3.IV.1968, *Flanchart*, Tb. 1135; 7.III.1969, *Equipement c/ Yurard*, 147; 9.VII.1969, *Ville d'Ajaccio*, 365; 4.II.1970, *Lautin*, Tb. 1233; 24.VI.1970, *Cmne de St-Aigulin*, 437; 2.X.1970, *Blasco, A.J.*, 1971.313; 23.X.1970, *Soc. Renaudin, A.J.*, 1971.316; 2.XII.1970, *Soc. des eaux de Marseille, A.J.*, 1971.245 (n. Moderne); S. 28.V.1971, *Ville de St-Jean-de-Maurienne, A.J.*, 1971.553; 28.I.1972, *Déptnt de Saône-et-*

ferrées d'un tramway [268], les chutes d'arbres prévisibles [269], le défaut ou la mauvaise signalisation des obstacles les plus divers [270], la rupture d'un chevron

Loire, 98; 17.III.1972, *Rosenwald*, Tb. 1249; 28.IV.1972, *Pothier*, Tb. 1247; 22.II.1973, *Boucher*, Tb. 1139; S. 4.V.1973, *Matière*, 324, *A.J.*, 1974.43; S. 7.XII.1973, *Ville de Bezons*, 712, *A.J.*, 1974.330; 6.II.1974, *Gazeau*, 89; 23.X.1974, *Cie « Général Accident »*, 510; 4.XII.1974, *Linarès*, Tb. 1201; A. 14.II.1975, *Vimart*, 113; 24.II.1975, *Lineau*, Tb. 1303; 9.VII.1975, *Soc. Etab. Hillairin*, 420; S. 26.XI.1976, *Déptnt de l'Hérault, A.J.*, 1977.266; 9.II.1977, *Ville de Limoges, D.A.*, 1977 n° 125 : *la seule utilité de cette liste fastidieuse est de montrer — si on la compare au petit nombre d'exemples que l'on trouvera réellement explicites pour illustrer la thèse de l'appréciation* in abstracto *de l'entretien normal — à quel point le juge est discret sur les arcanes de son choix en la matière.*

267. 22.II.1884, *Bonfante*, 178; 25.V.1900, *Fierfol*, 370; 22.II.1907, *Lennard*, 199; 10.III.1965, *Caisse centrale lyonnaise de S.S.*, 164.

268. 28.XII.1900, *Cie gén. franç. de tramway c/ Lavastre*, 867; 15.III.1912, *Steunou*, 391, 3.III.1920, *Cie gén. de tramway*, 236; 22.III.1922, *S.A. Sucreries Say*, 254; 9.VII.1924, *Prin-Clary*, 663; 29.VII.1925, *Ville de Dijon*, 764; 8.I.1930, *Roux*, 17; 27.XI.1930, *Cie des tramways électriques de Béziers*, 994; 29.XI.1933, *Jansolin*, 1117; 13.V.1936, *Cie des tramways électriques de Sète*, 539; 4.XI.1936, *Cie des omnibus et tramways de Lyon*, 965; 5.XII.1941, *Ville de Nice*, 211; 28.VIII.1942, *Offenstein*, 263; 18.XI.1942, *Cie gén. franç. des tramways*, 325; 18.XII.1942, *Peyrelon*, 354; 15.VII.1952, *Bisson*, Tb. 910; S. 3.V.1957, *Ducoin, A.J.*, 1957.II.267 (concl. Gazier); Lille, 31.X.1958, *Etab. Dufaye, A.J.*, 1959.II.92; Lille, 21.XI.1958, *Gyselinck, A.J.*, 1959.II.92; 13.V.1959, *Ville de Tours c/ de Loynes, A.J.*, 1959.II.167; passages à niveau et rails de voies ferrées : 17.VI.1925, *Cie des chemins de fer du Midi c/ Iché*, 589; 8.VII.1925, *Rebaud*, 663; 1.II.1933, *Castagnino*, 145; 5.V.1943, *Jacquart*, 117; 28.II.1947, *Fontaine*, 89; portillon de passage à niveau : 31.V.1938, *Cie chemins de fer du Nord*, 500.

269. Chutes non prévisibles : 20.III.1926, *Grimaud, R.D.P.*, 1926.261 (concl. Rivet); 29.III.1933, *Dalang*, 376; 29.XI.1933, *Travaux publics c/ Pergola*, 1116; 3.I.1934, *Travaux publics c/ Michenot*, 18; 13.VI.1934, *Travaux publics c/ Nabal*, 679; 13.II.1935, *Prunet, R.D.P.*, 1935.612; 11.II.1953, *Travaux publics, R.D.P.*, 1953.1087; 28.VI.1957, *Caisse primaire de S.S. de Maine-et-Loire, A.J.*, 1957.II.418; 28.IV.1958, *Travaux publics c/ Bourgeon, A.J.*, 1958.II.260; 11.I.1963, *Travaux publics c/ Hamaide-Henry, A.J.*, 1963.312; chute prévisible : S. 5.V.1933, *Lévy*, 493; 17.VI.1936, *Dobel*, 664; 9.VI.1937, *Benne*, 580; S. 16.XII.1938, *Travaux publics c/ Cozé*, 951; 15.II.1939, *Ville de Paris c/ Touquet*, 94; 3.XII.1958, *Joulin, A.J.*, 1959.II.9; 14.III.1969, *Ville de Paris c/ Rainteau, A.J.*, 1969.711.

270. D'amas de matériaux : 7.VIII.1906, *Ville de Nîmes*, 782; 6.VII.1910, *Faure et Brunon-Chauvet*, 558; 12.V.1911, *Dorville*, 565; 31.I.1917, *Travaux publics c/ Champagne*, 106; 22.VI.1951, *Hamelin, R.D.P.*, 1951.1151; 22.VI.1955, *Buttard, A.J.*, 1956.II.40; 13.V.1959, *E.D.F. c/ Garnier, A.J.*, 1959.II.163; 17.I.1962, *Soria, A.J.*, 1962.382 (obs. Luce); 13.XI.1964, *Ville de Marseille c/ Dor, A.J.*, 1965.311; d'un rétrécissement de la chaussée : 15.VII.1957, *Lambert, A.J.*, 1957.II.417; d'une borne : 5.XII.1958, *Fontaine, A.J.*, 1959.II.9; d'un empierrement n'ayant pas encore subi le cylindrage : 11.IV.1924, *Travaux publics c/ Chapuis*, 400; d'un chantier : Lille, 28.II.1958, *Cousinard c/ Entrep. Dewitte, A.J.*, 1958.II.105; 17.IV.1963, *Travaux publics c/ Gauthier, A.J.*, 1963.570; 1.VII.1974, *Monin*, 389; *A.J.*, 1975.145; d'une tranchée : 10.XI.1965, *Cmne de la Penne*, Tb. 1081; S. 22.XII.1967, *Soc. coop. ouvrière « Les paveurs versaillais »*, *A.J.*, 1968.652; 17.VI.1974, *Vignals*, 345; 12.II.1975, *Lussagnet*, Tb. 1302; d'une excavation : S. 7.III.1969, *Equipement c/ Lodi, A.J.*, 1969.711; 9.V.1973, *Piperaux*, 343; d'un terre-plein : 22.I.1965, *Cie d'assur. La Paix*, Tb. 1080; 12.X.1966, *Vinetto*, Tb. 1129; 31.V.1974, *Ville de Paris*, 332; d'une aire de stationnement : 28.IV.1971, *Chbre de commerce de La Rochelle, A.J.*, 1971.689; d'un accotement mal délimité : 5.XI.1975, *Leguem*, 544; d'une bordure débordant sur la chaussée : Nancy, 20.X.1970, *Maugan*, 861; d'une décharge dangereuse : 20.V.1966, *O.P.H.L.M. Castres*, 348; 7.X.1966, *Demma*, 1127; insuffisance de l'éclairage d'un lieu public : 15.IV.1964, *E.D.F. c/ Manzoni, A.J.*, 1964.652; de la signalisation de la hauteur anormalement faible d'un pont : 3.VI.1959, *Déptnt du Gard c/ Lagrate*, Tb. 1129; de la signalisation d'une planche recouvrant une tranchée : 15.VII.1957, *Bouffala, A.J.*, 1957.II.377; d'un affaissement de la route : Lyon, 26.II.1960, *Malosse, A.J.*, 1960.II.71; 23.VI.1976, *Duffau*, 335; d'un bombement anormal de la chaussée : 6.X.1972, *Roux*, Tb. 1247; du caractère anormalement glissant d'une route : Bordeaux, 17.VI.1961, *Preziosi, A.J.*, 1961.II.654 (concl. Luce); 3.III.1971, *Equipement c/ Roger style, A.J.*, 1971.436; de la submersion fréquente de la chaussée : 16.VI.1965, *Courtin*, Tb. 1081; du fait qu'elle est sujette à éboulements de rochers : 12.VI.1970, *Equipement c/ Chevallier*, 407; 28.X.1974, *Quoirez*, 520; du mauvais état de la chaussée en général : 6.X.1965, *Tordo*, Tb. 1077; d'un lieu de passage d'animaux sur une voie autoroutière : 2.IV.1971, *Soc. des autoroutes du Nord de la France*, 282; s'il ne s'agit pas d'une zone habituelle, il n'y a pas défaut d'entretien normal : S. 20.VII.1971, *Bolusset, A.J.*, 1971.547; 19.III.1976, *Soc. des autoroutes Paris-Lyon*, 172, *A.J.*, 1976.530 (concl. Franc); d'un passage à niveau : 9.X.1957, *S.N.C.F. c/ Bordier, A.J.*, 1957.II.411; Pau, 15.XI.1972, *Raffaele, A.J.*, 1973.274; du dérèglement d'un système de signalisation automatique : 22.IV.1966, *Ville de Marseille,*

de charpente entraînant la chute d'un toit [271], la défaillance du système d'écoulement des eaux [272], du clocher ou de la voûte d'une église [273], d'une construction servant de salle des fêtes [274], des garde-corps d'un pont-levis [275], du balisage d'un port [276], d'une chaîne d'ancrage toujours dans un port [277], la chute de rochers dans un périmètre de travaux en cours [278], l'absence d'élagage d'un arbre bordant la voie publique ayant entraîné la chute d'une tuile d'un toit [279], le mauvais fonctionnement d'une digue ayant engendré une crue [280], le descellement d'une balustrade à l'opéra [281], l'aménagement défectueux des accès d'un théâtre [282], l'absence de « pare-avalanches » à un endroit où il aurait fallu « raisonnablement » en implanter [283], la présence d'une taupinière énorme sur un aérodrome [284], l'accumulation d'ustensiles inutiles et de matière inflammable à côté de marchandises sur un quai [285, 286], *etc.*

Il peut sembler ainsi que l'entretien normal est apprécié abstraitement à l'aide d'un modèle unique valable pour chaque ouvrage. Pour prendre l'exemple de la voie publique, le modèle de la voie publique entretenue normalement pourrait être assez facilement précisé à l'aide d'une dizaine ou d'une vingtaine

A.J., 1967.115; 5.X.1966, *Del Carlo, A.J.*, 1967.115; d'un sens unique : S. 7.I.1966, *Ville de Clermont-Ferrand, A.J.*, 1966.189 (chron. Puissochet et Lecat); d'un pont flottant sur un canal : 6.VII.1960, *Soc. Alpina Scheepvaart, A.J.*, 1961.II.513; d'un pieu dans un cours d'eau navigable : 2.VI.1920, *Cie gén. de navigation Havre-Paris-Lyon-Marseille*, 547; d'une cible de tir en pleine mer : Pau, 25.VI.1969, *John Starr, A.J.*, 1970.127; S. 4.XII.1970, *Défense nationale c/ Starr*, 733, *A.J.*, 1972.112 (n. Moderne), *etc.* V. aussi absence totale de visibilité du fait de la fumée d'un feu allumé en bordure de la route par les Ponts et Chaussées : 24.IV.1963, *Soc. d'assur. « Les travailleurs français c/ Raguideau, A.J.*, 1963.571; 15.XII.1965, *Marchandier*, Tb. 1080; S. 13.X.1972, *Caisse régionale de réassurances mutuelles agricoles*, 635 (concl. Guillaume); *A.J.*, 1973.153.

271. 30.IV.1909, *Marine c/ La Zurich*, 443; l'insuffisante solidité d'une charpente métallique : Grenoble, 3.VII.1974, *Lopez*, 746.

272. 25.I.1939, *Cmne de Villié-Morgon*, 37; 16.VII.1955, *Ville de Béziers, A.J.*, 1955.II.411; 30.X.1963, *Carlier, A.J.*, 1964.119 (obs. Laporte); 4.XI.1970, *Déptnt de la Charente*, Tb. 1233; S. 21.VII.1970, *Brocas, A.J.*, 1963.164; 26.X.1973, *Caisse mutuelle de réassurance agricole*, 604; 30.XI.1973, *Equipement c/ Simon*, 689.

273. S. 18.I.1946, *Fouchy*, 22; S. 7.III.1947, *Lapeyre*, 104.

274. 29.VII.1950, *Roussel*, 496.

275. S. 20.IV.1956, *Déptnt des Hautes Alpes, A.J.*, 1956.II.181 (concl. Long); effondrement d'une passerelle provisoire : 29.V.1968, *Moreau, A.J.*, 2969.60.

276. 14.VI.1950, *Laumer*, 363; 30.VI.1950, *Travaux publics et soc. Mérienne, R.D.P.*, 1951.534, *A.J.*, 1950.424; 21.XI.1956, *Port autonome du Havre, A.J.*, 1957.II.11.

277. 18.XI.1959, *Soc. Orion Shipping, A.J.*, 1960.II.34; 29.IV.1963, *Province de Tamatave, A.J.*, 1963.570.

278. 7.X.1960, *Ets Jullien, A.J.*, 1961.II.371; v. aussi : 6.VII.1973, *Equipement c/ Dalleau*, 482, *A.J.*, 1973.607; 7.XI.1973, *Equipement c/ Maurin*, 623.

279. S. 14.IV.1961, *Rastouil, A.J.*, 1961.II.304 (concl. Heumann).

280. 4.IV.1962, *Travaux publics c/ Soc. « Chais d'Armagnac »*, *A.J.*, 1962.595 (concl. Braibant); v. aussi 4.I.1963, *Synd. du canal de Carpentras, A.J.*, 1963.312; 12. V. 1971, *Déptnt des Alpes-Maritimes, A.J.*, 1971.687; mauvais fonctionnement des vannes d'un barrage : 27.XI.1974, *Aménagement du territoire c/ Veret*, 596; v. aussi 2.XI.1938, *Travaux publics c/ Cie gén. de navigation Paris-Lyon-Marseille*, 824; 8.II.1939, *Travaux publics*, 72; S. 6.X.1944, *Soc. Streichenberger, R.D.P.*, 1946.333 (concl. Detton); Lille, 17.XI.1956, *Payelle, A.J.*, 1957.II.173.

281. 24.IV.1963, *Affaires culturelles c/ Abelsom, A.J.*, 1963.571; v. pour une écritoire de marbre : Pau, 25.III.1974, *Kuhn*, 692.

282. S. 26.I.1968, *Maron*, 69, *A.J.*, 1968.295; 23.II.1968, *Ville de Nîmes*, 139; grille d'une église posée de façon dangereuse : 20.IV.1966, *Ville de Marseille*, 266.

283. Grenoble, 7.VII.1971, *Tixier, A.J.*, 1972.178; S. 11.IV.1975, *Déptnt de la Hte-Savoie*, 230.

284. 14.VI.1972, *Bollecker*, 445.

285. 26.VI.1974, *Port autonome de Marseille*, 370, *A.J.*, 1975.38.

286. V. aussi les vices affectant ou non toutes sortes d'ouvrages : un lavoir municipal (6.XI.1936, *Navas-Galabert*, 968); les ruines d'Angkor (3.II.1937, *Pogam*, 152); un regard d'égout (S. 5.III.1937, *Feichl*, 277; 1.XII.1937, *Cmne d'Antibes*, 987), *etc.*

de directives : c'est une voie publique où il n'y a pas d'excavation de plus de 5 centimètres, où toutes les défectuosités de quelque importance sont signalées et, dans certains cas, éclairées la nuit, où un objet abandonné par un tiers et susceptible de créer un danger doit être enlevé dans un délai compris entre vingt-quatre heures et soixante-douze heures, *etc.* En réalité, l'impression de l'appréciation abstraite ne vient que de la très nette prédominance dans le contentieux d'un type de route que l'on pourrait dire intermédiaire par opposition aux routes très secondaires et aux voies autoroutières. Or il apparaît nettement que le juge distingue au moins entre ces trois types de référence pour apprécier l'entretien normal d'une voie. L'emploi de la formule à laquelle il a été fait allusion un peu plus haut, et qui définit l'entretien normal comme celui qui « doit être envisagé pour assurer au public un usage de l'ouvrage conforme » ou « propre à sa destination », n'est pas un obstacle à l'appréciation *in abstracto :* bien au contraire, elle initie à l'idée qu'il peut y avoir des variations d'exigence selon la destination particulière de chaque ouvrage [287].

De fait, il arrivera que le juge déroge au type unique de référence qu'il semblait avoir élaboré, par exemple pour la voie publique, en refusant d'appliquer la directive jurisprudentielle des 5 centimètres,

> « eu égard au degré d'importance (d'une) localité et à son caractère d'agglomération rurale » [288].

De même, il considérera qu'

> « étant donné les caractéristiques propres du chemin, simple chemin de terre non empierré, le maire... n'a commis aucune faute en s'abtenant d'y implanter une signalisation limitant la vitesse ou le poids des véhicules » [289].

En revanche, l'entretien normal d'une voie autoroutière sera apprécié

> « compte tenu de la vigilance particulière que les conditions spéciales de circulation sur les autoroutes imposent aux personnes qui sont chargées de leur entretien » [290].

En dehors de ces trois grands types de routes, le juge considère selon un type de référence propre les voies à usage spécifique. Ainsi un rail en saillie de 5,5 cm sur le chemin de contre-halage d'un canal n'est pas un défaut d'entretien normal « compte tenu des conditions habituelles d'utilisation de cet ouvrage » [291].

287. V. cette formule *in* S. 16.V.1930, *Travaux publics c/ Lussagnet,* 527; S. 27.VI.1930, *Le Pape,* 671; S. 25.VII.1930, *Bourel,* 820; S. 25.VII.1930, *Travaux publics c/ Wattiau,* 821; 2.VII.1931, *Rost,* 721; 9.III.1932, *Bos,* 288; S. 5.V.1933, *Lévy,* 493; 3.I.1934, *Travaux publics c/ Michenot,* 18; S. 2.XI.1934, *Menu,* 999; 9.VI.1937, *Benne,* 580; 22.VI.1938, *Travaux publics c/ Fontaine,* 573; 8.II.1939, *Travaux publics,* 72; 7.IX.1945, *Laurent,* 190; 24.X.1952, *Michot, R.D.P.,* 1953.739; 25.II.1953, *Fagard, R.D.P.,* 1953.1087; 30.I.1957, *Kheloufi, A.J.,* 1957.II.124; 9.VII.1958, *Buschmuller, A.J.,* 1958.II.354; 6.VII.1960, *Travaux publics c/ Menan, A.J.,* 1961.II.514.

288. 10.II.1943, *Walter,* 39; v. aussi 12.X.1956, *Findeli, A.J.,* 1956.II.450; v., pour des compléments sur cette question, *infra* n° 268 *in fine.*

289. 8.XI.1968, *Fayemendy,* 555; notons toutefois que la question des chemins ruraux est particulière; la loi du 20 août 1881 posait dans son article 10 que « la commune pourvoit à l'entretien des chemins ruraux reconnus dans la mesure des ressources dont elle peut disposer » (V. 28.X.1949, *Gonnord,* 451); cette solution était étendue à d'autres matières par la jurisprudence (v. C. Préf. 18.XII.1933, *Legendre, D.,* 1933.III.74); la jurisprudence concernant la voirie n'en est pas moins significative (v. concl. Rivet, 20.III.1926, *Grimaud, R.D.P.,* 1926.259).

290. 1.III.1967, *Ruban, A.J.,* 1967.567; 21.X.1970, *Nessi-Bigeault, A.J.,* 1971.316.

291. 30.X.1964, *Travaux publics c/ Piquet,* 506 (concl. Fournier), *A.J.,* 1964.727.

Par-delà cette spécification-importance de la route, il est certain que le juge opère des distinctions fines selon d'autres points de vue. L'absence de signalisation d'un virage difficile ne sera pas tenue pour un défaut d'entretien normal dans une route de montagne, mais le sera au contraire sur une route de la Beauce. De même, c'est « eu égard au caractère de la voie qui est une route de montagne » que des brèches dans le parapet ne constituent pas un défaut d'entretien normal [292].

L'appréciation *in abstracto* n'intéresse pas seulement, bien sûr, la voirie. On retiendra encore que le juge se montre plus particulièrement exigeant pour l'entretien normal des endroits destinés aux jeunes enfants, considérant comme défaut d'entretien normal la moindre saillie du sol d'une cour de récréation [293] ou la présence de branches basses de sureau sur le passage obligé des jeunes écoliers [294], ou encore la présence d'une tige de métal non protégée sur le radiateur d'une école [295]; de même, c'est « compte tenu de l'affectation des locaux » qu'une porte vitrée à faible hauteur, démunie de tout dispositif de protection, « constituait un danger sérieux » dans une école [296, 297]. Par contre, « la circonstance qu'une excavation se trouvait à proximité d'un couloir et n'était protégée que par une murette d'une hauteur de 60 centimètres ne constituait pas un défaut d'entretien normal... compte tenu de la destination » de locaux qui ne sont pas « normalement affectés à recevoir du public » [298].

Mais, encore que prépondérante, la spécification prenant en compte le caractère particulier de l'utilisation ou de la structure de l'ouvrage n'est pas la seule. Il peut arriver que l'appréciation *in abstracto* soit fondée sur une spécification-époque. Il en va ainsi dans l'arrêt *Commune de l'Escarène :*

> « A la date de cet accident, le chemin où il est survenu, auparavant en bon état d'entretien, était constamment utilisé par les troupes engagées dans les opérations de guerre alors en cours dans la région et subissait, de ce fait, des dégradations importantes et continuelles; ces circonstances empêchaient la commune d'assurer l'entretien normal dudit chemin, et, eu égard aux mêmes circonstances, l'absence d'une signalisation particulière ne peut être retenue à la charge de la commune. » [299].

Il ne semble pas que l'on puisse rattacher cette jurisprudence à un cas de force majeure. En dépit de sa motivation, il faut donc en conclure qu'à certaines périodes particulières les exigences de l'entretien normal diminuent.

A moins de considérer, bien qu'en principe ce soit la spécification-ouvrage qui soit utilisée et non la spécification-service, que cette dernière joue ici un rôle, à titre résiduel. Improbable en l'espèce, cette solution est très exceptionnellement retenue. Ainsi, dans un arrêt *Société française des papiers peints,* la Haute Assemblée a-t-elle estimé qu'il n'y avait pas défaut d'entretien normal dans la mesure où « le service local des Ponts et Chaussées avait engagé tous les moyens dont il disposait pour répondre à plusieurs demandes d'intervention » en vue de parer aux effets de coulées de boue [300]. Comme on va le voir dans

292. 27.XII.1950, *Carat, R.D.P.,* 1951.1159.

293. S. 2.II.1934, *Cmne de Laguépie c/ Roumagnac,* 169.

294. 22.XII.1954, *Education nationale, Cmne de Bussy-Lettrée et Brisson,* 684; v. aussi 22.V.1968, *Marin,* Tb. 1029, *A.J.,* 1968.600; 7.I.1970, *Cmne de Cassis, A.J.,* 1970.255; 14.III.1969, *Ville de Perpignan, A.J.,* 1969.711.

295. 21.II.1962, *Cmne de Neuves-Maisons,* 117.

296. S. 28.II.1964, *Armées c/ Kankowsky, A.J.,* 1964.580.

297. Cette jurisprudence comporte toutefois des limites; v. 30.XI.1956, *Ville de Cannes, A.J.,* 1957.II.20; 16.I.1970, *Ville de Lomme, A.J.,* 1970.255.

298. 19.V.1965, *Déptnt de l'Allier,* Tb. 1083, *A.J.,* 539.

299. 14.III.1951, *Cmne de l'Escarène, R.D.P.,* 1951.1159.

300. 5.X.1973, *Soc. franç. des papiers peints,* 552.

quelques lignes, la référence aux moyens est ici le signe d'une appréciation *in abstracto :* le juge considère que l'on peut attendre d'un service local tel degré de moyens et pas tel autre, et que le bon emploi de moyens limités, mais réputés suffisants à un tel niveau, répétons-le, établit l'entretien normal. Ajoutons que parfois la référence aux moyens dans ce domaine n'est pas le signe d'une appréciation *in abstracto* fondée sur une spécification-service, car les décisions font référence, sans prendre en compte le caractère propre du service, aux « moyens dont disposent *les services* qui ont la charge dudit entretien » [301].

En bref, il apparaît que l'appréciation de l'entretien normal s'effectue en principe suivant une appréciation *in abstracto,* discrète mais bien réelle, généralement fondée sur une spécification-ouvrage, mais prenant en compte exceptionnellement une spécification-service.

239. *La portée de la référence aux moyens du service.*

La prise en compte des moyens du service n'est pas à proprement parler une nouveauté dans la jurisprudence administrative. Ce qui appartient en propre à la période la plus récente, c'est l'invocation explicite de ce facteur et l'intérêt porté par la doctrine aux implications de ces formulations de la jurisprudence. Celles-ci se trouvent par exemple dans le cadre des décisions concernant la responsabilité des services de police, notamment la responsabilité pour faute des services de lutte contre l'incendie.

Dans la plupart des cas, aucune référence n'est faite aux moyens. Mais il en va parfois différemment. La Haute Assemblée peut ainsi disposer que l'incendie

> « ne pouvait être combattu efficacement par les moyens d'extinction dont disposait la commune » [302].

Ou encore que

> « du fait que la commune d'Evisia, qui n'a que 600 habitants, dispose de moyens de lutte réduits, le sinistre devait inévitablement causer des dommages importants » [303].

Y a-t-il là le signe d'une appréciation *in concreto* comme, sortant curieusement de la prudence et de la discrétion du juge en ces questions, l'a affirmé un jour le tribunal administratif de Limoges ? [304]. Si l'on revient à la définition spécifique de l'appréciation *in concreto* objective à laquelle nous nous sommes arrêté, il faudrait, pour estimer qu'en la matière est mise en œuvre une telle appréciation, poser que les moyens du service, quels qu'ils soient, exonèrent celui-ci de sa faute dès lors qu'ils sont habituellement insuffisants. Rien ne serait plus monstrueux. Rien ne correspond moins à l'état de la jurisprudence. Celle-ci prend simplement en considération le fait qu'affirmer que tout service de lutte contre l'incendie doit à tout moment avoir les moyens de lutter contre tout sinistre serait totalement irréaliste. Il faut donc accepter de considérer comme normaux à un moment donné des équipements donnés pour un type de service de lutte contre l'incendie donné. C'est la simple et raisonnable limitation

301. 6.VII.1960, *Travaux publics c/ Menan, A.J.*, 1961.II.514 (c.n.q.s.); v. aussi 8.XI.1961, *Aubert, A.J.*, 1962.463.
302. 19.III.1965, *Fouet,* 183; v. aussi 2.III.1962, *Cmne de Roquefort,* Tb. 1103.
303. 20.XI.1968, *Cie d'assur. « La Fortune »,* 579.
304. Limoges, 30.VI.1954, *Legrand, A.J.*, 1955.II.84 (obs. Dubisson) : « la question de savoir s'il y a ou non faute lourde est appréciée *in concreto* par le juge ».

qu'apporte le juge à un principe d'adaptabilité ou de mutabilité du service mal compris. La référence aux moyens n'est pas l'entérinement par le juge des moyens effectifs du service pour cela seul qu'ils sont effectifs mais l'acceptation nécessaire de la modulation des moyens que l'on peut exiger des services de lutte contre l'incendie selon leur importance et leur environnement. Chaque service doit, dans cette perspective, être jugé par référence au modèle lui correspondant, ce qui est le propre de l'appréciation *in abstracto* [305]. S'il fallait d'ailleurs une preuve supplémentaire qu'il n'y a pas appréciation *in concreto* en ce domaine, il suffirait de retenir les formules de la jurisprudence pour ce qui concerne le fonctionnement des moyens matériels des services de lutte contre l'incendie. Ceux-ci doivent être en bon état, quelque raison que puisse invoquer le service. Cette obligation de résultat quant aux moyens, si l'on nous autorise cette expression qui peut surprendre, est le signe d'un climat tout autre que celui de l'appréciation *in concreto.* Ainsi lorsque le juge dispose que la défaillance d'une motopompe

> « est par elle-même constitutive d'une faute lourde..., alors même que celle-ci établirait, comme elle le soutient, qu'elle avait pris toutes les mesures en son pouvoir pour assurer le bon entretien du matériel » [306],

l'appréciation devient-elle franchement abstraite. Une telle conception exclut *a fortiori* l'appréciation *in concreto* de l'ampleur des moyens du service.

La référence aux moyens est fréquente aussi dans le cadre de la jurisprudence concernant la responsabilité de l'administration en raison du suicide d'un aliéné à l'hôpital public. C'est « eu égard aux moyens dont disposait l'hôpital » ou encore « compte tenu des moyens dont disposait le centre hospitalier » que la faute est ou n'est pas consacrée [307], [308]. Toutes ces formules assez récentes de la jurisprudence sont en réalité dépourvues d'ambiguïté et ne légitiment pas fondamentalement l'ire du professeur Demichel, telle qu'elle s'est manifestée dans une chronique demeurée fameuse, séduisante selon certains mais excessivement injuste pour l'administration et pour son juge.

> « Le fonctionnement d'un service public, écrivait cet auteur, doit être apprécié par rapport au type abstrait du bon service public et non compte tenu d'une insuffisance, même si elle ne lui est pas imputable. » [309].

En vérité, le Conseil d'Etat ne fait pas autre chose : il ne prend pas en considération, par les formules sus-énoncées, les insuffisances concrètes de tel

305. Notons que la référence aux moyens ne revêt pas toujours la même portée dans cette jurisprudence. Souvent, ce n'est pas l'insuffisance des moyens dont est doté le service, figure qui vient d'être envisagée, mais l'insuffisance des moyens amenés par le service sur les lieux du sinistre qui est visée. Cette seconde figure ne nous intéresse pas ici. (V., p. ex., S. 29.II.1952, *Soc. « La Séquanaise »,* 145, *R.D.P.*, 1952.1069; 17.VI.1955, *Brandelly, A.J.*, 1955.II.411, obs. Coulet; 8.I.1958, *Batz de Tranquelléon, A.J.*, 1958.II.72; 29.XI.1963, *Brun, A.J.*, 1964.114).
306. 28.VI.1961, *Cmne de St-André-des-Alpes,* 440; 21.I.1966, *Cie d'assur. « La Paix »,* *A.J.*, 1966.519; v. aussi 12.VII.1969, *Cmne de St-Quay,* Tb. 950; 18.I.1974, *Millet,* 48; ajoutons que la défaillance ne révèle cependant pas par elle-même une faute lourde, si elle n'a pas eu d'effet sur la valeur de l'ensemble des moyens mis en œuvre : 8.X.1975, *Soc. d'assur. moderne des agriculteurs de France, A.J.*, 1976.48.
307. 17.XI.1965, *Hôpital-hospice d'Autun,* Tb. 1053; S. 5.I.1966, *Hawezack,* 6, *D.*, 1966.II.317 (n. Moderne); 13.X.1967, *Dubois,* Tb. 926; 31.III.1971, *Petit,* 265; 5.III.1975, *Moulis,* 177; le passage de la faute lourde à la faute simple entre *Hôpital d'Autun* et *Hawezack* explique peut-être le développement de la formule relative aux moyens, dans le but de limiter l'extension de la responsabilité de l'administration.
308. V. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers,* 1973, pp. 105 ss.; m. auteur, « Une source importante de responsabilité administrative, le suicide du malade à l'hôpital public », *A.J.*, 1972, pp. 195 ss.
309. « Vers le *self-service* public », *D.*, 1970, chron. 16, p. 79.

ou tel service, mais ses insuffisances de droit, si l'on peut dire, insuffisances qu'il reconnaît de droit sur le fondement de cette idée de bon sens qu'on ne peut pas exiger de services qui ont certaines spécialités qu'ils soient aptes à agir dans le domaine d'une spécialité qui leur est étrangère ou qu'ils n'assument qu'à titre secondaire avec les moyens exacts, en matériels et en hommes, que requiert cette spécialité. Dire autre chose reviendrait, pour le Conseil d'Etat, à exiger de tout hôpital général qu'il soit aussi bien équipé par les soins des malades mentaux que les hôpitaux psychiatriques spécialisés, solution absurde dans ses termes mêmes [310].

Il semble que la jurisprudence doive ici être comprise comme reprenant pour l'essentiel la distinction classique des établissements psychiatriques « fermés », tels que définis par la loi du 30 juin 1838, et des établissements « ouverts », généralement services psychiatriques d'hôpitaux généraux ou services libres d'hôpitaux psychiatriques [311]. Tant qu'un établissement ouvert garde un malade, c'est qu'il estime que ce malade ne relève pas des conditions plus rigoureuses d'enfermement, de surveillance et de traitement qui prévalent dans un établissement fermé. Il soigne alors ce malade avec ses moyens propres, plus souples. S'il y a suicide, on ne saurait l'imputer dès lors à l'insuffisance des moyens : seul le diagnostic est en cause, qui dispose de son régime propre de responsabilité, toujours fondé sur la faute qualifiée, lourde aujourd'hui.

Au demeurant, lorsqu'un hôpital général descend au-dessous du seuil de ce que l'on peut attendre, du point de vue de ses moyens, d'un tel établissement pour de telles affections, le Conseil d'Etat n'hésite pas à consacrer la faute [312]. Plus même, si un diagnostic juste a été posé par l'hôpital général au terme duquel le malade aurait dû être transporté dans un hôpital spécialisé, mais que ce transfert n'a pas été possible du fait du manque de places disponibles dans ce second établissement, l'hôpital général sera jugé en faute s'il n'a pas, dans cette circonstance particulière, en quelque sorte transcendé ses moyens normaux et fait surveiller en permanence le malade suicidaire [313].

Il demeure que notre proposition n'épuise pas la jurisprudence. Dans l'arrêt *Epoux Girardo* ainsi, alors qu'est en cause un « hôpital psychiatrique », le Conseil d'Etat estime que, « compte tenu des moyens dont disposait ce dernier », le fait que la victime n'ait pas été soumise à surveillance permanente n'est pas fautif [314]. Une observation doit être faite sur cette décision avant de trancher le point de savoir quelle est sa portée : il s'agit d'un arrêt mal motivé, puisque la Haute Assemblée estime que s'il n'y a pas faute, c'est « compte tenu des moyens dont disposait ce dernier et de la circonstance qu'il n'avait pas été averti des précédentes tentatives de suicide de l'intéressé ». Cette dualité de motivation est gênante et l'on pourrait croire que cet arrêt n'est qu'un arrêt maladroit. Mais, en vérité, il n'est jamais très satisfaisant, lorsqu'un arrêt semble infirmer la théorie de la jurisprudence que l'on vient d'élaborer, de le réputer sans signification. En supposant que l'arrêt *Girardo* soit significatif, on peut en donner à première vue deux interprétations : soit le juge y a procédé

310. M. Moderne le souligne dans sa note précitée sous *Hawezack*.
311. V. Lafon, *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*, 1960, pp. 147 ss. et 165 ss.; v. quoiqu'un peu différent des arrêts précités, 18.I.1974, *Hamadi*, 51; 17.VI.1974, *Caisse de mutualité agricole de la Charente-Maritime*, Tb. 1154; ce dernier arrêt est très significatif : « la circonstance qu'il est parvenu à défoncer le grillage qui obstruait la fenêtre pour se précipiter par celle-ci ne suffit pas à établir l'existence d'un défaut d'aménagement de l'établissement, lequel n'était pas spécialisé dans le traitement des malades mentaux ».
312. 18.V.1960, *Hôpital de Châtellerault*, Tb. 1124.
313. 11.XII.1970, *C.H.R. Brest*, Tb. 1189.
314. 30.X.1968, *Girardo*, Tb. 1100.

à titre exceptionnel, et de façon choquante, confirmant le pessimisme de M. Demichel, à appréciation *in concreto* objective; soit le juge y a eu recours à appréciation abstraite : aucun établissement psychiatrique, quel que soit son type, ne peut être tenu à la surveillance permanente d'un malade. Ces deux hypothèses semblent devoir être rejetées et la seconde, au demeurant, est infirmée par la jurisprudence. C'est donc, selon nous, une troisième interprétation qui doit prévaloir. La mauvaise motivation à laquelle il a été fait référence serait seulement une motivation malhabile dans sa forme mais convaincante quant au fond. Elle pourrait se résumer ainsi : un hôpital psychiatrique est tenu de faire surveiller, si nécessaire en permanence, ses malades, mais s'il doit avoir les moyens de cette surveillance particulière, il ne saurait *a priori* être tenu de l'exercer spontanément sur tous les malades. En l'espèce, le malade s'était suicidé le jour même de son entrée à l'hôpital et sans que l'établissement ait été informé de la réalité de son état. Son comportement ne saurait dès lors constituer une faute.

Une autre décision fait, de prime abord, difficulté : l'arrêt *Dame Désert*. Un malade mental en traitement à la clinique psychiatrique d'un centre hospitalier régional avait été amené à la clinique chirurgicale pour recevoir des soins alors qu'il avait marqué à diverses reprises son intention de se suicider et qu'il avait fait plusieurs tentatives en ce sens. Le Conseil d'Etat estime que, « compte tenu des moyens dont il disposait, (l'hôpital) n'a pas pris les mesures de sécurité que la situation exigeait » et qu'il y a faute [315]. Cette décision doit être mise à part : c'est parce que l'hôpital en question disposait des moyens adéquats, et a transféré « sans nécessité » le malade dans un service qui ne les possédait pas, qu'il y a eu faute [316]. L'arrêt *Dame Désert* confirme en réalité l'appréciation *in abstracto* qui domine cette jurisprudence.

La portée de la référence aux moyens n'est donc pas douteuse : en principe, elle n'est que l'instrument de l'appréciation *in abstracto*, et elle n'entraîne aucun des effets désastreux que l'on pourrait craindre à première vue.

240. *L'appréciation* in abstracto *de la faute de l'administré.*

Souvent, l'appréciation de la faute de l'administré se fait *in abstracto*. Ne serait-ce que parce qu'on retrouve assez naturellement en droit administratif cette idée, dont le rôle est essentiel dans le champ de la responsabilité de droit privé, que

> « le professionnel est un être à part qui, en contrepartie des avantages qu'il tire de son état, doit supporter des charges spéciales et est soumis à des règles plus sévères que le commun des mortels » [317].

En fait, il faut distinguer deux types de fautes du professionnel :

— La faute du professionnel peut être la faute professionnelle au sens strict, le manquement à une obligation spécifiquement professionnelle;
— Elle peut être encore, dans le domaine des obligations générales, et non spécifiquement professionnelles, le manquement légitime pour le *bonus paterfamilias* mais non pour le professionnel doté de certaines aptitudes.

La faute professionnelle au sens strict est bien sûr appréciée *in abstracto*, par référence non au type unique de l'homme avisé mais au type du professionnel

315. 20.X.1971, *C.H.R. de Caen c/ Désert*, 625.
316. V., dans le même sens, 1.III.1974, *Mourat*, 161.
317. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 227; v. aussi les riches développements de M. Moreau, *op. cit.*, pp. 203 ss.

de la branche doté des capacités adéquates à ses fonctions. Ainsi les fautes que peut commettre un architecte dans la surveillance des travaux [318], ou, dans leurs activités techniques, un carrier [319], un cantonnier [320], un marin [321], un médecin, *etc.*

De même, c'est *in abstracto* qu'est apprécié le devoir général de prudence, de circonspection, de diligence qui incombe à chacun mais dans la mise en œuvre duquel le juge se montre plus exigeant dès lors qu'il s'agit d'un professionnel.

Une société doit se montrer, avant de se lancer dans des opérations financières ou commerciales, particulièrement prudente [322]. Intéressante à cet égard est la jurisprudence des renseignements erronés, fausses promesses ou attitudes équivoques de l'administration [323]. Il n'est en effet pas admissible qu'un professionnel avisé et capable soit induit en erreur dans certains cas où il serait légitime pour le simple administré d'avoir confiance dans la validité d'un renseignement ou d'une promesse.

En ce domaine, il y a bien sûr toute une série d'arrêts qui ne posent pas de problèmes et pour lesquels l'appréciation la plus abstraite peut suffire à déceler la faute : professionnel averti ou administré quelque peu perdu dans le dédale administratif n'ont pas l'un plus que l'autre à se fier à des renseignements purement officieux ou gracieux, et donnés comme tels [324] ou à s'en tenir désespérément à des renseignements que l'autorité qui les a donnés a très rapidement rectifiés [325], ou à se contenter de renseignements ou d'autorisations manifestement donnés hors des formes régulières [326], ou en eux-mêmes insuffisamment probants [327], ou encore de promesses aléatoires [328]. Inversement, quel que soit le niveau de compétence exigible de l'administré, il ne saurait en principe avoir commis d'imprudence dès lors que c'est l'autorité compétente qui a donné le renseignement ou effectué la promesse dans les formes prévues [329], ou lorsqu'une présomption de véracité s'attache avec trop de force aux signes

318. 30.I.1957, *Déptnt de la Seine-et-Oise, A.J.*, 1957.258; 24.X.1962, *Hugues, A.J.*, 1963.165; 16.VI.1965, *Cabet*, 362; 23.XI.1966, *Collinet, A.J.*, 1967.432; S. 17.III.1967, *Imbert, A.J.*, 1967.565; Nancy, 23.V.1967, *P..., A.J.*, 1968.250; 3.XI.1967, *Petton*, Tb. 855; 5.III.1969, *de Richemont, A.J.*, 1969.313; 23.IV.1969, *Bouclier, A.J.*, 1969.314 (chron. Dewost et Denoix de St-Marc); 21.IV.1971, *Besnard-Bernadac, A.J.*, 1971.429.

319. 7.VIII.1909, *Préfet de la Creuse*, 837; 10.IV.1935, *Cmne de St-Savin*, 499; v. aussi 16.XII.1970, *Teppe*, 774, et 10.V.1974, *Cmne de Thusy*, 277.

320. 26.I.1938, *Cmne de Beuzec*, 94.

321. 12.VI.1914, *Auffret Worms*, 701; 30.IV.1954, *Bethencourt*, 249; 20.III.1926, *Bernard*, 322; 19.III.1932, *Caisse d'assurances maritimes*, 378; 5.XII.1951, *Binkenès*, 574; 30.VI.1950, *Travaux publics et Soc. Mérienne*, 408, *R.D.P.*, 1951.534, *A.J.*, 1950.424; 17.II.1954, *Cie navale de l'Afrique du Nord*, 111; 7.I.1976, *Yannakakis*, 2.

322. 27.XII.1950, *Cie gén. des transports en Afrique, R.D.P.*, 1951.1154; 19.XI.1954, *Soc. Scandinavia, A.J.*, 1955.II.26; v. aussi, A. 29.III.1946, *Caisse d'assur. de Meurthe-et-Moselle, R.D.P.*, 1946.492, concl. Lefas, n. Jèze (*G.A.J.A.*, 289).

323. V. André, « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverses formes d'engagement non contractuel de l'administration », *A.J.*, 1976, pp. 20 ss.; Di Malta, « Les renseignements administratifs », *D.*, 1964, chron. 33, pp. 225 ss.

324. 15.VI.1923, *Fellus*, 496; 23.X.1957, *Cornilliat*, 548; 23.III.1966, *Boitard*, 222; 10.VII. 1970, *Barrillet*, 496.

325. 11.III.1927, *Bareau*, 324.

326. 17.V.1927, *Touzet*, 576.

327. 23.VI.1965, *Baixas*, Tb. 1056.

328. 13.X.1976, *Rossel-Calva*, 409.

329. 11.V.1932, *Travaux publics c/ Soc. travaux du Sud-Ouest*, 480; 16.I.1935, *Jacque*, 62; 23.I.1952, *Cmne de St-Rémy-sur-Aure*, 49; 18.X.1957, *Bouveret*, 542; 22.V.1958, *Anciens combattants*, 291; 23.V.1962, *Anciens combattants*, 346; 30.I.1963, *Anciens combattants*, Tb. 988; 22.I.1964, *Quenza, A.J.*, 1964.450; 7.XII.1966, *Armées c/ Martin*, 650; 5.XI.1969, *Jaquet*, 477; 13.II.1974, *Pierre*, Tb. 1149.

sur lesquels il a fondé sa conviction, encore que certaines espèces soient assez exigeantes [330].

Mais, dans nombre de cas, l'appréciation *in abstracto* joue un rôle. Ainsi lorsque le juge administratif estime qu'une société bancaire a été légère d'ouvrir un compte courant à une société de travaux publics au seul vu de renseignements peu précis fournis par une commune débitrice de ladite société [331]. Ou lorsque la Haute Assemblée considère qu'un architecte qui a l'habitude de travailler avec l'Etat « ne pouvait ignorer » les dispositions concernant les honoraires d'architectes [332], ou encore, qu'il s'agisse d'un architecte, d'un urbaniste ou d'un entrepreneur, les modalités juridiques de passation des marchés [333]; ou lorsqu'elle dispose qu'une société de promotion immobilière doit prendre en compte non seulement les réglementations d'urbanisme définitives, mais celles qui sont presque achevées, même si elles n'ont pas été encore déclarées d'utilité publique [334]; ou qu'un importateur « ne pouvait ignorer ni les difficultés que représentait l'octroi (des) autorisations (d'importation), ni la procédure à laquelle leur délivrance était soumise » [335]. Nombreuses sont ainsi les décisions où le juge impute aux professionnels certaines qualités de prudence, de méfiance, de savoir, de méthode, dans l'évaluation de leur aptitude vis-à-vis des renseignements et promesses de l'administration [336].

La modulation de l'exigence de prudence, par le jeu de l'appréciation *in abstracto*, est souvent très fine, oscillant d'une indulgence certaine à une sévérité évidente. Indulgence ainsi à l'égard d'un producteur de porcins induit en erreur par « les assurances prématurées données par le secrétaire général aux affaires économiques » à la préfecture régionale, dont l'imprudence n'est pas retenue [337]. Sévérité à l'encontre d'un ingénieur hydrographe auquel une commune a promis d'engager un projet excédant ses ressources, et qui aurait dû attirer l'attention du Conseil municipal sur cette impossibilité financière [338].

241. *L'appréciation* in abstracto *de la faute disciplinaire.*

Dans le cadre de la jurisprudence disciplinaire, et sans qu'il soit besoin d'y insister longtemps, les fonctions occupées par l'agent, du point de vue de leur niveau hiérarchique, du point de vue de l'administration de rattachement, sont prises en compte de façon essentielle pour la qualification de son comportement. Comme l'a écrit récemment avec esprit M. Rivéro.

330. 28.IV.1971, *Education nationale*, Tb. 1191, *A.J.*, 1971.683.

331. S. 18.II.1944, *Soc. du Crédit national de Normandie*, 61; v. aussi 25.II.1944, *Soc. Pommier*, 69; 23.XI.1962, *Synd. intercomm. de la Lomagne*, 1108.

332. 26.VII.1944, *A... T..., A.J.*, 1947.274; v. aussi 19.VI.1936, *M...*, et 11.VI.1947, *M...., A.J.*, 1947.273; 18.VI.1952, *Ali Tur*, 322; 12.X.1960, *C.H.R. de Nantes*, 528.

333. S. 20.IV.1934, *Verdier*, 465; 10.V.1939, *Cmne de Chassieu*, 310; 1.III.1957, *Cmne de Perthus*, 133, *A.J.*, 1957.II.160; 17.V.1963, *Cmne de Monein*, 305; 5.VII.1974, *Devillers*, Tb. 1056.

334. 4.III.1949, *Soc. Stadium de Paris*, 113.

335. 21.XII.1951, *Feiz-Karam*, 612; v. aussi 26.II.1964, *Finances c/ Soc. Millo-Frohlich*, 139.

336. S. 9.XI.1934, *Soc. Smith Premier Powers*, 1040; S. 30.VII.1949, *Soc. « Les fromageries Bel »*, 388; 9.II.1951, *Grpnt des mareyeurs de Fécamp, R.D.P.*, 1951.1159; 12.III.1954, *Weickert*, 152; 25.VI.1954, *Otto*, 380; 11.II.1955, *Soc. « Fabriques réunies »*, 83; 11.V.1956, *Soc. Lesieur-Afrique*, 194; 23.III.1962, *Budjet*, 210; S. 24.IV.1964, *Soc. huileries de Chauny, A.J.*, 1964.318 (chron. Fourré et Puybasset), *R.D.P.*, 1964.799 (n. Waline); S. 24.IV.1964; *Finances c/ Soc. des moulins de Pont-à-Mousson, A.J.*, 1964.319; 7.IV.1965, *Soc. « Air Couzinet Transocéanic »*, 229; 13.XI.1974, *Coulibeuf*, 567; 26.V.1976, *Soc. normande de construction*, 275.

337. 1.VI.1949, *Mialet*, 257.

338. 13.IV.1945, *Cmne de Thierville*, 74.

> « on n'a pas connaissance, grâce à Dieu, d'un seul manquement à la réserve imputé à un membre de l'enseignement supérieur : et pourtant le conformisme gouvernemental n'est pas, heureusement, la dominante de leurs écrits » 339.

Cela ne veut pas dire que, comme le pensait M. Bourdoncle, l'obligation de réserve soit appréciée *in concreto* 340. C'est d'une appréciation *in abstracto* qu'il s'agit, le comportement que le juge veut évaluer étant par lui rapporté au comportement non d'un type unique d'individu, ni même d'un type unique de bon agent public, mais au comportement attendu de la catégorie de fonctionnaire dont relève celui dont l'attitude est jugée.

Ainsi, dans le cadre de la jurisprudence concernant le devoir de réserve, la Haute Assemblée estimera-t-elle que

> « le requérant a adopté une attitude incompatible avec sa qualité de sous-brigadier des gardiens de la paix » 341,

ou que

> « le requérant, en commettant ces faits, s'est départi de la réserve que doivent observer les titulaires des fonctions judiciaires » 342,

ou encore que, « eu égard à la nature des fonctions auxquelles donnent accès les études poursuivies à l'E.N.A. », le fait pour un candidat d'avoir tenu un meeting contre des mesures gouvernementales dans la mairie où il était rédacteur justifie le refus du ministre de l'admettre à concourir 343, ou enfin que certaines injures

> « sont incompatibles avec la réserve incombant à tout fonctionnaire et *spécialement* à un chef de bureau » 344.

L'arrêt *Sieur Beville* résume d'une formule cette jurisprudence : les agents publics ne doivent pas se départir de

> « la réserve qu'(ils sont) tenus d'observer en raison de (leur) qualité » 345.

Parfois, la jurisprudence est moins explicite, mais son sens n'est néanmoins pas douteux 346. Et lorsque, par hasard, elle semble renoncer à l'appréciation *in abstracto* assez fine qui prend en considération la catégorie d'appartenance de l'agent, pour se livrer à une appréciation *in abstracto* moins subtile qui se contente d'opposer l'agent public au reste de la population, la doctrine, assez justement, s'en étonne. Ainsi dans l'affaire *Dame Kowalewski*, contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement Mosset, la Haute Assemblée avait-elle estimé que le fait que « la dame Kowalewski, malgré les avertissements donnés par le ministre aux agents de l'administration des postes (ait) participé activement à une manifestation sur la voie publique non autorisée » constituait

339. « Sur l'obligation de réserve », *A.J.*, 1977, p. 582.
340. « De l'obligation de réserve qui s'impose aux fonctionnaires français », *D.*, 1960, chron. 37, p. 239; sur l'ensemble de la matière, v. m. auteur, *Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français*, 1957.
341. 20.II.1952, *Magnin*, 117.
342. 5.II.1954, *Addad Abdelkader*, *R.D.P.*, 1954.564; v. aussi 21.II.1968, *Aubertin*, *A.J.*, 1968.478; S. 1.XII.1972, *Obrégo*, *A.J.*, 1973.41 (concl. Grévisse, chron. Cabanes et Léger).
343. Paris, 21.II.1962, *Caire*, *A.J.*, 1962.364; Paris, 20.VI.1962, *Wallon*, *A.J.*, 1962.691.
344. 9.VII.1965, *Pouzenc*, 421, *A.J.*, 1966.179 (c.n.q.s.).
345. 8.I.1964, *Beville*, *A.J.*, 1964.444.
346. 4.XII.1968, *Affaires sociales c/ Lamare*, *A.J.*, 1969.366; 10.I.1969, *Melero*, *A.J.*, 1969.366; 10.III.1971, *Jannès*, *A.J.*, 1971.622.

un manquement à la réserve. Cette décision fut critiquée par M. Long en ces termes :

> « La requérante avait, pour défendre sa cause, de solides arguments : elle appartenait à la catégorie tout à fait inférieure des agents des P.T.T., et il était difficile de se montrer beaucoup plus exigeant pour de tels agents que pour des ouvriers du secteur privé. » 347

L'appréciation *in abstracto* de la réserve n'utilise au demeurant pas la seule spécification-nature du service et nature de la fonction : la période récente a vu le développement de la prise en compte de la spécification-dirigeant syndical. L'obligation de réserve est atténuée non pas pour tout syndicaliste 348, mais pour les dirigeants syndicaux 349. Autre spécification utilisée, mais dont le rôle est moindre, celle qui a trait au lieu du manquement :

> « L'obligation de réserve s'impose... plus particulièrement aux agents en service à l'étranger. » 350

Les méthodes d'appréciation appliquées par le juge à la réserve valent bien sûr pour les autres obligations, souvent voisines et difficiles à distinguer, des agents publics 351.

Et il en est de même des obligations qui pèsent sur les professionnels qui appartiennent à une profession organisée. La notion de manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ainsi, dans le contentieux de l'amnistie, est en principe appréciée *in abstracto*. Bien sûr, souvent, les obligations communes de bon comportement suffiraient à considérer comme constituant de tels manquements, au terme d'une appréciation abstraite, les faits en cause : la complicité de vol est ainsi, abstraitement, un manquement à la probité 352. Parfois, le juge fait usage de certaines tournures de phrase qui peuvent indiquer l'appréciation abstraite, car elles posent que c'est en lui-même que le fait incriminé est un manquement. Ainsi l'expression « que le fait qui a donné lieu à la révocation... est de ceux qui sont exceptés de l'amnistie » avec ses variantes 353.

Au contraire, tendent dans l'ensemble vers l'appréciation *in abstracto*, fondée sur la prise en considération de la profession du requérant, les décisions qui précisent que « dans les circonstances où elle a été commise, l'infraction... ne constitue pas un manquement à la probité au sens de l'article... », et autres formules 354. Plus nets encore sont les arrêts qui spécifient avec beaucoup d'insis-

347. A. 27.V.1955, *Kowalewski*, *A.J.*, 1955.II.281 (obs. Long); v. aussi 12.X.1956, *Cochand*, *A.J.*, 1956.II.432; mais, là; le manquement était très grave.
348. C'est le sens de la décision précitée *Obrégo*.
349. S. 8.VI.1962, *P.T.T. c/ Frischmann*, *A.J.*, 1962.443; 25.V.1966, *Rouve*, *A.J.*, 1966.561; 4.IV.1973, *Siredey*, 283; A. 31.I.1975, *Volff*, 70; m. jour, *Exertier*, 75, *A.J.*, 1975.124 (chron. Franc et Boyon); sur cette question, v. Bréchon-Moulènes, « Obligation de réserve et libertés syndicales », *A.J.*, 1973, pp. 339 ss.; et Piquemal, *op. cit.*, t. 2, pp. 179 ss.
350. 13.VII.1966, *Finances c/ Leblanc*, 476, *A.J.*, 1967.106; v. aussi S. 8.III.1968, *Plenel*, *A.J.*, 1968.247.
351. V. ainsi, pour la discrétion, 6.III.1953, *Faucheux*, *R.D.P.*, 1953.1035.
352. 16.X.1957, *Gopée*, 534.
353. 19.VII.1939, *Forges*, 486; 21.VII.1939, *Altesleben*, 505; 1.XII.1950, *Gallo*, 588; 15.XII.1961, *Sabadini*, *A.J.*, 1962.578, obs. Paulin (« que de tels faits entrent dans la catégorie de ceux qui sont exceptés de l'amnistie »).
354. 2.II.1949, *Fécan*, 44; 6.V.1949, *Grunberg*, 790; 19.VI.1953, *Goudou*, Tb. 612; S. 12.VII.1955, *Grunberg*, 407 (concl. Guionin); S. 31.V.1963, *Kraemer*, 337, *D.*, 1963.II.553 (concl. Braibant); 13.VII.1963, *Préfet de police c/ Laisney*, Tb. 822; 6.XI.1963, *Chevallier*, 524; 3.VII.1968, *Pennec*, 413; 30.X.1968, *Assemat*, Tb. 859; S. 29.XI.1968, *Veillet*, 609, *J.C.P.*, 1969.II.15883 (obs. Ould Aoudia); 11.XII.1968, *Bouton*, Tb. 859; 14.II.1969, *Marcuccini*, Tb. 741; 11.II.1970, *Pech*, 103; 31.III.1971, *Barbet*, 264; S. 14.V.1971, *Transports c/*

tance la profession de l'auteur de l'acte : est alors visé, par exemple, « le fait, pour un dentiste... » [355]. D'autres décisions, de la même manière, parlent de « l'honneur du corps » [356], de « l'honneur professionnel » [357], de « comportement professionnel contraire à l'honneur » [358], de « l'honneur et (de) la probité professionnels » [359], ou procèdent à qualification « compte tenu de la nature des fonctions exercées » [360].

De façon générale, ainsi que le notaient il y a une vingtaine d'années. MM. Fournier et Braibant, le mouvement de cette jurisprudence dans les années cinquante a été au déclin de la prise en considération de « l'honneur en soi, dans l'absolu, hors de toute contingence », bref de l'appréciation abstraite, et au progrès de la référence à « une sorte d'honneur professionnel », la Haute Assemblée passant « ainsi du plan de la moralité pure à celui, plus sûr, plus familier et moins sujet à controverses philosophiques de la déontologie pratique » [361]. C'est la multiplicatioin des lois d'amnistie qui a contraint, semble-t-il, le juge, par le truchement de l'appréciation *in abstracto*, à étendre la portée de la réserve concernant l'honneur, la probité et les bonnes mœurs : ce mode d'appréciation a en effet permis d'intégrer nombre de devoirs spécifiques à la profession exercée [362, 363].

242. *L'appréciation* in abstracto *du dommage anormal.*

M. Moreau estimait dans sa thèse qu'il y a appréciation concrète du dommage anormal engendré par un ouvrage public dans la mesure où la jurisprudence prend en considération trois éléments relatifs à la victime, sa profession, sa position particulière vis-à-vis de l'ouvrage, enfin le caractère spécial du préjudice [364]. Cette dernière condition est en fait autonome et ne saurait de toute façon entraîner la conclusion qu'il y a appréciation *in concreto* de l'anormalité du dommage. Un mot sur l'avant-dernière : il est vrai que le juge administratif se livre souvent à un bilan coût-avantage, la « compensation de plus-value », on a déjà eu l'occasion d'y consacrer un développement, en opérant par exemple compensation entre l'avantage retiré par un riverain de l'ouvrage et le préjudice par lui supporté. Mais ceci n'influence pas la détermination du caractère anormal ou non du dommage : l'influence, lorsqu'elle se produit, intervient à un moment

Guichardon, 362; S. 17.XII.1971, *Virapin-Apou*, 779 (concl. Braibant); 10.V.1972, *Dufond* 352, *A.J.*, 1973.145; 26.X.1973, *Caisse primaire de la Somme*, 600; 11.VI.1975, *Barbet*, Tb. 877.

355. 17.VI.1950, *Lusquin*, Tb. 688; v. aussi S. 2.III.1956, *Berson et Mouillard*, 104; 10.XII.1958, *Cubertier*, 635, *A.J.*, 1959.I.70 (chron. Combarnous et Galabert).

356. 19.III.1954, *Aguillaume*, 166; v. aussi S. 20.VI.1958, *Louis*, 368.

357. S. 23.III.1962, *Boileau*, 205; 5.VII.1972, *Ouahnon*, 511; 4.V.1973, *Salphati*, 326.

358. S. 14.V.1971, *Transports c/ Guichardon*, 362.

359. 9.V.1973, *Bensadoun*, 343.

360. 3.V.1961, *Pouzelgues, A.J.*, 1961.II.356.

361. Chron. gén. jurisp. adm., *A.J.*, 1957.II.91, à propos de 14.XII.1956, *Baudin*, 478; v. aussi les développements, qui apparaissent au demeurant un peu excessifs, de MM. Fournier, concl. S. 22.I.1960, *Rey, A.J.*, 1960.II.60, et Galabert et Gentot, chron. gén. jurisp. adm. 3.V.1961, *Pouzelgues, A.J.*, 1961.II.333.

362. V. Debbasch, « L'amnistie en matière disciplinaire », *D.*, 1963, chron. 39, p. 263; Savoye, « La notion de manquement à l'honneur », *D.*, 1968, chron. 18, notamment p. 104.

363. Parfois, il semble que la prise en considération des conditions propres à la profession puisse au contraire avoir pour effet de ne pas faire considérer comme manquement un fait qui le serait probablement au terme d'une appréciation abstraite; v. ainsi S. 13.VII.1962, *Touzart*, 485 : « que la circonstance qu'un engagement a été pris par un médecin sur l'honneur ne suffit pas à elle seule à conférer dans tous les cas à sa violation le caractère d'un manquement à l'honneur »; il faut tenir compte « tant de l'objet même de l'engagement dont s'agit que des conditions dans lesquelles il a été violé ».

364. *Op. cit.*, pp. 111 ss.; v. aussi même point de vue *in* Girod, *La réparation du dommage écologique*, 1974, pp. 67 ss. et notamment p. 74.

ultérieur du raisonnement du juge, et a pour effet d'abaisser ou même de supprimer l'indemnisation due par l'administration pour le dommage anormal [364 *bis*].

Il demeure que le juge prend effectivement en considération la profession de la victime, ainsi d'ailleurs que certaines autres des particularités de celle-ci ou de son habitation. C'est « compte tenu des professions exercées par les riverains » qu'il apprécie l'anormalité du dommage [365]. Et il estime que certains inconvénients affectant l'ensemble d'un immeuble sont graves « spécialement pour les commerçants » [366]. Cette prise en considération de la victime n'est pas le signe d'une appréciation *in concreto* : car ce n'est pas la victime elle-même, individuellement saisie dans tout son particularisme, qui est la mesure de l'anormalité du dommage, c'est la victime en tant qu'elle relève d'une catégorie donnée que le juge a décidé de distinguer du gros des victimes de ce type de dommage. C'est donc bien une appréciation *in abstracto* qui est mise en œuvre en la matière.

Sera ainsi réputé anormal le dommage subi par un pâtissier du fait d'émanations provenant de pavés de bois de la chaussée, récemment posés et imprégnés d'un liquide aseptique, qui ont rendu impropres à la consommation ses produits [367]. Non anormal en principe, pour les riverains de la voie publique, le dommage causé par les bruits, fumées et poussières provenant d'un chantier [368]. Anormaux par contre les dommages causés par de longs travaux menés le long d'un restaurant [369], par le bruit de machines auprès d'un hôtel [370], par la pollution causée par une usine à une rivière et de ce fait à un établissement hydrothérapique situé en aval et installé antérieurement à l'usine [371], par la fumée des locomotives altérant la couleur des rubans fabriqués par les ouvriers à domicile à Saint-Etienne [372].

Dans certains cas, le Conseil ne précise pas la nature du magasin, mais la prend visiblement en considération, en disposant par exemple :

> « que le requérant n'apporte pas la preuve que des poussières provenant de l'exécution des travaux pour la construction du chemin de fer métropolitain aient causé ni dégâts appréciables à sa boutique, ni diminution de valeur de ses marchandises » [373].

Lorsqu'il y a atteinte directe aux aisances de voirie, l'appréciation *in abstracto* n'a pas pour effet de faire juger le dommage anormal exclusivement en faveur des commerces : car, on va le voir dans quelques lignes, l'anormalité du dommage est plus facilement admise alors dans tous les cas. Cependant elle entraîne une reconnaissance plus facile de l'anormalité du dommage atteignant les boutiquiers. Anormal bien sûr est le dommage causé à un garage par la privation d'accès pendant quelques mois et *a fortiori* définitivement [374], ou même le simple fait que

364 *bis*. V. notre conception générale de l'économie de ce système de responsabilité, *supra*, n° 144, n. 27.

365. 26.X.1945, *Communications c/ Mathevot*, 216.

366. 27.X.1950, *Ville de Paris*, 520, *A.J.T.*, 1950.575.

367. 5.VIII.1911, *Charabot*, 956.

368. 30.XII.1942, *Jacquault*, 365; 14.VI.1944, *Bonnin*, 171.

369. 9.IV.1913, *Ville de Grenoble*, 382.

370. 13.VII.1926, *Soc. du gaz de Nice c/ Vermeulen*, 742; S. 17.XI.1933, *Soc. Decaux*, 1068; 9.II.1966, *Déptnt du Rhône*, Tb. 1131, *A.J.*, 1966.441; 9.VII.1969, *Cmne de Vauvenargues;* 5.XII.1973, *Vidal*, 696.

371. 13.IV.1870, *Lafont*, 438; pour un moulin : 16.VI.1958, *Mallouet*, 1040.

372. 6.V.1887, *Ferréol*, 372; v. aussi 20.VII.1877, *Gibus*, 714.

373. 7.II.1917, *Vandest*, 122.

374. 15.III.1940, *Travaux publics c/ Lacoste*, 111; 8.II.1967, *Ville de Marseille c/ Paban*, Tb. 955, *A.J.*, 1967.311; 8.I.1964, *S.A.R.L. Dunkerquoise Cabour, A.J.*, 1964.452; 29.V.1974, *Reyboz*, 326; 29.IV.1977, *Soc. Vallet-Saunal, D.A.*, n° 202.

cet accès ait été rendu plus difficile [375]. Cette solution est valable pour tous les types de commerce et ne se limite pas à l'atteinte aux accès : souvent est prise en compte notamment l'atteinte portée par l'ouvrage à la visibilité de la boutique et de ses enseignes [376]. N'est par contre pas anormal, pour n'importe quelle activité, le dommage causé par la brève interruption de la possibilité de stationnement devant un magasin [377], ou par la suppression provisoire d'un accès si un second accès reste libre [378], ou encore par quelques gênes minimes à l'accès [379].

Il y a toutefois une limite à la prise en considération de la réceptivité particulière d'un type d'activité aux troubles de voisinage. Le Tribunal administratif de Paris a ainsi posé très abstraitement qu'en faisant procéder « à la fixation de pieux de fondation par un procédé de battage dont il est constant qu'il était conforme aux usages de la profession du bâtiment », l'administration « n'a fait qu'user normalement d'une faculté appartenant à tout propriétaire », et que, de ce fait, il ne saurait y avoir eu de dommage anormal, même pour la société Philips, qui s'est trouvée dans l'impossibilité de réaliser une série d'enregistrements de ce fait [380]. C'est la résurgence de l'idée, qui n'était plus guère exprimée dans la jurisprudence depuis une cinquantaine d'années, qu'il y a de toute façon des travaux qui constituent un usage normal du droit de propriété et ne sauraient, comme tels, ouvrir droit à indemnité [381]. Ainsi les effets de l'appréciation *in abstracto* de l'anormalité du dommage sont-ils parfois compensés par ceux de l'appréciation abstraite de la normalité du travail.

Au-delà d'un certain seuil, le dommage est de toute façon, pour quiconque et pas seulement pour le commerçant ou l'industriel touché dans son activité, anormal. Anormal est ainsi le dommage causé à des particuliers par les bruits et les fumées considérables provenant d'un atelier de réparations de locomotives à vapeur [382], par le fait qu'un accès à un immeuble soit définitivement rendu beaucoup plus difficile ou impossible [383] et pas seulement un peu plus difficile ou

375. S. 19.VII.1929, *Dupouy*, 769; 27.XI.1935, *Travaux publics*, 1111; 31.V.1938, *Cmne de Dives*, 500; 4.VI.1943, *Vincent frères*, 144.

376. V. concernant des commerces très divers et des atteintes variées : 9.IV.1913, *Ville de Grenoble*, 382; 1.XII.1914, *Chabaud*, 1008; 9.IV.1919, *Moreau*, 363; 15.XII.1916, *Le Roussel*, 549; 19.I.1927, *Deleval*, 78; 19.III.1930, *Deleval*, 321; 6.I.1937, *Moyot*, 15; 21.XII.1937, *Tirard*, 1081; 7.VI.1944, *Delmas*, 166; 14.XI.1957, *E.D.F.*, Tb. 1047; 5.II.1958, *Ville de Marseille*,, 72, *A.J.*, 1958.II.156; Lyon, 22.I.1960, *Redontaud, A.J.*, 1960.II.72; 6.VI.1962, *P. et T. c/ Moussa*, Tb. 1146; 15.I.1965, *Travaux publics c/ Bauer*, 36; 17.II.1965, *Ville de Sarcelles*, 117; 22.XI.1968, *Anicet*, Tb. 1133; 12.III.1969, *Ville de Paris, A.J.*, 1969.582; 6.III.1970, *Ville de Paris c/ Marmuse*, 165, *A.J.*, 1970.706; 7.XI.1973, *Soc. « Bourse-Coiffure »*, Tb. 1142; S. 15.III.1974, *Renault*, 189, *A.J.*, 1974.329 (chron. Franc. et Boyon); 6.V.1977, *Soc. Grands Travaux de Marseille, D.A.*, 1977, n° 197; v. aussi, pour la suppression d'accès à une bananeraie : 7.VII.1976, *D.O.M.-T.O.M. c/ Laguarigue, D.A.*, 1976, n° 285.

377. 22.III.1933, *Bocabarteille*, 344.

378. 7.VII.1870, *Ville de Paris*, 880; 3.VIII.1928, *Poiret*, 1049; 4.VII.1934, *Soc. Lewis*, 769; et même la suppression définitive si un accès identique subsiste : 1.III.1968, *Croissant*, 157.

379. 5.VIII.1911, *Tarible*, 957; 14.V.1919, *Cie parisienne de distribution d'électricité*, 426.

380. Paris, 27.II.1969, *Soc. phonographique Philips*, 616.

381. V., p. ex., 11.V.1883, *Chamboredon*, 480 (concl. Le Vavasseur de Précourt); 21.XII.1906, *Ville de Carpentras*, 958; 13.III.1908, *Blay*, 277; 30.IV.1909, *Cmne de Nucourt*, 444; 26.I.1921, *Ville de Clermont-Ferrand*, 97.

382. 16.III.1870, *Bobone*, 307.

383. 8.VI.1877, *Ville de Paris c/ de St-Jorès*, 581; 5.I.1906, *Blanchot*, 18; 17.VI.1910, *Vaisse-Cordier*, 485; 17.XI.1912, *Ville de Narbonne*, 66; 1.VII.1914, *de Fadate*, 804; 26.V.1916, *Cie P.L.M.*, 207; 17.III.1920, *Cmne de Rosporden*, 285; 7.II.1923, *Masséglia*, 123; A. 16.I.1933, *Ville de Liévin*, 653; 3.II.1937, *Travaux publics c/ Chaigneau*, 152; 24.IV.1953, *Gastambiole*, 191; 2.VII.1969, *Equipement c/ Leveel*, 357; 30.VI.1976, *S.A.R.L. Martinet frères*, 345.

difficile pendant un court laps de temps [384], par de graves atteintes aux vues que l'on a des immeubles ou à l'intimité de l'immeuble par les vues dont on jouit sur lui à partir de l'ouvrage, ou encore à la lumière qui parvient à ses fenêtres [385]. Les bruits peuvent aussi constituer un dommage anormal, mais seulement si leur aggravation modifie « sensiblement les conditions d'habitation » [386]. De même les odeurs [387] ou les poussières si elles atteignent une « intensité exceptionnelle » [388, 389, 390].

Est-ce à dire que l'emploi de l'appréciation *in abstracto* ne joue pas en dehors de la prise en compte de la spécification-commerce ? Certainement pas : elle domine toute la matière et au moins une autre spécification est à l'œuvre parfois discrètement, la spécification-lieu ou milieu. Il est des dommages qui sont anormaux dans un certain contexte et pas dans un autre. Ainsi, selon M. Chapus [391], mais il n'est pas certain que les jurisprudences judiciaires et administratives soient aussi strictement interchangeables, la chute de feuilles sur un toit en bordure de la voie publique ne serait pas un dommage anormal à la campagne ou dans une petite bourgade [392], mais le serait par contre en ville [393]. De façon générale, comme le remarque M. Girod, « le seuil au-delà duquel le dommage devient anormal n'est pas fixé partout au même niveau » [394]. Le commissaire du gouver-

384. 6.IV.1870, *Lelarge*, 417; 9.VIII.1870, *Cambuzat*, 1055; 23.I.1880, *Lesouple et Joumelle*, 111; 22.II.1884, *Ville de Pontoise*, 176; 12.VII.1907, *Loo*, 688; 17.XII.1915, *P.L.M.*, 356; 20.III.1918, *de Contes*, 286; 2.II.1921, *Boulay*, 123; 13.II.1924, *P.L.M.*, 178; 15.XII.1926, *P.L.M.*, 1111; 9.II.1940, *Chemins de fer de l'Etat et Ville de Saintes*, 58; 14.VI.1944, *Bonnin*, 171; 27.III.1959, *Leron, A.J.*, 1959.II.116; 29.V.1963, *Travaux publics c/ Denante*, 330.

385. 19.VII.1878, *Cie des chemins de fer du Midi*, 733; 10.II.1905, *Travaux publics et Cie du Midi*, 155; 22.IV.1910, *Cie du Midi*, 340; 8.III.1911, *Schneider*, 272; 5.VIII.1911, *Tarible*, 957; 9.VII.1913, *Cie des tramways de Lille*, 817; 24.II.1937, *Werner*, 248; 22.II.1957, *Coutant*, 125; m. jour, *Grange*, Tb. 1047; 2.VI.1967, *Equipement c/ Damerval, A.J.*, 1968.185; 30.X.1970, *Pedersol, A.J.*, 1971.181; 20.II.1974, *Humeau*, Tb. 1203, *C.J.E.G.*, 1974, jurisp. 155; Marseille, 16.VII.1975, *Florens*, 755.

386. 6.XII.1912, *Cie d'assur. La Nationale*, 1170; 4.XII.1918, *Cuménal*, 1078; 19.III.1930, *Guerre c/ Martin*, 320; 28.XI.1934, *Cie paris. de distribution d'électricité*, 1124; 20.I.1937, *Loewel*, 84; 22.XII.1943, *Courtiau*, 302; 28.VI.1957, *Cmne d'Alignan*, Tb. 1047; 9.II.1966, *Déptnt du Rhône*, Tb. 1131; 26.X.1966, de *Rocquigny*, Tb. 1122; 2.VI.1967, *Equipement* (19 décisions), Tb. 953; 5.I.1968, *E.D.F. c/ Rolland*, Tb. 1137; 20.III.1968, *P. et T. c/ Scalia*, Tb. 1136; 12.VII.1969, *Education nationale*, 407; 22.X.1971, *Equipement c/ Blandin*, 631, *A.J.*, 1971.687 (chron. Labetoulle et Cabanes), *J.C.P.*, 1973.II.17301 (concl. Guillaume); 17.V.1974, *Cmne de Bonnieux*, 295; 20.X.1976, *Cmne de Treigny, D.A.*, 1976, n° 385.

387. 18.VI.1856, *Guerre*, 553; 23.XI.1906, *Bichambis*, 854; 3.V.1911, *Combès*, 504; 25.VII. 1933, *Roux*, 885; 25.I.1935, *Loubat*, 111; 13.VII.1965, *Muséum d'histoire naturelle*, Tb. 1061; 3.VII.1970, *Cmne de Dourgne*, 463; Lille, 18.VI.1974, *Cmne d'Emmerin*, 730; 19.XI.1975, *Cmne de Ramonville*, 578.

388. 23.XI.1923, *Cie du P.O.*, 759; 9.VII.1969, *Chbre de comm. de Marseille, R.D.P.*, 1970.466.

389. Dégradations et troubles de tous ordres : 21.VII.1870, *Cmne de Bezonce*, 934; 20.V.1904, *Cmne d'Orsay*, 440; 12.VII.1907, *Arnaudet*, 688; 18.II.1931, *Guerre*, 193; 19.VI.1963, *E.D.F. c/ Géraud, A.J.*, 1963.715; 29.V.1968, *Entrep. Moinon*, 344, *A.J.*, 1968.601; 10.I.1969, *O.R.T.F.*, 19, *A.J.*, 1969.501; 21.VII.1970, *Port autonome de Bordeaux*, 530; 13.I.1971, *Paladini*, 42; la « situation de fait exceptionnelle » que constitue la transformation d'immeubles « ou un îlot encerclé de tous côtés par les voies ferrées, îlot auquel donnent seulement accès des passages souterrains » est un dommage anormal : 24.VII.1933, *P.L.M. c/ Chirpas*, 864.

390. Notons que ne sont jamais anormaux les dommages entraînés par la privation d'aisances de fait sur le domaine maritime ou fluvial puisqu'il n'y a pas alors lésion d'un droit; v. 14.XII.1921, *Préfet des Côtes-du-Nord*, 1055; 21.XII.1932, *Travaux publics et Guérin*, 1116; S. 11.V.1962, *Travaux publics c/ Duboul de Malafosse*, 321, *A.J.*, 1962.591 (concl. Combarnous); dans un domaine différent, v. 31.III.1971, *Rosazza, A.J.* 1971.617.

391. *Op. cit.*, p. 332.

392. 24.VII.1931, *Cmne de Vic-Fezensac*, 860, *D.*, 1931.III.3 (n. P. L. J.); Cons. préf. Orléans, 23.V.1950, *Bourguignon, A.J.T.*, 1950.325.

393. C.A. Limoges, 20.VI.1921, *D.P.*, 1922.II.49 (n. Lalou).

394. *Op. cit.*, p. 71.

nement Guillaume confirmait cette hypothèse en proposant à la Haute Assemblée, dans l'importante affaire *Blandin*, de prendre en compte le « cas où les ouvrages publics incriminés fonctionnent dans des milieux très atteints par la pollution » [395]. Certaines espèces sont particulièrement significatives. C'est ainsi « eu égard au caractère de propriété d'agrément et de repos » d'une habitation que le juge répare le dommage infligé par le voisinage bruyant d'une gare de chemin de fer [396]. Il estimera encore que « les conditions normales d'habitation dans le quartier » justifient la réparation du trouble de jouissance infligé au propriétaire d'une villa par le moteur bruyant d'une usine [397]. Et c'est « compte tenu de l'emplacement » d'une maison qu'il n'indemnisera pas le « préjudice résultant des restrictions apportées aux vues dont elle jouissait » [398]. C'est aussi, semble-t-il parce que le chenil d'une école vétérinaire est « installé dans une zone résidentielle à proximité d'une ville » qu'il engendre des sujétions anormales [399].

Finalement, seule la jurisprudence des allongements de parcours apparaît quelque peu en retrait sur la méthode d'appréciation *in abstracto* qui prévaut dans l'ensemble dans ces matières. Le faible allongement n'est jamais anormal [400], surtout lorsqu'il est temporaire [401], qu'il atteigne des particuliers ou des professionnels. Pour ces derniers comme pour les premiers, le juge considère en principe qu'il y a compensation du dommage subi par l'amélioration de la voirie [402]. Pourtant, dans nombre de cas, un allongement qui n'aurait pas de réelle signification pour des particuliers en acquiert une pour des professionnels. Ainsi celui qui éloigne le lieu d'approvisionnement d'une usine du lieu où elle opère la transformation, à condition toutefois que la nature de l'effort à faire soit changée [403], ou « compte tenu du caractère particulier de l'entreprise » ainsi que le précise parfois la jurisprudence [404]. Mais, en dépit de ces quelques exemples, certaines décisions font douter de la généralité de la mise en œuvre de l'appréciation *in abstracto* dans ce domaine particulier. Ainsi l'arrêt *Boudy* qui dispose qu'un allongement de 4 kilomètres de la distance à parcourir pour un agriculteur entre le centre de son exploitation et une parcelle n'est qu'une « simple gêne » et non un dommage anormal [405].

Il n'y a ainsi pas lieu, pour l'ensemble de cette matière, de suivre M. Girod lorsqu'il considère que

> « les investigations du juge ne se limitent pas à cet élément objectivement constatable, qu'est la sensibilité de certaines activités professionnelles à un type déterminé de dommage »,

395. Concl. 22.X.1971, *Blandin, J.C.P.*, 1973.II.17301.
396. 11.VII.1960, *Goncet*, 476.
397. 24.XII.1943, *Courtiau*, 302.
398. 5.I.1968, *E.D.F. c/ Rolland*, Tb. 1136.
399. 17.V.1974, *Malaterre*, Tb. 1169.
400. 11.XI.1904, *Lhoste*, 707; 10.VI.1910, *Travaux publics c/ Leclercq*, 458; 7.XII.1910; *Cie des chemins de fer du Nord*, 881; 15.XII.1926, *P.L.M.*, 1111; 25.IV.1934, *Cie des chemins de fer du Nord*, 479; l'allongement considérable est dans tous les cas anormal : 30.I.1963, *Chauvet*, 61.
401. 5.XI.1931, *Cmne de Haux*, 953; 22.III.1941, *Soc. des carrières de Bekëira*, 46; 19.XI.1958, *Soc. des produits réfractaires de Bollène*, 570.
402. 6.IV.1935, *Soc. Salinière de l'Ouest*, 466.
403. 22.II.1961, *Soc. « Fabriques Honnorat »*, 140; 25.X.1961, *Armées c/ Vogel*, Tb. 1208; 30.X.1970, *G.D.F.*, 626.
404. 11.V.1962, *Armées c/ de Tauzia*, 324.
405. S. 2.IV.1965, *Boudy, A.J.*, 1965.376 (chron. Puybasset et Puissochet); on reviendra par la suite sur le particularisme de cette décision qui insiste sur la qualité d'usager du sieur Boudy. V. aussi *supra*, n° 144, n. 27.

et que le juge

> « est parfois conduit, dans l'appréciation de l'anormalité, à prendre en considération des éléments plus subjectifs, relatifs à la personnalité même de la victime, à ses composantes psychiques ou physiologiques » [406].

M. Girod ne cite d'ailleurs, pour étayer cette dernière proposition, que de la jurisprudence judiciaire, au demeurant isolée [407].

Notons que l'anormalité du dommage, en dehors du contentieux des travaux publics, semble s'apprécier tout aussi uniment *in abstracto*. Ainsi, dans le cadre de la responsabilité du fait des décisions légales, paraît intervenir une spécification relative à la victime : le dommage ne peut être considéré comme anormal que s'il porte atteinte à une activité essentielle ou au moins dominante pour celle-ci [408]. Ainsi ne sera pas anormal le dommage causé à une société autorisée à vendre divers produits dont les boissons alcoolisées dans les camps militaires par une loi réservant la vente des boissons alcoolisées aux seuls cantiniers [409, 410]. Pour le tout petit commerçant qui perd sa seule source de revenus, il y a anormalité du dommage [411], comme pour l'industriel plus important qui perd la sienne [412], pourvu bien sûr que les autres conditions relatives à l'indemnisation soient réunies.

243. *Autres exemples d'appréciation* in abstracto.

Il est, on l'a déjà dit, impossible de vérifier de façon exhaustive la proposition selon laquelle le juge administratif apprécie essentiellement les standards *in abstracto*. Qu'il nous soit pourtant permis de lui donner brièvement quelques autres illustrations.

Le contentieux fiscal est assez riche d'exemples. Lorsque le juge apprécie par comparaison le revenu normal que pourrait tirer d'un immeuble son propriétaire, il procède nécessairement à appréciation *in abstracto* puisqu'il évite tout à la fois de rapporter l'immeuble à un type invariable d'immeubles et de le considérer intrinsèquement, ce qui reviendrait à promouvoir une notion assez archaïque de la valeur, à nier la notion même de marché : il le compare donc, très sagement, à un type d'immeuble doté des principales caractéristiques de l'immeuble visé [413]. On notera que lorsque l'évaluation par voie de comparaison est impossible, le juge se livre à évaluation par voie d'appréciation

406. *Op. cit.*, p. 69.
407. On se demande à cet égard comment Mlle Nicolas, *in* « La protection du voisinage », *R.T.D. Civ.* 1976, p. 693, a pu estimer que, « curieusement, le juge administratif se montre plus sensible à la réceptivité personnelle de la victime que le juge civil »; à moins que l'expression « réceptivité personnelle » n'ait été mal choisie. De même, on ne voit pas comment M. Théron, *in* « Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé ». *J.C.P.*, 1976.I.2802, a pu poser qu'il y a prise en compte de la « réceptivité personnelle de la victime » par le juge, sans donner un seul exemple dans la jurisprudence administrative.
408. V. Delvolvé, *op. cit.*, pp. 273 ss.
409. 17.II.1939, *Soc. coop. militaire d'Alsace*, 97; v. aussi, dans le même sens, 22.X.1943, *Soc. étab. Lacaussade*, 231; 23.XI.1945, *Rougier*, 241, *R.D.P.*, 1947.105; 13.II.1963, *Cie d'assur. « Le Phénix »*, 87.
410. V. encore, pour la mise en œuvre de cette spécification : 6.I.1956, *Manuf. de St-Etienne*, 3; 27.I.1961, *Vannier*, 60 (concl. Kahn); S. 26.X.1962, *Olivier, A.J.*, 1963.122; S. 25.I.1963, *Intérieur c/ Bovéro, A.J.*, 1963.124 (chron. Gentot et Fourré); Bordeaux, 23.VI.1967, *Laborie*, 584, *A.J.*, 1967.563; 5.II.1969, *Synd. du Canal de Raonel*, 66; S. 29.X.1976, *Affaires étrangères c/ Burgat*, 452, *R.D.P.*, 1977.223 (concl. Massot).
411. 22.II.1963, *Cmne de Gavarnie, A.J.*, 1963.229 (chron. Gentot et Fourré).
412. 21.I.1944, *Caucheteux et Desmonts, R.D.P.*, 1945.379.
413. 23.IV.1965, *Finances c/ P...*, Tb. 918.

directe. Même dans ce cas, il n'y a pas lieu de penser que l'appréciation soit intrinsèque. Le juge ne se dit pas : il y a tant de matériaux, plus tant de prix de terrain, plus tant de main-d'œuvre, *etc.* Il constate simplement qu'il n'y a pas d'exemple précis d'immeuble proche par sa nature et sa structure et il met en œuvre une comparaison plus subtile qu'il tire de sa connaissance générale des prix, car il est bien évident qu'il ne se livre pas à une appréciation proprement directe, sans aucune médiation [414].

Le même type de raisonnement prévaut dans la définition de la notion de rémunération normale d'un dirigeant, encore qu'un peu plus complexe. Le juge administratif se livre alors en principe à appréciation par voie de comparaison, en prenant en considération

> « les rémunérations généralement attachées à des fonctions ou des services analogues dans des entreprises similaires de la région » [415].

Une triple spécification est ainsi mise en œuvre : une spécification-fonction, une spécification-entreprise et une spécification-région.

Toutefois, le juge prend parfois en considération l'efficacité, le travail, le rôle particulier du dirigeant en cause [416]. Dans ce cas, l'expression « appréciation individuelle », parfois employée par la jurisprudence, ne doit pas égarer [417]. Il n'y a pas alors appréciation *in concreto* mais simple introduction d'une quatrième spécification, fondée au plus haut point, ayant trait à la valeur particulière du dirigeant.

Très exceptionnellement, il peut y avoir appréciation abstraite de l'anormalité de la rémunération : elle apparaîtra alors anormale en dehors de toute prise en considération de la quadruple spécification à laquelle il vient d'être fait allusion (fonction, entreprise, région, qualité). Ainsi, lorsque le juge dispose qu'une rémunération allouée à un P.D.G. ne peut

> « être regardée comme normale, eu égard notamment au fait que lesdites rémunérations étaient supérieures aux salaires versés à l'ensemble des vingt employés de l'entreprise » [418].

La notion de bénéfice qu'une entreprise peut normalement produire est elle aussi appréciée *in abstracto* par le juge [419]. A moins que le contribuable ne parvienne à montrer que le raisonnement présomptif de l'administration est faux

414. V. aussi, un peu différents : 28.IV.1965, *Soc. des Grands moulins de Courville*, 247; 23.I.1967, *César*, 28; 13.VII.1967, *Mondon*, 323; 29.IV.1970, *Darrasse*, 287; 26.II.1975, *Gindre*, 156; Marseille, 10.VII.1975, *Soc. de gestion comptable*, 745; 26.V.1976, 98.816, *X...*, 278.

415. 17.XII.1956, *A.J.*, 1957.II.127; 4.I.1957, *A.J.*, 1957.II.127; 7.II.1958, 40.371, *A.J.*, 1958.II.197; 24.X.1962, 54.496, *Finances c/ S.A. Etab. X...*, 565, *A.J.*, 1963.158; 17.II.1965, 62.396, *Soc. X...*, Tb. 912; 28.IV.1965, 62.821, *D.F.*, n° spécial, 16.I.1970, p. 100 (concl. Poussière); 19.V.1965, 52.806, *Soc. X...*, Tb. 912; 31.II.1966, *Finances c/ Soc. X...*, Tb. 933; 5.V.1967, 69.439, *Finances c/ Soc. X...*, Tb. 772; 20.XII.1967, 64.387, *Soc. X...*, 515; 18.VII.1973, 79.340, *X...*, 520; 14.XI.1973, 82.071, *Soc. Laboratoires X...*, 638; 10.I.1973, 82.904, *Soc. X...*, Tb. 959; 9.I.1974, 88.069, *X...*, 18; 4.XII.1974, 89.375, *Soc. X...*, Tb. 954; 11.XII.1974, 88.347, *X...*, Tb. 954; 15.X.1975, 90.414, *Soc. X...*, Tb. 1002; 12.XI.1975, *Finances c/ Soc. X...*, 566.

416. 19.VI.1959, *A.J.*, 1959.II.233; 7.XI.1960, *A.J.*, 1961.49 (obs. Drago); 10.X.1962, 49.708, *Soc. X...*, 525; 22.XII.1969, 75.726, *D.F.*, 1970, comm. 294 (concl. Dufour); 3.VII.1970, 72.767, *Soc. X...*, Tb. 1020; 23.XII.1970, 79.432, *Soc. X...*, 793; 9.VII.1971, *Soc. X...*, 526; 21.I.1972, 80.374, *Soc. X...*, Tb. 1056; 15.XI.1972, 80.084, *X...*, 726; 13.II.1974, *Soc. X...*, 97; 19.III.1975, 91.859, *X...*, 208; 2.VII.1975, 95.003, *X...*, Tb. 1001.

417. 23.V.1962, 45.972, *Etab. K...*, 38.

418. 14.IV.1970, 75.687, *Soc. X...*, Tb. 1021.

419. Sur cette notion, v. les développements de M. Ricci, *op. cit.*, pp. 132 ss.

et ne correspond pas à la réalité, celle-ci pourra considérer, par voie de comparaison, que tel doit être le bénéfice de tel type d'entreprise [420]. La référence à la notion de

> « bénéfice que (l')entreprise peut produire normalement, compte tenu de sa situation propre ».

ne doit pas induire en erreur [421]. La situation propre n'est pas autre chose que la situation spécifique. La méthode du juge en la matière est bien définie par le commissaire du gouvernement Mehl. Comme l'écrit celui-ci :

> « Le forfait se fonde sur un résultat plausible, raisonnable, vraisemblable. C'est bien là le sens du mot normal... Le bénéfice normal ne peut être fixé qu'à l'intérieur d'une « fourchette »... Une fourchette de 10 % en plus ou en moins nous paraît acceptable. A la rigueur on pourrait aller jusqu'à 5 %. » [422]

Le juge, on le voit, part d'une typologie, fine au demeurant, des entreprises et non d'une analyse, qui serait fort longue, de chaque condition particulière de fonctionnement de l'entreprise étudiée.

La notion de frais vestimentaires normaux est, elle aussi, appréciée *in abstracto*, eu égard à la profession exercée et au niveau de revenus. Selon la formule de la Haute Assemblée, il s'agit de savoir si le requérant était

> « tenu d'exposer pour l'exercice de sa profession des dépenses d'habillement excédant celles qui correspondraient normalement au niveau de ses revenus » [423].

Dans des contentieux tout différents, nombre d'exemples peuvent être trouvés. Le juge administratif apprécie ainsi *in abstracto*, par définition, l'impropriété d'un immeuble à sa destination, dans le cadre de la responsabilité décennale des constructeurs. La référence même à la destination de l'immeuble exclut à la fois la saisie en soi de l'impropriété et son appréciation *in concreto* : l'appréciation doit et ne peut se faire que par référence à une destination donnée. Pendant longtemps cependant, le juge administratif a eu une conception plutôt abstraite de l'impropriété. Pour n'importe quel type d'immeuble, elle ne semblait pouvoir résulter que de quelques vices fondamentaux : comme l'ont remarqué MM. Dewost et Denoix de Saint-Marc, ce qui était visé, c'était

> « la destination d'un immeuble en général..., on se trouvait ramené au critère de la solidité, nuancé de la notion du clos et du couvert... (et non pas) la destination particulière de l'immeuble en litige, entrepôt, immeuble d'habitation, hôtel de luxe, *etc.* » [424].

Depuis dix à quinze ans pourtant, le juge administratif en est venu à une plus juste conception de la notion de destination. MM. Dewost et Denoix de Saint-Marc — illustrant une fois encore le tropisme qui attire les membres de

420. V. 13.I.1965, 58.123, *G...*, Tb. 917; 8.VII.1970, 78.907, *Finances c/ X...*, 474; 18.VI.1971, *Finances c/ X...*, 456.

421. V. 13.V.1966, 66.152, Tb. 938; 10.V.1967, 68.595, *B...*, Tb. 775; 29.IV.1970, 78.876, *Finances c/ V...*, Tb. 1025, *D.F.*, 1971, comm. 948 (concl. Mehl); 17.VI.1970, 77.383, *X...*, Tb. 1025.

422. Concl. précit.

423. 8.V.1970, 76.859, *X...*, 317; 4.II.1974, 91.961, *X...*, Tb. 963.

424. Chron. 23.IV.1969, *Soc. Bouclier et Chatagnat*, *A.J.*, 1969.286.

la Haute Assemblée et une partie de la doctrine dans la mouvance de la thèse de l'appréciation *in concreto* — en ont tiré la conséquence suivante : selon eux, le Conseil d'Etat se serait engagé « sur la voie de l'appréciation cas par cas... (de l')appréciation concrète » [425]. En réalité, le juge se livre ici à une appréciation *in abstracto* caractérisée. C'est ainsi qu'il estimera que certains désordres ne sont pas suffisants pour rendre impropres des bâtiments provisoires [426], que le décollement d'un parquet dans une salle de sport la rend impropre [427], mais que le même vice n'emporte pas la même qualification dans des bureaux [428], que la fissuration des revêtements muraux de la salle d'hydrothérapie dans un établissement thermal de luxe [429], ou le ruissellement et les inflitrations [430] les rendent impropres, mais n'auraient pas cet effet sur des préaux d'école [431], etc. [432].

Le juge administratif apprécie aussi *in abstracto*, bien sûr, l'insuffisance ou l'inaptitude professionnelles. Ce n'est pas dans l'absolu, mais pour telle fonction que tel argent est insuffisant ou inapte et donc par référence à un modèle (au sens neutre) d'agent exerçant ce type d'activité. Tel qui est parfaitement conforme au modèle de l'agent public métropolitain ne l'est pas à celui de l'agent public colonial parce que, par exemple, il ne peut supporter les vaccinations réglementaires [433]. Telle qui se révèle inapte à exercer les fonctions d'agent de bureau [434] et tel de surveillant général [435] en exerceraient peut-être d'autres de façon convenable. Encore qu'au fur et à mesure que l'on descend dans la hiérarchie des agents publics l'inaptitude aux fonctions puisse s'identifier à une forme d'incapacité générale, très abstraitement appréhendée.

244. *Conclusion de la sous-section I.*

L'écrasante domination des modes d'appréciation extrinsèques, appréciation abstraite et surtout appréciation *in abstracto*, qui ressort de cette expérimentation à la fois limitée et malgré tout significative, et sa négation par le vocabulaire de la doctrine dans l'ensemble en dépit de l'inflexion récente de celle-ci, soulève une question. Pourquoi le juge se rallie-t-il — d'une certaine manière malgré lui puisque les propos des commissaires du gouvernement et les formules des décisions font penser qu'il souhaite apprécier le plus concrètement possible — à des modes d'appréciation aussi abstraits ? La massivité de son choix implique qu'on lui trouve quelques fondements profonds qui donneraient une forme de cohérence à la matière.

425. *Ibid.*, p. 287.
426. 4.X.1967, 68.974, *Duvauchelle*, inéd.
427. 10.V.1967, *Auffret c/ Ville de St-Malo*, Tb. 858.
428. 8.III.1968, *Dekytspotter*, inéd.
429. *Soc. Bouclier et Chatagnat*, précit.
430. 13.VII.1968, *O.P.H.L.M. de St-Quentin*, 462; 24.III.1971, *Entrep. Martinot*, 249; revirement par rapport à la jurisprudence antérieure plus sommaire : 6.I.1961, *Soc. Mobil-Oil*, 10, *A.J.*, 1961.II.517; 15.II.1967, 15.II.1967, *Bernez*, Tb. 858.
431. 5.VII.1967, *Debergue*, Tb. 858.
432. Et v. la jurisp. citée au numéro 83-XVI.
433. S. 25.III.1960, *Génand*, 220.
434. 31.V.1968, *Duperré, A.J.*, 1968.591.
435. 21.II.1973, *Education nationale c/ Larribe*, 162.

Sous-section II

Les fondements du choix par le juge administratif de ses modes d'appréciation

§ 1. — **Les fondements du rejet de l'appréciation** in concreto

245. *L'impossibilité de l'appréciation* in concreto *dans certains cas.*

L'appréciation *in concreto* subjective suppose par définition un sujet et, en ce sens, pour toutes les notions qui ne mettent pas en cause un sujet capable de concevoir la règle, elle est impossible.

Par contre, l'appréciation *in concreto* objective peut être mise en œuvre en dehors des notions visant spécifiquement et directement le comportement humain, en renvoyant indifféremment à ce qui est l'état ou le comportement habituel de l'objet ou du sujet dont un état ou un comportement doit être mesuré. Ainsi, les notions de loyer normal, de prix normal, de rémunération normale pourraient être évaluées non à partir du loyer, du prix, de la rémunération du *type* de local ou d'individu en cause, mais à partir du loyer, du prix, de la rémunération effectivement mis en œuvre pour *cet* objet ou *ce* sujet dans la période antérieure. De même, l'appréciation *in concreto* du dangereux reviendrait à se demander si *ce* pistolet a déjà entraîné certains effets réputés dangereux habituellement.

Une telle conception serait absurde. L'appréciation *in concreto* objective, déjà gênante, on va le voir, dès lors qu'il s'agit d'analyser un comportement humain, la singularité des individus pouvant toutefois être postulée, devient ridicule lorsque sont en cause des objets dépourvus de singularité définitive, en dernière analyse substituable et dont les étants individuels ne sont que la manifestation de la nature générale [435 *bis*].

Enfin pour nombre de standards l'appréciation *in concreto* objective serait tout à fait impossible, car ils impliquent la mise en œuvre d'une comparaison, ils sont intrinsèquement relatifs. On ne voit pas ce que pourrait signifier, au sens donné à ce terme, l'appréciation *in concreto* objective de la notoriété d'un médecin ou de la représentativité d'une organisation syndicale par exemple.

Ainsi l'appréciation *in concreto* objective est-elle le plus souvent absurde, parfois même impossible à mettre en œuvre.

246. *L'insurmontable difficulté de l'appréciation* in concreto.

L'appréciation *in concreto* subjective est illusoire, ce qu'ont bien montré les juristes anglo-américains, sensibles à cette question [436]. Comment en effet s'immiscer dans les consciences pour dégager à chaque fois le modèle de référence conçu par le sujet ?

Mais même l'appréciation *in concreto* objective est délicate à manier, car il est malaisé de déterminer en toute certitude le comportement habituel qui constitue l'étalon à partir duquel on jugera un comportement ponctuel de l'individu en cause. Que l'on songe à la fameuse obligation que le Code civil met à la charge du dépositaire dans son article 1927 :

435 *bis*. V. cependant l'exception des standards de la force majeure, *supra*, n° 227.
436. V. Holmes, *The Common law*, Boston, 1881, pp. 108 ss.; Crisafulli, *op. cit.*, pp. 39 ss.; Légal, *op. cit.*, pp. 121 ss.

> « Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. »

On a là le type même d'une faute qui doit être évaluée au terme d'une appréciation *in concreto* objective. Toutefois la portée de l'article 1927 est étroitement restreinte par l'article 1928 436 *bis*. Et l'on voit bien que mis à part certains cas patents, le premier article est bien difficilement applicable. Ainsi a-t-on pu juger en faute la personne qui, au cours de l'exode de 1940, avait sauvegardé ses bagages personnels mais égaré ceux qu'une autre personne avait dû lui confier 437. Mais l'article 1928 permet à la jurisprudence de glisser, sans le dire, dans la plupart des cas, à l'appréciation *in abstracto*, beaucoup plus aisée en général 438.

247. *L'illégitimité générale de l'appréciation* in concreto.

Le champ de l'appréciation *in concreto* subjective pourrait être assez large puisque, si sa mise en œuvre postule l'intervention d'un sujet pensant, elle ne suppose que cette intervention. Elle peut être mise en œuvre pour la faute bien sûr — alors n'est fautif que l'acte qui est conçu comme tel par son auteur —, mais aussi pour toutes les notions que nous avons dénommées standard d'intellection : le manifeste — alors serait manifeste ce qui saute aux yeux non pas d'un individu en tant qu'il incarne un modèle d'homme raisonnable, mais en tant qu'il est un individu unique dont les mécanismes d'intellection sont singuliers —, le clair, le sérieux, *etc.*

Une telle méthode serait fondamentalement illégitime. Ce que visent à assurer les notions qui font emploi du manifeste, du clair, du sérieux, entre autres, c'est le triomphe d'une certaine conception de l'homme : un homme suffisamment raisonnable, jouissant de certaines qualités irréductibles et sur lesquelles on est en droit de compter.

De même, comment faire dépendre la notion d'injure des sensibilités particulières de l'injurieur et de l'injurié ou celle de dommage anormal de la vision du monde d'une victime très particulière, par exemple un esthète délicat et réfractaire à notre civilisation de l'automobile ?

L'appréciation *in concreto* objective, lorsqu'elle est possible, n'est pas plus satisfaisante : comment le juge pourrait-il consacrer le caractère acceptable d'un comportement fondamentalement choquant pour cela seul qu'il est habituel au sujet ?

§ 2. — Les motivations du choix du juge entre appréciation abstraite et in abstracto

248. *La conciliation des impératifs.*

Deux impératifs s'imposent semble-t-il au juge : distinguer tout ce qui doit l'être et cela implique l'appréciation *in abstracto* et éviter de pousser les

436 *bis*. Art 1928 : « La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur : 1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt; 3° si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire; 4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute. »

437. Trib. paix Paris (XVII^e^), 4.XII.1940, *Gaz. Pal.*, 1941.I.30.

438. V. les analyses de M. Dejean de La Bâtie, *op. cit.*, pp. 74. ss.

distinctions au-delà d'un certain seuil qui compromettrait l'efficacité du système juridique, et cela implique l'appréciation abstraite ou l'appréciation *in abstracto* prudente, à spécifications peu nombreuses, raisonnables et compréhensives. Le juge, pour concilier ces deux impératifs, se fixe une ligne assez claire : il choisit son mode d'appréciation en évitant tout à la fois, sauf exception, l'irréalisme de l'appréciation abstraite lorsque celui-ci serait trop gênant, et l'effacement de la mission de redressement qui est celle du droit par une appréciation *in abstracto* trop analytique, confinant, ainsi qu'on a vu que cela était possible, à la (non-)appréciation concrète.

Cette position de juste milieu, qui tend tout à la fois à favoriser une suffisante souplesse du droit et à ne pas hypothéquer sa fonction sociale de régulation, de « sécurisation » et de répression, n'est bien sûr pas sans permettre la poursuite par le juge de politiques assez subtiles. Souvent l'appréciation *in abstracto* permet d'adoucir les exigences que le droit consacre dans une situation donnée, ou au contraire, de les aggraver (ainsi lorsqu'il y a prise en compte de la qualité de professionnel). Le jeu des figures imaginables est trop complexe pour qu'il soit possible de donner un sens politique uniforme au choix de l'un des modes d'appréciation extrinsèque plutôt que de l'autre. Cette question devra être reprise par la suite systématiquement 439.

249. *Les limites de l'affinement de l'appréciation* in abstracto.

L'appréciation *in abstracto*, on vient de le dire, doit être prudente : aucune règle ne s'impose au juge en la matière, mais le bon sens, qui ne peut être tout à fait évacué de ce type de question, lui fixe certaines directives.

Pour s'en tenir au seul domaine de la faute

> « peut-on, demande M. de La Bâtie, autoriser des sujets d'obligations à se prévaloir de leurs inaptitudes particulières pour se prétendre tenus à moins d'adresse ou de sagacité que les autres ? Faut-il permettre à des contractants, sous prétexte que leur courage est faible ou leur intelligence médiocre, d'invoquer comme vices du consentement des craintes dérisoires ou des erreurs grossières ? Tiendra-t-on le défaut d'une chose pour un vice caché, au seul motif que l'acheteur était trop borné pour s'en apercevoir ? Il est permis de craindre, *a priori*, que de telles solutions ne soient de nature à paralyser les relations juridiques, en introduisant dans la vie sociale une insécurité constante » 440.

Ajoutons que de telles solutions, déjà dangereuses lorsqu'il s'agirait, pour notre matière, d'évaluer le comportement de l'administré, en distinguant la catégorie de l'administré normalement doué de la catégorie de l'administré très médiocre par exemple, ne sauraient en aucune manière être admissibles pour jauger le comportement de l'administration et de ses agents. La médiocrité des capacités de certains administrés est un donné irréductible. Au contraire, on peut attendre de l'administration qu'elle choisisse ses agents selon des critères suffisamment exigeants et qu'elle soit conforme elle-même aux missions qui lui sont imparties.

Il semble à cet égard que l'appréciation *in abstracto* du défaut d'entretien normal et de la faute du service psychiatrique non spécialisé puissent donner une clef pour la compréhension de la jurisprudence. Celle-ci n'admet l'atténua-

439. V. le deuxième chapitre du titre suivant.

440. *Op. cit.*, p. 5; v. aussi Gomaa, *op. cit.*, pp. 114 ss., Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. 1, pp. 480 ss.; Moreau, *op. cit.*, pp. 199 ss.

tion des exigences que l'on peut avoir vis-à-vis d'un service que lorsque la défaillance de celui-ci n'est, de façon réaliste, que le fait d'une allocation raisonnable et délibérée des moyens, nécessairement limités, dont dispose l'administration, et non le fruit de la mauvaise organisation et de l'impéritie du service public. Sans doute toutes les routes ne peuvent-elles être entretenues exactement de la même manière : raisonnable est le choix de l'administration de moduler son effort selon les catégories de voies et les attentes légitimes des usagers. Sans doute tous les hôpitaux ne peuvent-ils être équipés de façon optimale pour la prévention des accidents pouvant survenir aux malades mentaux : il n'est pas scandaleux que le juge accepte qu'à la suite d'un diagnostic, susceptible lui-même d'engager la responsabilité administrative, les malades les plus atteints soient dirigés vers les services de haute spécialisation, cependant que ceux des malades qui semblent plus superficiellement déséquilibrés soient traités dans le cadre de services sans doute moins bien équipés mais en principe adaptés à cette mission. Nécessaire, l'appréciation *in abstracto* de la faute administrative ne peut devenir trop largement absolutoire sans susciter l'inquiétude de la doctrine et des justiciables, dont, avec excès, M. Demichel, on l'a vu, s'est fait l'écho [441]. Ce type de raisonnement pourrait aisément être étendu à d'autres notions.

250. *Conclusion de la section II.*

La question du choix d'un mode d'appréciation par le juge illustre assez bien ce composé de liberté et de nécessité que comporte le travail de celui-ci. Il est prisonnier de la logique de certaines notions et, assez largement, asservi à quelques directives de bon sens ainsi qu'à la pression des convictions de son temps. Aussi bien sa latitude d'action est-elle moindre, encore qu'importante, que celle qu'aujourd'hui, souvent pour critiquer l'emploi qu'il en fait, la doctrine lui attribue. Cette latitude d'action est réelle — et c'est un mérite des thèses récentes que d'y avoir insisté —, mais seulement dans le cadre de certaines frontières que fixe au juge le système de pensée juridique qui prévaut à notre époque, où le caractère réducteur, abstrait, égalisateur du droit est balancé, mais certainement pas annulé, par une tendance plus individualisante, plus favorable à la considération des différences et des disparités. Le juge est ici moins l'auteur de certains choix que le traducteur assez fidèle d'un équilibre plus large entre impératifs plus ou moins contradictoires, tel qu'il est inscrit aux creux des mentalités dominantes, au cœur de ce que nous avons précédemment appelé la dogmatique sociale. Cette relative extériorité des choix que met en œuvre le juge à sa propre volonté apparaît bien à la lecture de la doctrine lorsque, pour une raison ou pour une autre, il refuse de suivre l'opinion dominante : que l'on songe seulement au refus, infléchi à l'époque récente, de prendre en considération, par l'utilisation d'une appréciation *in abstracto*, la qualité d'enfant d'une victime imprudente.

251. *Conclusion du chapitre II.*

Quoi qu'il en soit, une définition plus rigoureuse des modes d'appréciation auxquels recourt le juge, sur la lancée de recherches récentes, permet de concevoir la fragilité de la distinction classique entre appréciation *in concreto* et appréciation *in abstracto* et de remettre en question la conception traditionnelle, séduisante parce que simple, mais justement trop simplificatrice d'une situation

441. Art. précit.; v. aussi le récent ouvrage de cet auteur : *Le droit administratif, essai de réflexion théorique*, 1977, p. 166.

complexe, qui consistait à opposer l'appréciation *in abstracto* du juge judiciaire à l'appréciation *in concreto* du juge administratif. Ce système d'analyse à deux termes, tout entier fondé sur la confusion du général et de l'universel, était, en toute logique, insuffisant on l'a dit : mais les séquelles de ce raisonnement risquent de peser longtemps encore sur la recherche car, bien loin d'être isolé, il est intégré à tout un système de réflexion juridique dont la cohérence interne est impressionnante.

252. *Conclusion du titre premier.*

En effet, la thèse du primat de l'appréciation *in concreto* accompagne et complète, au sein de ce que nous avons appelé le bloc de l'idéologie du fait, la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge et du caractère non proprement juridique des termes peu déterminés *a priori*, et notamment des standards.

En réalité, il n'y a pas de jugement sans norme préalable, et il est bien rare que la norme puisse s'élaborer à partir des caractéristiques uniques de l'objet ou du sujet jugé. Ce peut être l'intérêt d'un juge jaloux de son indépendance de la faire oublier et d'inspirer la pensée qu'il mène son action normative et juridictionnelle au coup par coup, ou qu'au moins ses jurisprudences, pour étreindre toute la réalité, sont ramifiées à l'infini et insusceptibles de systématisation véritable. Mais ce ne saurait être la vérité de son travail et il est curieux que la doctrine si souvent l'oublie. Les politiques du juge, si essentielle soit leur compréhension, ne doivent pas faire oublier les implications des notions de droit, de pouvoir normatif et de travail juridictionnel.

TITRE II

POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE ET JURISPRUDENCE POLITIQUE DES STANDARDS

253. *Introduction du titre II.*

Politique jurisprudentielle. Jurisprudence politique. Ces deux expressions depuis leur emploi par M. Weil, il y a vingt ans, n'ont cessé d'être utilisées par la doctrine [1]. Et dès 1959, leur promoteur, par les exemples qu'il donnait, montrait clairement sa conviction que ce que nous appelons ici technique du standard ne pouvait qu'être un champ d'investigation privilégié dans le cadre de cette problématique. Conviction que l'on retrouve chez d'autres auteurs et par exemple chez MM. Auby et Drago lorsqu'ils écrivent que :

> « l'erreur manifeste est un standard juridique et, comme telle, relève de la politique jurisprudentielle » [2].

Toutefois, l'emprunt fait ici à M. Weil de ces deux expressions n'ira pas sans une légère inflexion du sens de la première, afin que les deux stratégies qu'elles recouvrent apparaissent moins comme formant une alternative que comme correspondant à des stades de travail jurisprudentiel différents.

On entendra ici par politiques jurisprudentielles les politiques que le juge mène en ayant pour seul objet sa jurisprudence en tant qu'instrument de communication, ses décisions saisies d'un point de vue formel, en dehors de toute considération de contenu. Et par jurisprudences politiques les politiques que mène le juge à l'aide de sa jurisprudence. On le voit, les politiques jurisprudentielles deviennent, dans cette définition, des politiques menées par le juge sur ses moyens d'expression, impliquant une appréhension formelle de la jurisprudence comme outil. Les jurisprudences politiques sont au contraire des politiques que mène le juge en vue de faire prévaloir certaines fins qu'il estime devoir sauvegarder : pour les concevoir, il faut considérer la jurisprudence dans une perspective matérielle, comme véhicule d'un message proprement politique, sans qu'il y ait quoi que ce soit de dépréciatif dans ce dernier terme.

---

1. « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Ann. d'Aix,* 1959, pp. 281 ss.
2. *Op. cit.,* t. 2, p. 394.

CHAPITRE PREMIER

LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DES STANDARDS
(de l'imperatoria brevitas)

254. *Introduction.*

Tout ce qui a été dit plus haut sur le caractère pleinement juridique des standards, sur la nature plutôt abstraite de leur appréciation, n'invalide en rien cette caractéristique déjà soulignée qui est la leur : ils ne contribuent guère à la « réalisabilité formelle du droit », pour parler comme Ihering [3], à sa « praticabilité » comme préférait écrire Jean Dabin [4].

> « Par réalisabilité formelle, notait Ihering, j'entends la facilité et la sûreté de l'application du droit abstrait aux espèces concrètes. Selon que cette opération demande une dépense plus ou moins considérable de force intellectuelle, selon que ces résultats sont plus ou moins certains, je dirai qu'il y a une réalisabilité formelle plus ou moins grande » [5].

De ce point de vue, la réalisabilité formelle du droit apparaît compromise par l'emploi de la technique du standard. La question posée ici est simple : comment le juge, dans ses jurisprudences, s'accomode-t-il de cette infériorité formelle — qui peut être pour lui une commodité — du standard ? Essaie-t-il, au profit du justiciable, et de la clarté de la communication juridique, de la modérer, de la contenir autant que faire se peut ? Ou au contraire conserve-t-il largement à ses analyses leur mystère et à sa jurisprudence son apparence charismatique [5 *bis*].

---

3. *Op. cit.*, t. 1, pp. 49 ss.
4. *La technique de l'élaboration..., op. cit.*, pp. 121 ss., et *Théorie générale..., op. cit.*, pp. 267 ss.
5. *Op. cit.*, p. 52.
5 *bis*. V. *supra* ce qui a déjà été dit sur les formulations elliptiques du standard, n° 90.

SECTION I

LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DES MOTS ET DES CHIFFRES

255. *Introduction.*

Les standards, on l'a dit, n'appartiennent pas en propre à la « langue scientifique » du droit, mais à la langue commune [6]. Cela ne leur enlève pas leur aptitude à être utilisés dans le cadre de règles proprement juridiques. Et, dans leur passage de la langue commune à la langue juridique, au cours de leur réception dans l'ordre juridique, ils subissent souvent une plus ou moins grande élaboration [7]. Comme l'écrivait Gény,

> « peu à peu, les mots de la langue courante prennent, dans leur application au droit, un ton plus uniforme et une allure plus précise, qui leur impriment le cachet de l'injonction juridique, sans abolir, le plus souvent, tous les signes de leur emploi originaire » [8].

Pourtant, si le juge, dans nombre de cas, tente de rendre les standards qu'il met en œuvre aussi monosémiques que possible [9], ce qui n'exclut pas des directives d'application variées, souvent il complique comme à plaisir le vocabulaire qu'il emploie et se refuse à expliquer en toute clarté par des directives suffisamment précises et stables le contenu exact qu'il attribue à certains termes peu déterminés.

Ce laconisme, dont on verra que la doctrine s'en exagère peut-être les conséquences fâcheuses, est parfois compensé par un effort de quantification qui simplifie bien sûr beaucoup les choses pour le justiciable mais n'est pas sans présenter quelques inconvénients.

SOUS-SECTION I

La politique jurisprudentielle des mots

256. *Introduction.*

Il suffit d'un examen rapide de la jurisprudence des standards pour constater qu'en ce domaine particulièrement le juge dit à la fois peu et mal. Il ne s'agit pas là de condamner — on verra qu'il a ses raisons pour ce faire, qu'elles ne sont souvent pas sans poids, et qu'au demeurant les inconvénients de cette

6. V. Becquart, *Les mots à sens multiple..., op. cit.*, pp. 13 ss.; Marty, *La distinction du fait et du droit..., op. cit.*, p. 206; Miedzianagora, *Philosophies positivistes du droit..., op. cit.*, pp. 133 ss.; Raymondis et Le Guern, *Le langage de la justice pénale, op. cit.*, pp. 6 ss. *etc.*; et *supra*, le développement spécialement consacré à cette question.
7. Deschenaux, *La distinction du fait et du droit..., op. cit.*, pp. 38 ss.; Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique..., op. cit.*, p. 60; Perelman, « La distinction du fait et du droit », *Dial.*, 1961, p. 604; Thomas, « La langue du droit romain », *A.P.D.*, 1974, p. 113.
8. *Science et technique..., op. cit.*, t. 3, p. 468; v. aussi Mounin, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *A.P.D.*, 1974, pp. 7 ss.
9. C'est l'exigence fondamentale de tout vocabulaire « scientifique » telle qu'elle est rappelée par M. Guilbert, « La spécificité du terme scientifique et technique », *L.F.*, 1973, p. 8; v. aussi Phal, « La recherche en lexicologie au CREDIF », *L.F.*, mai 1969, pp. 73 ss.

façon de procéder sont moindres qu'on le dit parfois —, mais de constater la tendance à l'*imperatoria brevitas* du juge administratif, qui ne s'exprime pas moins, nous semble-t-il, par la variabilité des formules jurisprudentielles que par leur laconisme. Car une chose est de dire que les formules de la jurisprudence sont laconiques, autre chose qu'elles sont variables. Le laconisme, qui est susceptible de degrés, en dernière analyse, s'il s'accompagne d'une certaine rigidité dans la mise en œuvre de directives stables quoiqu'implicites, ne présente de difficultés que pour le non-juriste : mais celui-ci ne serait en vérité qu'illusoirement renseigné par de plus longs développements et, au surplus, il peut avoir recours à des conseils qui, s'aidant des conclusions des commissaires du gouvernement, de quelques chroniques informées à la source et de l'accumulation des espèces sur un point donné, pourront lui faire apparaître le roc des principes mis en œuvre au-delà de l'apparente imprécision de formules brèves.

Tout autres sont les effets de la variabilité des formules de la jurisprudence. La variabilité ne doit pas être confondue avec la souplesse. Cette dernière n'est que l'expression de la légitime volonté du juge de doter des situations différentes, dans le cadre de l'application d'une règle unique, de directives adaptées. La variabilité des formules au contraire engendre l'incertitude encore, ainsi qu'on le verra, qu'elle soit indispensable dans certains cas.

§ 1. — Le laconisme des formules jurisprudentielles

1° LE DEGRÉ TROISIÈME DU LACONISME : L'UTILISATION IMPLICITE DU STANDARD :

257. *Dans de nombreux cas, le mot standard n'apparaît pas explicitement.*

On a déjà eu l'occasion d'envisager cette figure pour préciser que la définition formelle de la notion de standard, par les mots standard, ne pouvait en aucun cas être réputée exhaustive, ajoutant toutefois qu'existaient certains indices de la présence de standards. Sans être un indice d'une efficacité absolue, la locution « de nature à » engendre ainsi bien souvent un pseudo-laconisme. Car les juristes sont capables de la remplacer par le standard auquel elle est substituée. Ainsi savent-ils bien que le dommage « de nature » est le dommage anormal [10], que le préjudice « de nature » est le préjudice irréparable [11], que le moyen « de nature » est le moyen sérieux [12], *etc.*

Il arrive cependant que les choses soient moins simples et que, si l'on peut dire, le laconisme formel qu'engendre inéluctablement l'emploi de la formule « de nature à », se double d'un laconisme matériel plus gênant. Ainsi lorsqu'est utilisée par le juge l'expression « faute de nature à ». A propos de son emploi dans l'arrêt *Ecarot*, par exemple, dans le cadre d'une jurisprudence qui jusque là faisait prévaloir la faute lourde, M. Moreau notait :

> « L'exigence d'une faute lourde paraît avoir disparu, mais il convient de se montrer prudent avant de conclure à un abaissement du degré de gravité de la faute. » [13]

10. 26.V.1965, *Travaux publics c/ Tebaldini*, 305; 17.II.1967, *Travaux publics c/ Vidal*, *A.J.*, 1967.311.
11. 19.III.1975, *Comité de défense des riverains de la Communauté urbaine de Lyon*, 206.
12. S. 3.I.1975, *S.C.I. « 21-23, rue Erlanger »*, 10.
13. Obs. 29.XI.1963, *Ecarot*, *A.J.*, 1964.189.

De même, M. Waline, sous la décision *Aubery* :

> « Les arrêts exigeaient... tous la faute « d'une exceptionnelle gravité. » Le présent arrêt se contente de relever « une faute de service de nature à engager la responsabilité de la colonie ». Les mots « d'une exceptionnelle gravité » ont disparu. Est-ce de propos délibéré que le Conseil d'Etat les a omis ? Il serait imprudent de l'affirmer » 14.

Dans l'arrêt *Hawezack*, la Haute Assemblée disposait que les faits ne pouvaient

> « être regardés, dans les circonstances de l'affaire..., comme constitutifs d'une faute de nature à engager la responsabilité de cet établissement. » 15

Il était déjà arrivé, dans le même contentieux, que le juge administratif utilise une formule aussi sibylline sur le degré de faute exigé 16. Aussi bien était-il en l'espèce difficile de savoir si le Conseil d'Etat avait abandonné l'exigence de faute lourde posée par l'arrêt *Eveillard* après que celui-ci ait lui-même posé le principe de l'abandon de la faute manifeste 17. En réalité il apparut très vite que oui. Mais on voit l'ambiguïté qui peut résulter de l'emploi d'une expression unique pour recouvrir, au gré des jurisprudences, des degrés de gravité de la faute différents. Ces incertitudes, à en croire le président Odent, ne seraient pas toujours fortuites. L'éminent juriste estime que l'expression « faute de nature à »

> « signifie normalement faute simple sauf dans quelques hypothèses embarrassantes où les juges ont préféré résoudre le litige qui leur était soumis sans s'embarrasser de considérations doctrinales et où la question de la faute invoquée reste sans réponse précise » 18

En matière d'amnistie, celle-ci ne pouvant être accordée pour les manquements à la probité, à l'honneur ou aux bonnes mœurs, une formulation du type : les faits de l'espèce ont « un caractère tel qu'ils doivent être rangés dans la catégorie de ceux qui sont exceptés de l'amnistie » 19, n'est pas sans gêner, car on peut se demander auquel des trois chefs ils sont ainsi exclus.

Dans certains cas, enfin, il n'y a aucun signe, aucun indice, aucune allusion même indirecte au standard utilisé, sans d'ailleurs que cela présente nécessairement d'inconvénient particulier, la solution mise en œuvre n'étant pas mystérieuse. Ainsi lorsque le juge utilise sans les viser explicitement le défaut d'entretien normal 20, la faute 21, l'erreur manifeste 22, le retard anormal 23, *etc.*

14. N. 22.VII.1949, *Aubery, D.*, 1950.II.24.
15. S. 5.I.1966, *Hawezack*, 6, *D.*, 1966.II.317 (n. Moderne).
16. V. notamment 12.XII.1930, *Richter, D.P.*, 1930.III.71 (n. H. L.); 8.I.1931, *Deveaux*, 5; 30.XI.1951, *A.P. à Marseille, D.*, 1951.IV.11; 4.XI.1955, *Déptnt du Rhône et Rosati*, 470, *A.J.*, 1955.II.454; 9.VII.1958, *Déptnt de Seine-et-Marne*, 1016.
17. 10.XI.1961, *Eveillard*, 639.
18. *Op. cit.*, fsc. 4, p. 1102.
19. 12.I.1938, *Serruau*, 15; v. aussi 19.VII.1939, *Forges*, 486.
20. Cons. préf. Alger, 13.V.1949, *Spelta, A.J.T.*, 1950.156; 2.V.1959, *Travaux publics c/ Regouvelet, A.J.*, 1959.II.166.
21. 19.III.1965, *Fouet*, 183.
22. 30.IV.1965, *Reuille*, 257.
23. 7.VI.1967 *Richard*, Tb. 935.

2° LE DEGRÉ SECOND DU LACONISME : L'UTILISATION DU STANDARD SANS DIRECTIVES EXPLICITES :

258. *Les effets divers de l'absence de directives accompagnant le standard.*

Le standard implique, lors même qu'il est exprimé, un travail interprétatif, on y a longuement insisté. Si le juge se contente de poser le standard qu'il met en œuvre et passe directement à la solution sans fournir ses directives d'application, il peut laisser, au moins tant que la jurisprudence ne sera pas nombreuse, le commentateur dans l'incertitude. En réalité, ici, il faudrait marquer d'infinies nuances. Pour certains standards, dont le champ d'application n'est pas considérable, cette forme de laconisme n'est pas très gênante. Mais il n'en va pas de même pour les principaux standards, dont une jurisprudence abondante mais discrète ne permet pas toujours de concevoir toutes les modalités de mise en œuvre.

Cet inconvénient est amplifié par le fait que, ainsi qu'on l'a vu, la plupart des standards sont passibles d'une lecture plutôt dogmatique ou plutôt descriptive, d'une part, que d'autre part nombre de standards, en étant reçus dans l'ordre des notions juridiques, si leur sens ne se trouve pas profondément transformé, subissent néanmoins une inflexion. Ce faisant, la langue juridique s'apure sans doute et tend à se constituer en « langue scientifique », selon les critères généralement requis. Mais n'est pas sans inconvénients une formulation juridique qui se pare des avantages d'une facile communicabilité au profane, mais qu'en réalité seuls les spécialistes, après un assez long développement de la jurisprudence, comprennent. L'emploi, sans directives complémentaires, de termes simples, quotidiens, mais revêtant des significations extrêmement particulières, entraîne en fin de compte un degré d'hermétisme de la jurisprudence incommensurablement supérieur à celui engendré par certains termes archaïques de la langue du droit qu'il est de bon ton de décrier aujourd'hui.

La notion d'erreur manifeste du contentieux des dommages de guerre a ainsi revêtu une signification assez particulière. N'était pas visée l'erreur grossière et, comme telle, évidente, mais selon les mots de M. Poussière, savant commentateur de cette matière, l' « erreur radicale... qui vicie dans son essence même la décision attributive » 24. Or les décisions de la cour ne précisaient pas ces directives et utilisaient donc, sans le définir, un terme du vocabulaire commun dans un sens tout autre que son sens habituel 25, 26.

L'application de l'article 163 du Code général des impôts, qui concerne les revenus exceptionnels, autorise de semblables remarques. Cette disposition, on le sait, vise, pour éviter certains effets pervers de la progressivité de l'impôt,

24. Obs. C.S.C.D.G. A. 27.II.1956, *Rochefort, J.C.P.*, 1956.II.9389 (dans cette décision d'ailleurs, l'erreur était fort peu manifeste au sens ordinaire de ce terme).
25. V., p. ex., C.S.C.D.G. A. 7.XI. 1955, *Binet, J.C.P.*, 1956.II.9405 (obs. Poussière), *A.J.*, 1956.II.216 (obs. Poussière); C.S.C.D.G. A. 29.III.1953, *Bordères*, et C.S.C.D.G. A. 8.X.1956, *Dumont, A.J.*, 1957.II.190 (obs. Poussière); C.S.C.D.G. A. 1.VII.1957, *Rouillon, A.J.*, 1957.II.427 (Poussière); C.S.C.D.G. A. 7.X.1957, *Soc. « Hôtel Astoria »*, *A.J.*, 1958.II.126 (obs. Poussière); 12.II.1964, *David*, 100; S. 3.VII.1964, *Joligeon*, 385; 12.V.1965, *Muller*, 276; 16.VI.1965, *Sturdza*, 365; 13.VII.1965, *Mauger*, 470; 13.X.1965, *Doüeb*, 514; 16.XI.1966, *Talaberd*, Tb. 1082; S. 28.IV.1967, *Soc. Express-Rapide*, 185; 12.IV.1967, *Soc. du Port de pêche de Lorient*, Tb. 915; 13.XII.1967, *Millien*, 494; 7.II.1968, *C. du G. Bordeaux c/ Bureau*, 102; 3.IV.1968, *Jardillier*, Tb. 1088; 7.II.1968, *C. du G. Lille c/ Barrois*, Tb. 1088; 12.VI.1968, Soc. *« Les négociants Négobeureuf »*, Tb. 1088; 3.V.1968, *Soc. Beauregard*, Tb. 1088; 27.VI.1969, *Soc. des affréteurs indochinois*, 350; 5.II.1975, *C. du G. Comm. nation. c/ S.A. « Léonard Danel »*, 94.
26. Notons que si, dans cette jurisprudence, manifeste est employé dans un sens particulier (radical), celui-ci peut se confondre avec le sens ordinaire du mot (évident); v., p. ex., C.S.C.D.G. A. 29.X.1956, *Dudouit, A.J.*, 1957.II.190 (obs. Poussière).

à permettre l'échelonnement, sur l'année de leur réalisation et les années antérieures non couvertes par la prescription, des revenus exceptionnels. Une circulaire du 31 octobre 1941 dans son paragraphe 370, a précisé que les revenus exceptionnels « doivent s'entendre de ceux qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'être recueillis annuellement ». Ainsi y a-t-il une doctrine administrative, et le sens qu'elle retient correspond à une possibilité d'interprétation commune de la notion de revenu exceptionnel : est dit tel le revenu absolument atypique, dont la vocation est d'être unique, dans le cadre de l'activité du contribuable. Un autre sens serait possible : serait réputé exceptionnel le revenu dont le niveau est inhabituel, même si son origine est parfaitement ordinaire pour le contribuable. Le juge, sans aller jusque-là, a parfois considéré que des opérations habituelles pouvaient être considérées comme revenus exceptionnels, par un traitement du vocabulaire ordinaire tout à fait subtil. Ainsi dans une affaire de 1971. Il s'agissait d'un contribuable qui avait souscrit en 1962 des parts représentatives d'appartements ou de garages dans trois sociétés civiles immobilières, et avait revendu celles-ci en 1963 et 1964, par cent quarante-quatre actes successifs. Le Conseil d'Etat a d'abord jugé, dans un premier temps, qu'

> « il devait être regardé, en raison de la multiplicité et du rythme des transactions, comme s'étant livré à des opérations *habituelles* d'achat et de vente de parts de sociétés immobilières et qu'ainsi les profits immobiliers qu'il avait réalisés devaient être assujettis à l'impôt sur le revenu des personnes physiques au titre des B.I.C. en vertu de l'article 35-I-1° du C.G.I. ».

Dans un deuxième temps, la Haute Assemblée a considéré que les plus-values dégagées par ces opérations avaient toutefois le caractère de « revenus *exceptionnels* » au sens de l'article 163 [27]. Le juge, ce faisant, a quelque peu distordu, ce qui est son droit d'interprète, le vocabulaire commun, en considérant que les qualifications d'une même situation d' « habituelle » et d' « exceptionnelle » étaient compatibles. L'absence de directives explicites, assez générale dans cette jurisprudence, contribue à y constituer cependant une zone particulièrement nette d'*imperatoria brevitas*.

On notera le rôle de l'expression « au sens de », assez fréquemment utilisée par le juge et qui vise à préciser que le terme employé par le texte qui étaye la décision l'est dans un sens proprement juridique, qui n'est pas sans avoir une certaine spécificité par rapport au sens commun [28]. On concevra alors que soit plutôt surprenante l'absence de directives explicites. Le juge administratif s'y résoud pourtant assez souvent. Ainsi lorsqu'il considère, sans autre précision, qu'une exploitation agricole se trouve « dans une situation exceptionnelle au sens des dispositions de l'article 69 » du Code général des impôts [29], ou qu'une personne « était manifestement au nombre des rapatriés les plus défavorisés au sens des dispositions » de l'article 1er, al. 5, de la loi du 26 décembre 1961 [30], ou encore que le fait d'avoir, pour un chirurgien-dentiste, frappé l'épouse d'un client a constitué « un manquement à l'honneur au sens de l'article 13 de la loi du 30 juin 1969 portant amnistie » [31].

27. 23.IV.1971, 78.674, *J...*, et 26.V.1971, *X...*, *A.J.*, 1971.618 (et une très riche note de M. Lamarque) (c.n.q.s.).
28. V. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 104 ss.; Latournerie, « Les méthodes juridictionnelles... », contrib. précit., p. 199.
29. 7.VII.1972, 80.627, *X...*, 531; v. aussi 14.X.1966, 68.489, *G...*, 542.
30. 13.III.1970, *Camilleri*, 190; 8.I.1971, *Gremades*, Tb. 1166.
31. 11.VI.1975, *Barbet*, Tb. 877; v. aussi 21.VII.1948, *Roques*, 338; 6.V.1949, *Grunberg*, 790; 10.XII.1958, *Cubertier*, 365; S. 13.VII.1962, *Touzard*, 485; 20.XI.1970, *Gangnat, A.J.*, 1971.95; 4.XI.1974, *Moscato*, 527; 12.XII.1975, *Dequeker*, Tb. 877.

Quoi qu'il en soit, même lorsqu'il y a tout lieu de penser que la notion standard est utilisée par le juge dans un sens très proche du sens commun, l'absence de directives est gênante. Qu'est-ce que cette « excuse valable » que la Haute Assemblée ne définit jamais ? [32]. Comment préciser en quoi consiste, pour une revue, le caractère de document « licencieux », lorsque le Conseil d'Etat se borne à se référer « à la nature des doctrines défendues par le périodique dont il s'agit, telles qu'elles sont définies par le sieur Thibault dans sa requête » [33] ?

Cette dernière formule doit attirer l'attention sur une modalité particulièrement grave d'*imperatoria brevitas*, celle qui consiste pour le juge à disposer « qu'il ne résulte pas de l'instruction » [34] ou au contraire « qu'il ressort des pièces du dossier » [35] que les faits, alors non décrits, correspondent à la qualification formulée à l'aide d'un standard. D'autres expressions ont pour effet un laconisme égal pour ce qui est des faits de l'espèce [35 *bis*].

Il faut toutefois retenir que ces formulations n'ont pas toujours pour conséquence d'interdire la connaissance des faits : elles peuvent en introduire (notamment l'expression « il résulte de l'instruction ») l'énoncé [36]. Dans d'autres cas, elles n'ajoutent rien à l'*imperatoria brevitas* habituelle : ainsi lorsque le juge estime qu' « il résulte de l'instruction » qu'un automobiliste roulait à une « vitesse excessive » [36], c'est de la seule non-quantification, dont on verra qu'elle est générale en cette matière, que résulte le laconisme.

3° LE DEGRÉ PREMIER DU LACONISME : L'UTILISATION DU STANDARD AVEC DIRECTIVES PEU EXPLICITES :

259. *De quelques modalités particulièrement subtiles de* l'imperatoria brevitas.

On a dit que parfois l'absence de directives accompagnant le standard et favorisant son administration aux faits n'était pas le signe d'un laconisme aussi

32. 4.VII.1884, *Intérieur c/ Catala*, 554; 18.V.1923, *Intérieur c/ Defrémont*, 421.
33. 5.XII.1956, *Thibault*, 463, *D.*, 1957.II.22 (concl. Mosset); en l'espèce, les conclusions donnent quelques éclaircissements, mais on ne dispose pas toujours d'elles.
34. 22.III.1941, *Soc. Carrières de Bekëira*, 46; 15.I.1943, *Soc. Rol-Lister*, 11; 3.I.1947, *de M., A.J.*, 1947.56; 9.I.1948, *Barbedienne. J.-C.P.*, 1948.II.4132, 1re esp. (n. Fréjaville); 21.IV.1950, *Duval*, 233; 9.VI.1950, *Daulon*, 357; 29.VII.1950, *Aouizerat*, 488; 9.XI.1956, *de Leusse, A.J.*, 1957.II.21; 12.X.1956, *Findeli, A.J.*, 1956.II.450; 25.III.1957, *de Salvagnac, A.J.*, 1957.II.265; S. 20.XI.1964, *Ville de Carcassonne, A.J.*, 1965.186; S. 21.X.1966, *Benne, A.J.*, 1967.114 (concl. Baudouin); 27.III.1968, *F.O.F.T.A., A.J.*, 1968.487; 31.I.1969, *Gardarein*, 55 (conl. Rigaud).
35. 27.III.1968, *Union synd. des médecins de France, A.J.*, 1968.487; v. aussi 24.IV.1964, *Delahaye*, 243; 31.V.1968, *Duperré, A.J.*, 1968.591; 20.II.1970, *Armées c/ Lienhart*, 127.
35 *bis*. Ainsi lorsque le Conseil dispose « que les faits reprochés... rentraient parmi les actes qui portent atteinte à l'honneur » (S. 26.VII.1935, *Calmon*, 900; 12.I.1938, *Serruau*, 15; 19.VII.1939, *Forges*, 486; 21.VII.1939, *Altesleben*, 505; 1.XII.1950, *Gallo*, 588; 15.X.1965, *Wydouw*, 523; 5.VII.1967, *Raybaud*, 300; S. 17.V.1968, *Andréi, A.J.*, 1968.596; 30.X.1968, *Assemat*, Tb. 859; A. 16.I.1976, *Dujardin*, 44, *A.J.*, 1976.94; v. aussi chron. Fournier et Braibant, *A.J.*, 1957.I.91); de même, la Haute Assemblée ne retranscrit pas les écrits produits à l'instance qu'elle estime calomnieux ou non et qui comme tels doivent être supprimés sur le fondement de l'article 1036 ancien du Code de procédure civile. (7.XI.1928, *Cléonie*, 1133; 28.II.1945, *Blondel*, 45; 29.VII.1953, *Tresgants*, 425; 13.I.1967, *Goudal, A.J.*, 1968.312) sauf exceptions rares et le plus souvent limitées (8.III.1905, *Elections de Gosier*, 239; 13.VI.1958, *Castang*, 350; 25.III.1964, *Peter*, Tb. 972; 12.XII.1975, *Pelletier*, 641); lorsque le Conseil annule des élections à la suite de tracts et affiches injurieux, diffamatoires ou mensongers, il n'est guère plus explicite sur les faits (26.II.1965, *Elections de Sospel, A.J.*, 1965.355; S. 7.VII.1967, *Elections d'Alès*, 303; 13.X.1972, *Elections de Villiers*, Tb. 1098), là encore à de rares exceptions près (4.XI.1966, *Elections de St-Julien*, Tb. 977; 12.IV.1967, *Elections de Soccia*, Tb. 815); v. aussi ex. divers de laconisme sur les faits : 15.VII.1958, *Cmne de Bastia, A.J.*, 1958.II.411; 21.II.1968, *Aubertin, A.J.*, 1968.478; 18.II.1970, *Centre hospitalier Guyon, A.J.*, 1970.627.
36. 7.XI.1950, *Couzinier*, 350; v. aussi 17.III.1950, *Travaux publics c/ Torta,,* 174; 30.I.1957, *Kheloufi, A.J.*, 1957.II.124.

absolu qu'il y pourrait paraître à première vue. Symétriquement, il faut souligner le fait que, dans nombre de cas, les directives ne jouent qu'en trompe l'œil un rôle de précision du standard. C'est bien l'œil en effet qui est égaré par la présence, aux côtés du standard, dans la sentence du juge, d'une longue directive explicative. Mais seul l'œil est trompé, car au fur et à mesure qu'on précise l'analyse, comme lorsqu'on fait marche vers une de ces allées que les maîtres de la perspective savent tracer sur une surface plane, on finit par s'apercevoir de l'artifice. Il arrive en effet que le juge administratif développe un standard par une directive qui est elle-même constituée d'un ou plusieurs standards, directive bien souvent stéréotypée et revêtant parfois un caractère tautologique.

Le juge administratif disposera ainsi, pour s'en tenir à quelques exemples, qu'il y a eu « imprudence » d'un automobiliste à circuler « la nuit à une vitesse excessive avec un éclairage insuffisant » [37], à rouler à une « vitesse excessive » tout en témoignant de « l'inattention » [38], ou en ne faisant pas preuve d'une « attention suffisante » [39], ou encore à n'avoir pas « suffisamment ralenti son allure, ni pris les précautions exigées pour rester maître de son véhicule au cours de la traversée » d'une zone inondée [40], ou pas réduit « suffisamment sa vitesse » devant un obstacle alors qu'il circulait dans un véhicule dont le « pneu (était) anormalement usé » [41], ou enfin à avoir commis une « fausse manœuvre » [42].

Il considère qu'il y a eu « défaut d'entretien normal » d'une route dont « l'état défectueux... se trouvait particulièrement aggravé par des ondulations et des dénivellations importantes » [43], ou parce que « l'éclairage... mis en place pour signaler de nuit les travaux dont s'agit » n'a pas « été suffisant » [44], ou que la voie comportait « une profonde excavation » [45], ou encore présentait « un caractère anormalement glissant » [46, 47].

Il estimera qu'une fédération de fonctionnaires ne groupe pas une « proportion suffisante de fonctionnaires » pour être considérée comme « faisant partie des organisations syndicales les plus représentatives » [48].

Il fondera la « négligence » sur le « caractère anormal d'un délai » [49], reconnaîtra l'absence d' « impropriété à l'habitation » à l'existence de pièces de « dimensions correctes, bénéficiant d'un bon éclairement et d'une élévation suffisante » [50], considérera qu'il y a « danger grave pour la sécurité », dans

37. S. 10.II.1950, *Lafourcade*, 104.
38. 4.X.1961, *Travaux publics c/ Cie d'assur.* « *Seine et Rhône* », *A.J.*, 1962.195; v. aussi 21.X.1970, *Soc. Nessi-Bigeault, A.J.*, 1971.316; A. 9.VI.1972, *Allemand, A.J.*, 1973.151; S. 21.VII.1972, *Brocas, A.J.*, 1973.164; 23.X.1974, *Cie « Général Accident »*, 510.
39. 11.VI.1969, *Phélipon*, 305.
40. 4.I.1963, *Synd. du Canal de Carpentras, A.J.*, 1963.312; v. aussi 25.VI.1965, *Peyre, A.J.*, 1966.58.
41. 29.XI.1967, *Vocanson*, Tb. 950.
42. 24.IV.1963, *Soc. d'assur.* « *Les travailleurs français* », *A.J.*, 1963.571.
43. 15.VII.1958, *Meunier, A.J.*, 1958.II.413; pas de défaut d'entretien normal au contraire si « faible dénivellation » (A. 9.VI.1972, *SELF, A.J.*, 1972.421, concl. Kahn).
44. 17.IV.1963, *Travaux publics c/ Gauthier, A.J.*, 1963.570.
45. S. 4.XI.1966, *Déptnt de la Vendée c/ Hoffmann, A.J.*, 1967.560; 2.X.1970, *Blasco, A.J.*, 1971.313; A. 14.II.1975, *Vimart*, 113.
46. 3.III.1971, *Equipement c/ Etab. Style, A.J.*, 1971.436.
47. V. encore 11.X.1963, *Ravier, A.J.*, 1964.119; 31.III.1965, *Travaux publics c/ Guilbert*, Tb. 1080; 4.I.1967, *Cmne de Sornay, A.J.*, 1967, 364.
48. 5.II.1960, *Milza*, 81.
49. Nancy, 23.V.1967, *P..., A.J.*, 1968.250.
50. Lille, 8.VII.1975, *Sion*, 740.

le cadre de la procédure de péril, de par la « vétusté » et le « mauvais entretien » de bâtiments [51].

La faute sera définie par le caractère anormal [52], déraisonnable [53] ou abusif [54] d'un délai ou d'un retard. Le juge estimera qu'il n'y a pas faute lourde si un retard n'a pas été « nettement excessif » [55], ou encore qu'un retard « n'a pas le caractère d'une négligence d'une gravité suffisante » pour être fautif [56]. Le retard fautif est encore celui qui excède le temps « qui était nécessaire » [57].

Le « motif sérieux et légitime » autorisant le refus de vente d'une H.L.M. est simplement expliqué, sans qu'ici les directives esquissées par l'article 5 du décret du 14 novembre 1966 soient très enrichies, par « l'utilité de maintenir un usage collectif à certains immeubles en raison... de circonstances économiques locales impérieuses » [58] ou par le fait que « la vente de ces logements à caractère locatif aurait pour effet d'aggraver la crise du logement encore aiguë » [59, 60]. La Haute Assemblée, est au demeurant plus exigeante vis-à-vis de l'administration, ce qui est un élément de sécurité, que vis-à-vis de la forme propre de ses arrêts, puisque récemment, alors que les motifs qui lui étaient déférés étaient rédigés en termes vagues, elle a considéré

> « que si ces motifs pouvaient justifier dans certains cas le refus de l'office de céder la propriété de certains logements, eu égard aux conséquences précises que cette cession pouvait avoir en ce qui concerne le marché local du logement et l'équilibre de l'exploitation de cet établissement public, ils ne pouvaient sous cette forme générale et systématique et en l'absence de toute justification propre aux circonstances de l'affaire légalement fonder le refus opposé » [61].

Un dernier exemple, celui de la notion de biens somptuaires du contentieux des dommages de guerre. La somptuarité d'un bien se définit, selon une formule classique :

> « eu égard notamment à sa destination, son utilité économique ou sociale, son caractère normal, son prix, et compte tenu des conditions de son emploi ainsi que de sa mention dans la nomenclature des barèmes et bordereaux prévus par les articles 20 et suivants de la loi » [62].

51. Paris, 10.II.1964, *Préfet de police c/ Rousso, A.J.*, 1965.122.
52. 6.VII.1945, *Lucas*, 147; S. 5.XII.1947, *Beistegui*, 460; 26.V.1948, *Durand*, 231; 12.V.1954, *Etab. Méry-Rougier*, 266; 25.II.1957, *Cazalas*, 127; 23.III.1960, *Marchionini*, Tb. 1047; 6.I.1961, *Perret*, 4; 8.III.1963, *Intérieur c/ Soc. immob. Curnor*, 157; 22.I.1964, *Etab. Houdry, A.J.*, 1964.453 (obs. Laporte); 13.VII.1966, *Soc. Pomona*, 474; 13.VII.1968, *Menou*, Tb. 1100, *A.J.*, 1969.189; S. 21.XI.1969, *Idoux*, 523, *A.J.*, 1970.306; 14.I.1970, *E.D.F., A.J.*, 1970.254; S. 14.III.1975, *S.C.I. Vallée de Chevreuse*, 197 (concl. Dondoux); Strasbourg, 4.XI.1975, *Soc. Stenger*, 769.
53. S. 24.VII.1936, *Synd. de défense des vins de la Côte-d'Or*, 861; A. 27.XI.1964, *Finances c/ Renard*, 590 (concl. Galmot); 9.VI.1967, *Ruben*, Tb. 846.
54. 25.X.1967, *Maillard*, Tb. 926.
55. 27.VI.1951, *Ottoni, R.D.P.*, 1951.1157; 26.VII.1951, *Pitti-Ferrandi, R.D.P.*, 1952.1068.
56. 21.V.1953, *Gauthier*, 240.
57. 29.I.1958, *Sancerni, A.J.*, 1958.II.70.
58. S. 20.XI.1970, *Belz*, 693, *A.J.*, 1971.55; cette directive est un peu plus précise *in* Nancy, 6.XII.1973, *O.P.H.L.M. Vosges*, 833.
59. 1.X.1971, *O.P.H.L.M. Manche*, 578.
60. Certaines décisions sont toutefois beaucoup plus explicites; v. ainsi Paris, 8.IV.1974, *Soc. H.L.M.* « *La Sablière* », 702.
61. 10.III.1978, *O.P.H.L.M. Région parisienne c/ Eitelvein, D.A.*, 1978, n° 127.
62. C.S.C.D.G. 14.III.1949, *C. du G. Gard c/ Coulange-Bailly, A.J.*, 1949.188; C.S.C.D.G. 9.V.1949, *Hourcade, A.J.*, 1949.506; C.S.C.D.G. 11.VII.1949, *C. du G. Indre-et-Loire c/ Lemarie, J.C.P.*, 1949.II.5145 (concl. Chavanon); C.S.C.D.G. 13.II.1950, *Maine-et-Loire c/ Moreau, A.J.T.*, 1950.276; C.S.C.D.G. 7.XII.1950, *Devaux, A.J.T.*, 1951.24; certaines décisions, plus laconiques encore, comportent cette directive incomplètement (C.S.C.D.G. 23.VII.1949, *Cheiney, A.J.T.*, 1950.36), ou ne la comportent pas du tout (C.S.C.D.G. A. 15.V.1950, *Lehmann, A.J.T.*, 1950.480; C.S.C.D.G. 16.I.1956, *Brodbeck, A.J.*, 1956.II.436, obs. Poussière); C.S.C.D.G. 6.VI.1956, *Lamarc, A.J.*, 1957.II.134.

Le Conseil d'Etat, après que ce contentieux lui ait été dévolu, fut plus laconique encore puisqu'il renonça dans un premier temps à cette directive [63], avant, dans un second temps, d'élaborer une directive tout aussi sibylline, au terme de laquelle le caractère somptuaire des biens résulterait aussi bien « de leur qualité » que de « leurs quantités dépassant celles qui sont normalement nécessaires aux besoins normaux d'un foyer » [64].

§ 2. — La variabilité des formules jurisprudentielles

1° Le changement de standards sans changement de signification :

260. *La fluidité des formules jurisprudentielles.*

Le juge, bien souvent, multiplie comme à plaisir des formules dont le sens est le même, tout au moins à première vue, ce qui n'est pas sans laisser planer un doute et alimenter la discussion doctrinale.

Un premier exemple de cette attitude, très frappant, est fourni par la jurisprudence concernant la notion de faute. La doctrine s'accordait généralement pour distinguer trois degrés de faute : la faute dite simple, la faute lourde, la faute manifeste. Le passage de l'exigence d'un degré à l'exigence du degré inférieur, mouvement général entre 1950 et aujourd'hui, a revêtu une signification claire : le changement de standard équivalait en principe à un changement de jurisprudence, dans le sens de son assouplissement, et on ne saurait à cet égard s'accorder avec M. de Soto lorsqu'il posait que si

> « au lieu de faute lourde (le Conseil d'Etat) parle de faute manifeste et d'une particulière gravité, on ne voit pas la différence entre les deux expression » [65].

Certes, parfois, la distinction entre les deux degrés apparaît un peu artificielle. Mais, le plus souvent, il n'en est rien. Ainsi, par exemple, lorsque, pour les services fiscaux [66], les services en principe irresponsables des P.T.T. [67] ou les hôpitaux psychiatriques [68], comme on le verra plus en détail dans le chapitre suivant, le degré de la faute exigée s'est abaissé de la faute manifeste à la faute lourde, cette inflexion n'a pas été de pure forme.

Mais la qualification de la faute a revêtu dans la jurisprudence des modalités plus complexes que la tripartition généralement acceptée par la doctrine ne le laisse paraître. Les choses se trouvaient compliquées par la fermeté du Conseil d'Etat dans le maniement de formules en apparence fort proches. Pour certains services, la faute était dite telle, et pour d'autres telle. On pouvait, et on n'a pas manqué de le faire, s'interroger sur la portée véritable de telles subtilités. La jurisprudence déjà ancienne de la faute manifeste révèle ainsi que la Haute Assemblée, avec un très grand raffinement et une très grande constance, les exceptions demeurant rares, visait :

63. 23.IV.1965, *Carabin de Cortes*, Tb. 1046; 20.X.1965, *Etab. Poliet et Chausson*, 539.
64. 24.IV.1968, *Baret de Lime*, Tb. 1079.
65. « Rev. jurisp. adm. », *R.D.P.*, 1952.1071; v. aussi Richer, *op. cit.*, multig. p. 350.
66. 21.XII.1962, *Husson-Chiffre, A.J.*, 1963.106 (chron. Gentot et Fourré), *D.*, 1963.II.589 (n. Lemasurier).
67. S. 26.III.1965, *Soc. « L'habitation »*, 210.
68. 10.XI.1961, *Eveillard*, 639; avant que l'arrêt *Hawezack*, précit., ne consacre la seule exigence d'une faute simple.

— la « faute manifeste de nature par sa gravité » pour les activités de détention à la libération [69] et la « faute manifeste et particulièrement grave » pour le service pénitentiaire en général [70];
— la « faute d'une exceptionnelle gravité » ou « d'une gravité exceptionnelle » pour les services fiscaux [71] et, éventuellement, en matière de police de la circulation [72] ou de mesures de sûreté générale justifiées par l'état de guerre [73];
— la « faute manifeste et de » ou « et d'une particulière gravité », pour les services psychiatriques [74] et, plus ponctuellement, pour certains services financiers [75], pour le service du permis de conduire [76], les services chargés du maintien de l'ordre public [77], en cas d'internement administratif [78] ou lorsque l'autorité militaire n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir les effets de l' « état d'effervescence » de la troupe [79];
— la « faute d'une particulière gravité » en cas de carence des autorités chargées de la police de la sécurité [80];
— la « faute lourde et d'une particulière gravité » qui écartait l'irresponsabilité dont bénéficient les services des P.T.T. en certaines matières [81];
— la « faute exceptionnelle et d'une particulière gravité », nécessaire pour engendrer la responsabilité d'un service confronté à des circonstances exceptionnelles [82].

Toutes ces expressions ont le même sens, semble-t-il. Et il serait sans doute vain d'opposer, sur une impression hâtive, la « faute d'une exceptionnelle gravité » à la « faute d'une particulière gravité ». Sans doute, dans le langage courant, une nuance se marque-t-elle entre les deux formules, mais leur association au sein de l'expression « faute exceptionnelle et d'une particulière gravité » autant qu'une confrontation des diverses jurisprudences, interdit de considérer comme distincts les degrés de la faute exigée dans chacun des domaines concernés [83]. Tout au plus, et on aura l'occasion de le vérifier, la

69. A. 30.I.1948, *Bernard*, 47; 9.IV.1948, *Ciais*, 156; 28.VI.1950, *Maury*, 533; 28.VI.1950, *Bonhomme, R.D.P.*, 1951.530; 10.XI.1950, *Desjardins*, 549, *R.D.P.*, 1951.1156; 10.VII.1953, *Plantié*, Tb. 777; parfois pourtant, le Conseil d'Etat a utilisé en cette matière l'expression « faute manifeste et d'une particulière gravité » (23.XI.1951, *Gené, R.D.P.*, 1950.1072).
70. 4.I.1918, *Zulémaro*, 9.
71. 1.VII.1927, *Demoreuil, D.P.*, 1928.III.21 (n. Trotabas); S. 11.IV.1930, *Beauville*, 462; 17.VII.1931, *Lorin*, 801; 8.VII.1932, *Larroque, D.P.*, 1932.III.70 ,concl. Rousselier); 13.VI.1934, *Piketty*, 678; 21.VI.1934, *Demontmérot*, 738; 21.VI.1935, *Barneyrat, D.P.*, 1936.III.68 (n. Trotabas et concl. Detton); S. 25.X.1935, *Fleur-Santucci*, 983; 1.XII.1937, *Acker*, 985; 2.VI.1938, *Comoy*, 517; S. 26.I.1951, *Renard*, 50, *R.D.P.*, 1951.1158; 16.III.1951, *Vandromme*, Tb. 828; 28.VII.1951, *Loxq*, 471, R.D.P., 1952.1072; 24.VI.1953, *Brianson*, 317; 7.V.1954, *Billiard, R.D.P.*, 1955.202; 16.XI.1955, *Benveniste*, Tb. 801; 30.III.1960, *Duval*, 240.
72. 29.VII.1925, *Avellan*, 737.
73. 5.XII.1941, *Gompertz*, 209.
74. 24.VI.1921, *Lupiac*, 632; 12.IV.1924, *Ludemann*, 409; S. 27.X.1933, *Guillaumie*, 974; S. 21.XII.1934, *Pannetier*, 1224; 29.I.1936, *Chatry*, 139; 19.I.1945, *Prat*, 20, *R.D.P.*, 1947.101; 4.I.1952, *Roustan*, Tb. 823; 9.I.1957, *Nasi, A.J.*, 1957.II.76; 11.II.1959, *A.P. à Marseille c/ Filippi*, 103; 18.V.1960, *Hôpital de Châtellerault*, Tb. 1124.
75. 30.X.1959, *Economie c/ Murat*, 566.
76. 31.X.1928, *Pernot*, 1106.
77. 28.X.1927, *Soc. Maurel*, 985; 4.VIII.1928, *Roux*, 1053.
78. 29.VII.1925, *Legrand*, 747.
79. 28.III.1924, *Loumi-Daoud*, 354; v. aussi 11.III.1921, *Selliès*, 292.
80. S. 9.VII.1943, *Laffitte*, 183; 27.X.1948, *Ritz*, 396; 8.VI.1951, *Buisson, R.D.P.*, 1951.1158.
81. S. 18.IV.1958, *Algérie c/ Herzeg*, 217; 8.II.1961, *Cie Singer*, 84.
82. 20.IX.1944, *Finidori*, 254; 9.XI.1948, *de Tassencourt*, 419.
83. V. les réflexions de M. Chapus, *op. cit.*, p. 357; et les critiques de M. Robert, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration*, 1956, p. 206.

jurisprudence fiscale est-elle plus sévère : mais la qualification de la faute retenue dans son cadre ne le signale pas d'une manière ou d'une autre.

Cette politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat, qui consiste à multiplier les expressions différentes de la qualification de la faute, à retenir une formule particulière pour chaque domaine, comme si elle était la mieux adaptée et la seule appropriée, remarquable par la fermeté avec laquelle elle a été menée, atteste la volonté de la Haute Assemblée, non pas certes d'égarer la doctrine, mais d'accréditer l'idée de la pérennité de la fameuse formule de la décision *Blanco,* qui ouvre un pouvoir considérable au juge et au terme de laquelle la responsabilité administrative « a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service » [84].

La jurisprudence du sursis à exécution connaît, elle aussi, pour ce qui concerne la condition relative au préjudice, une grande fluidité des formules qui semble défier la théorisation, encore qu'on ait pu avec succès esquisser les éléments d'une chronologie démontrant le lien entre les expressions du Conseil d'Etat, notamment au XIX^e^ siècle, et sa plus ou moins grande exigence quant à la nature du préjudice. Tantôt le juge administratif se contente, de façon très elliptique, et c'est la solution la plus fréquente à l'époque contemporaire, de viser un préjudice « de nature à justifier une demande de sursis » [85]. Tantôt, au fil du XIX^e^ siècle, il a préféré parler de simple « dommage » [86], de « dommage irréparable » [87], de « préjudice considérable » [88], ou encore de « préjudice grave » [89], de « préjudice réel et irréparable » [90], de « préjudice grave et irréparable » [91]. Comme a pu le noter M. Tourdias,

84. Le jeu jurisprudentiel qui consiste à remplacer parfois la faute lourde par la faute grave doit être interprété de la même manière; la faute grave joue un rôle dans des domaines variés et sans exclusivité (S. 24.VII.1936, *Synd. grands vins de la Côte-d'Or,* 861; 22.XII.1936, *Apard,* 1144; 18.V.1938, *Commiss. adm. des hospices civils de Marseille,* 435; 29.III.1946, *Caisse départ. d'assur. soc. de Meurthe-et-Moselle c/ Ville de Bayonne, R.D.P.,* 1946.501), mais elle est particulièrement utilisée dans le cadre de la responsabilité pour les activités de police (1.V.1925, *Coulon,* 417; 7.II.1934, *Rappine,* 189; 6.II.1935, *Montillier,* 160; 22.III.1935, *Dulac, R.D.P.,* 1935.810; 21.II.1936, *Ducassé, R.D.P.,* 1936.300; S. 20.I.1939, *Etab. Nusse,* 22; 20.XII.1939, *Massacry,* 598.

85. 18.VI.1954, *Préfet du Var,* 365; Paris, 31.III.1955, *Assoc. Parc des sports Rondenay, A.J.,* 1955.II.288; 7.X.1955, *Soc. aviation Michel, A.J.,* 1955.II.439 (obs. Copper-Royer); Marseille, 30.III.1962, *Mercury, A.J.,* 1962.638 (obs. Granjon); 27.III.1963, *Reconstruction c/ Morel, A.J.,* 1963.499 (concl. Henry); le décret de 1963, qui visait, mais pas seulement la locution « de nature à », a accentué cette tendance : 28.V.1965, *Erbland, A.J.,* 1966.380; S. 15.IV.1966, *Pennec,* 261 (concl. Rigaud); 25.IV.1969, *Maurel, A.J.,* 1969.364; 23.V.1969, *David, A.J.,* 1969.441; Lyon, 23.I.1970, *Construction immobilière rhodanienne, A.J.,* 1970.179; 4.III.1970, *S.C.I. « des Trois-Roses », A.J.,* 1970.295 (concl. Rougevin-Baville); 8.VII.1970, *Schwetzoff,* 475; 21.X.1970, *de Beauvoir,* 600, *A.J.,* 1970.617; 26.V.1971, *Equipement c/ Cmne de Gruffy, A.J.,* 1971.416 (concl. Guillaume); 11.VII.1973, *Gourmaud,* 483; 11.VII.1973, *Union régionale des coopératives d'élevage,* 498; S. 12.XII.1973, *Robinet,* 722; S. 15.III.1974, *Delaunay,* 188; S. 20.III.1974, *Assoc. St-Martin-du-Touch,* 191; Marseille, 3.V.1974, *Cmne de St-Michel-Peyresq,* 698; S. 28.VI.1974, *Gallet,* 382; S. 23.VII.1974, *Sultan,* 458; S. 4.XII. 1974, *Benoist,* 616; S. 13.XII.1974, *Aménagement du territoire c/ Rodeville,* 631; Amiens, 17. XII.1974, *Desmettre,* 779; S. 3.I.1975, *S.C.I. « rue Erlanger »,* 10; 19.III.1975, *Comité de défense des riverains de la Communauté urbaine de Lyon,* 206; Nice, 6.VI.1975, *Michelini, A.J.,* 1976.97; 3.XII.1975, *Ville d'Aix,* 629; A. 18.VI.1976, *Moussa Konaté,* 321, *A.J.,* 1976.586 (concl. Genevois); 19.I.1977, *Soc. de construction immobilière de l'Ouest,* 29; S. 28.X.1977, *Intérieur c/ Junblut,* 412.

86. Ord. 9.IX.1818, *Brochard;* la jurisprudence la plus ancienne de ce développement est tirée de l'étude précitée de M. Tourdias, pp. 60 ss.

87. 20.VI.1821, *Clocq,* 129.

88. 31.VII.1822, *Muteau,* 138.

89. 23.XI.1888, *Sœurs de l'Hôtel-Dieu, D.P.,* 1890.III.7.

90. 14.II.1834, *Cmne de Bray,* 133.

91. 30.XII.1829, *Cognet,* 507.

> « Il semble que le Conseil d'Etat se soit déterminé pour l'une ou l'autre expression selon les circonstances du moment et qu'il faille renoncer à chercher une règle » [92].

Au XX^e^ siècle, à côté de la formule la plus classique d'après la doctrine qui prend en considération le « préjudice irréparable » [93], le juge administratif s'est encore autorisé une assez grande latitude dans le choix des expressions, visant tantôt un préjudice qui « aurait pour conséquence d'apporter à l'état des lieux des changements qu'il serait pratiquement très difficile de modifier à nouveau au cas où l'arrêté viendrait à être annulé » [94], tantôt un « préjudice sinon irréparable, du moins grave » [95], des « risques graves » [96], un « préjudice sérieux » [97], un « préjudice pratiquement irréparable » [98], ou, ce qui est la formule du décret de 1963, « difficilement réparable » [99], ou encore « très difficilement réparable » [100].

On conviendra que l'alliance du laconisme, engendré par l'emploi de la locution « de nature à », avec cette perpétuelle mobilité des formules, ne pouvait guère faciliter la clarification définitive du sens de la jurisprudence, tout au moins avant la relative élucidation proposée par le décret de 1963.

De la même manière, dans le cadre de la responsabilité sans faute, le juge parle tantôt de dommage ou de préjudice anormal, tantôt de préjudice grave ou suffisamment grave, de charges spéciales par rapport aux charges normales, de charges n'incombant pas normalement à l'administré, de sujétions anormales, de sujétions qui excèdent par leur gravité celles que les administrés sont tenus de supporter, de préjudice spécial, de dommage excédant les troubles ou les inconvénients normaux du voisinage, ou les obligations ou les sujétions du voisinage; le préjudice est encore dit excéder la mesure des inconvénients, gênes ou sujétions que doivent supporter, sans dédommagement, sans indemnité ou normalement les riverains d'une voie publique. Mais ces formules, si leur contenu fait parfois difficulté, ne compliquent pas réellement en elles-mêmes la tâche de la doctrine [101]. Pas plus que celles que l'on pourrait citer en ce qui concerne les notions de délai normal ou d'entretien normal parmi tant d'autres.

2° Le changement de signification sans changement de standard :

261. *Standard et jurisprudences bifides.*

Certaines jurisprudences sont bifides, en d'autres termes, derrière leur unité de façade, caractérisée par l'emploi d'une notion unique, se profile une dualité irréductible.

92. *Op. cit.,* p. 62.

93. Nice, 17.II.1965, *Déptnt de la Corse, A.J.* 1965.305 (obs. Weil).

94. 19.I.1955, *Préfet de la Seine c/ Assoc. synd. Villa Montmorency,* 35, *A.J.,* 1955.II.66 (concl. Laurent et obs. Braibant); 13.VII.1956, *Dalard, A.J.,* 1956.II.315 (concl. Laurent); Clermont-Ferrand, 29.V.1959, *Méjean, A.J.,* 1960.II.95; 24.IV.1963, *Construction c/ Pouhlies, A.J.,* 1963.418 (concl. Nicolay); 31.I.1964, *Caffort, A.J.,* 1964.385.

95. Marseille, 7.X.1955, *Soc. commerc. des riz et légumes secs, A.J.,* 1955.II.442 (concl. Heurté).

96. 22.VI.1956, *Reconstruction, A.J.,* 1956.II.314 (obs. Copper-Royer).

97. Lille, 29.IX.1961, *Houzet et Martin, A.J.,* 1961.II.723 (concl. Quandalle).

98. Bordeaux, 24.I.1962, *Synd. quartiers Arcivaux, Montplaisir, etc., A.J.,* 1962.450 (concl. Luce).

99. Dijon, 27.I.1967, *Martinet, A.J.,* 1967.191; Lyon, 18.XII.1968, *Pupier, A.J.,* 1969.262; Orléans, 19.XII.1975, *Kervadec,* 787; A. 23.XII.1976, *Perrault, A.J.,* 1977.161.

100. Dijon, 25.IX.1973, *Bramard,* 811.

101. V. les remarques de M. Delvolvé, *op. cit.,* pp. 271 ss. et 312 ss.; v. aussi Henriot, *op. cit.,* p. 2; Amselek, étude précit., au *Recueil Eisenmann,* p. 237; Chapus, « Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics », *Mélanges Waline,* t. 2, p. 317.

Ainsi en est-il de la jurisprudence de la notion de clause exorbitante. M. Pequignot, parmi beaucoup d'autres auteurs, a justement dénoncé la forme de cette jurisprudence, qui allie le « plus parfait laconisme » à la contradiction des directives mises en œuvre par la Haute Assemblée [102]. Et de fait, lorsque le laconisme cesse, cette variabilité des directives apparaît avec netteté. Tantôt les clauses exorbitantes sont des stipulations

> « ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » [103],

ou encore des

> « clauses différant par leur nature de celles qui peuvent être inscrites dans un contrat analogue de droit civil » [104],

des « sujétions débordant le cadre des règles du droit privé » [105], ou des clauses « dérogatoires du droit commun » [106, 107].

Tantôt, au contraire, les clauses exorbitantes semblent être seulement des clauses inusuelles, anormales, au sens statistique, empirique du terme [108], des clauses qui, lorsqu'elles figurent dans une convention,

> « ne permettent pas de l'assimiler à un contrat de droit privé » [109].

Les « clauses usuelles » dans les contrats privés sont alors réputées non exorbitantes [110]. Traitement confirmé par M. Galabert, qui, à propos d'une clause, estimait qu'

> « à supposer qu'elle y soit possible, une telle clause est certainement assez exceptionnelle dans un contrat entre particuliers pour que l'on y voie une clause exorbitante » [111].

Tantôt la Haute Assemblée a fait prévaloir une conception formelle de la clause exorbitante, disposant que la seule référence à un cahier des charges administratif suffit à conférer au contrat un caractère administratif [112], tantôt

102. « Rev. somm. jurisp. », *R.D.P.*, 1948.593, et *R.D.P.*, 1952.192; v. aussi Himario, *op. cit.*, p. 91; Auby, « Rev. jurisp. adm. », *R.D.P.*, 1953.191, et *R.D.P.*, 1954.188; Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », *A.J.*, 1961.I, pp. 126 ss.; m. auteur, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *Mélanges Waline*, t. 2, p. 501; Waline, n. 26.II. 1965, *Soc. vélodrome Parc des Princes*, *R.D.P.*, 1965.1176.

103. 20.X.1950, *Stein*, 505; v. aussi S. 15.II.1935, *Soc. franç. de construction mécaniques*, 201; 30.IV.1948, *Cie des produits chimiques de Berre*, Tb. 640; S. 29.VI.1951, *Soc. minière du cap Corse*, 383; 26.II.1958, *Cie des mines de Falémé-Gambie*, 128.

104. T.C. 19.VI.1952, *Soc. des combustibles et carburants nationaux*, 628.

105. 9.VI.1948, *Cousin*, 254; 18.I.1952, *Kissin*, *R.D.P.*, 1952.513; 18.I.1950, *S.A. procédés Fouque*, 35.

106. 17.VII.1923, *Soc. des magasins généraux*, 581; S. 14.V.1948, *Jacquin*, 213; 4.X.1967, *Trani*, 352.

107. Toutes ces formules restrictives se trouvent cependant tempérées du fait qu'un examen approfondi des arrêts qui les utilisent ne révèle pas toujours que les clauses ainsi visées aient été impossibles pour des contractants de droit privé (V. Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *Mélanges Mestre*, contrib. précit., p. 550).

108. V., p. ex., 23.XII.1953, *Lillo*, 573 (concl. Tricot).

109. 8.I.1965, *Da Fonseca*, 7; 16.V.1969, *S.N.C.F.*, 194.

110. T.C. 14.XI.1960, *Soc. coop. d'Ablis*, *A.J.*, 1961.II.89.

111. Concl. 29.VI.1966, *Soc. pour le traitement des bois*, *A.J.*, 1966.564.

112. Cette solution a prévalu jusqu'à 1938 et a fait un retour en force avec 17.XI.1967, *Roudier de la Brille*, *A.J.*, 1968.98 (chron. Massot et Dewost); 24.XI.1972, *Soc. ateliers de nettoyage de Fontainebleau*, 753.

elle a adopté une conception plus matérielle, admettant qu'en dépit d'une référence à un tel cahier un contrat peut être de droit privé si le cahier apparaît sans effet utile [113]. Mais ce second aspect ne présente pas le même inconvénient et n'est pas caractéristique d'une jurisprudence bifide, car les antinomies de la jurisprudence ne se manifestent pas là, comme on l'a vu précédemment, de façon concomitante devant une même juridiction.

Aussi bien deux auteurs ont-ils pu, il est vrai à plus de quinze ans d'intervalle, aboutir à des conclusions radicalement inverses. Pour le Doyen Vedel,

> « la très grande majorité des clauses exorbitantes est constituée par des stipulations qu'aucune impossibilité, aucune illicéité n'affecteraient dans un contrat privé, mais qui y sont inaccoutumées et, partant, peu vraisemblables » [114].

Au contraire, pour M. Lamarque,

> « la stipulation exorbitante peut être définie, d'une manière générale, comme celle qui est insusceptible de figurer dans un contrat de droit privé, comme une clause impossible dans un contrat entre personnes privées ».

Si, conclut cet auteur, la jurisprudence

> « n'emploie pas expressément le mot de clause impossible, il n'est pas interdit de penser qu'elle s'inspire bien de l'idée d'impossibilité » [115].

Moins évident, mais tout aussi réel, est le caractère bifide de la jurisprudence concernant la notion de « moyens sérieux » dans le cadre du sursis à exécution. Au sens classique du terme, le moyen sérieux devrait être celui qui fait réfléchir un juriste raisonnablement compétent à premier examen de l'affaire. Cette condition tardive d'octroi du sursis revêt d'ailleurs cette signification, semble-t-il, aux yeux de l'ensemble de la doctrine. Il faut ajouter que cette interprétation est la seule qui permette de surmonter la contradiction délicate qui consiste à examiner les moyens alors que le principe prévaut que le juge, dans le cadre des procédures d'urgences, ne doit pas porter préjudice au principal. Aussi bien les moyens sérieux sont-ils en général les moyens qui n'ont pas un caractère purement dilatoire. Comme le disait le commissaire du gouvernement Detton, dans ses conclusions sur l'affaire des *Croix de feu* qui devait voir la consécration de cette seconde condition du sursis :

> « Le moyen invoqué... soulève une question véritable sur laquelle... sans vouloir préjuger de la valeur de ce moyen... vous aurez à prendre parti ultérieurement » [116].

La jurisprudence, dans l'ensemble, encore qu'elle soit souvent peu explicite et qu'on ne dispose malheureusement pas assez souvent des conclusions qui seules permettraient de préciser définitivement ce qu'il en est, a fait sienne cette attitude.

Toutefois, il a pu arriver que certains commissaires recherchent si les moyens étaient « sérieux, autrement dits fondés » [117]. Sans doute la rédaction

113. Ce point de vue a prévalu à partir de 21.I.1938, *Bureau international de l'édition musico-mécanique*, 57; v. aussi, encore que de portée légèrement différente, T.C. 14.XI.1960, *Soc. Vandroy-Jaspar*, 867; le Tribunal des Conflits a maintenu, après *Roudier de la Brille*, sa position antérieure; v. T.C. 10.V.1971, *Soc. Laboratoire Derveaux, D.A.*, 1971, n° 181.

114. Contrib. précit., p. 550.

115. Contrib. précit., pp. 512 et 513.

116. Concl. 17.VII.1936, *Mouvement social français des Croix de feu*, *D.*, 1936.III.77.

117. Concl. Bertrand A. 13.VII.1965, *Déptnt de la Corse*, 469.

de l'article 54 du décret du 30 juillet 1963 a-t-elle incité, à tort au demeurant, à cette seconde interprétation :

> « Le sursis peut être ordonné à la demande du requérant... si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux, et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée. »

Ce texte, notons-le, ne dit pas que les moyens doivent être fondés : il se contente de poser qu'ils doivent être non seulement sérieux, mais relever abstraitement d'une catégorie de moyens justifiant l'annulation. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence apparaît aujourd'hui marquée d'une certaine dualité. Bien souvent les commissaires du gouvernement poussent leur examen des moyens invoqués très avant [118], sans qu'il apparaisse toutefois que soit formellement abandonnée dans tous les cas la jurisprudence originaire, plus extensive. Ainsi M. Rougevin-Baville, dans l'affaire des *Trois Roses,* après avoir posé que la « situation est extrêmement simple » et s'être livré pourtant à une fort longue démonstration, concluait justement :

> « Il n'est d'ailleurs pas indispensable que votre conviction soit absolument établie : nous n'en sommes qu'au stade du sursis à exécution. » [119]

D'autres exemples de jurisprudences bifides pourraient sans doute être identifiés. Un peu différente est la figure mise en évidence par M. Moreau, selon laquelle la qualification de faute lourde, dans certains cas, ne recouvrirait pas une faute véritablement lourde [120]. Cette déformation serait due à la pression de l'équité (car elle est juridiquement contestable), soit que l'ampleur du dommage détermine le juge à surestimer le manquement à l'obligation et à qualifier une faute simple de faute lourde [121], soit que, par une inflexion de la jurisprudence, l'exigence de la faute lourde devienne purement formelle [122]. Dans tous ces cas, il y a davantage revirement discret de la jurisprudence que jurisprudence bifide.

262. *Standard et jurisprudences à directives mal stabilisées.*

Par opposition aux jurisprudences bifides, qui posent en termes d'alternative la question de l'interprétation du standard, les jurisprudences à directives mal stabilisées ne confrontent pas la doctrine à un choix théorique de grande ampleur : elles la condamnent simplement à renoncer à une formalisation définitive et exhaustive et à procéder par voie de tableau de jurisprudence avec toute la prudence possible plutôt que par construction systématique. La non-stabilisation peut bien sûr comporter des nuances. A bien y réfléchir, il est

118. V. notamment concl. Franc A. 19.XII.1975, *Préfet de Paris c/ Marché St-Germain, A.J.*, 1976.425; cette inflexion a été amorcée par une série de conclusions de M. Laurent, en dépit d'une certaine prudence du vocabulaire de ce juriste; v. 10.X.1954, *Finances c/ Crédit coopératif,* 492; 19.I.1955, *Préfet de la Seine c/ Assoc. synd. propriétaires Villa Montmorency, A.J.*, 1955.II.66; 17.VI.1955, *Industrie et Commerce, A.J.*, 1955.II.292; m. jour, *Assoc. sports Rondenay, A.J.*, 1955.289; 13.VII.1956, *Dalard, A.J.*, 1956.II.315; m. jour, *Reconstruction c/ Soc. Rhône-Poulenc, A.J.*, 1956.II.363; v. la critique de cette évolution par M. Copper-Royer, n. 17.VI.1955, *Industrie et Commerce, A.J.*, 1955.II.293.

119. Concl. 4.III.1970, *S.C.I. « des Trois Roses », A.J.*, 1970.295.

120. *Op. cit.*, pp. 132 ss.; v. aussi Richer, *op. cit.*, multig., p. 352.

121. 21.XII.1938, *Commiss. des hospices de Marseille,* 968; 12.II.1943, *Cie d'assur. « La Norwich Union »,* 41; 9.VII.1969, *Mathieu, A.J.*, 1969.567 (chron. Dewost).

122. V. *infra.*

rare qu'une jurisprudence soit absolument stabilisée dans ses directives, que celles-ci soient ou non explicites. Des possibilités de légers glissements subsistent et s'affirment d'une certaine manière tant que la jurisprudence n'a pas recours à une mise en œuvre automatique du standard comme, on va le voir dans quelques pages, lorsqu'elle utilise, dans le domaine des dommages de travaux publics, à titre de définition de l'entretien normal de la voirie, la fameuse règle des 5 centimètres, ou, dans celui du remembrement rural, comme seuil de l'erreur manifeste dans la mise en œuvre de la notion d'équivalence, la règle des 1 %, procédant ainsi à une rigoureuse quantification du standard. Et les auteurs s'accordent pour souligner, à propos de nombre de standards, leur extraordinaire adaptabilité aux situations les plus diverses. Mais cette adaptabilité n'est pas l'instabilité : celle-là est une qualité de la jurisprudence, celle-ci un défaut. On entend donc ici par instabilité des directives, non le changement de directives, encore appelé revirement de jurisprudence, dont il sera question un peu plus loin, ni l'aptitude d'une jurisprudence au raffinement, à la subtilité, à la distinction habile mais raisonnable de tout ce qui peut être distingué, mais le fait pour une jurisprudence de comporter, pour rendre compte d'un standard, des directives successives et contradictoires plus que complémentaires. Un problème de méthode se pose toutefois : lorsque le Conseil d'Etat multiplie les inflexions au sein d'une jurisprudence, le plus souvent, soit il invoque explicitement, soit il est possible de découvrir de menues différences d'une affaire à l'autre qui rendent la jurisprudence fine mais non pas incohérente. En d'autres termes, il est alors difficile d'affirmer que la jurisprudence comporte des directives mal stabilisées sans porter un jugement de valeur qui demeure nécessairement empreint d'un caractère relatif.

Nous voudrions cependant tenter, à propos d'une seule jurisprudence, particulièrement riche, celle de l'amnistie, de préciser ce que l'on peut entendre par standard à directives mal stabilisées. Dans cette jurisprudence, les notions d'honneur, de probité et de bonnes mœurs ont pris une extension assez considérable par rapport à leur sens commun, à partir du milieu des années cinquante, par le truchement notamment de la notion d'honneur professionnel, ceci, ainsi que l'a justement noté la doctrine, en vue de faire face à une législation d'amnistie proliférante qui risquait de vider les systèmes disciplinaires d'une partie de leur efficacité [123]. Ce faisant, ces notions ont acquis un particularisme, une spécificité dans leur emploi juridique qui, les privant de leur point d'ancrage dans le champ des significations courantes, tendent à les faire osciller entre une interprétation maximaliste bien représentée, après les premières tentatives, encore nuancées, de M. Guionin dans ses conclusions sous l'affaire *Grunberg,* par le commissaire du gouvernement Braibant dans les siennes sur l'arrêt *Kraemer* ou par le commissaire du gouvernement Grévisse dans celles prononcées sur l'arrêt *Monod,* lorsqu'ils assimilaient, en fin de compte, toute faute professionnelle à un manquement à l'honneur, vidant de tout contenu l'amnistie, et une position minimaliste, incarnée par M. Henry, dans ses conclusions sous l'arrêt *Michel,* décision qui a considéré que seuls les manquements les plus graves aux devoirs professionnels peuvent être tenus pour des manquements à l'honneur même si l'on vise l'honneur professionnel [124].

123. V. Debbasch, « L'amnistie en matière disciplinaire », *D.*, 1963, chron. 39, p. 262; Savoye, « La notion de manquements à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs », *D.*, 1968, chron. 18, p. 107; chron. Fournier et Braibant, *A.J.*, 1957.I.91; chron. Galabert et Gentot, *A.J.*, 1961.I.333.

124. 12.VII.1955, *Grunberg,* 407 (concl. Guionin); 31.V.1963, *Kraemer,* 337, *D.*, 1963.II. 553 (concl. Braibant); 18.XII.1957, *Monod* (concl. Grévisse); 15.III.1963, *Préfet de police c/ Michel, D.*, 1963.II.426 (concl. Henry).

Sans doute y a-t-il eu des temps dans cette jurisprudence, une phase de très grande sévérité, autour de 1960, s'intercalant entre deux périodes plus modérées [125], mais la difficulté pour le Conseil d'Etat de se tenir dans l'entre-deux des positions décrites, ce qui semble avoir été sa volonté la plus constante, se manifeste au travers de sa jurisprudence. Certaines décisions attestent la primauté d'un choix, d'autres celles de l'autre, et ponctuellement des contradictions se marquent.

Le point de vue maximaliste prévaut ainsi clairement lorsque le seul fait pour un expert-comptable de s'être montré négligent dans le contrôle de la comptabilité d'une société [126], ou pour un sous-brigadier de police d'abandonner son poste en laissant son arme est réputé contraire à l'honneur [127].

Le point de vue minimaliste s'affirme au contraire lorsque la Haute Assemblée considère qu'un « manque très grave de conscience professionnelle » et des « imprudences coupables » pour un médecin [128], ou le fait pour un pharmacien de se faire remplacer régulièrement dans son officine [129], ou pour un officier d'avoir inscrit des propos injurieux sur la voie publique à l'adresse d'un général étranger [130], ou pour un médecin d'avoir continué à soigner les assurés sociaux après qu'une décision définitive le lui eut interdit [131], ne constituent pas nécessairement des manquements à l'honneur et à la probité.

Enfin parfois la contradiction ressort avec netteté. Ainsi à propos de la question de savoir si, pour un chirurgien-dentiste, le fait d'avoir laissé son mécanicien soigner des assurés sociaux était ou non contraire à l'honneur. En 1958, le Conseil d'Etat a estimé que oui, en 1963 que non. On rencontre cependant dans ces deux affaires la difficulté déjà soulignée qu'il y a, pour la doctrine, à saisir sans conteste l'existence de la contradiction. Car les précautions de forme du Conseil d'Etat peuvent faire croire à une appréciation très fine distinguant deux situations un peu différentes. En 1958, l'infraction est dite avoir été réalisée par son auteur

> « au mépris des avertissements qui lui avaient été donnés par le président du Conseil départemental des chirurgiens-dentistes, organisme dont le requérant était secrétaire »

et le Conseil ajoute : « sciemment » [132].

En 1963, la Haute Assemblée motive ainsi sa décision :

> « Cette faute, dans les conditions où elle a été commise, telles qu'elles ressortent du dossier soumis au juge du fond, n'a pas présenté le caractère d'un manquement à la probité ou à l'honneur. » [133]

Par cette formule laconique, elle laisse entendre que cette solution ne rompt pas avec la précédente, mais correspond à une situation tout à fait particulière. On peut pourtant trouver tout cela bien artificiel : le Conseil d'Etat est, en la matière, hésitant, perplexe, et, au gré des formations de jugement qui ne sont

125. En ce sens, Braibant, concl. S. 17.XII.1971, *Virapin-Apou*, 779.
126. 17.XI.1961, *C. du G. près le Conseil sup. de l'ordre des experts-comptables*, Tb. 935.
127. 13.III.1963, *Préfet de police*, Tb. 822.
128. 30.X.1968, *Assemat*, Tb. 859.
129. 21.VII.1948, *Roques*, 388; v. aussi S. 28.XI.1969, *Dupraz*, 543.
130. 22.I.1960, *Rey*, 50 (concl. Fournier), *A.J.*, 1960.II.60.
131. 11.II.1970, *Pech*, 103.
132. 10.XII.1958, *Cubertier*, 635 (chron. Combarnous et Galabert, *A.J.*, 1959.I.70).
133. S. 31.V.1963. *Kraemer*, 337, *D.*, 1963.II.553; notons qu'en 1973 la Haute Assemblée est revenue, semble-t-il, sur cette jurisprudence : 9.V.1973, *Bensadoun*, 343.

pas toujours identiques même à peu de temps d'intervalle, la jurisprudence s'infléchit selon une méthode qui n'est pas celle du revirement, qui suppose *consensus*, clarté et vision prospective du juge, mais plutôt celle de la valse-hésitation. Ceci n'est pas le moins du monde une critique abrupte : les impératifs à concilier sont si délicats, les notions à mettre en œuvre, une fois retravaillées pour l'usage juridique, si complexes qu'il est bien concevable que la jurisprudence soit soumise à des tensions.

Ainsi est-il possible de déceler, dans le cadre de la jurisprudence étudiée, un assez grand nombre, si ce n'est de contradictions à l'état pur, tout au moins d'ambiguïtés. Si les mentions fausses sur les feuilles de maladie sont toujours considérées comme un manquement à la probité [134], le dépassement d'honoraires a été d'abord caractérisé comme tel [135] puis non [136]. Le recours à la publicité, pour un médecin, est un manquement dans certains cas [137] et pas dans d'autres [138] sans qu'il soit très aisé de dégager les directives mises en œuvre. Le fait, pour un médecin, d'avoir utilisé des moyens thérapeutiques inefficaces, méritant la qualification de « charlatanisme » par le juge du fond, est un manquement [139]; en revanche, et la différence ne semble pourtant pas considérable, le fait d'avoir prôné des méthodes elles aussi charlatanesques [140], ou ordonné une médication incohérente [141], d'avoir prolongé un traitement alors qu'il était illogique de le poursuivre [142] ne sont des manquements ni à l'honneur, ni à la probité. Le fait, pour un médecin, d'avoir ouvert un établissement de bains finlandais, contrevenant aux dispositions du Code de déontologie, n'est pas un manquement [143]; le fait par contre d'avoir laissé s'installer un cabinet de soins de beauté dans une pièce de son appartement en est un [144]. La circonstance, pour un médecin, d'avoir « injurié et frappé l'un de ses confrères » n'est pas un manquement à l'honneur [145]; celui inversement d'avoir « frappé l'épouse d'un client » en constitue un [146]. Le fait de délivrer un certificat sans procéder aux examens prévus peut caractériser [147] ou non [148] le manquement.

Un point doit cependant être retenu : de tels phénomènes d'instabilité des directives sont assez rares, tout au moins à ce degré. L'instabilité des directives est en principe un phénomène transitoire, soit qu'il apparaisse lorsqu'une jurisprudence nouvelle s'élabore, soit qu'il se manifeste au moment même d'une mutation jurisprudentielle un peu difficile. Il peut alors y avoir flottement mais pour une brève période, et ce flottement est moins interne à la Haute Assemblée, entre formations de jugement, qu'inhérent aux relations qui unissent au Conseil d'Etat les juridictions qui lui sont subordonnées d'une façon ou d'une autre [149].

134. 1.X.1971, *Gantier*, Tb. 938; 12.I.1972, *Perier*, Tb. 987; 1.III.1972, *Ducreux*, 179; 28.II.1973, *Ferreux*, 179; 26.X.1973, *Caisse primaire de la Somme*, 600.
135. 18.III.1963, *Nemegyel*, Tb. 822.
136. 16.XI.1966, *Caisse primaire Région parisienne*, Tb. 1079; 29.XI.1968, *Vrillet*, 609, *J.C.P.*, 1969.II.15883 (obs. Ould-Aoudia).
137. 16.V.1969, *Hait-Hin*, 254; 11.II.1970, *Maschi*, 101, *A.J.*, 1971.56; 5.VII.1972, *Ouahnon*, 511.
138. 6.V.1949, *Grunberg*, 190; 12.VII.1955, *Grunberg*, 407; S. 17.XII.1971, *Virapin-Apou*, 779 (concl. Braibant).
139. 2.X.1959, *Raynaud*, 484.
140. Les deux arrêts *Grunberg*, précités.
141. 27.VI.1962, *Briault*, 427.
142. 11.VII.1969, *Tomatis*, Tb. 741.
143. 23.III.1962, *Boileau*, 205.
144. 5.VI.1972, *Ouahnon*, 511.
145. 3.VII.1968, *Pennec*, 413.
146. 11.VI.1975, *Barbet*, Tb. 877.
147. 15.VII.1957, *Senequier*, Tb. 852.
148. 2.II.1949, *Fécan*, 44.
149. V. *infra*.

263. *Standard et changement de jurisprudence.*

Il peut se produire que le changement de jurisprudence, conscient, délibéré, radical, s'opère sans changement de standard. L'inconvénient est faible le plus souvent : la confrontation des faits de l'espèce à la solution suffit à démontrer que, par-delà la permanence de la formule, le contenu de la notion a varié. De telles évolutions sont très fréquentes, la notion de normalité, à laquelle se réduisent les standards, étant par nature soumise à de continuelles inflexions, en fonction moins des pratiques que des mentalités d'une société qui n'est pas immobile.

Qu'il suffise ici, car cent illustrations seraient imaginables sans profit particulier, de retenir l'exemple de la notion d'utilité publique du contentieux de l'expropriation. Point n'a été besoin de modifier l'article 545 du Code civil pour permettre une profonde évolution de cette notion, dans le sens d'un abaissement constant du seuil des exigences requis pour la reconnaître.

Plus contestable est la perversion du sens de certains termes, dans un but qui peut être au demeurant fort louable. Il ne s'agit pas alors d'un véritable changement de jurisprudence, mais de dissimulation, derrière les apparences maintenues de la jurisprudence habituelle, d'une solution ponctuelle. La notion de faute lourde, comme M. Moreau l'a justement montré, et ainsi qu'on y a fait allusion il y a quelques pages, est vide de son sens habituel dans certains cas [150]. Dans d'autres cas, et là il y a à proprement parler changement de jurisprudence, l'exigence d'une faute lourde a pu revêtir, de façon constante, un caractère très formel. Il est étonnant et critiquable que le Conseil d'Etat se soit alors attaché à une notion vidée de tout contenu : cela s'explique probablement par la volonté de maintenir une forme d'unité dans la théorie des fondements de la faute qualifiée [151]. Ce type d'attitude n'existe plus, semble-t-il, aujourd'hui, ce qui est heureux, la jurisprudence ayant gagné en réalisme et en souplesse. Mais à titre historique, on peut retenir le caractère très artificiel que revêtait autrefois la consécration de la faute lourde dans le cadre des jurisprudences de la responsabilité de la police du fait de l'usage d'armes à feu [152] ou de la police des fêtes [153].

264. *Conclusion de la sous-section I : le degré zéro du laconisme.*

De ce rapide tableau des politiques jurisprudentielles des mots que mène le Conseil d'Etat, on ne peut raisonnablement tirer une conclusion définitive et univoque. La doctrine la plus contemporaine s'exagère on le verra les inconvénients des techniques formelles du juge. Le laconisme de celui-ci, la variabilité des formules sont parfois gênants mais pas toujours. Surtout, ils ne constituent pas des caractéristiques aussi constantes qu'on l'écrit parfois de la jurisprudence administrative. Pour en faire la preuve, nous voudrions donner quelques brefs exemples de jurisprudence où prévaut le degré zéro du laconisme, en d'autres termes dans lesquelles le standard est développé par des directives suffisamment fermes et précises (en réservant le cas particulier des directives quantifiées dont l'étude sera abordée ci-après).

150. Moreau, *op. cit.*, pp. 132 ss.; v. aussi Richer, *op. cit.*, multig., p. 352; et *supra*, fin n° 261.
151. Sur la théorie des fondements de l'exigence de faute qualifiée, v. chapitre suivant.
152. V. 24.XII.1909, *Pluchard*, 1029; 6.II.1935, *Montillier*, 160; 7.II.1934, *Rappine*, 189; 29.I.1938, *Pariseau*, 137; 21.III.1947, *Bergé*, Tb. 700; 19.I.1948, *Chuart*, 438; 17.XII.1948, *Marx*, 484; v. aussi le point de vue du C. du G. Barbet, 24.VI.1949, *Lecomte*, *J.C.P.*, 1949.II.5092, n. George (*G.A.J.A.* 325).
153. En ce sens, Bénoit, thèse précit., p. 38.

Jean Dabin, dans un intéressant passage consacré à la détermination des concepts indéterminés, a distingué divers modes de spécification ou de définition de ces concepts :

> « pour les concepts représentant des valeurs quantitatives, le procédé du " chiffrage ", et pour les concepts représentants des valeurs qualitatives, le procédé de la spécification par énumération » [154].

Si l'énumération n'est pas toujours une garantie, on a pu le voir dans les développements qui précèdent, il est nombre de cas où elle rend la jurisprudence pleinement explicite. Comme le note le président Odent,

> « le juge a, par profession et par formation, le souci constant d'appliquer les mêmes règles lorsque les circonstances sont identiques; il en arrive presque toujours à se fixer à lui-même des directives dont il ne s'écarte pas » [155, 156].

Il faut éliminer tout d'abord les cas où le texte posant un standard en développe lui-même les directives, celles-ci n'étant d'ailleurs pas toujours parfaitement claires et pouvant requérir la mise en œuvre de directives jurisprudentielles adaptées. Que l'on songe à de nombreux textes visant la notion d'organisation professionnelle représentative, à la notion de notoriété médicale telle qu'elle était définie par l'article 10 du décret du 4 juillet 1960, aux conditions d'ouverture d'une clinique ouverte de l'article 25 *bis* du décret du 17 avril 1943 modifié par le décret du 28 juin 1955, à la notion de « cas social grave » dispensant de service national au terme de l'article 9 du décret du 26 mai 1966, *etc.* Dans certains cas, les directives textuelles sont simplement indicatives et non normatives : ainsi celles de l'article 5 du décret du 14 novembre 1966 définissant la notion de « motif reconnu sérieux et légitime » permettant le refus de la vente d'une H.L.M. [157].

Pour ce qui concerne les directives proprement jurisprudentielles, elles sont souvent fort claires. Il n'y a ainsi nulle *imperatoria brevitas* lorsque la Haute Assemblée dispose qu'il y a eu imprudence, pour un usager de la voie publique à :

— « négliger de s'assurer, grâce à son éclairage individuel, que la voie était libre » [158];
— installer sur les sièges avant de sa voiture deux personnes alors qu'il n'en pouvait tenir qu'une [159];
— traverser à vélomoteur une flaque d'eau susceptible d'être profonde en plein jour [160];
— « faire preuve d'inattention », mais ici le Conseil précise : « en se retournant brusquement sans prendre garde à la présence » d'un obstacle [161];
— rouler à motocyclette « de nuit, sans être muni d'un casque protecteur, sur un chemin vicinal... et en transportant un passager » [162];

154. *La technique de l'élaboration du droit positif..., op. cit.*, p. 122.
155. *Op. cit.*, fsc. 4, p. 1117; v. aussi Stati, *op. cit.*, p. 146.
156. V. l'intéressante distinction de M. Gaudemet entre règles jurisprudentielles « fixatives » et règles jurisprudentielles « souples », *op. cit.*, p. 259; v. aussi Latournerie, « Essai sur les méthodes... », art. précit., p. 199; Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles..., op. cit.*, p. 67; de La Marnierre, *op. cit.*, p. 107; Rivéro, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », art. précit., p. 100.
157. « Peuvent notamment être considérées comme tels... »
158. 4.I.1963, *Caisse primaire S.S. de l'Allier*, *A.J.*, 1963.311.
159. 7.III.1969, *Equipement c/ Yvrard*, 147.
160. 2.XII.1970, *Soc. des eaux de Marseille*, *A.J.*, 1971.245 (n. Moderne).
161. 19.IV.1974, *S.A. des sondages « Entrep. Bachy »*, 241, *A.J.*, 1974.451.
162. 24.II.1975, *Lineau*, Tb. 1303.

— engager un tracteur « sans précaution sur l'accotement de la route », alors qu'il tirait un « ensemble routier particulièrement lourd » [163].

Ou lorsqu'elle considère qu'il y a eu imprudence de l'usager d'une écluse, connaissant les lieux et ayant embarqué des enfants, à s'approcher trop près du déversoir [164], ou pour l'usager d'un ascenseur à franchir » le seuil de la cage... sans s'être assuré au préalable de la présence de celui-ci à l'étage » [165], ou encore, pour l'usager d'une piscine à plonger sans « s'assurer qu'(il le) pouvait... sans danger » [166], *etc.*

De même, sont peu mystérieuses les directives accompagnant le standard de l'entretien normal et précisant par exemple que celui-ci n'est pas réalisé, non pas pour « insuffisance », ce qui pose un problème de seuil, mais pour pure et simple « absence de signalisation » d'un obstacle d'un type donné [167], ou pour « absence d'un éclairage indépendant pour les accès » d'un théâtre [168], ou encore que ne constitue pas un défaut d'entretien normal « l'absence de mesures de protection destinées à interdire l'accès » à une portion de trottoir en cours de bitumage [169].

Très nombreuses sont les jurisprudences concernant les divers comportements de l'administration ou de l'administré qui se prêtent à l'énumération sous forme de commandements parfaitement précis, ainsi que l'avait noté, s'essayant à en donner la liste, M. Moreau [170]. Et M. Becet a plus particulièrement défini, à propos de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers, deux directives résumant l'obligation de prudence et de diligence qui pèse sur l'administré.

> « deux principes simples : il est interdit de pénétrer ou de séjourner sur des espaces militaires; il est interdit de manipuler des engins explosifs » [171].

Nul laconisme encore lorsque la Haute Assemblée définit la notion de « rapatriés les plus défavorisés » à l'aide d'une combinaison de directives d'âge, d'invalidité, de ressources [172], ou lorsque, dans le cadre de la jurisprudence de la notoriété médicale, elle précise la directive donnée par l'article 10 du décret du 4 juillet 1960 visant les « titres universitaires ou hospitaliers », en développant soigneusement ceux-ci et en concluant « qu'eu égard à la valeur reconnue à ces divers titres, dont un petit nombre de praticiens seulement peuvent se prévaloir », il y a bien notoriété [173].

163. 7.V.1975, *Caisse primaire de la Charente-Maritime*, 294.
164. 28.IV.1965, *Travaux publics c/ Profichet, A.J.*, 1965.540.
165. 23.III.1966, *Soc. Otis-Pifre*, 231; 15.III.1968, *C.H.R. Toulouse c/ Pla*, Tb. 1130; 9.VII.1975, *Finances c/ Soc. Ascinter-Otis*, 414.
166. 29.V.1968, *Prod'homme*, Tb. 1131.
167. 19.X.1963, *Bouchet, A.J.*, 1964.119; 30.X.1963, *Carlier, A.J.*, 1964.119 (obs. Laporte); 13.XI.1964, *Ville de Marseille c/ Dor, A.J.*, 1965.311; 28.IV.1971, *Chbre de comm. de La Rochelle, A.J.*, 1971.689.
168. S. 26.I.1968, *Maron*, 69, *A.J.*, 1968.295.
169. S. 23.VI.1967, *Soc. Dieppedale-Leprévost*, 278, *A.J.*, 1967.618 (concl. Bertrand).
170. *Op. cit.*, pp. 203 ss.
171. *Op. cit.*, p. 38; v. p. ex. nombre d'exemples de mise en œuvre de la seconde directive : S. 21.XII.1934, *Renaude*, 1223, vise « l'imprudence des victimes qui ont volontairement manipulé l'objet dangereux »; v. aussi 9.XI.1937, *Wasik*, 919; S. 21.I.1948, *Tison*, 29; 5.XII.1952, *Renon et Fichant, J.C.P.*, 1953.II.7493 (obs. Bénoit); 20.XI.1953, *Mélani, R.D.P.*, 1954.811; 6.VI.1956, *Peroti, A.J.*, 1956.II.371, *etc.*
172. V. notamment 13.III.1970, *Camilleri*, 190; et aussi 8.I.1971, *Intérieur c/ Gremades*, Tb. 1166.
173. 7.VI.1967, *Rougemont*, 240, *A.J.*, 1968.48 (obs. Peiser); plus laconiques sont par exemple 24.IV.1964, *Delahaye*, 243, et S. 15.VII.1964, *Travail c/ Carrière, A.J.*, 1964.574.

Il serait inutile de multiplier les exemples : le laconisme est certainement un trait de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et cela est parfois regrettable, mais ce trait n'est pas exclusif. Cette constatation nous obligera par la suite à nuancer dans une certaine mesure l'opinion la plus répandue sur cette question [174].

SOUS-SECTION II

La politique jurisprudentielle des chiffres

265. *Introduction.*

Les juristes ont jusqu'ici répugné à l'étude des chiffres que met en œuvre la jurisprudence, si on excepte quelques analyses comparatives, souvent assez rapides, de l'indemnisation des préjudices devant les juridictions judiciaires et administratives, généralement assez sévères pour les secondes.

Or les chiffres tiennent une place essentielle dans le droit. Et nombre de standards sont quantifiables, en unités de mesure très diverses : de l'attitude qu'a le juge vis-à-vis de cette « quantifiabilité », il sera possible de déduire une évaluation assez précise de son inclination plus ou moins grande à rendre le droit administratif le plus praticable possible, quitte à ce qu'il y perde un peu de sa souplesse et de sa finesse [174 *bis*].

§ 1. — Les standards quantifiés

266. *Note introductive.*

Il semble que l'on puisse distinguer deux grandes masses de quantifications, du point de vue de la technique du juge. La quantification absolue est celle à laquelle procède le juge lorsqu'il précise, ou lorsqu'il ressort sans ambiguïté de sa jurisprudence qu'un chiffre donné, toujours le même pour une situation donnée, emporte une qualification donnée. La quantification relative suppose certainement une quantification absolue préalable, encore que celle-ci ne soit pas nécessairement précisée par le juge dans son for intérieur, mais il n'éprouve pas le besoin de livrer le chiffre-seuil qui emporte qualification, et celui-ci ne ressort pas nettement de la jurisprudence. On voit ici les limites de notre typologie : une quantification peut nous apparaître relative par simple manque de jurisprudence.

1° LA QUANTIFICATION ABSOLUE :

a) La quantification absolue explicite :

267. *La quantification absolue explicite occupe une place réduite dans la jurisprudence administrative.*

Le juge administratif ne recherche pas inutilement la difficulté, et il évite donc de poser des quantifications absolues explicites lorsque cela ne s'impose pas dans la majeure de son syllogisme.

174. V. *infra*, section II.
174 *bis*. Sur la quantifiabilité, v. *supra*, n^os^ 98 et ss.

Il peut néanmoins avoir à mettre en œuvre des directives textuelles quantifiées. Le décret du 25 octobre 1894 a ainsi fixé la composition du « logement convenable » dû aux instituteurs : « au minimum, pour un instituteur adjoint marié, ... une cuisine - salle à manger et... deux pièces à feu » [175], l'article 43 de la loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre a considéré comme un délai normal, pour remettre les titres définitifs de créance, le délai de deux mois [176]; l'article 4 de la loi du 9 mars 1941 précisait que le recours contre les décisions de la commission communale de remembrement « doit être formé dans un délai de 15 jours » : ce laps de temps passé, le juge disposait que le recours était « tardif » [177]; le décret du 13 septembre 1967, pour l'application du livre III du Code de l'urbanisme et de l'habitation, considérait, après d'autres dispositions semblables, comme susceptibles de réquisitions, car « insuffisamment occupés, les locaux comportant un nombre de pièces habitables... non compris les cuisines, supérieur de plus de deux au nombre de personnes qui y ont effectivement leur résidence principale » [178].

La notion de besoin de la population de l'article 571 du Code de la santé publique est partiellement quantifiée : elle permet en effet de déroger au *numerus clausus* établi légalement pour l'ouverture d'officines pharmaceutiques. C'est dire que le besoin est postulé automatiquement au-delà d'un certain rapport population/nombre de pharmacies, par exemple lorsqu'il n'y a pas, dans une commune de moins de 5 000 habitants, une officine pour 2 000 habitants [179].

La notion d'organisation syndicale représentative n'est pas en principe quantifiée textuellement. Néanmoins, le décret du 19 novembre 1959, al. 1er, disposait que :

> « les confédérations et fédérations artisanales, pour être reconnues comme représentatives sur le plan national, doivent avoir cinq ans d'existence, s'étendre sur dix départements au moins et grouper un minimum d'artisans cotisant de 10 000 pour les confédérations et de 1 000 pour les fédérations autonomes » [180].

De la même manière, un « guide-barème » peut fixer le pourcentage d'invalidité au-delà duquel on doit parler d' « infirmités particulièrement graves » [181] et un terrain peut être

> « réputé insuffisamment bâti lorsque la superficie développée des bâtiments est inférieure à un pourcentage de la contenance de ce terrain fixé par décret..., chiffre (qui) ne pourra excéder 15 % » [182].

La « disproportion marquée » de l'article 168 du Code général des impôts est, depuis l'article 69 de la loi du 21 décembre 1970, calculée de façon

175. 9.IV.1930, *Ville d'Ussel*, 405.
176. 26.III.1926, *Renard*, 354.
177. A. 5.V.1961, *Pétiaux, A.J.*, 1961.II.581; v. aussi 10.I.1973, *Scharr*, 21; le Code rural prévoit (art. 30, 1er) qu'à la suite de l'annulation contentieuse d'une décision de la commission départementale de remembrement, celle-ci doit, par une nouvelle délibération, tirer les conséquences de cette annulation dans un délai d'un an; le juge parle à ce propos de « délai raisonnable » (1.VII.1974, *Gobillot*, Tb. 1148).
178. V., pour l'application d'une disposition similaire, celle de l'article 4 du décret du 16 janvier 1947 : 16.I.1956, *Aller, A.J.*, 1956.II.141; et aussi 25.II.1949, *Marie*, 95; S. 27.V.1949, *Etévé*, 251.
179. 9.III.1966, *Meyer*, 200; v. aussi 22.I.1975, *Santé publique*, 50.
180. 10.III.1961, *Féd. des artisans du bâtiment, A.J.*, 1961.II.574.
181. C.S.C.P. 8.I.1965, *Anciens combattants c/ Gouy*, 13.
182. Art. 150 *ter*, ancien C.G.I. (art. 3 L. 19.XII.1963), complété par l'article 1 D. 29.I.1964, repris à l'article 41 sepdecies ancien de l'annexe III C.G.I.; v. S. 9.III.1973, 82.540, *X...*, 211; 6.VI.1973, 85.691, *X...*, 400.

automatique : il y a disproportion marquée lorsque la somme forfaitaire résultant du train de vie excède d'au moins un tiers le revenu net global déclaré [183].

La jurisprudence a toujours sanctionné l' « usure anormale » des pneus d'une automobile, par exemple en disposant qu'une usure à « 50 % » est fautive [184] ou en se contentant de constater que les pneus étaient « fortement usagés » [185]. Mais, plus récemment, le juge a visé des pneus « usagés au-delà de la limite tolérée par le code de la route » [186]. L'article R. 59 de ce dernier a en effet été complété par un arrêté du 29 juillet 1970 qui a précisé que l'usure ne devait pas dépasser 1 millimètre.

Retenons enfin, mais bien d'autres exemples pourraient être trouvés sans peine, que lorsque l'article 17 de la loi du 14 septembre 1948 disposait que « les fonctionnaires et employés civils qui, en raison de leur nomination tardive ne totaliseraient pas au moment où ils seraient susceptibles d'être retraités au titre de l'article 21 de la loi du 8 août 1947, un nombre d'annuités suffisant pour prétendre à une pension d'ancienneté, bénéficieront d'une prolongation de service », il renvoyait bien sûr à la quantification légale du nombre d'annuités suffisantes [187].

Mais cette première figure n'est pas très intéressante, car elle ne fait pas progresser dans la connaissance du travail propre du juge. En réalité, celui-ci peut se trouver plus ou moins dans l'obligation de procéder à quantification absolue explicite d'un standard. Ainsi en est-il en matière de responsabilité du fait de l'inexécution des décisions de justice sur le fondement non d'une faute de l'administration mais des nécessités de l'ordre public. Comme le précise l'arrêt *Couitéas*,

> « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a été délivré; que si... le Gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'*il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité* » [188].

On le voit, cette jurisprudence oblige le juge a marquer le seuil. Il ne le fit pas dans l'affaire *Couiétas*, procédant à renvoi devant l'administration pour faire ce que de droit. Mais en général, il y procède très clairement et avec une rigidité dans la directive mise en œuvre qui atteste le caractère de clause de style de l'expression « dans les circonstance de l'espèce », fréquemment utilisée en cette matière.

Classiquement, le délai raisonnable est de quinze jours pour l'inaction des forces de police en matière de conflits sociaux, en ce qui concerne notamment

183. Sur cette question, v. Wachsmann, art. cit., p. 675; Ricci, *op. cit.*, p. 197; l'administration utilisait une directive identique auparavant (130 %), ainsi que le rapporte M. P.-M. Gaudemet, n. S. 5.I.1968, 70.576, *Finances, A.J.*, 1969.46; mais le juge ne se sentait pas tenu par cette directive.
184. 22.VI.1960, *Evenou, A.J.*, 1961.II.39.
185. Bordeaux, 17.VI.1961, *Preziali, A.J.*, 1961.II.654 (concl. Luce).
186. 6.X.1972, *Roux*, Tb. 1247.
187. 19.V.1950, *Ellena*, 301; 26.V.1950, *Bonan*, 326.
188. 30.XI.1923, *Couitéas*, 789 (*G.A.J.A.* 182), c.n.q.s.

les expulsions d'usines [189], et de deux mois en cas d'expulsion d'occupants sans titres de locaux d'habitation [190].

L'inexécution d'une expulsion, en l'absence de motifs absolutoires, constitue bien sûr une faute et la responsabilité de l'administration pour faute lourde peut se trouver, au bout d'un certain délai, engagée. Le juge n'est pas alors confronté à la même obligation de préciser le seuil de l'anormalité. Mais une directive assez ferme se dégage de la jurisprudence depuis le début des années soixante : avant, la directive utilisée était caractérisée par un certain flottement, entre quinze jours et deux mois [191]; depuis, elle semble s'être stabilisée à deux mois [192, 193].

Une méthode assez proche a prévalu dans le cadre de la jurisprudence *Veuve Aubry*. Avant cette décision, le juge administratif évaluait le préjudice dont une victime demandait réparation au jour de la naissance du droit à indemnité, en d'autres termes, au jour de l'accident. Cet arrêt a eu pour effet, rapprochant la jurisprudence administrative de la judiciaire, d'opérer l'évaluation à la date du règlement du litige. Mais, pour qu'il en soit ainsi,

> « il doit être tenu compte... de la responsabilité qui peut incomber à l'intéressé dans le retard apporté à la réparation du dommage; que, dans ce cas, le préjudice doit être évalué en faisant état des circonstances existant à l'époque où la décision aurait dû normalement intervenir » [193 *bis*].

Voilà donc un délai normal que le juge doit préciser. Ont été posés comme normaux, ce qui est peut-être quelque peu optimiste, des délais de 27 mois [193 *ter*], de 30 mois [193 *quater*] entre la date de la requête et celle de la décision, mais curieusement aussi — il faut dire que ce délai prenait son origine en 1944 — un délai de 8 ans [193 *quinquies*]. Le délai normal tourne en général autour de

189. V. 3.VI.1938, *Cartonneries St-Charles*, 521, concl. Dayras (*G.A.J.A.* 251); 7.V.1947, *Brasseries de la Meuse*, 180; 21.XII.1951, *Soc. verreries Charbonneaux*, 607; en vérité, ce délai est logique, ainsi que le notait le C. du G. Dayras sous *Cartonneries St-Charles*, 524, précit., car la L. 31.XII.1936 avait prévu un délai de quinze jours pour la procédure de conciliation; v. toutefois une exception : 11.VII.1939, *S.A. « La soie »*, 471.

190. V. 21.XII.1949, *Wallaert*, 560; 20.I.1950, *Dauga*, *R.D.P.*, 1954.814; 27.III.1953, *Tonia*, *R.D.P.*, 1953.1091; A. 10.II.1961, *Intérieur c/ Chauche*, 108; S. 25.I.1963, *Intérieur c/ Bovéro*, *A.J.*, 1963.124 (chron. Gentot et Fourré); 26.VI.1968, *Martinod*, 399; jusque vers 1950, il y avait des variations de la directive (v. p. ex., 15 j. : S. 5.XII.1947, *Beistégui*, 460); depuis, elles sont exceptionnelles (v., 6 semaines : 23.III.1960, *Marchionini*, Tb. 1047); mais certaines espèces demeurent laconiques (v. 6.XII.1951, *France mutualiste*, *R.D.P.*, 1952.1068).

191. 28.V.1947, *Mutuelle du Commerce et de l'Industrie*, 223 (9 jours ne sont pas un délai anormal); S. 8.II.1952, *Terrancle*, 95 (15 jours : anormal); 25.II.1957, *Cazalas*, 127 (6 semaines : anormal); souvent cependant, le seuil d'anormalité n'était pas fixé : ont ainsi été considérés comme fautifs des délais de 31 mois (A. 22.I.1943, *Braut*, 19), de 12 mois (17.VI.1953, *Fricker*, 293); certaines décisions étaient plus laconiques encore (12.V.1954, *Etab. Méry-Rougier*, 266; 24.VI.1959, *Guidez*, *A.J.*, 1960.II.37; 18.XI.1959, *Tonson*, *A.J.*, 1960.II.38).

192. V. ainsi S. 16.XII.1966, *Intérieur c/ Caillat*, 666; Paris 20.XII.1966, *Tchitton*, Tb. 814; S. 3.XI.1967, *Intérieur c/ Fiat*, 409, *A.J.*, 1968.260, *J.C.P.*, 1968.II.15561 (obs. Durand-Primborgne); exception, 5 semaines : 4.VI.1965, *Intérieur c/ Chatin*, Tb. 1054; l'interdiction de procéder à expulsion pendant l'hiver fausse bien sûr la question dans certaines espèces (v. 8.III.1963, *Intérieur c/ Soc. immob. Curnor*, 157).

193. On ne se ralliera pas ainsi à la distinction opérée parfois entre un délai de quinze jours dans le cadre de la responsabilité pour faute et un délai de deux mois dans le cadre de la responsabilité sans faute, encore que l'idée d'une sanction par ce biais soit intéressante (v. en ce sens *G.A.J.A.*, p. 255, et Fréjaville, « Le déclin de la formule exécutoire », *Mélanges Ripert*, t. 1, pp. 214 ss.).

193 *bis*. 21.III.1947, *Aubry*, 122 (*G.A.J.A.* 305).

193 *ter*. 10.II.1950, *Lafourcade*, 104.

193 *quater*. 29.VII.1953, *Lebourg*, 428; v. aussi 9.IV.1954, *Faïs*, 230.

193 *quinquiès*. 29.XI.1961, *Intérieur c/ Herbin*, 671.

30 mois mais il peut être amené à varier au gré des époques, selon que la justice est plus ou moins rapide, et des affaires, selon leur niveau de difficulté [193 *sexies*].

Parfois, le Conseil d'Etat n'est nullement dans l'obligation de procéder à quantification absolue explicite, et il le fait pourtant. Ainsi dans l'arrêt *Commune de Sarlat :* à la suite d'un effondrement de la toiture de la cathédrale, les travaux n'avaient commencé qu'après dix mois. La Haute Assemblée aurait pu, comme elle le fait souvent, on le verra, se contenter de considérer qu'un tel délai n'est pas normal. Mais, dans un but pédagogique sans doute, et de façon exceptionnelle, elle n'en est pas restée là et a disposé que l'administration a

> « commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat en ne faisant pas diligence pour que la réparation fût effectuée dans un délai raisonnable qui, dans les circonstances de l'affaire, ne devait pas dépasser quatre mois » [194].

De même le Conseil d'Etat considère-t-il qu'en matière de pension,

> « l'autorité administrative dispose, pour examiner la demande de l'intéressé et pour y statuer, d'un délai normal dont la durée doit être fixée à quatre mois » [195],

et visant le retard mis à prendre un règlement d'administration publique, au lieu de se borner à constater qu'un retard de plus de quatre ans était anormal, a-t-il préféré poser que le « délai raisonnable devait être fixé à un an » [196]. Cette dernière décision est tout à fait extraordinaire, car elle intervient dans un domaine — celui des délais laissés à l'adminisitration pour tirer les conséquences de textes législatifs ou réglementaires, non assortis d'un délai impératif pour leur mise en œuvre (soit ne comportant pas de délai soit visant un délai simplement indicatif, encore que les critères de distinction entre l'impératif et l'indicatif ne soient pas toujours très nets), par la prise de décisions administratives individuelles ou, depuis une période plus récente, de décisions réglementaires — dans un domaine où le Conseil d'Etat procède toujours par voie de quantification relative et, rarement confronté à des cas limites, ne dévoile pas ses directives. Il considère ainsi comme déraisonnables des délais de quatre ans [197] ou plus [198]. En vérité, et bien que la doctrine aime à répéter que le délai ne peut être variable selon les difficultés particulières de l'application de chaque texte, il est certaine que la Haute Assemblée met en œuvre un petit nombre de directives adaptées aux quelques grands types de situations imaginables : simplement ces directives sont difficiles à préciser. Si l'on considère toutefois la décision *CAVOM* qui juge un délai de 16 mois pour prendre les mesures d'application d'un décret « raisonnable » [199], il y a tout lieu de penser que les directives du délai normal évoluent en la matière, selon les types de situation, d'environ une année à deux ou trois ans. Probablement convient-il

193 *sexiès*. Cette jurisprudence donne aussi bien sûr des éléments de quantification, en négatif, sur le comportement du plaideur raisonnablement diligent; anormal est ainsi le comportement d'une victime qui n'a produit que trois ans après la requête introductive d'instance le mémoire ampliatif (5.V.1952, *Baratelli*, 223).

194. A. 13.II.1942, *Cmne de Sarlat*, 49; v. aussi 4.XI.1959, *Cmne de Bollène*, 575.

195. A. 31.X.1958, *Battistini*, 513.

196. 9.VI.1967, *Ruben*, Tb. 846.

197. S. 24.VII.1936, *Synd. de défense grands vins de la Côte-d'Or*, 861 (en l'espèce, il s'agissait de l'exécution d'un jugement judiciaire intervenu en matière d'appellation d'origine, acte assimilié à la loi); Lille, 8.XII.1965, *Blaire*, 800.

198. A. 27.XI.1964, *Finances c/ Renard*, 590, concl. Galmot (le C.E. estime qu'après treize ans le « délai raisonnable... est largement dépassé »); S. 8.VII.1966, *Union de la production des vins d'Alsace*, 455 (5 ans); Rennes, 9XI.1966, *Dessales*, cit. par Hostiou, *op. cit.*, p. 132 (10 ans).

199. S. 11.XII.1964, *CAVOM*, 633.

ainsi de trouver exagérément pessimiste (mais non pas dénué de tout fondement) le jugement de M. Guibal, qui a écrit récemment que « le juge n'estime déraisonnable un délai que lorsqu'il acquiert la conviction que l'administration a clairement manifesté sa volonté de ne pas appliquer » le texte [200].

Assez rarement, dans d'autres domaines, le juge définit le délai normal comme le délai habituel et sanctionne le délai atypique par référence à celui-là. Il recourt alors à quantification absolue explicite. Ainsi lorsqu'il vise le « caractère anormal » d'un délai de « cinq à sept mois » mis en 1971-1972 pour le contrôle de thermomètres médicaux par le laboratoire national d'essais du Conservatoire national des arts et métiers, alors que ces délais « étaient de l'ordre de deux mois en 1970 » [201]. On retiendra enfin que la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision impose au juge de procéder, encore que toutes les décisions ne soient pas aussi claires que souhaitable, à quantification absolue explicite de la « prévision raisonnable » en mettant en œuvre la notion clef de « seuil de l'imprévision ».

b) La quantification absolue implicite :

268. ... *du défaut d'entretien normal.*

L'une des quantifications de standard les plus précoces et les plus constantes est celle à laquelle a procédé le juge administratif dans les années vingt, dans le cadre de la théorie du défaut d'entretien normal, et qui consiste à poser, par le jeu d'une directive implicite mais transparente, que sur la voie publique toute saillie de 5 centimètres et plus constitue un défaut d'entretien normal [202]. La saillie d'un rail de tramway [203] est ainsi un défaut d'entretien normal lorsqu'elle mesure 7,5 centimètres [204], 6 centimètres [205], 5 centimètres [206], mais pas lorsqu'elle ne fait que 3,5 centimètres [207], 3 centimètre [208] et *a fortiori* 2,5 centimètres [209]. Il est assez rare, en cas de saillie des rails de tramways, qu'il n'y ait pas quantification et que le juge se contente de parler de « dénivellation anormale » [210] ou de « saillie anormale » [211] ou « notable » [212].

200. Guibal, « Le retard des textes d'application des lois », *R.D.P.*, 1974, p. 1069; v. aussi, dans le même sens, mais plus nuancé, Hostiou, *op. cit.*, pp. 131 ss.; en réalité, si cette volonté existe, il est certain que le juge consacrera l'illégalité (v. ainsi, 13.VII.1962, *Kevers-Pascalis*, 475), mais il semble qu'il la constate en dehors de la manifestation indubitable de cette mauvaise volonté.

201. Strasbourg, 4.XI.1975, *Soc. Stenger*, 769; v. aussi A. 22.VI.1963, *Cie Shell Berre*, 387; m. jour, *Soc. pétroles B.P.*, 388.

202. V. Prieux, *Traité pratique du droit des travaux publics et des marchés publics*, 1968, t. 1, p. 364; Lucchini, « Le fonctionnement de l'ouvrage public », *A.J.*, 1964.365.

203. Cette jurisprudence n'a fait son apparition que dans les années 1920; avant, il n'y avait pas de quantification de ce type; v. ainsi 28.XII.1900, *Cie gén. franç. de tramways*, 867; 15.III.1912, *Steunou*, 391.

204. 29.XI.1933, *Jansolin*, 1117.

205. 3.III.1920, *Cie gén. des tramways*, 236; 27.XI.1930, *Cie des tramways de Béziers*, 994 (quantification opérée par Tb. 1399); 5.XII.1941, *Ville de Nice*, 211; Lille, 31.X.1958, *Etab. Dufaye*, *A.J.*, 1959.II.92 (4 à 6 cm).

206. 29.VII.1925, *Ville de Dijon*, 764; 4.XI.1936, *Cie omnibus de Lyon*, 962.

207. 22.III.1922, *S.A. raffineries Say*, 254 (quantification opérée par Tb. 1313).

208. 13.V.1936, *Cie des tramways de Sète*, 539; 18.XII.1942, *Peyrelon*, 354; 15.VII.1952, *Bisson*, Tb. 910, *A.J.T.*, 1952.388.

209. 14.III.1951, *Cmne de l'Escarène*, Tb. 842, *R.D.P.*, 1951.1159.

210. 28.VIII.1942, *Offenstein*, 263; cette espèce est d'ailleurs curieusement motivée : « même en admettant que le sol de l'entre-voie... ait présenté une dénivellation anormale..., il résulte de l'instruction que l'accident... (n'est pas) imputable à l'insuffisance de l'entretien... mais à l'imprudence du requérant », il semble que cette solution résulte de la prise en compte par le juge de l'absence d'imputabilité de la défectuosité; sans doute a-t-il dès lors éprouvé une certaine gêne à le quantifier.

211. 13.V.1959, *Ville de Tours*, *A.J.*, 1959.II.167.

212. 9.VII.1924, *Prin-Clary*, 663; v. aussi 18.II.1942, *Cie gén. franç. des tramways*, 325.

La directive des 5 centimètres est très nettement appliquée pour tous les obstacles de la voirie, rails de voie ferrée [213], regard en fonte, plaque d'égout ou bouche d'eau sur un trottoir [214], butoir d'un portail [215], ou rond-point surélevé et non signalé [216]. N'est dès lors pas gênant, car il n'y a nul lieu de penser qu'elle soit abandonnée, le fait que certaines espèces ne quantifient pas la saillie enjeu du litige et se contentent de viser la « saillie anormale » d'une bouche de branchement [217], la « saillie marquée » de pavés [218], ou « très accusée » de cailloux [219], ou encore la « saillie anormale » d'un contre-rail [220], d'un rail [221], la légère saillie » de pavés [222], ou d'un quartier de grille d'arbres [223], la « saillie de faible importance » d'une plaque de fonte [224], ou simplement la « saillie » d'une racine d'arbre [225] ou d'une bouche d'eau [226].

La jurisprudence est un peu plus complexe et le juge, semble-t-il, un peu moins exigeant parfois pour les dénivellations, les excavations. Une dénivellation de 37 centimètres de largeur sur 5 centimètres de profondeur n'est pas un défaut d'entretien normal [227]. Au contraire, un trou de 10 centimètres de profondeur sur une surface de 1 mètre carré en constitue un [228]. En réalité, le juge tient probablement compte du rapport surface/profondeur, comme de la nature de l'excavation, qui peut être plus ou moins dangereuse selon sa conformation. Mais il est difficile de préciser les directives mises en œuvre dans leur détail, car la plupart des espèces visent des excavations de plus de 10 centimètres, ceci pour une raison simple : alors qu'une saillie de quelques centimètres peut faire chuter gravement, il y a moins de chance que la dénivellation symétrique ait le même effet.

Quoi qu'il en soit, il est probable que dans la plupart des cas la directive des 5 centimètres est maintenue. La dénivellation de 6,5 centimètres d'un ruisseau constitue ainsi un défaut d'entretien normal [229], de même que la présence sur la voie de deux trous de 8 centimètres de profondeur et 70 centimètres de diamètre [230] ou d'ornières de 18,80 m de long sur 6 centimètres de profondeur [231]. *A fortiori*, toutes les excavations et dénivellations de 10 [232], de

213. 1.II.1933, *Castanino*, 145 (6 cm).

214. Pas défaut d'entretien normal : 12.V.1942, *Soc. gaz de Nice*, 154 (1,5 cm); 6.V.1957, *Revil*, Tb. 1044 (1 cm); 26.VI.1963, *Kisseleff*, Tb. 1007 (2,5 à 3,5); défaut d'entretien normal : 16.XI.1957, *Ville de Marseille*, *A.J.*, 1957.II.458 (12 cm).

215. 24.VI.1970, *Cmne de St-Aigulin*, 437 (6,5 cm).

216. 31.V.1974, *Ville de Paris*, 332 (20 cm).

217. S. 11.XII.1942, *Cie gén. des eaux*, 352; 2.XII.1955, *Barba*, *A.J.*, 1956.II.40.

218. 12.II.1919, *Commerce*, 138.

219. S. 2.II.1934, *Cmne de Laguépie*, 169.

220. 5.V.1943, *Jacquard*, 117.

221. 8.I.1930, *Roux*, 17.

222. 13.IV.1945, *Taillefer*, 75; v. aussi 11.VII.1944, *Bachelerie*, 199.

223. 23.VII.1952, *Angillis*, 391, *R.D.P.*, 1953.739.

224. 16.X.1963, *Pommier*, Tb. 1007.

225. 30.XI.1956, *Ville de Cannes*, *A.J.*, 1957.II.20.

226. 2.V.1959, *Ville de Bourges*, *A.J.*, 1959.II.166.

227. 12.X.1955, *Travaux publics*, *A.J.*, 1955.II.412 (obs. Coulet).

228. Lyon, 18.II.1955, *Ymain*, 8.

229. 8.III.1939, *Boff*, 152; 7.III.1969, *Equipement c/ Yvrard* (8 cm).

230. 28.I.1972, *Déptnt de Saône-et-Loire*, 98.

231. 24.II.1975, *Lineau*, Tb. 1303.

232. 7.X.1966, *Ville de Bordeaux*, 526; 28.IV.1972, *Pothier*, Tb. 1247 (12 cm); 25.III.1973, *Equipement c/ Fougère*, Tb. 1139 (10 cm); S. 4.V.1973, *Entrep. Matière*, 324; 4.XII.1974, *Linarès*, Tb. 1201 (10 cm); flaques d'eau : 21.VII.1972, *Brocas*, *A.J.*, 1973.164 (10 à 15 cm).

15 [233] ou de 20 centimètres et plus [234]. Mais pas une simple dépression de 2 centimètres [235], [236]. Parfois, ce n'est pas la profondeur, mais la surface qui joue le rôle prépondérant : constituent ainsi des défauts d'entretien normal des flaques d'eau de 15 mètres de long sur toute la largeur de la chaussée [237] ou même de 10 mètres de long sur 1 mètre de large [238]. Il est alors difficile de dégager une directive précise [239].

En tout état de cause, pour ce qui est des simples excavations et dénivellations, la directive mise en œuvre n'est pas mystérieuse lorsque par hasard il n'y a pas quantification de l'obstacle et que le juge se borne à considérer que constituent des défauts d'entretien normal des « dénivellations profondes » [240] ou de « caractère anormal » [241] ou « importantes » [242], mais non une « certaine dénivellation » [243], ou une dénivellation de « faible profondeur » [244]; une « importante excavation » [245], une « excavation anormale » [246], ou simplement une « excavation » [247], des « trous nombreux et profonds » [248], mais non une « excavation de très faible profondeur » [249], [250].

Cette quantification paraît obéir dans l'ensemble à une directive très rigide, celle des 5 centimètres. Pourtant elle n'est pas sans connaître quelques inflexions, on l'a déjà vu à propos de l'appréciation *in abstracto* [251]. Les finalités de l'ouvrage inclinent le juge, tantôt à se montrer plus exigeant, tantôt

233. 15.V.1957, *Travaux publics c/ Evrard*, Tb. 1044 (15 cm); 10.I.1962, *Travaux publics c/ Martin*, *A.J.*, 1962.383, obs. Luce (15 cm); 22.III.1961, *Mathien*, Tb. 1206 (14 cm); Lille, 9.I.1959, *Lecouffe*, *A.J.*, 1959.II.93 (15 cm); 4.X.1961, *Travaux publics c/ Cie Seine et Rhône*, *A.J.*, 1962.195; 24.IV.1963, *Entrep. Aix*, *A.J.*, 1963.572 (15 à 20 cm); 29.III.1968, *Cmne de Coteau*, *A.J.*, 1968.488 (15 cm); 21.II.1973, *Boucher*, Tb. 1139 (10 à 15 cm).

234. 20 cm : 9.II.1977, *Ville de Limoges*, *D.A.*, 1977, n° 125; 25 cm : 20.V.1966, *Berenger*, 353; 23.VI.1976, *Duffau*, 335; 30 cm : Lille, 15.IV.1959, *Oliviez*, *A.J.*, 1959.II.337; 9.VII.1969, *Ville d'Ajaccio*, 365; 9.V.1973, *Piperaux*, 343; 70 cm : 17.VI.1974, *Vignals*, 345; 80 cm : 2.XII.1970, *Soc. des eaux de Marseille*, *A.J.*, 1971.245.

235. 27.I.1965, *Pasquelin*, 54.

236. N'est pas défaut d'entretien normal une excavation de 3 à 8 centimètres de profondeur sur 30 centimètres de largeur, mais en limite de la chaussée de l'autoroute et avec signalisation (17.III.1972, *Rosenwald*, Tb. 1249).

237. S. 26.XI.1976, *Déptnt de l'Hérault*, *A.J.*, 1977.266.

238. 26.X.1973, *Caisse mutuelle de réassurance agricole*, 604; v. aussi couche de glace de 300 mètres : 30.X.1973, *Equipement c/ Simon*, 689; ou de 22 mètres sur 2,50 m : 4.XI.1970, *Déptnt de la Charente*, Tb. 1233; v. aussi Lyon, 27.XI.1959, *A.J.*, 1960.II.35.

239. De même pour le changement de profil d'un trottoir, exprimé en pourcentage, car il y a peu d'espèces; 3.V.1961, *Billmann*, *A.J.*, 1961.516 : le passage d'une pente à 10 % à une pente à 18 % sur un trottoir, pendant 1 mètre, n'est pas un défaut d'entretien normal, à moins qu'elle ne comporte pas de stries anti-dérapantes; parfois, la déclivité n'est pas quantifiée : 13.I.1943, *Soc. Messageries laitières*, 6.

240. 28.II.1947, *Fontaine*, 89; 30.V.1947, *Ville de Rueil-Malmaison*, 234.

241. 12.X.1956, *Findeli*, *A.J.*, 1956.II.450.

242. 28.VI.1957, *Guinlé*, *A.J.*, 1957.II.417; 15.VII.1958, *Meunier*, *A.J.*, 1958.II.413.

243. 10.I.1934, *Stam*, 50.

244. 6.II.1974, *Gazeau*, 89.

245. 22.VI.1960, *Evenou*, *A.J.*, 1961.II.39; 7.III.1969, *Equipement c/ Lodi*, *A.J.*, 1969. 711.

246. 23.X.1970, *Soc. Renaudin*, *A.J.*, 1971.316.

247. 2.X.1970, *Blasco*, *A.J.*, 1971.313; parfois le juge dispose, sans autre précision, que l'existence d'une « dépression » ne constituait pas un défaut d'entretien : 15.I.1943, *Soc. Rol-Lister*, 11; 4.VI.1943, *Travaux publics c/ Martin*, 143.

248. S. 7.XII.1973, *Ville de Bezons*, 712, *A.J.*, 1974.330.

249. 24.IV.1963, *Cmne de Bois-Colombes*, *A.J.*, 1963.571.

250. Un peu étrange par contre est cette motivation : « Il ne résulte pas de l'instruction que cette dénivellation, dont la profondeur exacte n'a d'ailleurs pu être déterminée avec précision, puisse être regardée comme ayant constitué un défaut d'entretien normal » (23.V.1958, *Epx Novello*, *A.J.*, 1958.II.259; v. aussi Lille, 21.XI.1958, *Gyselinck*, *A.J.*, 1959.II.92).

251. V. *supra*, n° 238, *in fine*.

à l'être moins. Dans certains cas, une saillie de 3 centimètres peut être considérée comme anormale [252], dans d'autres, une saillie de 5 centimètres [253], de 5,5 centimètres [254], une saignée de 30 centimètres de profondeur [255], ne pas l'être. Mais une telle jurisprudence est très résiduelle.

Enfin, dans le cadre de la théorie du défaut d'entretien normal, apparaissent d'autres quantifications dont il est impossible de préciser les directives exactes par manque de jurisprudence, et qu'il y a donc lieu de considérer comme quantifications relatives. Ainsi lorsque le juge consacre le défaut d'entretien d'un portillon de passage à niveau dépassant de 1,85 m sur la chaussée [256], ou d'une souche d'arbre faisant saillie sur la chausssée de 15 centimètres [257], ou encore d'une chaîne d'ancrage, dans un port, dont l'usure atteint « environ 50 % » [258], [259].

269. ... *de l'erreur manifeste dans le contentieux du remembrement.*

Dans le contentieux du remembrement rural, la mise en œuvre de l'erreur manifeste a donné le jour à un intéressant recours à la quantification [260]. Il faut dire, comme l'a justement écrit M. Galabert, que

> « la position traditionnelle du refus de contrôle devenait difficile à maintenir dès lors que l'administration chiffrait ses appréciations : il était psychologiquement délicat de répondre à des propriétaires qu'ils avaient reçu en échange de leurs apports des terres d'une égale valeur en productivité réelle, alors que l'administration elle-même avait affecté les deux lots de terre de totaux en points sensiblement différents » [261].

Le Conseil d'Etat a donc estimé que l'équivalence en valeur de productivité réelle, tant globalement que par nature ou catégorie de culture, ces deux termes ayant le même sens, doit être réalisée à 1 % près, en comparant les points d'apport et les points d'attribution. Cette solution, on y reviendra, n'était pas particulièrement satisfaisante en la matière, car la règle du 1 % aboutit à simplifier à l'extrême des problèmes fort complexes : mais elle a dû être adoptée à des fins pédagogiques, afin de contraindre les commissions à se maintenir dans un cadre suffisamment strict.

La directive du 1 % n'a jamais été formulée explicitement par le juge administratif, mais elle ressort avec une particulière netteté de la jurisprudence. Elle a ainsi considéré qu'il y avait équivalence globale entre les apports et les

252. 26.IX.1964, *Cmne d'Ivry*, cit. par Prieux, *op. cit.*, p. 365.

253. 10.II.1943, *Welter*, 39.

254. 30.X.1964, *Travaux publics c/ Piquet*, 506 (concl. Fournier), *A.J.*, 1964.727.

255. 1.II.1974, *Portelli*, Tb. 1201.

256. 31.V.1938, *Cie des chemins de fer du Nord*, 500; v. aussi 9.X.1957, *S.N.C.F. c/ Bordier*, *A.J.*, 1957.II.411 (1,40 m).

257. 4.II.1970, *Lautin*, Tb. 1233; bordure de pierre débordant de 30 centimètres : Nancy, 20.X.1970, *Maugan*, 861; v. aussi 14.VI.1972, *Bollecker*, 445 (monticule de 60 cm de large et 25 cm de haut sur un aéroport); 17.I.1962, *Soria*, *A.J.*, 1962.382, obs. Luce (tas de gravier de 2,70 m × 0,90 m sur la chaussée même).

258. 18.XI.1959, *Soc. Orion Shipping*, *A.J.*, 1960.II.34.

259. Lorsque le juge estime que le défaut de signalisation de « la hauteur anormalement faible d'un pont », en l'espèce 3,63 m, constitue un défaut d'entretien normal, il est probable qu'il met en œuvre une quantification absolue résultant de normes techniques dont il a connaissance (3.VI.1959, *Déptnt du Gard*, Tb. 1129).

260. V., dans la doctrine récente, l'intéressante étude de MM. Bollé et Delcros, « La règle de l'équivalence dans le contentieux du remembrement rural », *A.J.*, 1976, pp. 122 ss., avec une abondante jurisprudence inédite.

261. Galabert, « Le remembrement foncier », *A.J.*, 1961.I., p. 67.

attributions lorsque celles-ci étaient inférieures de 0,12 % [262], de 0,18 % [263], de 0,22 % [264], de 0,43 % [265], de 0,50 % [266], de 0,57 % [267], de 0,58 % [268], de 0,73 % [269], de 0,96 % [270].

Qu'au contraire il n'y avait pas équivalence lorsque les attributions étaient inférieures par rapport aux apports de 1,05 % [271], de 1,37 % [272], de 1,46 % [273], de 4,19 % [274], de 7,88 % [275] et bien sûr de 27,33 % [276, 277].

Le juge vérifie dans un second temps qu'il y a équivalence aussi par nature ou par catégorie de culture. Il n'y aura pas équivalence si, dans le cadre d'une nature donnée, les attributions sont inférieures par rapport aux apports de 4 % [278], de 4,47 % [279], de 11,73 % [280], de 16,48 % [281], de 19,20 % [282], de 24,65 % [283], de 26,49 % [284], de 29,35 % [285], de 30 % [286], de 38,5 % [287] ou de 100 % [288]. Par contre, une supériorité en catégorie prés de 0,99 % et une infériorité en catégorie terre de 0,28 % respectent la règle de l'équivalence [289].

Rares sont, dans ces domaines, les décisions laconiques, qui ne donnent pas d'éléments chiffrés [290].

Par-delà ces directives, il convient qu'il n'y ait pas de bouleversement des conditions d'exploitation, déséquilibre que révèle, selon la jurisprudence *Guyé*, l'augmentation des attributions par rapport aux apports : un tel accroissement est en effet le signe du déclin de la qualité des terres. Sont ainsi réputées entraîner un tel bouleversement une augmentation de superficie de la propriété de 11 % [291], de 13 % [292], de 18,50 % [293] et même de 9 % [294]. Bien sûr, une diminution de superficie de 21 % [295] ou de 11 % [296] révèlent au même

262. 17.III.1965, *Agriculture c/ Desvoix*, 175.
263. 13.VII.1967, *Maille*, 319.
264. Limoges, 7.VI.1961, *Durand, A.J.*, 1961.II.727 (obs. Paulin).
265. 21.XII.1960, *Agriculture c/ Blettery*, 721.
266. S. 10.VI.1966, *Noël*, 385.
267. 30.III.1960, *Louault*, Tb. 901.
268. 29.IV.1970, *Thiébaud*, 281.
269. 13.VII.1961, *Ducreux*, cit. *in* Dumas, *Le remembrement rural*, mise à jour au 1.XI.1967, 1968.
270. 30.IV.1965, *Reuille*, 257.
271. 30.III.1961, *Charton*, Tb. 901.
272. 18.I.1963, *Agriculture c/ Buzy*, cit. par Dumas, *op. cit.*
273. 1.X.1971, *Bernard*, 573.
274. 18.III.1964, *Barsu*, cit. par Dumas, *op. cit.*
275. 2.III.1960, *Agriculture c/ Gesbert*, 162.
276. 22.I.1971, *Bailly*, 67.
277. Il n'y a bien sûr pas rupture si les attributions sont supérieures aux apports : 13.VII.1961, *Achart*, 476.
278. 7.VII.1965, *Noury, D.A.*, 1965, n° 268.
279. 21.I.1970, 66.585, *Goetz*.
280. Limoges, 7.VI.1961, *Durand, A.J.*, 1961.II.727.
281. 15.III.1963, *Agriculture c/ Nizet*, Tb. 817.
282. 12.III.1971, *Bourgeois*, Tb. 929.
283. 13.X.1961, *Agriculture c/ Weitzdorfer, A.J.*, 1962.192.
284. 17.III.1965, *Agriculture c/ Desvoix*, 175.
285. 12.III.1971, *Bourgeois*, Tb. 929.
286. 20.XII.1968, *Gindre*, 669.
287. 17.III.1965, *Agriculture c/ Desvoix*, 175.
288. 22.I.1971, *Bailly*, 67.
289. 21.II.1968, *Verhes*, Tb. 848.
290. V. cependant 11.VI.1975, *Simille*, 344.
291. 27.VI.1973, *Agriculture c/ Brung*, 437.
292. S. 6.XI.1970, *Guyé*, 652, *A.J.*, 1971.54 (chron. Labetoulle et Cabanes), *R.D.P.*, 1971.517 (concl. Baudouin); 22.I.1971, *Anson*, Tb. 1166; 3.V.1972, *Agriculture c/ Bizière*, 330.
293. 27.IV.1973, *Agriculture c/ Chardon*, Tb. 893.
294. 26.I.1972, *Agriculture c/ Manceau*, 978.
295. S. 21.XII.1973, *Parbaile*, 745.
296. 2.X.1974, *Agriculture c/ Queyraud*, Tb. 850.

titre un bouleversement des conditions d'exploitation. En ce domaine, selon de bons auteurs, le juge aurait pour directive la sanction de toute variation de surface dans un sens ou dans un autre de plus de 10 % [297]. Cette hypothèse se vérifie dans l'ensemble [298], et le juge a par exemple considéré qu'un accroissement de la superficie de 6 % n'était pas le signe d'un grave déséquilibre [299]. Mais la directive est ici, semble-t-il, moins automatique que dans les cas précédemment envisagés : le juge apprécie assez finement le fait de savoir s'il y a ou non grave déséquilibre.

270. ... *de certains délais.*

Dans le contentieux des droits de la défense — qu'il s'agisse de l'exercice de ces droits devant le juge, dans le cadre de la procédure administrative contentieuse, ou devant l'administration, dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse —, il est possible de dégager, au fil des espèces, des directives très précises.

Sans doute nombre de décisions sont-elles assez vagues. Ainsi lorsque, visant un délai de trois semaines, le Conseil estime simplement qu'il était

> « plus que suffisant pour réclamer (une) communication et présenter éventuellement ses observations » [300, 301].

Mais d'autres arrêts permettent de préciser le délai considéré par le juge comme utile :

— un délai de quelques heures n'est jamais suffisant pour élaborer sa défense contre une décision administrative, car, dans le cadre de la procédure disciplinaire, il faut un temps minimum pour prendre connaissance du dossier [302]; par contre, un tel délai peut suffire, dans le cadre de l'instruction, pour appréhender une pièce qui ne contient rien de nouveau [303, 304];
— « un délai de vingt-quatre heures » n'est pas, « compte tenu de l'argumentation développée » dans un mémoire, un « délai suffisant pour que le principe du caractère contradictoire de l'instruction puisse être regardé comme ayant été respecté » [305], pas plus que pour prendre connaissance de son dossier et préparer sa défense [306];
— par contre, le même délai est suffisant pour un mémoire « qui ne contenait aucun élément nouveau utile pour la solution du litige » [307];

297. V. ainsi Vallery-Radot, *J.C.A.*, fsc. 356 (1975), p. 14.
298. V. cependant *supra* n. 294.
299. 4.X.1972, *Agriculture c/ Choquet*, Tb. 978.
300. 18.X.1961, *Parmentier, A.J.*, 1962.186; v. aussi 10.V.1957, *Marine marchande c/ Cmne de St-Brévin-les-Pins*, 306.
301. Sur cette question, v. principalement Chaudet, *op. cit.*, p. 410; Hostiou, *op. cit.*, pp. 126 ss.; Isaac, *op. cit.*, pp. 402 ss.; Piquemal, *op. cit., Devoirs et obligations*, pp. 275 ss.
302. 20.I.1956, *Nègre*, D., 1957.II.319 (concl. Guionin); 27.III.1963, *Corbin*, 215; 21.XII.1951, *Lemelle*, 612; 16.XII.1970, *Jerreux*, 1179; 7.XI.1973, *Paoli*, 620.
303. 21.VII.1970, *La Bris*, 537; v. aussi 5.III.1971, *S.C.I. bd du Château, T.D.* 65-74, t. 5.596.
304. Dans le cadre si troublé de l'épuration, le Conseil d'Etat a pu juger que le fait que le requérant ait été convoqué le 11 décembre 1944 pour le 14 sans que les faits lui soient communiqués n'excluait pas qu'il ait « pu présenter utilement sa défense », car il avait disposé d'un temps suffisant au cours de la séance de la commission d'épuration; cette motivation s'explique peut être par le fait que le requérant avait une parfaite connaissance des faits qui allaient lui être reprochés (16.V.1950, *Constancin*, 291).
305. 11.X.1963, *Assoc. « Les amis de Clagny »*, *A.J.*, 1964.56 (concl. Braibant); S. 18.V.1973, *Ville de Paris c/ Djian*, 361, *A.J.*, 1973.609; 7.V.1975, *Lejeune*, 282.
306. 2.II.1966, *Torrès*, 70.
307. 28.VI.1950, *Travaux publics c/ Fornacciari*, cit. *in* Braibant, concl. précit. *Les amis de Clagny*, v. aussi 8.IV.1959, *Stora*, 213.

— quarante-huit heures, de façon générale, est, pour une pièce qui ne pose pas grands problèmes, un délai suffisant [308], de même que pour la communication du dossier préalable à une décision administrative [309];
— et donc, *a fortiori*, 3 [310], 5 [311], 7 [312] ou 16 jours [313];
— mais quatre jours peuvent ne pas suffire pour un mémoire particulièrement complexe [314].

Ainsi y a-t-il des variations de délai « utile », ce qui est légitime puisqu'il s'agit de donner à l'intéressé le temps de comprendre la pièce ou le dossier, de préparer sa défense et de faire parvenir ses propres observations. Mais ces variations peuvent être ramenées à un nombre fini de directives; le délai utile est de :
— vingt-quatre heures au moins pour prendre connaissance d'une pièce qui n'ajoute aucun élément nouveau;
— quarante-huit heures pour prendre connaissance de son dossier ou d'une pièce qui, tout en apportant un élément nouveau, n'offre pas de réelle difficulté;
— mais il peut être très supérieur pour une pièce délicate;
— et inférieur au cas où il apparaîtrait que l'intéressé disposait d'informations antérieures [315].

Au terme de l'ordonnance du 11 octobre 1945, étaient susceptibles de réquisition les locaux à usage d'habitation vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés, la vacance comme l'inoccupation se définissant par un délai [316]. Mais alors que l'article 3 du décret du 11 juillet 1955 fixait à six mois le délai à l'expiration duquel pourrait être consacré le caractère inoccupé d'un local [317], il appartenait au juge de déterminer la notion de vacance. Celui-ci, selon ses propres formules, a tenté de déterminer le *délai suffisant* permettant à un propriétaire d'immeuble ou aux ayants cause du locataire décédé de pourvoir à l'occupation dudit local par les voies normales [318].

Des décisions intervenues, il est possible de tirer une directive assez stable. La Haute Assemblée a ainsi considéré comme vacants des locaux à l'expiration de délais, jugés suffisants, de 7 [319], de 11 [320], de 15 [321], de 20 mois [322]. Mais

308. 20.II.1957, 114.
309. 15.X.1936, *Bonny*, 881; 18.X.1936, *Bouchon*, 926; 22.X.1937, *Minaire*, 843 (concl. Lagrange); 4.V.1954, *Jugeau*, 287; 15.VII.1960, *Hospice de La Réole, D.O.*, 1960.32; Paris, 27.VI.1967, *Mosson*, 585; 20.I.1975, *Peigné*, 41.
310. 7.XI.1956, *Avart, T.D.*, 55-64, t. 4-518.
311. 17.II.1932, *Bérard*, 191; S. 13.III.1959, *Nègre, A.J.*, 1959.II.99 (obs. Silvéra); 20.I.1975, *Peigné*, 41.
312. 28.X.1970, *Delande*, 620, *A.J.*, 1971.367.
313. 4.XII.1968, *Affaires sociales, A.J.*, 1969.366.
314. 23.IV.1975, *Aménagement du territoire c/ Pradier*, Tb. 1203.
315. 5.VII.1957, *Cohen*, 449.
316. Le local vacant est le local qui peut se trouver occupé, mais qui n'est plus loué; le local inoccupé, le local qui peut être loué régulièrement mais qui est vide ou inutilisé.
317. V. 9.IV.1949, *Union propriété bâtie, J.C.P.*, 1950.II.5323, n. Fréjaville; 27.XI.1957, *Reconstruction, T.D.* 55-64, t. 6.175; 29.IV.1963, *Germain, T.D.* 55-64, t. 6.174; v. cependant 7.I.1957, *Lallich, T.D.* 55.64, t. 6.172 : local inhabité seulement pendant cinq mois après le décès du locataire et devant être occupé par le fils de celui-ci à la fin de son service militaire, comme il est improbable que la directive textuelle des six mois ait été transgressée, il faut supposer que le service militaire menait le requérant au-delà des six mois.
318. 29.VII.1950, *Tournemelle*, 494.
319. 13.III.1964, *Dequet*, 184, *A.J.*, 1964.316 (concl. Dutheillet de Lamothe).
320. 16.X.1963, *Albrecht*, 979.
321. 10.XII.1958, *Pouderoux, T.D.* 55-64, t. 6.173.
322. 30.IX.1959, *Reconstruction*, 481.

n'a pas estimé « suffisants » des délais de quelques jours [323], de 1 [324] ou de 2 mois [325].

Il est patent que la directive textuelle de l'inoccupation, posant un délai de six mois, a influencé la directive jurisprudentielle de la vacance.

Il semble enfin, sans que l'on puisse prétendre épuiser le champ des possibles, que la notion de « retard nettement excessif » à effectuer les vérifications imposées par les textes à la suite d'un internement administratif dans le cadre de l'épuration — retard constitutif d'une faute lourde — ait donné lieu à une directive de quantification absolue assez perceptible. En effet, la jurisprudence réputa tel un délai de vingt mois [326] mais non des délais d'une dizaine de jours ou de six semaines [327], de quatre mois [328], ou même d'un an [329]. Ainsi, semble-t-il, dans la mesure où l'arrêté d'internement n'était pas dépourvu de bases légales, et dès lors qu'il était intervenu durant la si difficile année 1944, qu'un délai légèrement supérieur à un an pouvait être considéré comme ne constituant pas un « retard nettement excessif ».

271. ... *du dommage anormal.*

Le dommage anormal est, on y reviendra, assez rarement quantifié : lorsque, par exemple, dans le cadre de troubles de voisinage, le juge vise un bruit, il ne l'exprime pas en décibels et ne quantifie pas le seuil de l'anormalité pour un type de situation donné.

Pourtant, dans le cadre de la jurisprudence des allongements de parcours, les directives mises en œuvre semblent assez aisément déchiffrables. Le juge tient compte de deux facteurs essentiellement, la durée et l'ampleur de l'allongement [330].

Pour ce qui est des allongements définitifs, il semble que la directive utilisée répute anormaux les allongements supérieurs à 2 kilomètres. N'est pas considéré comme tel un allongement de 360 mètres [331], le sont par contre des allongements de 3 [332], 4,5 [333] ou 5 kilomètres [334]. Toutefois, à ce qui apparaît être une directive des 2 kilomètres, il peut y avoir des dérogations dans certains cas particuliers : ainsi si l'allongement a pour effet de transformer la nature du parcours, ce qui est le cas lorsque, alors qu'une conserverie était située à 50 mètres d'un port de pêche, elle se trouve, à la suite de l'allongement, éloignée de 1 kilomètres de celui-ci [335, 336].

323. 21.V.1951, *Senet*, 279.
324. 21.IV.1955, *Roulleau, T.D.* 55-64, t. 6.175.
325. 4.XII.1957, *Daronat, T.D.* 55-64, t. 6.174.
326. 26.VII.1951, *Pitti-Ferrandi, R.D.P.*, 1952.1068.
327. 11.III.1955, *Madec, T.D.* 55-64, t. 6.294.
328. 27.VI.1951, *Ottoni, R.D.P.*, 1951.1157.
329. 25.XI.1955, *Chambon, T.D.* 55-64, t. 6.294.
330. Certaines décisions sont toutefois laconiques, ou plutôt étaient laconiques jusqu'à il y a une vingtaine d'années; v. 9.VIII.1870, *Cambuzat*, 1055; 11.XI.1904, *Lhoste*, 707; 10.VI.1910, *Travaux publics c/ Leclercq*, 458; 7.XII.1910, *Cie chemins de fer du Nord*, 881; 5.VIII.1911, *Tarible*, 957; 20.III.1918, *Contes de Bucamp*, 286; 25.IV.1934, *Cie des chemins de fer du Nord*, 479; 6.IV.1935, *Soc. Salinière de l'Ouest*, 466; 24.II.1937, *Werner*, 248; 30.X.1970, *G.D.F.*, 626.
331. 15.XII.1926, *Cie P.L.M.*, 1111.
332. 25.X.1961, *Armées c/ Soc. Vogel*, Tb. 1208.
333. 30.I.1963, *Chauvet*, 61.
334. 11.V.1962, *Armées « Air »*, 324.
335. 22.II.1961, *Soc. Fabriques Honnorat*, 140.
336. Allongement provisoire : les directives sont alors plus complexes par définition; v., p. ex., 19.XI.1958, *Soc. Produits de Bollène*, 570 : ne constitue pas un dommage anormal un allongement de parcours de 2,6 km pendant deux ans.

Lorsque le dommage est subi non par un tiers à l'ouvrage public qui a nécessité l'allongement, mais par un usager de cet ouvrage, c'est-à-dire lorsque c'est la voie publique elle-même, et non la construction d'un aérodrome, d'un barrage ou bien d'un port, comme dans les affaires précitées, qui est la cause de l'allongement, la jurisprudence adopte assez logiquement une directive plus restrictive, difficile à préciser au demeurant. Un allongement de 4 kilomètres entre le centre d'une exploitation agricole et une parcelle a pu ainsi être réputé « simple gêne » [337]. Et la Haute Assemblée a disposé qu'un allongement provisoire de 17 kilomètres, un itinéraire passant de 3 à 20 kilomètres pendant un an,

> « n'excède pas les sujétions normales que les usagers doivent supporter dans l'intérêt de l'entretien et de la conservation de la voie publique et ne revêt pas le caractère d'un préjudice anormal » [338].

Il est possible, de la même manière, de cerner les directives utilisées par le juge en cas d'interruption complète d'accès à un immeuble du fait de travaux publics pour ce qui concerne la durée au-delà de laquelle il considère qu'elle est anormale. Ces directives sont fonction, ainsi qu'on l'a vu à propos de l'appréciation *in abstracto,* de la qualité de la victime (commerçant ou particulier), mais aussi du rapport entre la durée de l'interruption et son ampleur.

Pour s'en tenir à la gêne apportée à un commerce :

— une gêne d'importance moyenne de un an environ est toujours anormale [339], mais pas une gêne d'à peu près deux mois [340];

— une gêne très importante de trois mois, aboutissant à rendre l'accès « pratiquement impossible », l'est aussi [341];

— une gêne légère, inférieure à un an, n'est pas en principe anormale [342].

Dès lors, les espèces laconiques [343] ne sont pas pour autant réellement mystérieuses. Les directives du dommage anormal pour la durée de la gêne à l'accès d'un commerce sont, semble-t-il :

— un an pour une gêne très légère;

— quatre à huit mois pour une gêne moyenne, selon son intensité;

— quelques semaines pour une gêne exceptionnelle.

Un dépouillement exhaustif permettrait certainement d'affiner la typologie et de préciser un plus grand nombre de directives plus rigoureuses.

272. *Exemples divers.*

Une instruction administrative du 8 janvier 1957 admettait le maintien du régime du forfait dans le cadre de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, jusqu'à l'expiration des deux ans qui étaient prévus par l'article 52 du Code général des impôts, même si le chiffre d'affaires limite, fixé par

337. S. 2.IV.1965, *Boudy, A.J.,* 1965.376.
338. 20.II.1970, *Equipement c/ Burin des Roziers,* 130, *A.J.,* 1970.635 (concl. Braibant); v. aussi 5.XI.1931, *Cmne de Haux,* 953.
339. 15.XII.1916, *Le Roussel,* 549; 9.IV.1919, *Moreau,* 363; 6.V.1977, *Soc. Grands Travaux de Marseille, D.A.,* 1977, n° 197.
340. 7.VII.1870, *Ville de Paris,* 880; 3 semaines : 14.V.1919, *Cie paris. de distribution d'électricité,* 426.
341. 8.II.1967, *Ville de Marseille,* Tb. 955; 2 ans : 6.III.1970, *Ville de Paris c/ Marmuse,* 165, *A.J.,* 1970.706.
342. 7 mois : 29.V.1974, *Reyboz,* 326; 5 mois : 8.I.1969, *Armanet,* Tb. 982; *a fortiori* 15 jours : 22.XI.1968, *Anicet,* Tb. 1133.
343. Celles qui ne visent que l'idée de durée anormale, sans préciser les faits : 22.II.1884, *Ville de Pontoise,* 176; 21.XII.1937, *Tirard,* 1081; 7.XI.1973, *Soc. Bourse-Coiffure,* Tb. 1142.

l'article 50 du Code général des impôts, était dépassé. Mais cette instruction réservait le cas de changements notoires (*i.e.* notables) dans les conditions d'exploitation.

La jurisprudence, en cette matière, est assez complexe. A première vue, elle a recours à quantification absolue implicite, sur le fondement d'une présomption : la multiplication du chiffre d'affaires par deux ou trois révélerait lorsqu'elle aboutit à dépassement du plafond, un changement notable [344].

Pourtant, une analyse plus serrée fournit des exceptions à cette directive simple. Il a pu arriver que le juge considère qu'une multiplication par 2,5 du chiffre d'affaires ne constituait pas la preuve d'un changement dans les conditions d'exploitations, celui-ci n'étant pas constaté et l'accroissement étant « imputable à des commandes exceptionnelles » [345]. Inversement, une autre décision a disposé qu'une simple augmentation de 50 % du chiffre d'affaires n'était pas exclusive d'un tel changement au motif que l'

> « intéressé a acquis un matériel moderne d'exploitation, lequel, compte tenu du nombre et de la nature des engins..., augmentait considérablement les facultés de production ou de transport » [346].

Il semble que ces deux courants jurisprudentiels puissent cependant être tout à fait conciliés. Le principe est l'application de la présomption fondée sur la directive de la multiplication par 2,5 du chiffre. Ainsi que le pose M. Schmeltz,

> « une multiplication par 3 du chiffre d'affaires d'une entreprise en un an suffit selon nous à justifier l'existence nécessaire d'un changement de rythme d'exploitation, sans qu'il soit besoin d'invoquer d'autres circonstances précises » [347].

Mais cette règle souffre deux exceptions visant à faire prévaloir ce qui est réellement sur ce que l'on pouvait estimer être : si l'augmentation apparaît purement conjoncturelle, elle ne sera pas réputée découler d'un changement dans les conditions d'exploitation; si elle est plus faible que celle prévue par la directive mais que les changements dans les conditions d'exploitation sont patents, ceux-ci seront, et c'est légitime, consacrés par le juge.

Il est encore possible, en dehors de quelques espèces particulièrement laconiques [348], de préciser la directive mise en œuvre pour l'application de la notion de logement « dans des conditions manifestement insuffisantes » de l'article 346 de l'ancien Code de l'urbanisme et de l'habitation, qui donne aptitude à bénéficier d'une réquisition de logement. Une pièce pour trois, dont un enfant, constitue un logement insuffisant [349]. Est par contre suffisant le logement de cinq pièces plus un vestibule, un débarras et une cuisine pour six personnes dont quatre enfants [350]. L'insuffisance d'occupation, dont on a vu plus haut qu'elle est déterminée par un texte et commence lorsque le nombre de pièces est supérieur de deux au nombre d'occupants a donc pour pendant l'insuffisance

344. Une multiplication par 2,5 : 28.II.1968, 68.599, *X...,* 145; une multiplication par 3 : 7.X.1970, 77.920, *X...,* Tb. 1025.
345. 7.II.1973, 85.255, *X...,* 115.
346. S. 30.VI.1972, *X...,* 499.
347. Concl. 28.II.1968, précit., *D.F.,* 1968, n^{os} 46-47, doctr. 15.
348. 21.IV.1950, *Duval,* 233; 25.III.1964, *Perrot,* 206; 13.III.1964, *Dequet,* 185; 5.X.1966, *Construction c/ Wattebled,* Tb. 1018.
349. 14.X.1960, *Hergot, A.J.,* 1961.II.159.
350. 14.III.1955, *Amans, T.D.,* 55-64, t. 6, 180.

de logement et il est normal que la directive de cette dernière soit sensiblement inférieure à la directive textuelle : celle-ci établit l'anormalité « par le haut » à un peu plus d'une pièce par personne; celle-là l'anormalité « pas le bas » à un peu moins d'une pièce par personne.

2° La quantification relative :

273. ... *du délai normal.*

Il faudrait peut-être distinguer deux figures : d'une part, il peut arriver que les directives n'apparaissent pas clairement à la lecture de la jurisprudence parce que, cachées, elles ne ressortent pas faute d'une concentration suffisante des valeurs mises en cause; d'autre part, il est des cas où les directives, perceptibles, sont trop nombreuses et difficilement réductibles du fait d'une appréciation *in abstracto* assez fine. Nous n'opérons pas toutefois cette distinction, car, pour certains cas limites, elle est trop incertaine et entraînerait de trop longs développements justificatifs, assez inutiles : il suffira que le lecteur la conserve en mémoire.

Lorsque la Haute Assemblée estime :

— qu'il y a faute d'un maire pour délai anormal dans la délivrance d'un alignement rectificatif d'un premier alignement irrégulier après plus d'un an [351];

— qu'un délai de quatre mois pour l'approbation d'un marché n'a pas « excédé notablement... le délai normalement requis pour l'accomplissement de cette formalité » [352];

— que le fait qu'un ministre ait « tardé pendant près de dix-huit mois à statuer sur la demande du requérant après sa comparution devant la commission de réforme... n'a pas le caractère d'une négligence d'une gravité suffisante » [353];

— que « le haut commissaire de la République française en A.O.F., auquel aucun texte législatif ou réglementaire n'impartissait un délai pour procéder à la promulgation et à la publication locale en A.O.F. des textes réglementaires, n'a pas, en ne publiant qu'à une date postérieure au 30 mai 1951 le décret du 4 mai 1951, commis une faute de nature... » [354];

— que la circonstance qu'un visa d'importation de produits agricoles « sollicité le 27 juin n'a pas été délivré le 30 juin ne saurait être regardée comme faisant apparaître un retard anormal » [355];

— que le fait que l'Office indochinois des changes ait mis dix-sept jours pour instruire une demande de transfert de piastres n'est pas un délai normal [356];

— que le fait qu'un dédouanement ait eu lieu le 20 octobre 1936 à 16 h 20, alors que la déclaration réglementaire du transitaire pour le compte de l'importateur avait été faite le 19 octobre ne constitue pas un « retard anormal » [357];

— que la circonstance qu'une pension accordée en 1921 n'ait pas été versée dix ans après [358], que celle que la révision d'une pension ne soit intervenue

351. 23.III.1923, *Buffard,* 283; v. aussi Clermont, 15.VI.1956, *Decloître, A.J.,* 1956.II.370 (20 ans); 29.I.1958, *Sancerni, A.J.,* 1958.II.70 (3 ans).
352. 6.VII.1945, *Lucas,* 147.
353. 21.V.1953, *Gauthier,* 240.
354. S. 11.III.1960, *Soc. M.A.B.,* 190.
355. 13.VII.1966, *Soc. Pomona,* 474.
356. 6.I.1961, *Perret,* 4.
357. 29.X.1954, *O'Brien,* 563.
358. S. 5.VII.1935, *Mourton,* 776.

que cinq ans après sa demande [359], que le fait que pendant onze ans l'administration n'ait pas donné suite aux démarches d'un agent en vue d'obtenir sa mise à la retraite [360], ne sont pas des retards anormaux;

— que le fait que les agissements scandaleux d'un agent public (délivrance d'attestations de complaisance) aient pu se poursuivre « pendant près de neuf mois... sans éveiller l'attention de ses supérieurs hiérarchiques, et sans être l'objet d'aucun contrôle » révèle « une organisation défectueuse du service » [361]; dans tous ces cas, elle ne précise pas le seuil de l'anormalité.

De la même manière, le juge administratif s'est contenté de sanctionner comme anormaux des retards :

— de onze mois, pour un préfet, à lever une réquisition dont le bénéficiaire usait irrégulièrement [362];

— de seize mois à pourvoir aux vacances survenues au sein d'un conseil [363];

— de sept ans à organiser un concours que l'administration était tenue de mettre en œuvre [364];

— de « plusieurs semaines » à envoyer un vétérinaire pour constater les effets d'une épidémie [365].

Fautif le fait pour l'administration de n'avoir pas su compléter, à la suite de la défaillance d'un membre, le jury d'un concours dans le « délai suffisant » de deux jours [366].

Inversement, sept années ne forment pas, mais le juge ne fixe pas là non plus de bornes, une « durée anormalement longue » pour la procédure menant de la création d'une Z.U.P. à l'arrêté de cessibilité « en raison de la complexité des opérations administratives et techniques » [367]. N'est pas davantage anormal le fait que la phase administrative d'une expropriation ait duré plus de cinq ans [368].

Dans tous ces domaines, il serait certainement possible de dégager les directives que le juge ne peut manquer de mettre en œuvre, même si elles sont délicates, car appropriées à des situations variées. Mais il est difficile d'y parvenir en l'absence d'une très nombreuse jurisprudence publiée sur chacun des points abordés.

Même dans certains domaines où la jurisprudence est abondante, il serait assez hasardeux de pousser trop loin la systématisation. Le juge se contente ainsi de disposer que ne sont pas raisonnables, pour la réintégration d'agents publics et la reconstitution de leur carrière, des délais de seize [369] ou de dix-huit mois [370], lorsqu'il accepte de donner de telles informations, ce qui n'est pas toujours le cas [370 *bis*].

359. 4.XI.1955, *Guidicelli,* 520.
360. S. 3.VII.1953, *Roussel-Pantin,* 353.
361. S. 12.VI.1953, *Caisse nationale des marchés de l'Etat, R.D.P.,* 1953.1084.
362. S. 27.XI.1953, *Panisse-Passis,* 521.
363. 4.IV.1973, *Claudel,* 276.
364. S. 21.XI.1969, *Idoux,* 523, *A.J.,* 1970.306.
365. 15.II.1974, *Sanquer,* 112.
366. S. 22.VI.1955, *Hassim Trad., A.J.,* 1956.II.281.
367. S. 14.III.1975, *S.C.I. Vallée de Chevreuse,* 197 (concl. Dondoux).
368. 3.III.1976, *Girouard,* 119.
369. 18.X.1961, *Parmentier, A.J.,* 1962.186.
370. 10.XI.1961, *Marne, A.J.,* 1962.309.
370 *bis.* V. ainsi le laconisme de 15.VII.1955, *Renteux,* 446.

Sans doute, en cette matière, les directives sont-elles nombreuses, car il peut y avoir des variations de situations importantes selon le type de fonction occupé, la nature du service, la période, *etc.* Mais ces directives existent nécessairement sans qu'il soit facile pour le commentateur de les préciser.

Dans le domaine de l'exécution des décisions juridictionnelles toujours — et alors que, comme on l'a vu, le juge explicite très finement ses directives dans le contentieux particulier des expulsions —, il se montre en principe discret, se bornant par exemple à disposer qu'est dépassé le délai raisonnable lorsqu'un ministre n'exécute pas pendant trois ans un jugement reconnaissant un droit à pension [371].

A rapprocher de cette jurisprudence celle qui concerne la notion de retard anormal ouvrant droit — si du moins l'autre condition est réunie touchant au préjudice — à dommages-intérêts compensatoires par application de l'article 1153 du Code civil. Cette jurisprudence est délicate, car, ainsi qu'on l'a déjà dit, elle est écartelée entre un point de vue objectif qu'illustre le rejet de la notion textuelle de mauvaise foi et l'adoption de celle de « mauvais vouloir manifeste », et un point de vue subjectif, qui tend, résiduellement, à réapparaître dès lors que le juge se sent en mesure d'assurer avec certitude qu'il y a eu ou non mauvaise foi. Aussi bien, à supposer qu'il y ait des directives assez stables, correspondant à la conception objective de la notion, elles ne peuvent que s'effacer dès lors que prévaut un point de vue plus subjectif : or il est impossible, de par le laconisme du juge dans l'exposé des éléments fondant sa conviction, de savoir quand il passe d'une perspective à l'autre. Sans doute, le plus souvent, les cas dont l'apparence est pathologique sont-ils sanctionnés : révèlent un mauvais vouloir manifeste des refus de paiement pendant 20 ans [372], 18 ans [373], 12 ans [374], 10 ans [375], 9 ans [376], et même, en principe, 5 [377] ou 4 ans [378].

Par contre, des retards inférieurs à deux ans ne semblent sanctionnés que dans la mesure où, et c'est une question de fait, une réelle mauvaise foi de l'administration se manifeste. Il est possible d'en trouver un exemple dans la récente décision *Renaudin :* en l'espèce, l'administration ne s'était pas contentée de s'abstenir, il semble qu'elle avait très explicitement, et pour des motifs fallacieux, refusé d'exécuter le jugement la condamnant [379].

Ainsi, quand bien même n'y aurait-il pas, parfois, un laconisme excessif, de la jurisprudence [380], éprouverait-on toujours quelques difficultés à préciser avec une suffisante rigueur des directives qui sont l'enjeu de deux ordres de considérations hétérogènes d'une part, qui sont de toute façon fonction d'autre

371. 3.VI.1964, *Finances c/ Curdel,* Tb. 951; v. aussi 7.VI.1967, *Richard,* Tb. 935.
372. S. 20.III.1974, *Soc. France-Reconstruction, A.J.,* 1974.325.
373. 2.V.1962, *Caucheteux et Desmonts, A.J.,* 1962.458 (chron. Galabert et Gentot), *R.D.P.,* 1963.279 (n. Waline).
374. Paris, 30.VIII.1957, *Reynes, A.J.,* 1957.II.459.
375. 7.XII.1921, *Huguet,* 1023.
376. 20.XI.1963, *Finances c/ Bauzou, A.J.,* 1964.190 (obs. Moreau).
377. Marseille, 15.V.1974, *Eymard,* 702.
378. 23.X.1968, *Février,* 512.
379. 3.III.1976, *Renaudin,* 131 (2 ans); 2 ans : 13.VII.1963, *Soc. L'auto-épuration, A.J.,* 1964.64; Paris, 10.VII.1968, *Ibarrondo, A.J.,* 1970.54; 16 mois : S. 19.V.1950, *Cie d'exploit. automob.,* 304; l'affaire *Ibarrondo* est très significative : l'administration avait subordonné, d'elle-même, l'exécution de la décision à une condition ! V. aussi 20.III.1953, *Soc. Caron,* 144; 25.IV.1958, *Soc. lorraine des aciéries,* 1097.
380. Certaines espèces ne précisent pas le retard; v. ainsi 31.III.1954, *Entrep. Macquart, A.J.,* 1955.II.226; 9.XI.1956, *de Leusse, A.J.,* 1957.II.21; 25.III.1957, *de Salvagnac, A.J.,* 1957.II.265; 15.VII.1957, *Sinon, A.J.,* 1957.II.373 (obs. Sillard).

part, dans le cadre de l'appréciation *in abstracto* du mauvais vouloir [381], de l'époque et du service.

Lorsque l'entretien normal se résume à un délai normal mis à effectuer une opération donnée, les directives, implicites, ne ressortent pas avec une grande netteté du fait de leur multiplicité : les opérations visées sont en effet, comme les ouvrages sur lesquelles elles portent, en nombre considérable, et on ne dispose pas toujours d'un lot de décisions assez important concernant chaque type de situation pour dégager avec sûreté les directives mises en œuvre.

Le juge se borne à disposer que, si une excavation s'est « ouverte brusquement dans la chaussée quelques instants avant le passage » d'un véhicule, l'administration n'a « pas disposé du temps matériel nécessaire pour mettre en place... un dispositif de signalisation », ce qui est de bon sens [382]. De même, si les personnes chargées de l'entretien d'une voie autoroutière ont été prévenues de la présence de galets sur la chaussée « quelques minutes » avant un accident, n'y a-t-il pas retard excessif de leur part à n'avoir pas agi sur-le-champ, et donc défaut d'entretien normal [383]. Au contraire, toujours sur une autoroute, ouvrage sur lequel « les conditions spéciales de la circulation... imposent aux personnes responsables de l'entretien une vigilance particulière », le fait de n'avoir, sinon fait sabler, du moins fait signaler une importante couche de verglas entre 1 heure et 7 h 30 du matin, moments respectifs de l'apparition de ce verglas et d'un accident, constitue un défaut d'entretien normal [384]. Sur une route ordinaire, les Ponts et Chaussées, en « moins de quatre heures », n'ont pas eu le temps, alors qu'ils n'ont même pas été avertis et qu'ils avaient dû répondre à plusieurs demandes d'intervention, de débloquer ni même de signaler une couche de boue [385]. Par contre, il aurait fallu que l'administration fasse disparaître une couche de glace après quelques jours [386]. En revanche, en 1 h 45, de nuit, elle n'a pas eu « le temps nécessaire » pour enlever un barrage de soufre enflammé établi sur la chaussée par des inconnus [387]. Le juge considère qu'elle aurait eu le temps cependant de signaler une inondation constatée une demi-heure seulement avant un accident, alors que cette inondation était prévue [388].

Sur une route ordinaire, le fait de n'avoir pas fait enlever pendant un an un tronc d'arbre constitue un défaut d'entretien [389]. Mais pas celui de n'avoir pas pris de précautions contre une branche, tombée de nuit, quelques heures après sa chute [390].

Défaut d'entretien normal encore le fait d'avoir laissé quarante-huit heures un dépôt d'argile sur une route, alors surtout que des pluies laissaient prévoir

381. V. *supra,* 1er titre, chap. 2, sur la nécessité de distinguer, à propos de la notion de mauvais vouloir manifeste, le mode d'appréciation du mauvais vouloir de celui du manifeste.
382. 8.II.1967, *Ville de Marseille, A.J.,* 1967.567.
383. 1.III.1967, *Ruban, A.J.,* 1967.567.
384. 21.X.1970, *Nessi-Bigeault, A.J.,* 1971.316; v. aussi défaut d'entretien, sur une route ordinaire, si rien n'a été fait après vingt jours contre une couche de verglas importante (Clermont, 12.X.1962, *Lucas, A.J.,* 1963.II.437).
385. 5.X.1973, *Soc. franç. des papiers peints,* 552.
386. Cons. préf. 1.XII.1950, *La Providence, A.J.T.,* 1951.66.
387. 22.X.1975, *Bergon,* 521; v. aussi 17.II.1960, *Travaux publics c/ Moussiegt,* 119; 5.IV.1933, *Soual,* 413.
388. 4.X.1961, *Travaux publics c/ « Seine et Rhône », A.J.,* 1962.195.
389. 16.VI.1937, *Poirier,* 599.
390. 9.VI.1937, *Benne,* 580; madrier laissé huit jours sur la chaussée et ayant causé des accidents dont l'administration a été avertie : défaut d'entretien (9.XI.1951, *Semensatis, R.D.P.,* 1952.1065).

le danger [391], ou d'avoir abandonné un « tas de vieilles palettes et des déchets de coton... matières fortement inflammables... depuis près de trois mois... à proximité des marchandises déchargées des navires » [392].

On entasserait sans grand profit les exemples. Excepté certaines matières, les directives du juge demeurent difficilement saisissables, ce qui n'est d'ailleurs pas sans lui donner une grande liberté [393]. Tout au plus peut-on préciser que, lorsqu'un obstacle se trouve sur la chaussée d'une autoroute et engendre un réel danger, l'administration dispose, si elle est avertie, de moins d'une heure de jour, d'un peu plus sans doute de nuit, dans les deux cas de quelques heures au maximum si elle n'a pas été avertie. La tolérance est plus large pour les routes ordinaires et est fonction de leur importance. Maigre bilan d'une considérable jurisprudence.

274. ... *de divers standards fiscaux.*

Nombre de standards fiscaux impliquent, assez naturellement, le traitement de certains chiffres. Mais alors, bien souvent, le contenu des directives échappe pour l'essentiel au juge et la situation est très différente de celle qui vient d'être envisagée : lorsque celui-ci doit en effet procéder par voie de comparaison, ce qui n'exclut bien sûr pas toute marge de manœuvre quant à l'élaboration des choix nécessaires à cette opération, il se voit confronté, une fois ces choix faits, à des chiffres indépendants de sa propre volonté, fruits de la loi de l'offre et de la demande plus ou moins atténuée selon les époques. Ainsi, pour ne retenir qu'un exemple parmi d'autres déjà envisagés, quand, pour déterminer la valeur locative d'un local, le juge opère « une moyenne entre les valeurs locatives afférentes aux locaux cités en comparaison tant par l'administration que par le contribuable » [394]. Il y a bien alors des directives, fonction de la qualité du local, de son emplacement, de la région, *etc.;* mais elles ont une infinie fluidité et la quantification à laquelle procède le juge, encore que, formellement, elle ressemble à une quantification absolue explicite, est en vérité relative au plus haut point, dépourvue de consistance propre et d'autonomie.

Plus fuyante encore est la quantification de la notion de distance anormale entre le domicile et le lieu du travail [395]. Comme on l'a vu [396], l'appréciation de cette notion oscille entre l'appréciation *in abstracto* au terme de laquelle la distance normale est fonction du type d'agglomération, et la (non-)appréciation concrète, lorsque le nombre des spécifications prises en compte s'accroît, tendant à fonder en droit parce qu'il l'explique en fait toute situation atypique

391. Lille, 31.III.1958, *Franchomme, A.J.,* 1958.II.190.
392. 26.VI.1974, *Port autonome de Marseille,* 370, *A.J.,* 1975.38.
393. Cette jurisprudence n'est de plus pas sans connaître des cas de grave laconisme; ainsi, dans le cadre de la jurisprudence des chutes d'arbres, lorsqu'une décision se contente de noter qu'un arbre « présentait depuis un certain temps une inclinaison qui laissait présager sa chute » (17.VI.1936, *Dobel,* 664); ou lorsque le conseil dispose que ne s'était écoulé qu' « un court laps de temps » entre le moment où un obstacle était tombé dans un canal et celui où une péniche l'a heurté (9.III.1949, *Travaux publics c/ Vandenameele,* 117), ou que « la ville de Cannes avait été prévenue » d'une défectuosité « depuis un temps suffisant pour prendre les mesures appropriées » (S. 26.IV.1968, *Ville de Cannes, A.J.,* 1968.653).
394. Marseille, 10.VII.1975, *Soc. de gestion comptable,* 745; v. aussi la mise en œuvre identique de diverses notions de valeur locative normale dans plusieurs jurisprudences différentes : 28.IV.1965, *Soc. Grands Moulins de Courville,* 247; 29.IV.1970, *Darrasse,* 287; 26.II.1975, *Gindre,* 156; 5.I.1972, 71.745, *Soc. X...,* 14; 26.V.1976, 98.816, *X...,* 278.
395. Il est exceptionnel que les décisions ne visent pas explicitement en ce domaine la distance en cause; v. cependant 8.V.1970, 76.859, *X...,* 317.
396. V. *supra* n° 225.

engendrée par des motivations personnelles convaincantes. Lorsque aucune particularité propre n'est invoquée, l'emploi de l'appréciation *in abstracto* aboutit à l'élaboration d'un petit nombre de directives ordonnées. Est par exemple une distance normale la distance de 10 à 15 kilomètres dans une métropole régionale [397].

Mais la (non-)appréciation concrète bouleverse cette belle simplicité, assez légitimement d'ailleurs, au profit du contribuable. Fonderont des distances très supérieures à celles des directives susdites le fait que le requérant ait construit sa maison en utilisant un prêt non encore amorti afin de suivre l'entreprise dont il était le directeur et qui depuis a fait faillite [398], ou la circonstance que le contribuable et sa femme ne travaillent pas dans la même ville, ce qui implique que l'un ou l'autre soit éloigné de son lieu de travail [399]. Une telle situation permet de juger normale une distance de 110 km [400] ou même de 200 km [401]. Peuvent encore être pris en compte, comme légitimant des distances plus longues que celles observées habituellement, des raisons de santé [402], ou le nombre d'enfants [403].

Ainsi la quantification relative est-elle le fait tantôt de la discrétion du juge, que l'on pourra peut-être juger excessive dans des matières simples, tantôt de l'enchevêtrement de directives adaptées aux aspects multiples de situations complexes, tantôt enfin des nécessités mêmes de la matière quantifiée, et il en va ainsi, selon des modalités diverses, de nombre de standards fiscaux.

§ 2. — Les standards quantifiables non quantifiés

275. *Note introductive.*

On a déjà pu observer, au fil des développements qui précèdent, que même dans un domaine de quantification assez régulière, il pouvait y avoir des décisions lacunaires de ce point de vue. Pour la commodité de la présentation, il va falloir distinguer ici deux types de non-quantification : la non-quantification de standards qui non seulement sont quantifiables, mais n'acquièrent de sens que par cette quantification, ainsi dans le domaine des délais normaux; la non-quantification de standards qui ont une aptitude à être quantifiés mais dont la non-quantification par le juge ne revêt pas un aspect aussi surprenant.

1° La dissimulation de la quantification de standards qui doivent être nécessairement quantifiés :

276. ... *en unités de temps.*

Il faut des prodiges de discrétion à la Haute Assemblée pour disposer que

> « la circonstance que les renseignements demandés par la banque à la trésorerie générale de Tananarive auraient été fournis par celle-ci avec un

397. V. 20.III.1970, 74.655, *X...,* 212; m. jour, 75.730, *X...,* 213; Poitiers, 10.V.1972, *X...,* 877, 30.I.1974, 88.371, *Finances c/ X...,* Tb. 963.
398. 16.I.1974, 87.784, *X...,* Tb. 963, *D.F.,* 1974, comm. 582; v. aussi 23.II.1977, *X...,* *D.F.* 1977, comm. 497.
399. 16.I.1974, 90.158, *X...,* 31.
400. 29.V.1974, 90.875, *X...,* Tb. 963.
401. Paris, 4.III.1976, 2806/71, *X...*
402. 30.I.1974, 88.371, *Finances c/ X...,* Tb. 963.
403. 23.X.1974, 92.936, *X...,* Tb. 963.

certain retard, qui d'ailleurs ne présentait pas un caractère anormal, eu égard aux circonstances de temps et de lieu, n'est pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat envers le requérant » 404.

Ou encore que, dans le cadre d'un marché, un « règlement a eu lieu dans un laps de temps absolument normal », sans préciser autrement quel a été ce laps de temps 405; que le retard apporté par l'administration à l'instruction d'un dossier de dommages de guerre n'est pas abusif sans autre détail sur les faits 406; en enfin lorsqu'il est posé que

« le retard excédait celui qui, même compte tenu des aléas particuliers d'une telle entreprise et de la date à laquelle avait été passé le contrat de concession, pouvait être normalement prévu » 407.

277. ... *en unités monétaires.*

La notion de rémunération normale du contentieux fiscal pourrait se prêter à l'élaboration de directives fines sans doute, mais perceptibles à la doctrine. Certes, appréciée par voie de comparaison, la mise en œuvre de cette notion, ainsi qu'on l'a vu plus haut, échappe en partie au juge : les spécifications branche d'activité, taille de l'entreprise, région, fonctions exercées donnent des chiffres dotés d'une forte autonomie par rapport à son travail propre. Mais il faut se rappeler que celui-ci, et c'est le moins, a introduit une autre spécification touchant aux aspects qualitatifs et quantitatifs de la prestation fournie par la personne rémunérée. Aussi bien, surtout dans les décisions dans lesquelles ce dernier paramètre joue un rôle, peut-on regretter le laconisme absolu de la jurisprudence en ce qui concerne les chiffres traités, dans la plupart des cas. Seules les conclusions révèlent le plus souvent — dans une matière où il faudrait beaucoup d'exemples, de par la disparité des situations envisagées, pour tirer des conclusions fermes — les chiffres jugés anormaux et ceux jugés normaux, la différence entre les deux valeurs donnant lieu à réintégration dans les bénéfices imposables. Autant dire qu'à moins d'être abonné et lecteur assidu de la revue *Droit fiscal,* il est bien difficile de se faire une opinion en cette matière : même en ce cas, un nombre suffisant d'affaires n'intervient pas pour chaque type de situation, ou, plus certainement, ne donne pas lieu à publication avec conclusions, si bien que, même pour un spécialiste, il ne doit pas être simple, dans certains cas, de donner une réponse à qui lui demande conseil. Sur le *corpus,* très élémentaire mais semble-t-il représentatif, de trente-cinq décisions que nous avons réunies sur cette question, pour la période 1957-1977, dix seulement ont donné lieu à explicitation par le le juge des chiffres traités, toutes récentes d'ailleurs, le laconisme ayant en la matière décliné depuis 1972 408. Encore cette motivation plus généreuse n'est-elle pas dans l'ensemble intervenue dans les affaires les plus intéressantes car les plus typiques : bien souvent, le juge est d'autant plus prolixe qu'il s'agit de cas un peu marginaux.

404. 26.V.1948, *Durand,* 231.
405. 30.VI.1905, *Laumond,* 600; v. aussi 4.VIII.1905, *Saffrey,* 765.
406. 25.X.1967, *Maillard,* Tb. 926.
407. 31.III.1950, *Commissariat des Colonies,* Tb. 817.
408. 15.XI.1972, 80.084, *X...,* 726; 9.I.1974, 88.069, *X...,* 18; 13.II.1974, *X...,* 97; 15.X.1975, 90.414, *Soc. X...,* Tb. 1002; 12.XI.1975, Finances /*c Soc. X...,* 566; 18.II.1976, 98.297, *Soc. X...,* Tb. 879; 17.III.1976, *Soc. X...,* Tb. 879; 20.X.1976, *Soc. X...,* Tb. 880; 22.VI.1977, 195, *X...,* *D.F.,* 1977, comm. 1201; 9.XI.1977, 82.436, *X...,* *D.F.,* 1978, comm. 671.

La notion de frais vestimentaires normaux, inhérents à la fonction, et de ce fait déductibles, ne donne lieu à aucune quantification. Le Conseil d'Etat se contente de disposer que le requérant

« n'apporte pas d'éléments suffisants pour permettre d'apprécier s'il était tenu d'exposer, pour l'exercice de sa profession, des dépenses d'habillement excédant celles qui correspondraient normalement au niveau de ses revenus » 409,

sans préciser autrement ce que sont les dépenses normales d'habillement pour un type de revenu donné.

La connaissance de la doctrine administrative en la matière, entérinée par le Conseil, écarte cependant un doute trop gênant : elle n'admet la déduction des dépenses vestimentaires que dans la mesure où elles sont nécessitées par l'emploi de vêtements spéciaux de travail. Le laconisme de la jurisprudence, s'il ne s'en trouve pas justifié, n'interdit pas ainsi de comprendre pourquoi le juge refuse de déduire des dépenses de vêtements, de chaussures et de coiffure qu'une vendeuse d'appareils électroménagers estimait nécessaires pour l'exercice de sa profession 410.

278. ... *en pourcentage.*

Il peut advenir qu'une proportion, exprimée en pourcentage, fasse l'objet d'une quantification, sans au demeurant que soit mentionnée la directive mise en œuvre. Ainsi, avant qu'un texte ne pose la règle de l'usure de 1 millimètre 411, a-t-il pu arriver que la jurisprudence, sans fixer le seuil de l'anormalité, considère comme anormale l'usure des pneus d'un véhicule à 50 % 412. L'usure d'une chaîne d'ancrage dans un port à 50 % est critiquable au même titre 413. Mais le juge ne procède même pas, le plus souvent, à ce type de quantification relative.

Ainsi, lorsqu'il dispose que la « proportion anormalement élevée du nombre des électeurs ayant utilisé » la procédure du vote par correspondance « par rapport au nombre des votants est par elle-même révélatrice de l'existence de manœuvres susceptibles de porter atteinte à la sincérité du scrutin » 414. Cette proportion anormale est parfois quantifiée, mais dans des cas patents surtout 415, si bien que la non-quantification est ici un obstacle définitif à la connaissance de la directive mise en œuvre.

De la même manière, si la représentativité d'une organisation syndicale ne tient pas qu'à des éléments d'ordre quantitatif, ceux-ci, impliqués par la condition touchant aux « effectifs », revêtent une importance essentielle et probablement de plus en plus essentielle au fur et à mesure que les éléments conjoncturels de la définition de la représentativité, issus du dernier conflit mondial, sont appelés à s'estomper. Or le Conseil se borne généralement, lorsque du moins il n'y a pas quantification textuelle imposée 416, à viser le

409. 8.V.1970, 76.859, *X...,* 317, *D.F.,* 1970, comm. 762; 4.II.1974, 91.961, *X...,* Tb. 963; S. 20.IV.1977, 1896 *X...,* *D.F.,* 1977, comm. 844; 25.I.1978, 5798, *X...,* *D.F.,* 1978, comm. 601.
410. Décision précit. du 25 janvier 1978.
411. V. *supra.*
412. 22.VI.1960, *Evenou, A.J.,* 1961.II.39.
413. 18.X.1959, *Soc. Orion Shipping, A.J.,* 1960.II.34.
414. 13.II.1974, *Elections de Campile,* 104.
415. 30.VI.1971, *Elections de Soccia,* Tb. 1056.
416. Ce qui peut être le cas, on l'a vu précédemment; v. ainsi le D. 19.XI.1959 mis en œuvre par 10.III.1961, *Féd. nation. des artisans du bâtiment, A.J.,* 1961.II.574.

« grand nombre d'adhérents de la catégorie professionnelle intéressée » [417], ou à disposer que l'organisation groupe « une proportion suffisante des fonctionnaires de l'ensemble des catégories parmi lesquelles elle se recrute » [418], ou une « proportion d'importance faible » [419], « une très faible partie des travailleurs de la branche » [420], un « nombre d'adhérents... insuffisant » [421]; à considérer qu' « eu égard à ses effectifs » [422] ou au fait qu'elle « groupe un nombre important d'entreprises [423], l'organisation requérante est représentative. Et la Haute Assemblée se montre plus laconique encore parfois [424].

279. ... *en unités de vitesse.*

Le juge administratif, sauf exception, ne précise pas ce qu'il entend par la vitesse excessive d'un véhicule. Sans doute la détermination de la vitesse d'un véhicule est-elle souvent chose délicate à la suite d'un accident : mais si le juge la sanctionne, on veut croire qu'il le fait sur le fondement d'une connaissance au moins approchée. Le laconisme en la matière est d'autant moins satisfaisant qu'on peut supposer que les directives à l'œuvre non seulement ont évolué depuis soixante-dix ans que l'usage des véhicules à moteur à explosion s'est répandu, mais encore sont variables en fonction de la nature du véhicule et de celle de la route. On ne concevrait plus aujourd'hui qu'une marque automobile soit condamnée pour avoir procédé à des essais à la « vitesse excessive » de 150 km/h sur route, au motif qu'elle aurait fait « un usage anormal de la route », entraînant des dégradations et nécessitant de sa part réparation au terme de l'article 9 de la loi du 30 mai 1851 [425].

Quoi qu'il en soit, dans les très rares espèces où il consent à préciser la vitesse qu'il sanctionne comme anormale, le juge semble prôner une assez grande prudence : on ne doit pas rouler en motocyclette à 130 km/h [426], ni en voiture, à la tombée de la nuit à 100 km/h [427].

Dans l'ensemble, il ne fournit pas une telle information et se contente de parler d' « allure raisonnable » [428] ou « excessive » [429], ou encore « réduite » [430],

417. 8.XI.1950, *Synd. nation. des cadres des compagnies de navigation,* 538.

418. 4.X.1961, *Féd. générale des fonctionnaires C.G.T.-F.O., A.J.,* 1962.108.

419. 11.IV.1962, *C.F.T.C.,* 275.

420. S. 26.X.1973, *Féd. nation. des synd. indép. des industries chimiques,* 599, *A.J.,* 1973.608.

421. A. 2.XI.1973, *Travail,* 614.

422. 28.II.1951, *Féd. nation. des cadres de l'assurance, R.D.P.,* 1951.1143; 6.II.1974, *Synd. nation. des journalistes,* 87, *A.J.,* 1974.448.

423. S. 28.II.1958, *Denis, A.J.,* 1958.II.204.

424. 17.VI.1960, *Conféd. auton. du travail, A.J.,* 1961.II.113; 27.III.1968, *Union synd. des médecins de France, A.J.,* 1968.487; m. jour, *F.O.F.T.A., A.J.,* 1968.487; 10.X.1975, *Féd. nation. des détaillants de chaussures,* 505.

425. 15.IV.1910, *Travaux publics c/ Soc. Brasier,* 321.

426. Lille, 28.II.1958, *Cousinard, A.J.,* 1958.II.105.

427. 16.II.1977, *Equipement c/ Forgeot, D.A.,* 1977, n° 120; mais peut-être y a-t-il là la mise en œuvre d'un texte; cela est parfois le cas et ne peut que l'être de plus en plus souvent; v. Lyon, 1.II.1957, *Blint, A.J.,* 1957.II.376 (« une vitesse supérieure à la limite de 55 km/h »); Lyon, 23.XII.1959, *Soc. chimique de Gerland, A.J.,* 1960.II.75; 8.XI.1961, *Aubert, A.J.,* 1962.463.

428. 12.IV.1930, *Travaux publics c/ Barrière,* 479.

429. 15.VII.1957, *Lambert, A.J.,* 1957.II.417; Lille, 9.I.1959, *Lecouffe, A.J.,* 1959.II.93; Lyon, 26.II.1960, *Malosse, A.J.,* 1960.II.71.

430. 5.XII.1958, *Fontaine, A.J.,* 1959.II.9.

de « vive allure » [431], de « vitesse excessive » [432], « exagérée » [433], « telle » [434], d' « excès de vitesse » [435], de conducteur « ne réduisant pas suffisamment sa vitesse » [436].

La jurisprudence semble, à très juste titre, faire varier le seuil de l'imprudence en la matière en fonction des circonstances, jour et nuit [437], beau et mauvais temps [438], capacités particulières de l'engin — le juge parlera ainsi de « vitesse excessive... eu égard à la puissance de l'éclairage du scooter » [439] —, nature propre de la route [440], et difficulté particulière de cette route à l'endroit de l'accident [441]. On discerne ainsi toute une série de directives sans pouvoir, du fait du mutisme du juge, les préciser, ni même les approcher [441 *bis*].

2° LA NON-QUANTIFICATION DE STANDARDS QUI ONT UNE SIMPLE APTITUDE A LA QUANTIFICATION :

280. *Le dommage anormal.*

On pourrait ici multiplier les exemples, car nombreux sont les emplois de cette notion qui seraient susceptibles de quantification. On s'en tiendra toutefois à un petit nombre de cas.

Lorsqu'un dommage anormal de voisinage est constitué par du bruit, le juge administratif ne l'évalue pas en décibels, ou plutôt en décibels/heure, puisque la périodicité est un élément essentiel de tout dommage causé par le bruit : il recourt pourtant certainement, intuitivement, à des directives posant qu'un bruit de telle ampleur, à tel type d'endroit et à telle heure du jour, ou pendant telle durée, est ou n'est pas anormal. En tout état de cause, et il ne s'agit pas ici, on y insistera par la suite, de lui en faire le reproche, tout au contraire, le juge préfère ne pas exploiter une virtualité de quantification et il se borne à disposer que « les inconvénients du bruit... n'ont pas excédé la limite » de ce que doivent supporter les riverains de la voie publique [442]. Il ne précise pas davantage la « proportion assez grave » d'accentuation des bruits qui modifie

431. S. 3.V.1957, *Ducoin, A.J.,* 1957.II.267 (concl. Gazier).

432. 16.VI.1937, *Poirier,* 599; 7.VI.1950, *Couzinier,* 350; 17.III.1950, *Travaux publics c/ Torta,* 174; 14.VI.1950, *Péronne,* 364. Cons. préf. 1.XII.1950, « *La providence* », *A.J.T.,* 1951.66; 3.III.1952, *Moissinac,* 148; 21.XI.1958, *Ville de Briare,* 578; 13.V.1959, *E.D.F., A.J.,* 1959.II.163; 19.X.1962, *Chambon,* Tb. 1141; Clermont, 12.X.1962, *Lucas, A.J.,* 1963.437 (concl. Paulin); S. 11.X.1963, *Cmne de Seichamps,* 482; S. 7.I.1966, *Ville de Clermont, A.J.,* 1966.189 (chron. Puissochet et Lecat); 21.X.1970, *Soc. Nessi-Bigeault, A.J.,* 1971.316; 3.III.1971, *Equipement c/ Style, A.J.,* 1971.436; A. 9.VI.1972, *Allemand, A.J.,* 1973.151; 23.X.1974, *Cie « Général Accident »,* 510; S. 26.XI.1976, *Déptnt de l'Hérault, A.J.,* 1977.266.

433. S. 16.XII.1938, *Travaux publics c/ Cozé,* 951; Lille, 31.X.1958, *Etab. Dufaye, A.J.,* 1959.II.92.

434. 30.X.1963, *Carlier, A.J.,* 1964.119 (obs. Laporte).

435. 4.I.1967, *Cmne de Sornay, A.J.,* 1964.364.

436. 4.I.1963, *Synd. du canal de Carpentras, A.J.,* 1963.312; 17.IV.1963, *Travaux publics c/ Gauthier, A.J.,* 1963.570; 25.VI.1965, *Peyre, A.J.,* 1966.58; 29.XI.1967, *Vocanson,* Tb. 950.

437. S. 16.XII.1938, *Travaux publics c/ Cozé,* 951; 12.VI.1968, *Ville de Louviers, A.J.,* 1968.600; Pau, 15.XI.1972, *Raffaele, A.J.,* 1973.274.

438. 15.VII.1957, *Lambert, A.J.,* 1957.II.417; 19.X.1962, *Chambon,* Tb. 1141; 21.X.1970, *Soc. Nessi-Bigeault, A.J.,* 1971.316; 3.III.1971, *Equipement c/ Roger Style, A.J.,* 1971.436.

439. 19.X.1962, *Chambon,* Tb. 1141; v. aussi 3.III.1971, *Equipement c/ Style, A.J.,* 1971.436; 23.X.1974, *Cie « Général Accident »,* 510.

440. Nature « urbaine » de la route par exemple : 15.VII.1957, *Lambert, A.J.,* 1957.II.417.

441. Virage : 29.XI.1967, *Vocanson,* Tb. 950; pente forte : 3.III.1971, *Equipement c/ Style, A.J.,* 1971.436.

441 *bis.* De toute façon, la vitesse excessive est maintenant étroitement déterminée par les textes.

442. 14.VI.1944, *Bonnin,* 171.

« sensiblement les conditions d'habitation » et constitue de ce fait un dommage anormal [443].

Bien qu'il se fonde très souvent en la matière sur des données chiffrées, puisqu'il vise « des analyses effectuées à partir d'échantillons d'eau prélevés systématiquement » [444], le juge ne quantifie jamais le degré de pollution dans ses décisions. Il se contente de sanctionner le déversement « en quantité anormale » d'acides dans une rivière par une poudrerie [445] ou les inconvénients que peuvent présenter la proximité d'un réservoir de goudron [446] ou d'un dépôt d'ordures [447].

On pourrait encore imaginer que la perte de lumière soit évaluée en *lux*, unité de l'éclairement, une perte de tant de pour-cent constituant l'anormalité : la Haute Assemblée préfère disposer qu'un ouvrage public a « privé de lumière » [448] ou « réduit l'ensoleillement » [449] d'un immeuble.

Pourtant, la quantification est latente dans toute cette matière, ainsi que l'attestent les conclusions de M. Guillaume dans l'affaire *Epoux Blandin* :

> « Une indemnité de 10 000 francs n'est pas excessive dans le cas d'une personne dont l'appartement se trouve à 4,90 m du nouveau pont, haut à cet endroit de 6,50 m. Par contre, une personne dont le logement est à 9 m de l'ouvrage, haut devant ses fenêtres de 1,70 m seulement n'a droit à rien » [450].

281. *La force majeure.*

La force majeure met, on l'a déjà vu, en jeu deux standards, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. L'imprévisibilité, dans le contentieux contractuel, s'apprécie au jour du contrat et l'irrésistibilité au jour de la survenance du fait imprévu. Dans le contentieux extra-contractuel, ainsi que l'a noté M. Bénoit, la condition d'imprévisibilité se fond dans la condition d'irrésistibilité [451]. Quoi qu'il en soit, ces deux standards constitutifs de la force majeure pourraient souvent donner lieu à quantification. Mais le juge en général s'y refuse.

Les « pluies exceptionnelles » pourraient être quantifiées en millimètres; la Haute Assemblée, si les conclusions sont parfois plus explicites, se contente pourtant de disposer que les « pluies exceptionnelles tombées » à tel moment « constituent des événements de force majeure », entre autres formules [452].

443. 2.VI.1967, *Equipement*, Tb. 953; v. aussi 11.VII.1960, *Goncet*, 477; 9.II.1966, *Déptnt du Rhône*, Tb. 1131; 26.X.1966, *de Rocquigny*, Tb. 1131; 5.I.1968, *E.D.F. c/ Rolland*, Tb. 1136; 20.III.1968, *Postes et Télécomm.*, Tb. 1134; 12.VII.1969, *Education nationale*, 407; 17.V.1974, *Malaterre*, Tb. 1169.

444. 12.VII.1969, *Ville de St-Quentin*, 383.

445. 18.II.1931, *Guerre*, 193.

446. 25.VII.1933, *Roux*, 885.

447. 25.I.1935, *Loubal*, 110.

448. 10.II.1905, *Travaux publics*, 155.

449. 2.VI.1967, *Equipement*, Tb. 953; 16.VII.1975, *Florens*, 755.

450. Concl. 22.X.1971, *Blandin, J.C.P.*, 1973.II.17301; les affaires ainsi résumées sont deux des dix-neuf décisions intervenues le 2 juin 1967, *Equipement*, Tb. 953.

451. *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 618.

452. 16.XII.1904, *Ville de Montluçon*, 837; 6.VII.1938, *Ville de Millau*, 641; 29.VII.1943, *Villemaine*, 219; 21.XI.1952, *Travaux publics c/ Rullier*, 528; 4.X.1957, *Déptnt des Basses-Alpes, A.J.*, 1957.II.409; Lyon, 8.I.1960, *Couturier, A.J.*, 1960.II.70; 7.X.1960, *Etab. Jullien, A.J.*, 1961.II.371; 8.VI.1962, *Lagarrigue*, Tb. 1140; 27.VI.1963, *Calkus*, 401; 24.IV.1963, *Entrep. Aix, A.J.*, 1963.572; Bordeaux, 13.XII.1963, *Soc. Tourbière du Tastas, A.J.*, 1964.322; 11.I.1967, *Ville de Marseille*, Tb. 951; 12.V.1971, *Déptnt des Alpes-Maritimes, A.J.*, 1971.687; S. 21.VII.1972, *Brocas, A.J.*, 1973.164; 10.IV.1974, *Ville de Cannes*, (2 esp.), 227 et 232, *A.J.*, 1974.494; Montpellier, 23.XII.1974, *Aurand*, 783; 19.II.1975, *Défense nationale*, 143; 12.III.1975, *Cmne de Boissy*, Tb. 1303.

Rares sont les espèces qui précisent le chiffre des précipitations [453]. Notons qu'il serait très difficile, de toute façon, de tirer de la quantification des chiffres stables, car le caractère exceptionnel d'intempéries ne peut se concevoir que dans le cadre d'une appréciation *in concreto* objective renvoyant aux intempéries « habituelles », si l'on peut dire, de la région [453 *bis*].

Le même laconisme est de rigueur pour les crues [454] et pour le vent, qui est simplement dit n'avoir pas soufflé avec « un caractère de violence exceptionnelle » [455]. Très peu nombreuses sont les décisions qui, à l'instar du tribunal administratif de Dijon en 1964, disposent que

> « le vent qui a soufflé cette nuit-là à une vitesse maximum de 85 km/h ne présentait pas un caractère de violence exceptionnelle » [456].

282. *L'insuffisance de l'initiative privée.*

Pour qu'une clinique ouverte puisse être créée dans un hôpital public, il faut, c'est l'une des conditions, qu'il y ait insuffisance de l'initiative privée dans le ressort de la circonscription hospitalière, insuffisance à la fois quantitative et qualitative. Comme l'a écrit, dans son analyse détaillée de cette question, M. Dran :

> « On commence par évaluer l'élément quantitatif, puis, seulement après, s'il se révèle satisfaisant, on passe à l'appréciation de l'élément qualitatif. En d'autres termes, on recherche d'abord le nombre de lits mis à la disposition de la clientèle dans les cliniques privées : s'ils sont en trop petit nombre, il n'est nul besoin de pousser plus avant l'investigation : la condition est remplie. » [457]

Or aucune décision ne fait apparaître avec clarté la mise en œuvre de cet élément quantitatif. Si l'on passe le cas, sans intérêt ici, de l'absence de clinique privée [458], on se trouve en effet confronté à un laconisme qui ne permet guère, au travers des seules décisions, de percer le secret du seuil retenu. La présence d'une seule clinique dans la circonscription peut être le signe d'une insuffisance [459] ou non [460], ce qui est bien logique, puisque la taille de cette clinique et l'ampleur de la circonscription peuvent varier d'une affaire à l'autre. Pourtant, cela n'exclut pas la mise en œuvre d'une directive quantifiée assez stable, dissimulée au commentateur [461].

453. V. cependant 13.V.1970, *Cmne de Tournissan*, Tb. 1187 (200 mm en 3 h et par endroit 300 à 400 mm); pour une chute de neige : Grenoble, 3.VII.1974, *Lopez*, 746 (60 cm à Montélimar : pas de force majeure).

453 *bis*. V. *supra*, n° 227.

454. 17.IV.1942, *Synd. des digues du Reyran*, 129; 4.IV.1962, *Travaux publics, A.J.*, 1962.595 (concl. Braibant); 10.III.1965, *Caisse centrale lyonnaise de S.S.*, 164; 31.III.1965, *Peydessus*, 213; 6.XI.1968, *Cmne de Licq-Atherey*, 546; 10.III.1971, *Déptnt de la Côte-d'Or*, 210.

455. 29.III.1933, *Dalang*, 376; v. aussi S. 31.I.1930, *Travaux publics c/ Mérienne*, 135; 21.X.1959, *Cmne de Lude, A.J.*, 1959.II.302; 18.XI.1959, *Soc. Orion Shipping, A.J.*, 1960.II.34; S. 18.XII.1959, *Blanc*, 699; 14.IV.1961, *Rastouil, A.J.*, 1961.II.304 (concl. Heumann); 11.I.1963, *Travaux publics c/ Soc. Hamaide-Henry, A.J.*, 1963.312.

456. Dijon, 10.VI.1964, *Bonin, A.J.*, 1964.510; v. aussi Dijon, 4.XII.1963, *Ramier, A.J.*, 1964.510.

457. Dran, « Un exemple de collaboration... », art. précit., p. 516.

458. Caen, 19.VI.1956, *Veyriès*, 556.

459. A. 11.I.1963, *Santé c/ Léonetti*, 21, *A.J.*, 1963.434 (obs. Paulin).

460. A. 10.X.1958, *Delarbre*, 482.

461. Le Conseil se contente au demeurant souvent de disposer « qu'il résulte de l'instruction... que la condition... se trouvait remplie en l'espèce »; v. ainsi 2.II.1049, *Brésard*, 45; A. 14.V.1954, *Synd. maisons de santé du Languedoc*, 276, S. 10.IV.1964, *Clinique du Chablais*, 215.

283. *Conclusion de la sous-section.*

A la suite de ces investigations encore partielles, seule une conclusion extrêmement nuancée peut rendre compte de l'attitude du juge administratif vis-à-vis des chiffres : parfois il se montre audacieux dans la simplification, dans l'effort pour rendre plus « praticable » le droit par le recours à la quantification claire non seulement de ce qui n'est pas normal, mais même de ce qu'il juge normal; parfois, au contraire, il est réticent à la seule expression de chiffres auxquels il n'a pourtant pas pu manquer d'avoir recours.

Des raisons peuvent être trouvées ici et là, ponctuellement, à ces choix divers.

Ainsi fallait-il « faire simple » pour que la pédagogie de la Haute Assemblée soit efficace auprès des commissions de remembrement, dans une matière cruciale, puisqu'elle touche à la propriété de la terre. Sans doute aussi, dans le cadre du défaut d'entretien normal, la directive des 5 centimètres a-t-elle une plus grande portée sur les services responsables qu'une jurisprudence plus subtile.

La gamme des raisons est très large semble-t-il. Récemment, M. Dondoux, à propos de la notion de « tact et mesure » dont doivent faire preuve, dans leurs dépassements, les médecins qui y sont autorisés, n'allait-il pas jusqu'à affirmer — pourquoi ne le croirait-on pas ? — que si le Conseil d'Etat se refuse à préciser la quantification qu'il opère nécessairement, c'est parce que

> « la fixation de barres, même à des niveaux divers, ferait que le maximum théorique serait dans tous les cas la réalité » 462.

Mais il nous semble, en vérité, et on va y revenir dans quelques pages, que la Haute Assemblée craint avant tout de simplifier abusivement des matières complexes, en délivrant les chiffres qui fondent ses décisions. Car le justiciable ne peut manquer de conférer à de telles formulations une valeur générale et absolue qu'elles ne sauraient avoir. Le chiffre a une valeur simplificatrice, c'est à la fois son avantage et son inconvénient, et le « bilan coût-avantage » n'est probablement pas souvent en sa faveur 463.

284. *Conclusion de la section.*

L'étude des politiques jurisprudentielles des mots et des chiffres permet ainsi de poser une conclusion suffisamment ferme en dépit de son caractère irréductiblement nuancé. D'une part, le juge semble effectivement, dans nombre de cas, désireux de ne pas se lier et, plus certainement encore, de ne pas figer définitivement la matière, ce qui n'est pas tout à fait la même chose, par des formules, chiffrées ou non, trop définitives et trop constantes. D'autre part, tout le courant qui, en réaction aux excès de la louange de la doctrine administrativiste d'autrefois, s'est acharné, depuis les années soixante, à démontrer la perpétuelle mauvaise volonté du Conseil d'Etat à livrer les arcanes de ses politiques, à dévoiler les formules de sa jurisprudence, et en appelle souvent à ce Gnaeus Flavius collectif que seraient les tribunaux administratifs, tout ce courant est allé trop loin dans sa critique, comme s'il n'était possible de concevoir le progrès de la réflexion que sur le mode du tout ou rien et selon un éternel mouvement pendulaire.

462. Concl. S. 18.II.1977, *Hervouet*, 105.
463. V. développements sur cette question dans quelques pages.

SECTION II

UNE TENTATIVE D'INTERPRETATION DE LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DES MOTS ET DES CHIFFRES

285. *Introduction.*

Nombre de thèses importantes de ces dernières années, nombre de travaux divers ont dénoncé le laconisme du juge administratif, comme, on le verra dans le chapitre suivant, le fond de ses jurisprudences. On redécouvre certains accents disparus depuis que les libéraux de la première moitié du XIX[e] siècle s'inquiétaient d'une juridiction qui à leurs yeux l'était trop peu et à laquelle ils imputaient, assez justement dans l'ensemble à cette époque et de façon historiquement fondée, le vice fondamental de manquer d'impartialité 464.

Le laconisme du juge ne dérangeait guère la doctrine ancienne, sans doute toujours pénétrée du dangereux principe « juger l'administration c'est encore administrer » 465. Et Maurice Hauriou louait l'*imperatoria brevitas* comme un effet de la prudence du juge 466.

C'est surtout à l'époque récente que la doctrine a contesté cette attitude, selon nous avec trop de systématisme, méconnaissant souvent les acquis, et négligeant les contraintes qui pèsent sur le travail du juge.

SOUS-SECTION I

La critique soutenue de la doctrine contemporaine

§ 1. — Les expressions récentes de la critique

286. *La contestation du laconisme du juge administratif.*

La doctrine, depuis la dernière guerre, souligne assez souvent le laconisme des décisions de la Haute Assemblée 467. M. Rivéro a notamment écrit que

> « la règle jurisprudentielle se caractérise par un certain hermétisme; les formules par lesquelles elle s'exprime ne sont pas toujours intelligibles par elles-mêmes; il faut, pour les comprendre, se familiariser avec le langage du juge administratif » 468.

464. V., au sein d'une abondante littérature, le beau discours de Benjamin Constant à la séance du 23 mai 1826, reproduit *in Discours de M. Benjamin Constant à la chambre des députés*, t. 2, Paris, 1828, pp. 475 ss.
465. V. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation...*, *op. cit.*, pp. 30 ss., pp. 97 ss. (les thèses d'Henrion de Pansay); Sandevoir, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, *op. cit.*, pp. 62 ss., 91 ss., 188 ss., 335 ss.
466. N. 28.II.1919, *Dol et Laurent*, *S.*, 1918-1919.III.35; v. Arrighi, « Hauriou, un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat », *L.J.C.E.*, p. 343.
467. V., p. ex., Auby, « Rev. jurisp. adm. », *R.D.P.*, 1954.188; Moreau, *op. cit.*, p. 108; Péquignot, « Rev. somm. jurisp. », *R.D.P.*, 1948.591.
468. *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 75; v. aussi, du même auteur, « La réforme du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1953, p. 941.

On notera à propos de ce jugement que, pour ce qui est des standards, leur difficulté du point de vue étudié gît moins dans leur hermétisme intrinsèque, nul, que dans l'immédiateté illusoire de leur compréhension, leur hermétisme au second degré si l'on veut.

La critique a pris un tout autre tour depuis une dizaine d'années. Qu'il soit permis (s'il y a lieu de privilégier l'écrit, il serait excessif de s'en tenir exclusivement à lui) d'indiquer qu'elle s'exprime autant en paroles, au gré des conversations entre administrativistes, dans lesquelles elle a acquis le statut de lieu commun, que par les écrits. Pour se borner à quelques exemples, car ce sentiment est aujourd'hui trop répandu pour qu'il soit utile de s'y attarder, on retiendra les propositions particulièrement vigoureuses de MM. Schwartzenberg et Gleizal. Selon le premier de ces auteurs, « la faveur du Conseil d'Etat pour les formules laconiques et ésotériques » traduit « une volonté de rester maître de sa jurisprudence, de ne pas aliéner sa liberté » [469], et selon le second, à propos du sursis à exécution, « le Conseil d'Etat s'en est tenu à une terminologie incertaine qui lui a permis de définir une jurisprudence fluctuante ». M. Gleizal ajoute que

> « si la Haute Assemblée avait voulu brouiller à dessein les cartes du jeu, elle n'aurait pas pu agir avec plus de finesse et d'efficacité » [470].

287. *La volonté de mettre en opposition le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs.*

Il s'agit là d'une tendance qui est dans l'air depuis un certain nombre d'années, encore que peu d'auteurs éprouvent le besoin de la formaliser tant elle apparaît être une évidence [471]. Il n'est pas jusqu'aux plus éminents représentants de la Haute Assemblée qui ne soient prêts à reconnaître que si le Conseil d'Etat a pu faire quelques progrès dans l'accessibilité de ses décisions, cette « évolution... positive (est) largement due à l'influence des tribunaux administratifs ». M. Galabert poursuit — mais il faut conserver à l'esprit le fait que ses propos furent tenus dans une circonstance particulière, qui impliquait l'éloge des premiers juges — :

> « Il est bien certain que les Tribunaux administratifs, qui sont proches des faits, qui en tout cas ont constitué eux-mêmes le dossier de première instance, qui ont été au contact des justiciables, ont entendu des explications orales et qui donc ont perçu plus directement les données concrètes d'une affaire, ont tendance à traduire cette connaissance dans leurs jugements et à être sensibles aussi à cette nécessité, quel que soit le sens du dispositif, de rendre le plus compréhensible qu'il est possible aux administrés le sens de la décision prise. » [472]

§ 2. — Le fondement de la critique

288. *Un effort pédagogique envers les justiciables.*

Si les Parlements de l'Ancien Régime n'aimaient guère à s'expliquer sur les motifs de leurs décisions — Boncenne a écrit que, dans la mesure où ils

469. Schwartzenberg, *L'autorité de la chose décidée*, 1969, p. 100.
470. Gleizal, art. précit., p. 391.
471. V. cependant Gaudemet, *op. cit.*, p. 84.
472. Galabert, « La contribution des tribunaux administratifs à l'élaboration de la jurisprudence » *in Les tribunaux administratifs, vingt ans après la réforme de* 1953, Actes du Colloque de Grenoble, 14.15.III.1974, 1974, pp. 96 et 97.

souhaitaient se faire « les émules de la puissance législative », ils affectaient, « même dans les arrêts privés, de parler le langage des lois et de laisser tomber les oracles de leur justice, sans daigner rendre compte des raisons qui les avaient déterminés » [473] —, il est unanimement admis à l'époque contemporaine que le juge est tenu d'expliquer aux justiciables les raisons de sa décision. Le jugement motivé apparaît, selon l'expression de M. Sauvel, comme « une des bases essentielles de la vie publique » [474], et selon celle de M. Belaïd, comme « une obligation de justice, une dette du juge à l'égard du justiciable..., une garantie de l'impartialité du juge » [475].

Au demeurant, cette nécessité de la motivation est affirmée par le juge administratif lui-même. Dans une décision *Fouquet* de 1818, le Conseil d'Etat a disposé

> « que les arrêtés des conseils de préfecture ont le même caractère et le même effet que les jugements des tribunaux, et qu'il est d'ordre public que lesdits arrêtés soient motivés de même que les jugements » [476].

Par la suite, la jurisprudence devait rattacher cette obligation à divers textes [477], avant d'en faire un principe général du droit applicable même sans texte devant toutes les juridictions administratives par l'arrêt *Legillon* [478].

Mais, bien évidemment, l'existence formelle d'une motivation n'implique pas automatiquement que celle-ci soit efficace. Et à cet égard, il est vrai que la motivation par standards, lorsque ceux-ci ne sont pas accompagnés de directives précises, ne peut être, pour le justiciable qui va au-delà de l'illusoire transparence des termes de ce type mais qui ne se hisse pas à une bonne connaissance de la jurisprudence et donc de ce que de tels mots recouvrent, que matière à perplexité et peut-être à révolte devant un recours à la langue commune qui peut lui apparaître comme une hypocrisie.

Ce n'est pas un hasard si MM. Touffait et Tunc, dans un article sévère pour le système de motivation de la Cour de cassation, pourtant d'ordinaire jugé plus généreux que celui du Conseil d'Etat, mais à leurs yeux insuffisant, ont pris, pour montrer les « inconvénients du système actuel », des standards à titre d'exemples.

> « Que signifient, demandent ces éminents auteurs, ces mots " imprévisible " et " irrésistible " que l'on trouve chaque année en matière de responsabilité civile dans des dizaines d'arrêts de la Cour de cassation ? Dans quelle mesure leur portée est-elle bouleversée si on les fait précéder de l'adverbe " normalement " ? » [479]

289. *Un effort pédagogique envers les tribunaux administratifs.*

Le Conseil d'Etat doit bien sûr, dans le rôle d'unification de la jurisprudence qui est le sien, en appel ou en cassation, veiller à ce que ses positions soient comprises des juridictions qui lui sont soumises. La réforme de 1953 à cet

473. *Op. cit.*, t. 2, p. 442; v. aussi Sauvel, « Essai sur la notion de précédent », *D.*, 1955, chron. 18, p. 93.
474. Art. précit., p. 93; v. aussi l'analyse détaillée du même auteur *in* « Histoire du jugement motivé », *R.D.P.*, 1955, pp. 5 ss., notamment pp. 43 ss.
475. *Op. cit.*, p. 298.
476. 12.XII.1918, *Fouquet*, t. 2, 434; analysé, mais non reproduit, au *S.*, 1918, t. 1.234.
477. 19.VII.1889, *Romefort*, 877; v. développements de M. Debbasch, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 537 ss.; et Noël, « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *R.D.P.*, 1924, pp. 350 ss.
478. 5.XII.1924, *Legillon*, 985.
479. Touffait et Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice », *R.T.D. Civ.*, 1974, p. 494.

égard, en faisant des tribunaux administratifs les juges administratifs de droit commun, n'a pu qu'accentuer le devoir pour la Haute Assemblée d'être claire dans les domaines où elle était autrefois seule à trancher et où elle pouvait estimer que le justiciable lui faisait le crédit de supposer qu'elle agissait pour le mieux. Aussi bien, dès la réforme intervenue, M. Rivéro conseillait-il aux juges du Palais-Royal de « donner moins à la subtilité et plus à la précision », et de « remplacer l'optique du salon par celle de l'atelier » [480], bref d'assurer pleinement leur « fonction pédagogique » [481].

SOUS-SECTION II

La nécessité de promouvoir une critique plus nuancée

§ 1. — Une critique excessive

290. *Le déclin du laconisme du Conseil d'Etat.*

Au siècle dernier, et la consultation rapide du *Recueil* permet de s'en rendre compte aisément, le laconisme du Conseil d'Etat était sensiblement supérieur à ce qu'il est aujourd'hui. Serrigny croyait pouvoir ainsi opposer l'attitude de la Cour de cassation, qui

> « expose presque toujours les raisons détaillées des solutions qu'elle a adoptées : on sait qu'elle ne craint pas de faire de la doctrine et qu'elle veut convaincre ceux qu'elle juge »

à celle du Conseil d'Etat, qui

> « ne donne presque jamais de motifs développés des arrêts qu'il prononce » [482].

Et ce n'est sans doute pas à tort que le président Debbasch remarque qu'aujourd'hui encore :

> « le Conseil d'Etat, fidèle à ses origines, est très loin de formuler les raisons de ses décisions avec la précision et la rigueur de la Cour de cassation » [483].

480. « La réforme du contentieux... », art. précit., p. 942.
481. Rivéro, « Le Conseil d'Etat, cour régulatrice », *D.*, 1954, chron. 28, p. 158; v. aussi Auby et Drago, *op. cit.*, t. 1, p. 699; Gazier, « De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1954.680.
482. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, 2e éd., 1865, préface, p. VI; dans le même sens, v. Laferrière, *op. cit.*, p. XIII; ce dernier auteur ajoutait toutefois : si le Conseil d'Etat « n'a pas l'habitude d'exposer dans ses arrêts toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions, ces déductions n'en existent pas moins; elles sont d'autant moins changeantes... qu'elles sont toujours inspirées d'un grand respect des " précédents ". »
483. *Contentieux..., op. cit.*, p. 538; il nous semble cependant que le terme « précision » est plus juste que le terme « rigueur »; car, dans l'ensemble, la jurisprudence administrative ne manque pas autant de rigueur que cela, pas davantage en tout cas que n'importe quelle jurisprudence; ce qui est vrai, c'est qu'elle ne précise pas dans l'ensemble avec autant d'abondance que la Cour de cassation ses motifs.

Il n'empêche que si l'on substitue à ce point de vue comparatif l'appréhension de la seule évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat, il faut constater que son laconisme a fortement régressé.

Il est difficile de marquer les étapes de cette régression. M. Galabert, répondant aux critiques examinées, estime pour sa part que la réforme de 1953 a marqué un revirement complet :

> « Quant à la rédaction des décisions, il est certain que la qualité de juge d'appel a contribué à leur faire perdre beaucoup de concision. Pourquoi ? Parce que vous partez d'un raisonnement qui a été fait par un juge qui a statué avant vous; que ce soit pour confirmer, ou plus encore pour infirmer la solution du premier juge, il faut expliciter ou adopter en partie ou réfuter le raisonnement qui avait été fait par le tribunal administratif. Il y a là un des éléments qui, à côté de l'importance croissante des données réglementaires ou législatives, ont contribué à faire perdre leur concision légendaire aux décisions du Conseil d'Etat. » [484]

Cette hypothèse est plausible, mais n'épuise pas le mouvement de la jurisprudence, au demeurant complexe et non uniforme. Il semble, pour ne considérer que la période de la justice déléguée, que quatre grandes phases se dessinent. Une première phase dans laquelle le laconisme domine assez nettement et qui s'étend jusqu'à la première guerre mondiale : l'évolution est pourtant à l'atténuation progressive de l'*imperatoria brevitas*, encore qu'inégale selon les domaines. La période de l'entre-deux-guerres voit dans l'ensemble s'accélérer cette évolution. La troisième phase, après 1945, se caractérise par un recul de la motivation véritablement explicite, particulièrement nette dans les contentieux « d'actualité », et notamment dans celui de l'épuration : ce déclin de la qualité formelle de la jurisprudence explique justement que l'on se soit trouvé dans la nécessité d'entreprendre la réforme d'ensemble du système en 1953. Depuis cette date, autant parce que les conditions de son travail sont meilleures que parce qu'effectivement il doit faire montre d'efficacité pédagogique vis-à-vis des tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat, sans être prolixe il est vrai, tend à motiver beaucoup moins parcimonieusement ses décisions. Les développements consacrés à la jurisprudence dans la section précédente montrent qu'il y a en fait trois grands types de figures : l'absence de laconisme, assez fréquente; un laconisme qui n'est pas fondamentalement gênant parce qu'il n'interdit pas de comprendre, par le truchement par exemple d'autres décisions voisines, le sens de l'arrêt [485]; un laconisme qui apporte enfin une entrave à l'interprétation du sens ultime de la jurisprudence. Cette dernière situation est, on en conviendra, résiduelle. De plus, ainsi qu'on le verra un peu plus loin, elle semble moins le fruit, le plus souvent, d'une mauvaise volonté hautaine du Conseil d'Etat, que la prise en compte par celui-ci de certains risques et de certaines contraintes.

Bref, il faut s'accorder ici avec M. Rivéro, qui pourtant n'hésite pas, lorsqu'il le juge nécessaire, à critiquer le juge du Palais-Royal :

> « Sur sa fameuse *imperatoria brevitas*, on a tout dit; trop même; car il lui arrive parfois d'expliciter sa pensée, d'indiquer, au moins de façon schématique, les articulations du raisonnement » [486].

Cette proposition date de 1954 : il faudrait aujourd'hui remplacer « parfois » par « souvent ».

484. Contrib. précit., p. 96; dans le même sens, v. Auby et Drago, *op. cit.*, p. 699.
485. V. les développements sur ce point d'Hauriou, « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *C.N.J.*, 1929, n° 15, pp. 109 ss.
486. « Le Conseil d'Etat, cour régulatrice », *D.*, 1954, chron. 28, p. 158.

291. *Le caractère un peu artificiel de l'opposition Conseil d'Etat/Tribunaux administratifs.*

Il ressort d'une lecture un peu systématique de la jurisprudence administrative que les décisions des tribunaux administratifs sont effectivement en principe un peu plus détaillées que celles du Conseil d'Etat. Deux remarques doivent être toutefois effectuées à ce propos.

La première ne soulève pas de difficulté particulière : la prolixité des premiers juges n'est pas plus générale que le laconisme de la Haute Assemblée; il peut y avoir d'infinies variations selon les tribunaux, selon les matières, selon les décisions.

La seconde est plus délicate. M. Debbasch a pu écrire que la moyenne des décisions administratives était mieux écrite que la moyenne des décisions judiciaires [487]. Jusqu'à une période récente tout au moins, force est de constater que dans l'ensemble la qualité de la rédaction des jugements des tribunaux administratifs était moindre que celle des arrêts du Conseil. Les progrès ont été très rapidement évidents par rapport aux décisions des conseils de préfecture mais ce n'est que depuis une dizaine d'années que le plein effet de la réforme de 1953, qui visait autant, les deux questions étant indissociables, à résoudre un problème de personnel qu'un problème de compétence, s'est fait sentir. Une motivation longue mais redondante ou un peu floue, ou encore surchargée d'ornements inutiles n'est pas un bienfait, tout au contraire : on peut parfois dire mieux en disant moins.

§ 2 .— Une critique qui sous-estime les difficultés du travail du juge

292. *Note introductive.*

Il est nécessaire en réalité de bien faire le départ de ce qui est dû à l'*imperatoria brevitas*, cette sorte de détachement hautain de qui a l'*imperium* et tranche en autorité sans daigner s'expliquer, et de ce qui peut avoir pour origine d'autres facteurs : la prudence et, pourquoi le nier, la possible hésitation.

1° La prudence du juge administratif :

293. *Les directives non quantifiées.*

Ainsi que l'écrivait il y a plus de cent ans Serrigny, « on dirait (que le juge administratif) craint de poser des principes de droit et de faire des théories de peur de se lier par des précédents » [488]. A cette crainte, il est possible de trouver deux raisons. Une raison qui, si elle était effective, serait contestable au plus haut point : la volonté de libérer ses décisions d'une excessive contrainte afin de pouvoir suivre des politiques sinueuses, au gré des circonstances et des nécessités. Le standard non étayé par des directives explicites et stables serait ainsi un outil subtil : propre, ainsi qu'on l'a vu, à susciter l'adhésion du lecteur, il n'entamerait en rien un pouvoir de choix toujours renouvelé. Une telle attitude, parfois prêtée au juge, est mythique. Elle serait scandaleuse. Elle est

487. *Contentieux..., op. cit.*, p. 540.
488. *Op. cit.*, p. VI.

surtout impossible : même si le juge voulait systématiquement libérer son pouvoir normatif, il ne pourrait pas éviter, dans les matières où les litiges sont suffisamment nombreux, de retomber dans les ornières bienfaisantes que constitueraient les directives inévitablement dégagées d'emblée. Ajoutons que si, dans la conversation et parfois même au hasard des conclusions, certains membres de la Haute Assemblée tentent de faire accroire qu'elle procède ainsi, libérée des contingences sur lesquelles nous mettons ici l'accent, ils s'illusionnent sur les pesanteurs du travail juridictionnel et font montre tout au plus, si l'on nous permet ce terme vis-à-vis d'une aussi vénérable institution, d'une forme de coquetterie intellectuelle.

C'est une autre raison qu'il faut selon nous retenir. La mise en œuvre, quand ce n'est pas l'élaboration, du droit administratif est d'une excessive complexité et les enjeux d'une importance capitale. La hâte dans la solidification d'une directive dont l'adéquation n'est pas certaine, dont toutes les implications peuvent n'avoir pas été aperçues, est susceptible de conséquences fâcheuses. Comme l'a écrit M. Querrien du juge administratif,

> « la prudence de son langage est affaire de méthode... Il préfère l'incertitude à l'erreur » [489].

La volonté d'appréciation *in abstracto* qui se manifeste, on l'a vu, dans la jurisprudence [490] implique cette réserve tant que l'ensemble des distinctions possibles n'a pas été appréhendé par le juge, ce qui peut exiger une assez lente maturation.

Finalement, la méthode du Conseil d'Etat ne semble pas se distinguer ici profondément de celle de la Cour de cassation telle que M. Lindon la décrit :

> « Dans une large mesure, écrit cet auteur, le caractère qui peut apparaître sibyllin de certains arrêts est dû à la nature et aux méthodes de travail de la Cour. Lorsque la Cour est appelée à poser un principe nouveau, celui-ci n'est généralement pas énoncé du premier coup, dans sa forme définitive... La Cour sait par expérience que la prudence commande de procéder progressivement en prenant conscience, avec la diversité des espèces et de leur circonstances de fait, de l'ensemble des applications qu'il faut prévoir, des précautions à prendre, des limites à observer. » [491]

Il s'agit, selon les termes de M. Rivéro — qui estimait au demeurant dans les mêmes pages que ce souci ne devait pas entraîner trop loin le juge — pour la Cour suprême de l'un et l'autre ordre,

> « de ne point se lier inconsidérément par l'énoncé de règles qui demain l'obligeraient soit à ruser avec elles pour en éluder l'application, comme le fait le juge britannique pour s'affranchir de la tyrannie du précédent, soit à leur demeurer fidèle, mais en méconnaissant alors la spécificité du nouveau litige porté devant elle » [492].

Ainsi le juge procède-t-il avec une certaine lenteur à la mise au point de ses formules, joue-t-il d'expressions proches mais distinctes,, non pour égarer mais pour éviter que la règle jurisprudentielle ou l'interprétation d'un texte ne s'appauvrissent trop précocement. Il y a peut-être moins là une méthode absolument

489. « Du droit jurisprudentiel au droit écrit », *L.J.C.E.*, p. 321.
490. V. *supra* 1er titre, 2e chapitre.
491. « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.*, 1975.I.2681.
492. « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p. 32.

consciente à tout moment qu'une pratique naturelle, bien que M. Yves Gaudemet ait pu justement décrire *a posteriori* les phases qu'il a baptisées d' « expérimentation » et d' « incorporation » de la règle [493].

Une fois la règle en place, on pourrait penser que le juge n'a plus guère de raison de se montrer laconique. Et en réalité il l'est alors en principe assez peu si l'on excepte deux types de situations opposés : parfois, dans le cadre de jurisprudences très stabilisées, le juge évite de longs développements pour étayer une solution qui de toute façon ne surprend personne, parfois encore, et ce point sera envisagé dans quelques pages, la jurisprudence peut demeurer incertaine de façon plus ou moins chronique ou bien le juge peut éprouver des difficultés, tout en sanctionnant les comportements ou les situations pathologiques, lorsqu'ils se présentent, à préciser une fois pour toutes un seuil d'anormalité : il peut répugner à s'engager formellement à tolérer tel type de comportement ou de situation. Il y a là un élément de stratégie jurisprudentielle qu'il n'y a pas lieu de sous-estimer.

Bref, il faut croire que le juge, sauf évidence contraire, réserve son pouvoir de libre modélisation juridique [494] moins par la volonté de se garder les mains libres par une forme de suffisance de corps que par le désir de ne pas hypothéquer les chances d'amélioration de la règle.

294. *Les directives quantifiées.*

Tout ce qui vient d'être dit vaut *a fortiori* pour les directives quantifiées. Chaque unité supplémentaire de praticabilité, de « réalisabilité formelle » du droit semble devoir se traduire ici par un appauvrissement proportionnel de la matière juridique. Dès lors qu'il n'y a pas un impératif pédagogique d'une importance essentielle tel que celui que nous avons pu voir se manifester à l'égard des commissions de remembrement, la quantification absolue est susceptible de présenter des inconvénients : la simplification est autant un inconvénient qu'un avantage. A tel point que, même dans le domaine du contentieux du remembrement, la loi a dû corriger ce que la jurisprudence avait pu acquérir de trop rigide, de mécanique et finalement d'artificiel en dépit, ou plutôt à cause de ses apparences pseudo-mathématiques. M. Mehaignerie, rapporteur du projet de loi qui est devenu depuis la loi du 11 juillet 1975, estimait que

> « ces règles trop strictes définies par (la) jurisprudence n'autorisaient pas les commissions de remembrement à tenir compte, autant qu'il serait souhaitable, des impératifs techniques d'une agriculture en évolution continue... Appliquées sans nuance, elles ont trop souvent pour effet de favoriser l'attribution de très petites parcelles et de faire supporter aux collectivités et aux exploitants des charges accrues » [495].

Critique sans doute excessive, et d'ailleurs intéressante à ce titre par ce qu'elle nous révèle des rapports du législateur et du juge administratif : ce dernier n'a fait que respecter l'impératif d'équivalence posé par la loi. Mais critique néanmoins fondée et qui explique les nouvelles dispositions. Celles-ci maintiennent le principe de l'équivalence globale. Comme le notaient dans leur solide étude MM. Bollé et Delcros, la jurisprudence du Conseil d'Etat sur ce point-là n'aura donc pas lieu d'être modifiée, elle sanctionnera toujours les écarts supérieurs à 1 % [496]. La nouvelle loi, par contre, tout en maintenant le principe de l'équivalence par

493. *Op. cit.*, pp. 216 ss.
494. Sur cette question, v. *supra*, 1re partie, 2e titre, chap. 2.
495. *J.O.*, 1975, doc. A.N., n° 1119, p. 6.
496. Art. précit., *A.J.*, 1976, p. 127.

nature de culture, prévoit la possibilité d'y apporter une dérogation. Pour éviter tout abus, le Parlement a cependant fixé à 20 % la tolérance à cet égard, ce qui est tout de même beaucoup : les 10 % initialement prévus eussent sans doute ménagé une suffisante souplesse sans être susceptibles de porter atteinte à l'équilibre des exploitations. Cette quantification, qui n'a au demeurant, comme presque toutes les quantifications absolues, pas grand sens, n'est plus qu'un cadre assez vague : le juge saura sans doute maintenir l'exercice de ce pouvoir dérogatoire dans des bornes raisonnables. Il est d'ailleurs apparu au cours de la discussion qu'il pouvait y avoir plusieurs tolérances selon les régions naturelles de chaque département, tolérances à déterminer par les commissions en étroite relation avec les chambres d'agriculture [497].

On touche là à une raison fondamentale des inconvénients d'une quantification trop rigide : elle engage le juge dans la voie d'une appréciation assez abstraite. L'exemple du défaut d'entretien normal est à cet égard significatif, car il démontre le formidable pouvoir d'attraction d'une quantification absolue stabilisée. On aurait pu imaginer que le Conseil d'Etat, en fonction d'une typologie distinguant chaussées et trottoirs, villes et villages et inclinant à une modulation fine selon le classement des diverses voies, tende à promouvoir une quantification subtile, fixant dans tel cas le seuil de l'anormalité à 4 centimètres, ici à 6, là encore à 3. Il y a une explication semble-t-il au fait qu'il n'ait pas agi ainsi. La fixation d'un seuil unique, avec de rares dérogations, nous l'avons vu, frappe déjà par son aspect arbitraire. L'établissement *ex nihilo* d'une gamme de seuils adaptés aux diverses figures envisageables aurait demandé une homogénéité durable des perspectives des membres du Conseil d'Etat en la matière pour s'imposer; or, par hypothèse, celle-ci est assez difficilement concevable, et une telle entreprise n'aurait sans doute pas manqué, quant à son esprit même, de susciter des réserves, en dépit de sa subtilité et de sa légitimité. Aussi curieux que cela puisse paraître, il semble en effet que si l'accord est général de nos jours pour reconnaître un pouvoir normatif au juge, c'est à condition que celui-ci demeure suffisamment discret sur le plan formel et que les prescriptions qu'il crée n'affectent pas l'allure de systèmes aussi délibérément élaborés que ceux que formulent les sources officielles de droit.

Dès lors qu'il ne voudra pas se retrouver, par la force même des choses, enfermé dans un carcan, sécurisant sans doute, mais appauvrissant, le juge maniera donc la quantification absolue avec prudence. Très intéressantes, par la conscience claire de cette question qu'elles attestent, sont à cet égard de récentes conclusions de M. Dondoux dans une affaire de droit à dépassement du tarif conventionnel par un médecin. L'article 10 de la Convention nationale des médecins exige que les honoraires soient, dans ce cadre, déterminés avec « tact et mesure ». Le tribunal administratif, après avoir posé que dans tous les cas le dépassement ne saurait « consister qu'en une majoration raisonnable du tarif conventionnel » [498], avait estimé que certains dépassements opérés par le sieur Hervouet, de 25 à 50 %, étaient normaux, tandis que d'autres, manifestant un doublement ou même un triplement des honoraires étaient anormaux et caractéristiques d'un « usage abusif du droit à dépassement ». M. Dondoux a posé avec netteté dans cette affaire les avantages et les inconvénients de la quantification :

> « Comment, écrit-il, définir cette notion de tact et de mesure ?... C'est là que la difficulté apparaît. L'idéal, évidemment, serait de quantifier la notion de dépassement avec tact et mesure : on poserait le principe qu'à partir d'un certain pourcentage, par exemple 30 à 100 % d'augmentation

497. *Ibid.*
498. Nantes, 30.I.1975, *Hervouet*, 684.

par rapport aux tarifs conventionnels, il y aurait abus. Cette solution serait évidemment très commode. Elle est cependant impraticable sous cette forme : compte tenu des facteurs qualitatifs qui, nous le verrons, doivent intervenir, il faudrait, à tout le moins, moduler, en fonction notamment de la qualité des praticiens, l'ampleur du droit à dépassement non abusif... Il faut donc, de toute façon, faire intervenir des éléments qualitatifs dans la définition. Compte tenu du fait que la Convention de 1971 a supprimé le critère antérieur de la situation de fortune du patient... deux circonstances seulement peuvent être prises en compte; l'importance du service rendu tenant à la difficulté particulière de l'acte, celle-ci étant envisagée exclusivement sous l'angle des circonstances de temps et de lieu, l'autorité et la compétence particulière reconnues au praticien sur le plan de ses titres et de son expérience professionnelle postérieure. Vous le voyez, ces circonstances constituent à la fois des conditions et des limites du droit à dépassement; c'est ce qui rend singulièrement délicate l'appréciation de la mesure et de l'absence de tact dans les dépassements d'honoraires; dès lors que la notion de tact et de mesure ne peut être quantifiée, si ce n'est de façon très grossière, elle devient assez floue et contingente puisqu'elle tient compte des circonstances particulières à chaque praticien, voire à chaque malade, et doit donc être appréciée cas par cas. » 499

On ne s'accordera pas avec cette dernière proposition : il ne peut et ne doit y avoir « appréciation cas par cas ». En réalité, le juge met bien en œuvre des directives quantifiées, mais nombreuses dans le cadre d'une appréciation *in abstracto* assez fine, et il préfère ne pas les délivrer trop clairement pour éviter que nombre de praticiens ne s'illusionnent sur la marge de manœuvre qui leur est laissée en ne concevant pas avec netteté les distinctions auxquelles il procède.

2° Les hésitations du juge administratif :

295. *Le laconisme, fruit des tensions de la jurisprudence.*

Il faut se pénétrer de la difficulté de la tâche du juge. La technique juridique consiste sans doute à conférer toutes les apparences de la rigueur à des notions plus ou moins irréductibles par nature à un tel traitement, mais il est impossible qu'elle parvienne toujours à ses fins. Le droit fonctionne à coup d'approximations, d'évidences trompeuses, de choix ambigus qui visent à concilier des impératifs antagonistes, et il ne peut en aller autrement : c'est même dans cet effort perpétuellement recommencé pour ordonner sans réduire que gît l'honneur de la recherche juridique et de la création normative. Mais les constructions juridiques sont comme des châteaux de sable : soumises à l'incessante érosion de la critique doctrinale et au principe général d'entropie qui régit notre monde sublunaire. Comment cela ne se traduirait-il pas dans le style même des décisions juridictionnelles ?

On peut ainsi déplorer que certaines jurisprudences ne parviennent pas à se fixer à des principes, et de ce fait à des formules, définitifs. La fiction d'unanimité qui préside à notre conception continentale de la décision juridictionnelle — fiction certainement indispensable dans nos sociétés de *dissensus* dans lesquelles le justiciable n'est que trop porté à douter de la sérénité de la sentence — nous interdit de bien saisir que le Conseil d'Etat, comme toute institution humaine, est parcouru de courants contradictoires. Dans la mise en œuvre de notions indéterminées, et particulièrement des standards, on peut imaginer que la solution adoptée est le fruit d'un débat, c'est-à-dire d'un ensemble articulé de propositions

499. Concl. Dondoux, 18.II.1977, *Hervouet* (2e esp.), 105; v. aussi *A.J.*, 1977.271 (chron. Nauwelaers et Fabius).

propres à entraîner la conviction, mais n'y parvenant pas, ou pas tout à fait le plus souvent, ou n'y parvenant que provisoirement, ou qu'au sein d'une formation de jugement et pas d'une autre. Le recours au paradigme du juge cynique, si fréquent aujourd'hui, pour rendre compte des hésitations de la jurisprudence, des contradictions éventuelles de ses formules, est parfaitement utopique. La solution juridique est le produit de la dialectique au sens que les philosophes grecs donnaient à ce terme et le juge n'est pas, ainsi que l'interprétation qui vient d'être donnée, et qui tend aujourd'hui à prendre une extraordinaire ampleur, le prétend, affranchi du doute, du sentiment de la précarité, de la contingence de sa solution, en un mot de l'errance. Cela ne peut que l'inciter à la réserve.

La jurisprudence bifide de la clause exorbitante est une illustration de cette proposition. En la matière, le juge s'attache en dernière analyse à concilier sa volonté d'une pesée réaliste des éléments de droit public présents dans le contrat et d'une jurisprudence suffisamment simple pour être comprise. Ce n'est pas à dire que, selon les époques, cette volonté ne s'insère pas dans celle plus vaste d'élargir ou de rétrécir sa compétence. Simplement, cette difficulté initiale explique assez largement l'incertitude de la jurisprudence, par exemple, on l'a vu quant à l'effet qu'il faut accorder à la référence à un cahier des clauses et conditions générales. Cette tension rend compte d'abord de l'alternance des directives, ensuite de la fréquente discrétion d'un juge devenu prudent à la suite de tant d'incertitudes étalées, enfin peut-être du déclin très net du critère de la clause exorbitante depuis quelques années.

La contradiction entre le réalisme de l'appréhension et la commodité de la mise en œuvre s'est exprimée assez récemment, tranchée au profit du premier impératif, dans la jurisprudence du « régime exorbitant ». Déjà M. Braibant, dans ses conclusions sur l'arrêt *Prospérité fermière,* écrivait :

« Nous vous proposerons de reconnaître un caractère administratif aux contrats litigieux, parce que ces clauses de contrôle et de sanction s'insèrent dans un ensemble de dispositions qui peuvent être regardées comme exceptionnelles; ... Comme vous l'avez déjà décidé dans certains cas, c'est non pas telle ou telle clause prise à part, mais leur addition, leur juxtaposition qui fait échapper le marché au droit commun et lui confère un caractère administratif. » 500

C'est l'esprit ainsi défini qui a prévalu dans la décision, jusqu'à aujourd'hui sans suite, *Rivière du Sant* 501. Le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville parlait lui-même dans cette affaire d'une

« ambiance de droit public dont l'existence ressort plus nettement encore d'un mécanisme relationnel exorbitant sur plusieurs points de ce qu'il est convenu d'appeler le droit commun » 502.

L'impressionnisme n'est ici qu'apparent : ce qui impose la qualification c'est une structure mentale préétablie, mais une structure trop complexe pour se développer en directives brèves et suffisamment claires.

On a là un exemple de laconisme de modestie plus que d'orgueil.

500. Concl. 10.V.1963, *Soc. coopérative « La prospérité fermière »*, *R.D.P.*, 1963, pp. 584 ss.

501. S. 19.I.1973, *Soc. d'exploitation de la rivière du Sant,* 48, *A.J.*, 1973.383 (chron. Léger et Boyon).

502. Concl., *C.J.E.G.*, 1973, jurisp. 239, n. Carron; v. la critique de M. Weil, « Le critère du contrat administratif en crise », *Mélanges Waline,* notamment p. 847.

3° L' « IMPERATORIA BREVITAS », CAUSE RÉSIDUELLE DE LACONISME :

296. Imperatoria brevitas *et pouvoir discrétionnaire du juge.*

M. Noël avait cru pouvoir trouver une explication d'ensemble en 1924 à l'inégalité du laconisme du juge selon les matières. Selon lui,

> « statuant un peu comme un administrateur, le Conseil d'Etat a tendance à motiver plus brièvement ses décisions en matière d'excès de pouvoir que lorsqu'il statue sur d'autres recours, comme un véritable juge » [503].

Une telle hypothèse était prisonnière de certains préjugés théoriques que nous avons critiqués. Mais elle présente l'intérêt d'initier à une meilleure compréhension du laconisme, souvent dénoncé par la doctrine, du juge dans le contentieux du sursis à exécution. Nous avons vu [504] qu'il y avait là en effet l'un des rares exemples d'exercice d'un réel pouvoir discrétionnaire par le juge. On peut regretter, de même qu'on le fait pour les décisions administratives, que ses décisions ne soient pas alors plus clairement motivées : mais force est de reconnaître que l'abandon, dans cette matière, du style propre à la décision juridictionnelle n'est pas dénué d'une certaine logique. Alors se manifeste vraiment l'*imperatoria brevitas* au sens strict.

297. *Conclusion de la section II et du chapitre.*

La doctrine contemporaine exige ainsi trop du juge dans le cadre de notre système continental de formulation unanimiste de la décision juridictionnelle. Non que les politiques jurisprudentielles soient toujours satisfaisantes : il arrive que certaines décisions soient d'un laconisme regrettable sur les faits de l'espèce et ne permettent pas de comprendre leur exacte portée. Mais, si l'on tient compte des difficultés du travail du juge, il faut bien reconnaître que, sinon il y a cinquante ans du moins aujourd'hui, la plupart des jurisprudences, souvent complexes, sont presque toujours accessibles. Sans doute cette clarté n'est-elle réelle que pour les juristes et non pour les justiciables non avertis. Mais on ne saurait prétendre que les très longues décisions anglo-saxonnes, où la *ratio decidendi* et les *obiter dicta* ne se distinguent pas toujours à l'évidence, où parfois la pratique des *dissents* et *separate opinions* ne contribue pas à assurer la foi dans la valeur et la stabilité des directives retenues, où prévaut enfin la règle du précédent, que l'on doit nécessairement transgresser parfois sans en avoir trop l'air en procédant à des acrobaties intellectuelles et à des distinctions artificielles, soient plus abordables pour le justiciable.

Il y a un juste équilibre à trouver : le juge administratif français, l'étude de sa pratique des standards le révèle, n'en est pas, en général, très éloigné. Les politiques jurisprudentielles n'interdisent pas, le plus souvent, la connaissance des jurisprudences politiques qu'il mène.

503. Art. précit., p. 360.
504. V. *supra* 1re partie, 2e titre, 2e chapitre; le sursis « peut être » ordonné.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE POLITIQUE DES STANDARDS

298. *Introduction.*

Il faut préciser la notion de jurisprudence politique avec plus de rigueur que nous ne l'avons fait jusqu'ici. Le concept de politique, accolé à celui de justice, a été affecté par certains épisodes de l'histoire contemporaine : en ce premier sens, une justice dite politique n'est qu'une parodie de justice. Ce n'est pas de cela qu'il sera présentement question. D'autres ont montré, et il est inutile d'y revenir, à quel point la Haute Assemblée a su préserver son indépendance dans les pires tourmentes, se doter des instruments nécessaires à cette fin et oser les utiliser : continuer justement à mener ses politiques propres face aux politiques du jour.

Politique doit, et ne saurait être entendu ici que dans son sens classique de : qui concerne les grands traits de l'organisation de la Cité. Une jurisprudence sera ainsi réputée politique lorsqu'elle aura pour objet la promotion ou même l'inflexion des valeurs essentielles qui sont au fondement d'une société donnée, lorsqu'elle donnera plein effet ou au contraire s'attachera à nuancer ces génies invisibles de la cité [1] que constituent ses valeurs fondamentales.

Sans vouloir jouer au paradoxe, il faut selon nous aller plus loin : non seulement il n'est pas infamant pour le juge administratif de mener des jurisprudences politiques en ce sens précis, mais encore il le doit. Le pouvoir normatif qu'il a été contraint d'exercer pour édifier, en l'absence de textes d'ample portée, le droit administratif tel qu'il est progressivement arrivé à maturité un peu avant la guerre mondiale, la poursuite de cet effort jusqu'à aujourd'hui, encore que les textes soient devenus plus nombreux — mais, on l'a dit, leur interprétation implique tout autant référence aux valeurs —, a supposé et suppose toujours des choix purement politiques, en ce qu'ils réalisent un arbitrage ou une conciliation entre des impératifs et des valeurs proprement politiques.

On voit ainsi que, bien loin de confirmer dans l'idée d'un pouvoir discrétionnaire du juge, la notion de jurisprudence politique apparaît comme indissociablement liée à la thèse du pouvoir normatif de celui-ci. Souvent il apparaît à la doctrine que telle décision ponctuelle, parfois volontiers qualifiée de jugement d'espèce, est, par son aspect dérogatoire, une décision politique parce que

1. Selon la belle définition de la légitimité de Guglielmo Ferrero.

fondée sur un choix d'opportunité. En réalité, les jurisprudences politiques ici étudiées ont une tout autre portée : elles sont marquées dans l'ensemble non du sceau d'une incohérence plus ou moins dictée par l'équité, par l'opportunisme ou par tel ou tel autre motif, mais de la volonté durable d'organiser le droit administratif autour d'un certain nombre de valeurs que le juge tente de concilier au sein d'équilibres stables pour une période donnée.

Parfois, au fil des pages qui vont suivre, nous nous montrerons critique à l'égard de certaines jurisprudences administratives. Mais toujours avec modération, même si cette compréhension à l'égard du juge administratif, à un moment où il est parfois attaqué assez durement, peut décevoir, voire apparaître insipide, peut-être même excessivement prudente. Les choix politiques que doit faire le juge sont en effet le plus souvent d'une très grande complexité, non pas technique mais, si elle veut, éthique. On peut ne pas s'accorder avec le juge lorsqu'il tranche dans tel ou tel sens, mais il faut en ce cas éviter toute interprétation de son attitude par l'opportunisme ou le cynisme, souvent incriminés aujourd'hui, si hier le libéralisme de la justice administrative était encensé avec trop peu de nuances.

Il s'agira, dans les pages qui suivent, en reprenant la problématique de deux thèses récentes [2], et à partir d'un nombre limité d'exemples, de se demander si, dans la mise en œuvre des standards, le juge administratif se montre un réel défenseur de l'administration, et quelles sont les valeurs que véhiculent les divers standards, puisque ces derniers offrent un champ privilégié pour l'analyse du rapport des valeurs de la société et de celles de la jurisprudence.

SECTION I

LA POLITIQUE DES STANDARDS ET LA DEFENSE DE L'ADMINISTRATION PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

299. *Introduction.*

Le thème de la défense de l'administration par le juge administratif a pris, depuis quelques années, une ampleur considérable, notamment à la suite de la thèse de M. Mestre. Celui-ci donne de façon d'ailleurs très claire les raisons qui sont susceptibles de fonder une telle attitude du juge [3]. Ces raisons sont historiques : le « style empire », comme l'écrit joliment l'auteur, et, de fait, comment oublier que la Haute Assemblée, création napoléonienne, réincarnation d'une antique institution monarchique, et ayant fonctionné pendant de longues décennies sous le régime de la justice retenue, n'a pas été conçue à des fins libérales. Ces raisons sont aussi structurelles —, l'interpénétration des formations du Conseil, le rôle au contentieux d'hommes formés à d'autres disciplines —, sociologiques —, l'E.N.A. assure la confusion de la formation des juges et des administrateurs actifs, et le tour extérieur ne favorise pas autant qu'il le pourrait et sans doute le devrait l'élargissement du recrutement. Faut-il aller plus loin

2. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français, op. cit.;* Mestre, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration, op. cit.*
3. *Op. cit.*, pp. 237 ss.

et discerner une solidarité organique de l'administration et de ses juges, voire une complicité ? Certainement pas. De même la thèse d'un juge administratif défenseur systématique des deniers publics [4], encore qu'elle ne soit pas dépourvue de tout fondement, est écartée par le juge lorsqu'il en a l'occasion [5] et doit sans doute l'être, au moins sous cette forme.

Quoi qu'il en soit, même s'il convient de la fonder sur une certaine conception de l'intérêt général et sur des mobiles dépourvus de mesquinerie, l'hypothèse selon laquelle le juge privilégierait l'administration par rapport à l'administré ne peut être rejetée sans discussion. La mise en œuvre des standards se prête à un tel essai. Et celui-ci apparaît d'autant plus nécessaire que la riche étude de M Mestre n'avait que le recours pour excès de pouvoir pour objet. Or, le contentieux de l'excès de pouvoir, qui n'est pas un contentieux indemnitaire, qui est traditionnellement réputé objectif, ne fait pas — ou plutôt pas toujours ou avec moins de netteté, car il ne faut pas pousser trop loin la distinction de l'acteur et de l'acte dans le contentieux de l'excès de pouvoir — intervenir l'administration de façon aussi « charnelle », si l'on peut dire, que le plein-contentieux.

Par ailleurs, par-delà le jugement global généralement porté aujourd'hui par la doctrine sur le juge administratif, tend à s'ébaucher une distinction entre la plus grande indulgence relative des tribunaux administratifs pour les administrés et la plus grande sévérité de la Haute Assemblée.

Il semble qu'il faille tempérer un peu la critique d'ensemble qui est opérée et marquer nettement les limites de cette dernière distinction.

Comme le disait justement M. Rivéro au Colloque de Grenoble en 1974 :

> « A brûler trop d'encens sur l'autel de la juridiction administrative, à trop la proposer en modèle au reste du monde, nous n'avons pas créé autour d'elle le climat tonique qu'on respire à Grenoble et qui incite à se dépasser soi-même. Il est vrai que nos cadets semblent décidés à expédier le pendule en sens opposé et qu'un certain nombre de brillantes thèses récentes engagent le dialogue avec le juge administratif sur un ton bien différent de celui, tout de vénération, dont usait dévotement notre jeunesse. Pour moi, je voudrais maintenir le pendule entre ces deux extrêmes. » [6]

Proposition de bon sens à laquelle il convient de se rallier.

SOUS-SECTION I

La tendance du juge administratif à la défense de l'administration.

300. *Note introductive.*

La défense de l'administration peut être directe, du fait de l'indulgence mise par le juge dans l'appréciation de ses comportements ou par l'emploi ou le non-emploi de certaines techniques pour connaître de son action. Ou indirecte, par la sévérité particulière du juge à l'encontre de l'administré.

4. V. Bréchon-Moulènes, *op. cit.*, p. 477.
5. V. concl. Rougevin-Baville, A. 20.III.1974, *Aménagement du territoire c/ Navarra*, 210.
6. « Rapport de synthèse », *in Les tribunaux administratifs, vingt ans après..., op. cit.*, p. 184.

§ 1. — La défense directe de l'administration

301. *Note introductive.*

Cette défense, du point de vue bien sûr de l'étude des standards, peut s'analyser à deux niveaux distincts. Le juge peut tout d'abord choisir de recourir ou de ne pas recourir à un type de standards, de se scandaliser devant l'anormalité et de la mesurer à l'aide d'un standard ou au contraire de la tolérer par le refus de mesurer le comportement de l'administration ou de le mesurer à une aune suffisamment stricte. Il peut d'autre part, dans la mise en œuvre des standards, recourir à une conception laxiste de la normalité qui donne une marge importante de liberté à l'administration.

1° La défense de l'administration par le recours ou le non-recours aux standards :

a) La faute qualifiée :

302. *Note introductive.*

Si l'on s'attache aux fondements de l'exigence par le juge de la faute qualifiée pour engager la responsabilité de l'administration, il est possible de constater que si, dans tous les cas ou presque, apparaît une volonté de défense de l'administration, celle-ci n'est qu'exceptionnellement choquante.

303. *Le fondement de la difficulté.*

Au sein des nombreux efforts de théorisation intervenus dans la doctrine concernant les fondements de l'exigence d'une faute qualifiée, la place occupée par la thèse qu'on pourrait appeler de la difficulté apparaît comme singulièrement importante : elle rend au demeurant compte d'une bonne part de la jurisprudence. Elle peut se résumer ainsi : lorsqu'une activité de l'administration est particulièrement difficile, la responsabilité de celle-ci ne pourra être engagée que sur le fondement d'une faute qualifiée [7]. Tous les débats qui ont pu avoir lieu pour savoir s'il fallait prendre en considération la difficulté du service saisi en bloc ou celle de chaque activité particulière sont, semble-t-il, aujourd'hui, en dépit de certaines formules malheureuses, dépassés en faveur de la seconde figure : comme l'a noté M. Couzinet, la « délimitation matérielle » l'a emporté sur la « délimitation organique » [8].

La thèse de la difficulté est explicitement consacrée par nombre de décisions. C'est compte tenu « des difficultés spéciales du service pénitentiaire dans la colonie » [9], « eu égard aux difficultés exceptionnelles à régler la circulation lors du passage d'une course cycliste importante » [10], compte tenu des « difficultés

7. V. Bénoit, *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative, op. cit.*, p. 20; *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 711; Defrénois, *op. cit.*, pp. 74 ss.; Duez, *op. cit.*, p. 46; Lafon, *La responsabilité civile du fait des malades mentaux, op. cit.*, p. 180; Nizard, *op. cit.*, p. 42; Laubadère, *op. cit.*, t. 1, p. 709; Odent, *op. cit.*, fsc. 4, p. 1113; Richer, *op. cit.* multig., pp. 276, 312 ss. et 336 ss.; Rivéro, *Droit administratif, op. cit.*, p. 277; Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 367 ss.; Auby, « La responsabilité médicale en France », *R.I.D.C.*, 1976, p. 515; cette thèse est cependant critiquée par M. Moreau, *op. cit.*, pp. 129 ss., encore qu'il ne l'abandonne pas absolument.

8. « La notion de faute lourde administrative », *R.D.P.*, 1977, pp. 293 ss.

9. 4.I.1918, *Zulémaro*, 9.

10. 21.XII.1966, *Cies d'assurances mutuelles générales françaises*, 689.

que la police de la circulation rencontre à Paris » [11, 12], ou des « difficultés particulières rencontrées par le service pénitentiaire » à la libération [13], ou encore de « la difficulté particulière des tâches urgentes et multiples incombant simultanément aux sauveteurs » dans un incendie [14], que la faute qualifiée est exigée.

Sont fondées sur la thèse de la difficulté diverses jurisprudences dans le domaine de la responsabilité des services de police, hospitaliers ou de tutelle.

I. — *Services de police :*

Nombre d'auteurs se sont attachés à montrer que l'on interpréterait mal la jurisprudence issue de l'arrêt *Tomaso-Grecco* si on la comprenait comme une jurisprudence peu libérale : c'est le contraire qui est vrai. Elle a marqué l'abandon de la thèse politique de l'irresponsabilité de la police, activité touchant par essence à l'exercice de la souveraineté. Il serait dès lors possible de considérer que le maintien de l'exigence d'une faute qualifiée pour le plus grand nombre des activités de police est une survivance de l'irresponsabilité politique d'antan. Il ne semble pas qu'un tel raisonnement soit acceptable. L'arrêt *Tomaso-Grecco* n'a fait en réalité que balayer l'ancienne jurisprudence, qu'exprimait par exemple l'arrêt *Lepreux :*

> « L'Etat n'est pas, en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents. » [15]

Lui-même ne vise pas une faute qualifiée, mais une « faute du service public dont l'administration serait responsable », et le commissaire du gouvernement Romieu ne soulève pas la question [16]. L'exigence de la faute lourde n'est donc pas, en ce domaine, le fait d'une quelconque survivance d'un système d'irresponsabilité révolu, mais celui d'une reconstruction sur un autre fondement, celui de la difficulté [17].

Ce dernier fondement a parfois été contesté, ainsi par M. Gleizal :

> « Bien sûr, écrit cet auteur, la faute lourde est fondée sur l'importance et la difficulté de l'action de la police. Mais ne peut-on pas retourner l'argument ? Puisque le bon fonctionnement de la police représente une charge si lourde, les exécutants ne doivent-ils pas prendre des précautions ? Puisque l'utilisation des forces de l'ordre présente des dangers particuliers, les usagers du service public ne doivent-ils pas être efficacement protégés ? » [18]

Le Conseil d'Etat se fait parfois l'écho d'un tel raisonnement. Ainsi, à propos des dangers encourus par les détenus de la Libération, fonde-t-il expressément sur la difficulté l'exigence d'une faute qualifiée : mais parfois, il semble la consacrer plus facilement parce qu'il constate que les services « ne pouvaient ignorer la gravité du danger encouru » [19]. La difficulté, source de protection, est aussi source d'exigence pour le service. Mais, globalement, la critique de M. Gleizal

11. A. 20.X.1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, 664, *A.J.*, 1972.597 (chron. Cabanes et Léger, concl. Guillaume).

12. V. aussi 17.VI.1964, *Centre hospitalier de Montauban*, 343.

13. 10.VII.1953, *Plantié Cazejus*, Tb. 777; A. 30.I.1948, *Bernard*, 47.

14. 20.VI.1956, *Foncin, A.J.*, 1956.II.373.

15. 13.I.1899, *Lepreux*, 18.

16. 10.II.1905, *Tomaso-Grecco*, 139, concl. Romieu (*G.A.J.A.* 58).

17. Notons toutefois que l'exigence d'une faute lourde est intervenue très tôt pour certains services particulièrement difficiles (lutte contre l'incendie par exemple); au contraire, la faute manifeste s'est, semble-t-il, maintenue plus longtemps pour les services de souveraineté. Il y a peut-être là matière à nuance de notre hypothèse.

18. Gleizal, *La police nationale*, 1974, p. 257.

19. 28.VI.1950, *Bonhomme, R.D.P.*, 1951.530.

est irréaliste : elle méconnaît le phénomène fondamental que l'on pourrait baptiser phénomène de rigidité des structures administratives dans leur réponse aux demandes. L'administration doit s'accommoder de moyens, en hommes, en matériel, les moyens en hommes étant autant qualitatifs que quantitatifs, dont on ne saurait attendre qu'ils correspondent à l'idéal.

La thèse de la difficulté est douée d'une grande efficacité. Elle permet ainsi de rendre compte du clivage existant en principe entre les activités juridiques de police, qui peuvent entraîner la responsabilité de l'administration pour faute simple, et les activités matérielles qui, souvent commandées par l'urgence, et en tout état de cause plus délicates, ne sauraient engager la responsabilité de la puissance publique qu'à raison d'une faute qualifiée. En fait, quoique utile, cette distinction n'est pas absolue : dès lors que des difficultés particulières affectent une activité juridique de police, qu'elle est par exemple soumise aux contraintes de l'urgence, l'exigence d'une faute qualifiée peut intervenir [20]; et dès lors qu'une activité matérielle ne présente aucune difficulté, on peut imaginer qu'elle soit soumise à la seule exigence d'une faute simple.

Quoi qu'il en soit, la difficulté semble en mesure de rendre compte des solutions intervenues :

— dans le domaine de la police de la tranquillité et de la sûreté :
- défaut d'organisation d'un service d'ordre pour une manifestation [20 *bis*];
- défaut de surveillance d'un parc la nuit [21], ou d'un lieu menacé [22];
- mauvaise organisation de la prévention ou de la réduction de troubles divers [23];
- usage maladroit d'armes par la police, avant la jurisprudence *Lecomte*, et encore aujourd'hui pour ce qui concerne les armes réputées « non dangereuses » [24];
- interpellation d'un administré sur la voie publique [25];
- refus illégal d'exécution d'une décision juridictionnelle prononçant une expulsion [26];

— dans le cadre des internements les plus divers :
- internements à la Libération suivis de conséquences fâcheuses pour les détenus [27];

20. V. ainsi l'affaire précitée *Marabout*, encore que carence juridique et carence matérielle y aient été étroitement mêlées; dans une affaire proche de l'affaire *Marabout*, une faute simple avait seule été exigée (S. 10.XII.1937, *Deniau*, 1022), mais c'est qu'il n'y avait justement pas de difficulté particulière; v. aussi 21.X.1953, *Ville de Marseille*, 447.

20 *bis*. S. 9.VII.1943, *Laffitte*, 183.

21. 27.X.1948, *Ritz*, 396.

22. 8.VI.1951, *Buisson*, *R.D.P.*, 1951.1158; 4.VIII.1928, *Roux*, 1053; 4.I.1918, *Zulémaro*, 9; 11.III.1921, *Selliès*, 292.

23. 28.X.1927, *Soc. Etab. Maurel*, 985, 26.I.1944, *Cie des sucreries réunies*, 32, *R.D.P.*, 1946. 182; 10.VI.1953, *Soc. Deville*, *R.D.P.*, 1953.1090; S. 18.I.1963, *Intérieur c/ Lajoinie*, 37; A. 12.II.1971, *Rebatel*, 123, *A.J.*, 1971.373; 18.VI.1975, *S.A. du Ferodo*, 363.

24. 7.II.1934, *Rappine*, 189; 6.II.1935, *Montillier*, 160; 21.III.1947, *Bergé*, Tb. 700; 16.III. 1956, *Domenech*, 124, *A.J.*, 1956.II.258; S. 8.VII.1960, *Petit*, 463.

25. 21.II.1936, *Ducassé*, *R.D.P.*, 1936.300; v. aussi 19.I.1945, *Comptoir des Précieux*, 21, *R.D.P.*, 1947.101.

26. 29.I.1947, *O.P.H.L.M. de la Seine*, *A.J.*, 1947.361; S. 3.XI.1967, *Intérieur c/ Fiat*, 409, *A.J.*, 1968.260; 5.I.1973, *Gueydan*, 9.

27. 10.XI.1950, *Desjardins*, 549, *R.D.P.*, 1951.1156; 10.VII.1953, *Plantié Cazejus*, Tb. 777; A. 30.I.1948, *Bernard*, 47; 9.IV.1948, *Ciais*, 156; 3.XI.1950, *Maury*, 533; 28.VI.1950, *Bonhomme*, *R.D.P.*, 1951.530; 23.XI.1950, *Gené*, *R.D.P.*, 1950.1072; 2.XI.1949, *Fécan*, *R.D.P.*, 1950.455; 10.XI.1950, *Piot*, 550; 24.XI.1950, *Taverna*, 573; 29.VII.1950, *Laporte*, 495; 24.XI. 1950, *Borrot*, 574; 9.II.1951, *de Polignac*, 84; 26.VI.1953, *Fournier*, 328; 13.IV.1951, *Cléret*, *R.D.P.*, 1951.1156; 13.IV.1951, *Dufresne*, *R.D.P.*, 1951.1157;27.VI.1951, *Ottoni*, *R.D.P.*, 1951. 1157; 26.VII.1951, *Pitti-Ferrandi*, *R.D.P.*, 1952.1068; 25.I.1952, *Goydou*, *R.D.P.*, 1952.1069; 21.III.1952, *Golliaud*, *R.D.P.*, 1952.1069; 23.V.1952, *Lepère*, *R.D.P.*, 1953.740; v. aussi 6.VII. 1960, *Ribot*, *A.J.*, 1961.II.162; et, différent : 24.X.1952, *Ormières-Delcros*, *R.D.P.*, 1953.740. Notons que certaines décisions retiennent la faute manifeste et d'autres la faute lourde; il semble que le degré de la faute exigée varie avec la difficulté du service : la faute manifeste est ainsi requise au cas d'attaque armée de la prison par les résistants.

28. 29.VII.1925, *Legrand*, 747; 2.XI.1949, *Andréani*, *R.D.P.*, 1950.455; 25.XI.1949, *Brécard*, *R.D.P.*, 1950.456.

29. S. 3.X.1958, *Rokotoarivony*, *A.J.*, 1958.II.459; Marseille, 21.XI.1969, *Polveda*, 666; S. 5.II.1971, *Garde des Sceaux c/ Picard*, 102, *A.J.* 1971.160; Amiens, 4.XI.1975, *Remery*, 768; 29.VI.1977, *Justice c/ Regaert*, *R.D.P.*, 1978.561; *a fortiori*, faute qualifiée pour engager la responsabilité des services médicaux pénitentiaires en matière de diagnostic psychiatrique : 14.XI.1973, *Justice c/ Zanzi*, 645.

30. 23.I.1931, *Garcin*, 91, *R.D.P.*, 1931.582 (concl. Latournerie); 20.XI.1964, *Soulaine*, 568; 1.X.1969, *Ville de Paris c/ Pion*, 415; 10.IV.1974, *Intérieur c/ Jeangrand*, Tb. 1159; S. 31.XII. 1976, *Hôpital de Saint-Egrève*, *A.J.*, 1977.162 (chron. Nauwelaers et Fabius); v. aussi, un peu différent : 13.VII.1968, *Intérieur c/ Hugonneau*, 447.

31. 29.VII.1925, *Avellan*, 737; 5.V.1934, *Bacconin*, 531; 20.XII.1939, *Massacry*, 598; 17.VII. 1953, *Arrous*, 385; 21.III.1956, *Constantin*, 134; 4.V.1962, *Travaux publics c/ Soc. Etab. Hillairin*, 420; v. aussi 26.I.1977, *Cmne de Villeneuve-le-Roi*, *A.J.*, 1977.447.

32. 7.V.1952, *Cmne de Fontaine*, *R.D.P.*, 1953.739; 12.X.1956, *Ville de Dinard*, *A.J.*, 1956. II.452.

33. 31.X.1928, *Pernot*, 1106.

34. 7.VII.1971, *Intérieur c/ Gérard*, 513.

35. 2.VIII.1918, *Touroumire*, 805; 27.IV.1951, *Besset*, *R.D.P.*, 1951.1158; S. 17.VII.1953, *Narcé*, 384; Limoges, 30.VI.1954, *Etab. Legrand*, *A.J.*, 1955.II.84, 22.X.1954, *Ville de Roanne*, *A.J.*, 1955.II.84; 20.VI.1956, *Foncin*, *A.J.*, 1956.II.373; 17.I.1958, *Masselin*, *A.J.*, 1958.II.72; 30.XI.1960, *Union gén. du Nord*, *A.J.*, 1961.II.366; 7.X.1966, *Soc. agric. d'Oyré*, 532; 5.XII.1969, *Cmne de Surville*, 563; v. aussi, un peu particulier : 22.XII.1971, *Cmne de Chavaniac*, 798; dans tous les cas, faute lourde; plus rarement est visée une faute d'une exceptionnelle gravité : S. 29.II.1952, *Soc.* « *La Séquanaise* », 145; m. jour, *Friches*, 146; m. jour, *Servel*, 147; ces dernières décisions semblaient opérer une distinction entre un système de faut lourde pour l'organisation du service et de faute d'une exceptionnelle gravité pour la mise en œuvre des moyens.

36. 17.VI.1955, *Brandelly*, *A.J.*, 1955.II.411 (obs. Coulet); 2.XII.1960, *Strohmaier*, *A.J.*, 1961.II.367.

37. 15.VI.1956, *Ville de Louviers*, *A.J.*, 1956.II.373; 27.II.1957, *Chartrain*, *A.J.*, 1957.II.175; 8.I.1958, *Batz de Tranquelléon*, *A.J.*, 1958.II.72; 29.XI.1963, *Brun et Monégier du Sorbier*, *A.J.*, 1964.114; 21.II.1964, *Cie* « *La Fraternelle* », *A.J.*, 1964.578; 8.X.1975, *Soc. d'assurances des agriculteurs*, *A.J.*, 1976.48.

38. 17.XI.1971, *Godillon*, 687; v. aussi 18.I.1974, *Millet*, 48.

39. 28.VI.1961, *Cmne de St-André-des-Alpes*, 440; 14.X.1964, *Ville de Pointe-à-Pitre*, 468; 21.I.1966, *Cie* « *La Paix* », *A.J.*, 1966.519; 20.XI.1968, *Cie* « *La Fortune* », 579; 12.VII.1969, *Cmne de St-Quay*, Tb. 950; 9.III.1973, *Cmne de La Souterraine*, 204.

- internements administratifs de façon générale [28];
- aspects variés du fonctionnement de l'administration pénitentiaire [29];
- placement d'office des aliénés [30];

— dans le domaine de la police de la sécurité :
- organisation de la circulation [31];
- police de la voie publique en général, visant à prévenir les dangers autres que ceux liés à la circulation [32];
- activités matérielles afférentes au passage du permis de conduire [33];
- mesure de retrait du permis de conduire à titre provisoire, en cas d'urgence [34];
- lutte contre l'incendie [35]; mais dans ce cas très logiquement, l'exigence d'une faute lourde s'est parfois estompée dès lors qu'était en cause non le fonctionnement mais l'organisation du service [36]; toutefois, la plupart des espèces ne permettent pas d'aussi subtiles distinctions [37], les éléments fautifs touchant à l'organisation et ceux afférents au fonctionnement s'y mêlant très étroitement et la faute lourde étant alors seule visée, le Conseil d'Etat disposant parfois, dans une formule de synthèse, qu'il y a eu « faute lourde dans l'organisation et le fonctionnement du service » [38]. Il est, au demeurant, des décisions pour infirmer la juste position qui consiste à distinguer organisation et fonctionnement [39]. Si bien qu'en ce domaine il est possible de discerner, lorsque la

jurisprudence n'opère pas les nuances nécessaires, des zones de relative clémence à l'égard de l'administration de la part du juge;

- annonce des crues [40];
- lutte contre les inondations [41];
- sauvetage en mer [42] et prévention des noyades [43];
- mesures prises par un maire au cas de danger grave et imminent, tel que la menace de chutes de rochers [44];
- police des établissements dangereux [45];
- police des pistes de ski [46];
- police de la sécurité dans les gares [47];
- prévention des dangers que peuvent engendrer une ménagerie foraine [48], un tir forain [49], un feu d'artifice [50], une cérémonie nocturne à la lumière des torches [51], une course cycliste [52], des régates [53];
- police des spectacles : autorisation d'une séance de cinéma dans un local donné [54];
- police de la divagation des chiens [55];

— dans le domaine de la police de la salubrité : les solutions adoptées en la matière, lorsqu'elles consacrent l'exigence d'une faute qualifiée, s'expliquent moins clairement par la thèse de la difficulté. Effectivement la plupart du temps, et dans la mesure où elles sont, en dehors de toute urgence, des actes juridiques, ces décisions de police ne semblent pas particulièrement difficiles. Il y a donc là, à première vue, une légère tendance à la défense de l'administration, lorsque le juge exige la faute qualifiée pour des agissements concernant :

- les débits de boissons [56];
- l'évacuation des eaux usées [57];
- les campings [58];
- le bruit [59];
- ou toute autre question touchant à la salubrité publique [60];

40. 16.XI.1960, *Soc. Codolair, A.J.*, 1961.II.231; 8.XI.1961, *Soc. Lorraine de produits chimiques, A.J.*, 1962.646 (obs. Luce); 9.II.1972, *Soc. industrielle de tous articles plastiques*, 126.
41. 31.III.1965, *Peydessus*, 213; 23.II.1973, *Equipement c/ Soc. Tomine*, 168.
42. S. 23.V.1958, *Amoudruz*, 301; 4.X.1961, *Transports c/ Simon*, 554, *A.J.*, 1971.111.
43. 9.II.1966, *Ville du Touquet*, 91, *A.J.*, 1966.440; 12.X.1973, *Cmne de St-Brévin-les-Pins*, 567.
44. S. 14.III.1958, *Fleury*, 166, *A.J.*, 1958.II.159; 10.VII.1953, *Dumoulin*, 366; 17.I.1964, *Soc. thermale de l'Aude, A.J.*, 1964.449; 7.IV.1967, *Cmne de La Roque-Gageac*, Tb. 721; S. 6.I.1971, *Louvet*, 6, *A.J.*, 1971.678 (n. Moderne).
45. 26.V.1967, *Morille*, 226.
46. Prévision des avalanches : Grenoble, 14.X.1964, *Franchi, A.J.*, 1965.173; curieux est, à cet égard, l'arrêt 28.IV.1967, *Lafont*, 182, *A.J.*, 1967.306 (chron. Lecat et Massot); M. Galabert (*D.*, 1967.II.434) avait conclu dans le sens de la nécessité d'une faute lourde; mais la Haute Assemblée a retenu la faute simple.
47. 9.III.1966, *Travaux publics c/ Latu, A.J.*, 1966.362.
48. 1.V.1925, *Coulon*, 417.
49. 29.I.1936, *Le Guillon*, 138; Lille, 13.VI.1956, *Sénéchal-Blondel, A.J.*, 1956.II.374.
50. 6.II.1953, *Testé, R.D.P.*, 1953.1089; S. 21.II.1958, *Cmne de Domme*, 118.
51. 17.VI.1959, *Victor*, 366.
52. 21.XII.1966, *Cie d'assur. M.G.F.*, 689.
53. 28.V.1971, *Cmne de Châteaulaudren*, 400.
54. 28.II.1941, *Cmne de Cadours*, 25; 29.VII.1943, *Ville de Perpignan*, 218.
55. 27.IV.1962, *de La Bernardie*, 281.
56. 19.V.1950, *Irali*, 295; 21.I.1970, *Bourouba, R.D.P.*, 1970.1248; 10.XII.1962, *Bouali-Salah*, 674.
57. 4.I.1961, *Palmier*, 2; 25.X.1961, *Burdy, A.J.*, 1962.196; 5.VII.1967, *Ville de Narbonne, R.D.P.*, 1968.696.
58. S. 23.X.1959, *Doublet, A.J.*, 1960.II.46.
59. 21.VII.1970, *Ville du Croisic*, 508; 27.XI.1974, *Cmne de Villenave-d'Ornon*, 586.
60. V. ainsi 4.X.1968, *Pascal*, Tb. 875; 28.X.1977, *Cmne de Merfy, A.J.*, 1978.157.

— de tout ce système jurisprudentiel de responsabilité en matière de police est à rapprocher la jurisprudence concernant la responsabilité de l'autorité militaire et exigeant une faute qualifiée pour les exactions commises par la troupe [61], ou pour les activités de police de l'armée dans le cadre du transfert de pouvoir opéré à son profit par l'état de siège [62]. Difficiles aussi, sans conteste, sont les activités de déminage [63]. Par contre, la thèse de la difficulté ne saurait fonder une décision telle que l'arrêt *Hermann* qui doit être imputée à une volonté de défense proprement politique de l'administration militaire. En l'espèce, le requérant se prévalait d'une instruction prévoyant que son affection devrait entraîner exemption de service. Or l'administration militaire le conserva sept mois sous les armes. La Haute Assemblée estima qu'en ce domaine « des fautes lourdes... seraient seules de nature à engager la responsabilité de l'Etat » et disposa qu'en l'espèce le comportement de l'administration ne pouvait être ainsi qualifié [64].

Le passage de l'exigence d'une faute lourde à l'exigence d'une faute simple en cas d'exactions commises par la troupe peut être considéré comme une inflexion véritablement libérale dans le cadre de l'économie générale du système de responsabilité pour faute [65].

II. — *Services hospitaliers :*

La jurisprudence distingue, pour ce qui est de la responsabilité du service public hospitalier, trois types d'activités auxquelles correspondent trois types d'exigences quant au degré de la faute : les actes médicaux, les actes de soins, les actes d'organisation du service. L'exigence d'une faute qualifiée n'intervient que pour les actes médicaux, qui se définissent comme ceux qui ne peuvent être exécutés « que par un médecin ou un chirurgien », ou encore ceux qui « ne peuvent être exécutés par un auxiliaire médical que sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin » [66]. Il s'agit bien là d'actes « présentant une difficulté particulière » [67], que l'on vise le diagnostic [68], l'intervention chirurgicale [69], surtout si elle a été faite en urgence [70], ou diverses investigations radiographiques ou traitements radiothérapiques [71], ou autres [72]. L'emploi de certaines

61. 29.III.1963, *Armées c/ Benacer*, 222 (abstrats); 18.XI.1960, *Tilhaud*, 636.
62. 5.XII.1941, *Gompertz*, 209.
63. 22.X.1954, *Soc. routière monégasque*, 553 (abstrats); 6.VI.1956, *Peroti, A.J.*, 1956.II.371.
64. 25.X.1967, *Hermann*, 394; v. aussi, faute manifeste; 28.III.1924, *Loumi-Daoud*, 354.
65. 12.I.1968, *Ginon*, Tb. 901.
66. 26.VI.1959, *Rouzet*, 405, *A.J.*, 1959.II.276 (concl. Fournier, obs. Coulet).
67. Auby, « La responsabilité médicale en France », *R.I.D.C.*, 1976, p. 515.
68. Clermont-Ferrand, 2.IV.1957, *Centre hospitalier de Clermont, A.J.*, 1957.II.266; 11.X.1963, *Cie d'assur. « La France »*, 485; 17.I.1964, *Moreau, A.J.*, 1964.576; 18.XI.1966, *Gojat*, 613; 22.XI.1967, *Ciabrini*, 439; 13.X.1971, *Maubec*, Tb. 1189; 6.II.1974, *Gomez, A.J.*, 1974.456; 15.III.1974, *Centre hospitalier Ste-Anne*, 190; 9.VII.1975, *Grandclément*, 421; 28.IV.1976, *Fourteau*, 222; 2.XII.1977, *Rossier, R.D.P.*, 1978.559.
69. S. 12.III.1937, *Teyssier*, 307; 12.II.1943, *Cie d'assur. la « Norwich Union »*, 41; S. 12.VI.1953, *Adm. gén. de l'A.P. à Paris*, 283, *J.C.P.*, 1953.II.7706 (obs. Savatier), *R.D.P.*, 1953.1089; Marseille, 7.II.1962, *Laville, A.J.*, 1962.324 (concl. Rousseau); S. 31.I.1964, *Bruchet, A.J.*, 1964.576; Lille, 20.I.1965, *Lefebvre*, 719; 13.X.1965, *Impagliazzo*, Tb. 1053; 13.VII.1966, *Déptnt du Ht-Rhin* Tb. 1097; S. 21.III.1969, *C.H.R. de Montpellier*, Tb. 950; 9.VII.1969, *Mathieu, A.J.*, 1969.567 (chron. Dewost et Denoix de St-Marc); 12.III.1974, *Hospices civils de Haguenau*, Tb. 1250.
70. 5.VII.1946, *Dougnac*, 194; 9.I.1957, *A.P. de Marseille, A.J.*, 1957.II.75; 20.III.1970, *Martin*, Tb. 1190.
71. 21.XII.1938. *Commis. admin. des hospices de Marseille*, 968; 30.X.1974, *Tazé*, 526; 27.V.1977, *A.P. Paris c/ Plumel, R.D.P.*, 1977.1094.
72. 18.V.1938, *Commiss. admin. des hospices de Marseille*, 435; 1.X.1969, *Bonthoux*, Tb. 950; 9.I.1970, *Carteron*, 17; 12.VI.1970, *A.P. de Marseille*, 405; 21.X.1970, *C.H.R. de Montpellier, A.J.*, 1961.II.179; 1.III.1974, *C.H.R. d'Avignon*, 163; 12.XII.1975, *Coopération*

formules ne doit pas égarer. Ainsi, lorsque le Conseil dispose « qu'en l'absence de toute difficulté particulière » l'oubli d'un champ opératoire dans le corps d'un patient est constitutif d'une faute lourde [73]. Le fondement de l'exigence d'une faute lourde demeure alors bien la difficulté de l'activité : mais simplement une difficulté exceptionnelle peut pousser le juge à ne pas considérer un comportement malheureux comme constitutif d'une faute lourde.

Le service des aliénés a longtemps été le siège d'un certain particularisme [74]. La faute qualifiée, pour que fût engagée sa responsabilité, était exigée non seulement en matière d'actes médicaux[75], mais aussi de surveillance [76]. Il est vrai que si les actes médicaux et notamment le diagnostic revêtent toujours une grande difficulté, quelle que soit la branche envisagée de la médecine, la surveillance d'aliénés, par rapport à celle d'autres malades, s'avère plus particulièrement délicate. La jurisprudence administrative a cependant tendu, tout au long des vingt dernières années, à aligner le système de responsabilité des services psychiatriques sur celui des autres services hospitaliers, maintenant donc ses exigences pour les actes médicaux, mais les abaissant considérablement pour la surveillance. Cette dernière activité a d'abord pu être mise en cause, non plus pour faute manifeste [77] mais pour faute lourde [78], puis plus récemment, pour faute simple [79].

---

c/ Lerat, Tb. 1244; 10.XI.1976, *Caisse primaire d'assur. maladie de Montbéliard*, *R.D.P.*, 1977.1094.

73. S. 12.VI.1953, *Admin. gén. de l'A.P. à Paris*, 283; v. aussi S. 31.I.1964, *Bruchet*, *A.J.*, 1964.576.

74. V. Lafon, *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*, 1960, pp. 165 ss.; Montador, *La responsabilité des services hospitaliers*, *op. cit.*, pp. 102 ss.; Auby, « La responsabilité médicale en France », art. précit., p. 520; Montador, « Une source importante de responsabilité administrative : le suicide du malade à l'hôpital public », *A.J.*, 1972, pp. 195 ss.

75. Diagnostic, faute lourde : 18.XII.1942, *Chayron*, 355; 19.I.1945, *Déptnt des Basses-Pyrénées*, 20, *R.D.P.*, 1947.101; 1.X.1969, *Ville de Paris*, 415; 19.X.1963, *Leroux*, 495; 7.I.1970, *Ville de Paris*, Tb. 1190, *A.J.*, 1970.255; 21.X.1970, *Soto*, 613; 31.III.1971, *Petit*, 265; 12.V.1972, *Immoula*, 365; 4.XI.1973, *Justice c/ Zanzi*, 645; 27.I.1975, *Creuze*, Tb. 1250; S. 31.XII.1976, *Hôpital de St-Egrève*, *A.J.*, 1977.162 (chron. Nauwelaers et Fabius), *D.*, 1977.II.191 (n. Moderne); il semble, encore que cet arrêt n'ait pas été parfaitement motivé, que 9.I.1957, *Nasi*, *A.J.*, 1957.II.76, ait exigé la faute manifeste en matière de diagnostic; traitement, faute lourde : 7.X.1955, *Magnau*, *A.J.*, 1955.II.454; 8.I.1959, *Chirpratis*, *A.J.*, 1959.II.96.

76. Principe de la faute manifeste : 24.VI.1921, *Lupiac*, 632; 12.IV.1924, *Ludemann*, 409; S. 27.X.1933, *Guillaumie*, 974; S. 21.XII.1934, *Pannetier*, 1224; 29.I.1936, *Chatry*, 139; 19.I.1945, *Déptnt Basses-Pyrénées*, 20; 4.I.1952, *Roustan*, Tb. 823; 11.II.1959, *A.P. de Marseille*, 103; 18.V.1960, *Hôpital de Châtellerault*, Tb. 1124; mais exceptions; faute grave : 22.XII.1936, *Apard*, 1144; 4.XI.1955, *Magnau*, 522; parfois l'exigence d'une faute qualifiée n'est pas soulignée : 12.XII.1930, *Richter*, *D.P.*, 1930.III.71; 8.I.1931, *Deveaux*, 5.

77. Notons toutefois que si la responsabilité pour défaut de surveillance était traditionnellement engagée pour seule faute manifeste en cas de dommage subi par le malade mental lui-même dans l'hôpital (généralement tentative de suicide ou suicide), elle était engagée pour faute lourde seulement au cas de dommage causé par le malade mental à des tiers, ou à des biens, ou encore à lui-même, mais en dehors de l'hôpital psychiatrique, après avoir pu s'échapper de celui-ci (S. 27.I.1933, *de Bony*, 135; 3.II.1956, *Déptnt de la Somme*, *A.J.*, 1956.II.72, 9.VII.1958, *Déptnt de Seine-et-Marne*, *A.J.*, 1958.II.367); une explication à cela : la difficulté est plus grande d'empêcher un individu de se porter atteinte à lui-même que de lui interdire de sortir d'une enceinte donnée; de difficulté intermédiaire, les dommages causés au sein du service par des aliénés à d'autres, voyaient aussi la responsabilité de l'administration engagée pour faute lourde (3.II.1937, *Hospices de Montpellier*, 149; aujourd'hui, *a fortiori*, faute simple : 4.XI.1970, *A.P. de Marseille*, 648, *A.J.*, 1971.178); ce type d'analyse, souvent critiqué (v. Moderne, n. précit. *Hawezack*, 319), n'était pas illégitime (v. en ce sens Colliard, « Le préjudice dans la responsabilité administrative », *D.*, 1938.283; Bénoit et Moreau, *J.C.A.*, fsc. 715 (1964); Auby, art. précit., p. 520).

78. 10.XI.1961, *Eveillard*, 639; 31.I.1964, *Bonnery*, 75; 12.II.1964, *Simonpiétri*, Tb. 1008; 17.XI.1965, *Hôpital d'Autun*, Tb. 1053.

79. 5.I.1966, *Hawezack*, 6, *D.*, 1966.II.317 (n. Moderne); 13.X.1967, *Dubois*, Tb. 926; 30.X.1968, Tb. 1100; 11.XII.1970, *C.H. de Brest*, Tb. 1189; 26.III.1971, *Lallemand*, Tb. 1193;

III. — *Services de tutelle ou de contrôle :*

Le principe de la responsabilité de l'autorité de tutelle n'est apparu qu'assez tardivement [80], après un refus persévérant de le consacrer [81]. Le système de la faute lourde ne s'est délibérément installé qu'avec les fameux arrêts *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle* [82], pour ce qui est de la responsabilité à l'égard des tiers, et *Commune de Champigny* [83], pour ce qui concerne la responsabilité à l'égard de la personne morale contrôlée.

Depuis ces décisions, l'exigence d'une faute lourde s'est toujours maintenue tant dans le cadre de la première jurisprudence [84] que dans celui de la seconde [85].

La thèse de la difficulté, qu'il s'agisse d'une action ou d'une carence de l'administration tutrice, est ici parfaitement convaincante, au moins à première vue. Il est vrai que l'autorité de tutelle doit opérer un contrôle complexe sur les actes de personnes dotées d'autonomie. Mais, comme l'a justement écrit M. Richer,

> « Cette difficulté ne doit pas être exagérée. L'autorité de tutelle ne peut en effet être responsable que dans la limite des pouvoirs énumérés par la loi, ses tâches sont donc bien circonscrites. La difficulté de l'activité de tutelle paraît alors très limitée à côté de l'ampleur des tâches de l'autorité de police et de l'indétermination des devoirs des autorités assumant une surveillance de caractère hiérarchique. » [86]

Aussi bien ce dernier auteur se rallie-t-il, avec d'autres, à une explication différente que nous allons envisager plus loin.

En réalité, pour retenir la thèse de la difficulté — car, nous le verrons, elle conserve ici une validité certaine —, il semble qu'elle ne puisse fonder avec une égale fermeté tous les cas englobés par le système de responsabilité pour faute lourde des services de tutelle. En simplifiant, il faut distinguer selon que le requérant conteste une action positive de l'autorité tutrice ou une inaction, une carence de celle-ci.

Au cas d'action, la thèse de la difficulté peut susciter des réticences : l'exigence d'une faute lourde peut apparaître ici, purement et simplement, comme un outil de défense de l'administration tutrice. Car dans la mesure où l'administration de tutelle s'est saisie de l'affaire, c'est qu'elle n'a pas subi l'effet de la

---

31.III.1971, *Petit*, 265; 19.V.1971, *Féron*, 373; 20.X.1971, *C.H.R. de Caen*, 625; 19.IV.1972, *C.H.R. de Besançon*, Tb. 1224; 18.I.1974, *Hamadi*, 51; 1.III.1974, *Mourat*, 161; 13.III.1974, *A.P. de Paris*, 185; 17.VI.1974, *Caisse de mutualité agricole de la Charente-Maritime*, Tb. 1154; 18.XII.1974, *Ichterz*, Tb. 1181; 5.III.1975, *Moulis*, 177; 8.X.1975, *E.D.F. et Souply*, Tb. 1249.

80. 8.VII.1927, *Soc. Le matériel flottant*, 765; 1.IV.1938, *S.A. Hôtel d'Albe*, *S.*, 1939.III.36; 20.VII.1938, *Schlumberger*, 701.

81. V., p. ex., 20.I.1911, *Delpech*, 53.

82. 29.III.1946, 100, *R.D.P.*, 1946.490, concl. Lefas, n. Jèze (G.A.J.A. 289).

83. 27.XII.1948, 493, *D.*, 1949.II.308 (concl. Guionin).

84. Au cas d'action : 10.VII.1957, *Ministre du Travail*, 468; 7.X.1959, *Menez*, *A.J.*, 1960.II.24 (obs. Silvéra); 10.XII.1962, *Bovali-Salah*, 674; 17.I.1969, *Bagot*, 28; 27.X.1971, *Markovitch*, 640; 21.IV.1972, *Ollivier*, Tb. 1222; au cas de carence : 29.III.1946, *Caisse dépt. d'assur de Meurthe-et-Moselle*, (2 esp.), précit., m. jour, *Soc.* « *L'épargne méridionale française* », *R.D.P.*, 1946.504; S. 6.III.1954, *Ville de Béziers*, 119; 22.X.1954, *Ganiayre*, 552; 19.XI.1954, *Skandinavia*, *A.J.*, 1955.II.26; 7.IV.1967, *Cmne de La Roque-Gageac*, Tb. 721; 5.XI.1969, *Choquet*, 468; S. 13.III.1970, *Ducrocq*, 188; 6.VII.1973, *Finances c/ Gomel*, 475.

85. Au cas d'action : 1.XII.1954, *Ville de Rambouillet*, 632; 20.VI.1973, *Cmne de Châteauneuf*, 428, *A.J.*, 1973.548 (concl. Rougevin-Baville); en réalité, les cas de carence donnent ici lieu à peu de contentieux; il y a, ainsi qu'on le verra par la suite, un aspect moral à cela; dans certains cas cependant, l'action purement formelle peut s'analyser comme une carence : Montpellier, 27.I.1967, *S.N.C.F.*, 549; 23.VII.1976, *Ville de Douai*, 382.

86. *Op. cit.*, multig., p. 277.

difficulté véritable de ce type de fonction, qui est de ne rien laisser échapper. On ne saurait prétendre que les délais qui en principe enserrent l'activité de tutelle soient un obstacle dirimant à son exercice efficace et pondéré à la fois.

Lorsqu'il y a carence, les choses sont différentes. Répétons-le, la difficulté ne réside pas tant ici dans les modalités de l'action, encore qu'elle comporte parfois des aspects des plus techniques, mais bien dans la capacité de tout voir et de réagir à temps. La thèse de la difficulté rend ici plus légitime l'exigence d'une faute lourde.

Le régime de la responsabilité de certaines activités de contrôle ou de surveillance assimilables à la tutelle est le même. La difficulté apparaît là plus réelle encore, car le contrôle ainsi mis en place est exercé souvent par des organismes restreints et sur des situations complexes et des organismes nombreux. Ainsi est-il raisonnable que la commission de contrôle des banques ne voie sa responsabilité engagée que pour faute lourde vis-à-vis des clients de banques tombées en déconfiture [87]. Un peu différente, mais comparable, la situation du service de délivrance des visas pharmaceutiques, dont la responsabilité n'est aussi engagée que pour faute lourde [88]. En l'espèce toutefois, un autre fondement peut être trouvé à cette exigence, on le verra dans quelques pages [89].

On peut ajouter à la liste des jurisprudences concernant la responsabilité des services de contrôle celles qui ont été développées à propos de l'administration de l'inscription maritime [90] ou de la commission de surveillance des bateaux transportant des voyageurs [91], [92]. Selon nous, c'est dans cette perspective qu'il faut aussi comprendre, bien que les savants commentateurs de l'*Actualité juridique* n'en aient pas fait mention et aient critiqué cette solution, l'arrêt *Thiémard* exigeant une faute lourde pour que le service assurant la police des mines voie sa responsabilité engagée : sa mission de contrôle est en effet particulièrement délicate [93].

Mais la thèse de la difficulté n'épuise pas la jurisprudence, et d'autres éléments de fondement de l'exigence d'une faute qualifiée ont pu justement être invoqués.

304. *Le fondement du bénévolat.*

Le président Odent notamment a vu dans le fait que certains services « interviennent bénévolement, sans en avoir l'obligation légale » une source de l'exigence d'une faute qualifiée [94]. Ce fondement a pu inspirer la jurisprudence, mais il n'est pas convaincant d'un point de vue théorique, et, surtout, il confond deux situations distinctes que nous serions tentés d'appeler bénévolat organisé et improvisation charitable.

Dans l'affaire *Etienne*, souvent invoquée pour étayer cette thèse, le commissaire du gouvernement Gazier, à propos d'un service d'annonce des crues, écrivait justement :

87. S. 12.II.1960, *Kampmann*, 107; 12.II.1960, *d'Eudeville, A.J.*, 1960.II.266; S. 28.VI.1963, *Bapst, A.J.*, 1963.499 (chron. Gentot et Fourré); S 24.I.1964, *Finances c/ Achard, A.J.*, 1964.187 (chron. Fourré et Puybasset); 13.VI.1964, *d'André, A.J.*, 1964.645, *R.D.P.*, 1965.75 (n. Waline); 19.I.1966, *de Waligorski*, 40; Nice, 22.V.1974, *Puech*, 705; même chose pour le contrôle de la C.O.B. sur les agents de change : 14.II.1973, *Assoc. diocésaine d'Agen*, 141.

88. Paris, 31.III.1965, *Soc. Etab. Février*, 739; 28.VI.1968, *Soc. mut. d'assur. contre les accidents en pharmacie*, 411; 28.VI.1968, *Soc. Etab. Février*, 412.

89. V. *infra*.

90. 13.VII.1968, *Lescaudron*, 467.

91. 1.X.1976, *Cie d'assur. « La Concorde »*, 388.

92. V. aussi 6.VI.1952, *Lefaucheur*, 295.

93. 24.III.1976, *Thiémard*, 179, *A.J.*, 1976.203 (chron. Boyon et Nauwelaers).

94. *Op. cit.*, fsc. 4, p. 1104.

> « Les riverains ne peuvent exiger du service telle ou telle prestation qui n'a pas été prévue lors de sa création, mais, à notre avis, sont en droit d'exiger, dès lors que le service existe, qu'il fonctionne correctement de même que l'administration lorsqu'elle a institué d'elle-même, sans y être obligée par un texte, certaine procédure apportant des garanties aux administrés, est tenue de s'y conformer. »

C'est ce qu'on a parfois appelé le « principe fonctionnel » [95], fondé, selon l'expression de M. Latournerie, sur l' « attente légitime » des administrés [96].

Et le commisaire du gouvernement Gazier poursuivait :

> « Nous admettons donc que le mauvais fonctionnement du service d'annonces des crues peut parfois engager la responsabilité de l'Etat, mais ne doit-on pas exiger pour cela qu'aient été commises des fautes lourdes ?... Comme en matière d'incendie, il s'agit en matière d'inondation de limiter au maximum les effets dommageables d'un sinistre né en dehors de tout fait de l'administration et dans des conditions toujours difficiles : urgence, affolement, désorganisation des communications... Il est donc raisonnable de tenir compte de ces difficultés exceptionnelles et de n'admettre la responsabilité de l'Etat qu'à la condition que des fautes lourdes aient été commises. »

Mais, dans sa décision, la Haute Assemblée n'a pas suivi la démarche satisfaisante de son commissaire du Gouvernement et a disposé que c'était

> « eu égard tant au caractère du service en question, institué par l'administration en dehors de toute obligation légale, qu'aux difficultés propres de son accomplissement en période d'inondation et de désorganisation des moyens de communication... (que) seule une faute lourde dans son exécution pouvait engager la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des victimes de l'inondation » [97].

Cette motivation est, à notre sens, contestable mais il faut la prendre comme un fait : le bénévolat est bien une source d'affaiblissement de l'ampleur de l'obligation. Il y a là, sans aucun doute un trait de défense de l'administration qui est assez mal fondé mais qui occupe une place résiduelle dans la jurisprudence [98]. Ajoutons toutefois que nombre d'arrêts ne tiennent pas le bénévolat pour une source d'atténuation de l'obligation de l'administration [99].

Très différent est le cas de l'action spontanée et non préparée de l'administration, la situation dans laquelle le service marqué par le bénévolat est non pas institué mais improvisé. Ainsi dans l'affaire *Christianini*, où un caisson de recompression qui n'était « appelé normalement à fonctionner que dans le cadre de la mission, de caractère purement militaire, dévolue » à un groupe de recherche sous-marine, fut mis à la disposition d'un tiers au service sous l'empire de la nécessité, et alors que le caisson n'était pas en fonctionnement. Il ne convient pas, dans une telle circonstance, de pénaliser un service qui n'a fait, avec toute la bonne volonté du monde, qu'assister charitablement, comme n'importe quel individu, une personne en danger [100].

95. V. Richer, *op. cit.*, multig., p. 299.

96. V. Latournerie, « De la faute et du risque... »; art. précit., p. 135.

97. S. 11.I.1957, *Etienne, A.J.*, 1957.II.71 (concl. Gazier); v. m. motivation *in* 16.XI.1960, *Soc. Codolair, A.J.*, 1961.II.231; 8.XI.1961, *Soc. lorraine de produits chimiques, A.J.*, 1962.646; lorsqu'il ne s'agit pas d'une action bénévole du service, la faute lourde est exigée de la même manière : 9.II.1972, *Soc. ind. de tous les articles plastiques*, 126.

98. A. 27.VI.1938, *Le Tournir*, 554; la responsabilité de l'armée de l'air qui met un hangar à la disposition d'un particulier ne peut être engagée que pour faute qualifiée.

99. 17.X.1947, *Cmne de Gilley*, 382; 8.VII.1953, *Le Dommagnet*, 361.

100. 17.I.1962, *Armée c/ Christianini*, 44.

305. *Le fondement des circonstances.*

Certains auteurs estiment encore que le degré de la faute peut être fonction des circonstances de temps et de lieu. Déjà Paul Duez écrivait :

> « Le service fonctionne-t-il en période normale ou en période exceptionnelle ? Le Conseil d'Etat se montre plus rigoureux vis-à-vis de l'administration dans le premier cas que dans le second. » 101

Effectivement, il a pu arriver que le Conseil d'Etat se fonde sur la « théorie des circonstances exceptionnelles » pour écarter la responsabilité de l'administration, en exigeant une faute qualifiée 102. On encore sur l'urgence 103. En vérité n'y a-t-il pas là qu'une version particulière de la thèse de la difficulté ? Celle-ci, au lieu d'être prise en compte intrinsèquement, abstraitement, comme inhérente à l'activité, est prise en compte conjoncturellement, eu égard à la situation environnant l'activité. La décision *Zulémaro,* qui au demeurant ne présente pas de réelle originalité par rapport aux affaires identiques survenues en métropole, souvent invoquée parce qu'elle vise les « difficultés spéciales de la colonie », atteste d'ailleurs la justesse de cette interprétation 104. De même que les décisions concernant les suites tragiques de certaines détentions à la Libératon. Le juge dispose par exemple, en ce cas, que

> « les circonstances extraordinaires dans lesquelles s'est produite la libération du territoire ont eu pour conséquence à Béziers de placer le service pénitentiaire local devant des difficultés particulières pour l'accomplissement de sa mission » 105.

306. *Le fondement de la consécration législative de l'irresponsabilité.*

Un fondement de l'exigence d'une faute qualifiée est traditionnellement trouvé dans l'existence d'un régime législatif d'irresponsabilité du service 106. Là, le juge se fait très nettement le défenseur de l'administré, la nécessité de la faute qualifiée jouant le rôle inverse de celui qui est habituellement le sien.

Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il disposé, à propos du service postal, qu'une « faute lourde et d'une particulière gravité » fait échec au principe d'irresponsabilité de l'Etat envers les titulaires de comptes courants postaux 107. Il se contente aujourd'hui, dans le cadre de l'atténuation constante du degré de la faute exigée depuis vingt ans, d'une « faute grave » 108. La jurisprudence est identique au cas de perte d'objets de correspondance ordinaire 109, ou encore pour que soit engagée la responsabilité du service des annuaires 110 ou celle de celui de la correspondance privée sur le réseau des télécommunications 111.

101. Duez, *La responsabilité de la puissance publique, op. cit.,* p. 41; v. aussi Moreau, *op. cit.,* p. 127; et Vedel, *Droit administratif, op. cit.,* p. 369; Laubadère, *Traité, op. cit.,* t. 1, p. 709.
102. 5.XI.1920, *Wannieck,* 923; 12.XII.1945, *Berna,* 255; 9.XI.1948, *de Tassencourt,* 419; 30.XI.1949, *Florio,* 519; 26.XII.1945, *Soc. Sapvin,* 271; 20.IX.1944, *Finidori,* 254.
103. 31.I.1969, *Equipement c/ Bourasseau, A.J.,* 1969.195; 15.IV.1970, *Equipement c/ Bailly,* 249; 7.VII.1971, *Intérieur c/ Gérard,* 513.
104. 4.I.1918, *Zulémaro,* 9.
105. A. 30.I.1948, *Bernard,* 47; v. aussi 10.VII.1953, *Plantié Cazejus,* Tb. 777.
106. V. notamment Bréchon-Moulènes, *op. cit.,* p. 344 ss.; Couzinet, art. précit., p. 312.
107. 18.IV.1958, *Algérie c/ Herzeg,* 217.
108. 26.III.1965, *Soc. « L'habitation »,* 210; 29.IV.1966, *Finances c/ Rossi,* 296.
109. Nice, 4.XII.1968, *Ciffréo et Bona,* 770; 8.II.1961, *Cie Singer,* 84; 6.VI.1975, *Soc. « Comptoir central des usines Allimann »,* Tb. 1183.
110. 12.V.1976, *Bogas,* 248; *D.,* 1977.62 (n. Richer); *J.C.P.,* 1977.II.18754 (n. Vincent).
111. Lille, 30.VII.1973, *Ravisse,* 805.

Le Conseil d'Etat a établi un système similaire dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 4 de l'ordonnance du 10 avril 1945 relative à la dévolution de certains meubles récupérés par l'Etat à la suite d'actes de pillage commis par l'occupant et qui édictait l'irresponsabilité de l'administration pour les opérations d'attribution des meubles classés comme non identifiables : une « faute d'une exceptionnelle gravité » a engagé la responsabilité de l'Etat en ce domaine 112.

307. *Un fondement particulier concernant les services de tutelle ou de contrôle.*

Ce fondement a été formulé par M. Rougevin-Baville :

> « L'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'autorité tutrice a pour fondement essentiel le souci de ne pas substituer cette responsabilité à celle de la collectivité sous tutelle. » 113

Cette interprétation trouve de sérieux appuis dans la jurisprudence. Une décision *Habar* disposait ainsi qu'il ne saurait être question de « rendre l'Etat responsable au lieu et place du département » 114. Ajoutons toutefois que la jurisprudence *Habar,* ainsi que l'a justement noté M. Bénoit, ne manquerait pas de conduire, si on la menait à son terme logique, à la réaffirmation du principe d'irresponsabilité de la collectivité tutrice pour ses actes de tutelle 115. Aussi bien cette explication ne satisfait-elle pas pleinement : il semble que dans ses principes, la jurisprudence ait évolué radicalement avec l'arrêt *Caisse de Meurthe-et-Moselle* et que le fondement de la jurisprudence *Habar* n'ait dès lors pu jouer qu'un rôle secondaire, encore que, lorsque l'opération de tutelle ou de contrôle n'est pas réellement difficile, non négligeable.

Un équilibre se réalise donc, pour fonder l'exigence d'une faute qualifiée afin que soit engagée la responsabilité des services de tutelle ou de contrôle, entre une conception qui prend en compte la difficulté de ce type d'activité et une conception dont le rôle est plus résiduel pour être effectif, qui tend à promouvoir une moralisation de la répartition de charge de la responsabilité.

308. *Un fondement particulier concernant les services de police.*

Plus spécifiquement politique et manifestant, encore que pour des raisons touchant exclusivement aux nécessités du service public, une volonté plus nette de défense de l'administration, est le fondement invoqué par le commissaire du gouvernement Rivet s'agissant des opérations de police :

> « Pour s'acquitter, écrivait-il, de la lourde tâche de maintenir l'ordre dans la rue, les forces de police ne doivent pas voir leur action énervée par des menaces de complications contentieuses. » 116

A vrai dire, il ne semble pas que cette interprétation présente grand intérêt puisque le découpage des zones de responsabilité pour faute qualifiée et pour

112. 14.I.1959, *Kahn,* 743.
113. Concl. 20.VI.1973, *Cmne de Châteauneuf, A.J.,* 1973.545, v. aussi concl. Lefas, précit., sous *Caisse déptnt d'assur. soc. de Meurthe-et-Moselle.*
114. 9.III.1945, *Habar,* 48; v. aussi 4.I.1946, *Duché,* 6.
115. Bénoit, « La responsabilité de la puissance publique du fait de la tutelle administrative », *R.P.D.A.,* 1955, pp. 179 et 180; v. aussi Richer, développement précit., Couzinet, art. précit., p. 309.
116. Concl. 13.III.1925, *Clef, R.D.P.,* 1925.274; v. aussi Soulier, « Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *R.D.P.,* 1969, pp. 1082 ss.; on retrouve une analyse proche chez M. Bénoit, *La responsabilité..., op. cit.*

faute non qualifiée correspond, on l'a vu, assez bien à la distinction des activités selon leur difficulté. Dès qu'une activité est difficile, il est d'ailleurs possible de considérer que le fait de lui imposer des obligations trop strictes ne pourrait avoir pour effet que de l'énerver : ainsi dans le domaine médical l'assouplissement du système en vigueur serait susceptible d'avoir des conséquences inverses de celles recherchées.

309. *La défense de l'administration à l'état pur : la responsabilité des services fiscaux.*

Le refus de « l'énervement » ne conserve en fin de compte de spécificité que dans le cadre de la responsabilité des services fiscaux [117, 118]. Là réside le seul exemple de volonté délibérée, constante, uniforme et purement politique du juge de protéger une administration.

Il est arrivé, à propos des services chargés du recouvement des impôts, que l'on ait recours à la thèse de la difficulté pour légitimer l'exigence de la faute qualifiée, d'abord faute d'une exceptionnelle gravité, puis faute lourde seulement [119]. Le professeur Bénoit remarque cependant à juste titre que,

> « si ce service est parfois délicat, il ne s'agit pourtant pas là d'une activité présentant des difficultés réellement exceptionnelles » [120].

Ajoutons que ce secteur contentieux est le siège d'un paradoxe. D'une part, les services fiscaux, ponctuellement, furent, ainsi que le démontre de façon très claire Mme Bréchon-Moulènes, parmi ceux pour lesquels a été aménagé le plus précocement un système de responsabilité [121]. D'autre part, et en sens inverse, s'il arrive parfois que, derrière le masque des formules, le Conseil d'Etat nuance sa position, assouplissant en pratique le degré de la faute exigée en théorie sans changer quoi que ce soit à l'exposé des principes traditionnels

117. La faute simple suffit pour certaines activités des services fiscaux; activités fiscales des communes : 5.III.1924, *Pellerin*, 260; 21.II.1931, *Cie gén. de tramways*, 248; manifestations accessoires de l'activité fiscale, telles que la détérioration d'un objet par les douaniers (19.VI.1925, *Seligman*, 592); le fait pour le service des douanes d'avoir fourni des renseignements erronés (16.I.1935, *Jaque*, 62), ou la perte de dossiers (2.XI.1957, *Robergé, D.F.*, 1958, n. 1, concl. Lasry); néanmoins, exigence d'une faute d'une exceptionnelle gravité dans la délivrance d'un extrait de rôle à un tiers : 25.X.1935, *Fleur-Santucci*, 983.

118. Faute d'exceptionnelle gravité : 1. Dans l'établissement de l'impôt : S. 26.I.1951, *Renard*, 50, *R.D.P.*, 1951.1158; 24.VI.1953, *Briançon*, 317; 7.V.1954, *Billiard, R.D.P.*, 1955.202; 30.III.1960, *Duval*, 241; 2. Dans le recouvrement de l'impôt : 1.VII.1927, *Demoreuil, D.P.*, 1928.III.21 (n. Trotabas); 11.IV.1930, *Beauvillé*, 462; S. 17.VII.1931, *Lorin*, 801; 8.VII.1932, *Larroque D.*, 1932.III.68, 13.VI.1934, *Picketty*, 678; 27.VI.1934, *Demontmérot*, 738; 21.VI.1935, *Barneyrat, D.P.*, 1936.III.68 (n. Trotabas, concl. Detton), *R.S.L.F.*, 1936.328 (n. Jèze); 1.XII.1937, *Acker*, 985; 2.VI.1938, *Comoy*, 517; 22.VII.1949, *Aubery, D.*, 1950.II.24 (n. Waline); 16.III.1959, *Vandromme*, Tb. 828; 28.VII.1951, *Loxq*, 471, *R.D.P.*, 1952.1072; 16.XI.1955, *Benveniste*, Tb. 801; 24.VII.1953, *Quibourdenche*, Tb. 778; 30.III.1960, *Duval*, 241; « faute suffisamment grave » dans le recouvrement de l'impôt : S. 17.VII.1931, *Liénard*, 802; faute lourde : 1. Dans l'établissement de l'impôt : S. 16.X.1964, *de Loriol, A.J.*, 1965.177 (obs. Moreau); 22.VI.1966, *Sauze*, Tb. 1100; 17.XI.1969, *Vilain*, 508; 5.III.1975, *Lance*, Tb. 1245; 2. Dans le recouvrement de l'impôt : 13.II.1963, *Richelet*, Tb. 987; 6.XI.1968, *Morel*, Tb. 1104; 17.XI.1969, *Vilain*, 508; 25.VII.1975, *Tchen*, Tb. 1245; 3. Dans la délivrance d'un extrait d'enregistrement : 21.XII.1962, *Husson-Chiffre*, (2 esp.), *A.J.*, 1963.106 (chron. Gentot et Fourré), *D.*, 1963.II.589 (n. Lemasurier); 4. Divers : 8.II.1963, *Thomas, A.J.*, 1963.293 (obs. Drago); Poitiers, 3.XI.1965, *Lhéritier*, 788; 29.IV.1966, *Finances c/ Rossi*, 296.

119. V. ainsi Desmouliez, *La responsabilité du fisc*, 1942, p. 194; cet auteur ajoute toutefois : « Le recouvrement fiscal diffère des autres activités réputées difficiles et on le range à leurs côtés avec quelque exagération. »

120. *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 711; v. aussi Couzinet, art. cit., p. 311; Lemasurier, n. *Husson-Chiffre*, précit., p. 595.

121. *Op. cit.*, p. 40.

de sa jurisprudence, il n'en est rien en la matière. Une conception très exigeante de la faute qualifiée a toujours prévalu, un « climat général de sévérité » selon l'expression de M. Desmouliez [122]. M. Moreau, du premier arrêt admettant la responsabilité du fisc, en 1913 [123], jusqu'à 1965, n'a pu recenser que cinq décisions engageant cette responsabilité, ajoutant : « On ne saurait croire que pendant ce laps de temps, les services fiscaux n'aient commis que cinq erreurs dignes d'être indemnisées. » [124]

L'horrible affaire *Larroque* est parmi d'autres une bonne illustration de ce climat. Dans cette affaire, l'administration avait procédé pour le recouvrement d'impôts contestés à une saisie de wagons-réservoirs. Leur immobilisation entraîna la paralysie du commerce du requérant qui finit par faire faillite. Dans le même temps, les droits de consigne étaient plus élevés que le prix desdits wagons et ceux-ci se dégradèrent. Le contribuable, une fois tout à fait ruiné, finit par apprendre que l'imposition avait été mal établie et aurait dû faire l'objet d'une considérable réduction. On sait bien sûr que l'ampleur du dommage n'a pas en théorie à retentir sur la détermination de la faute. En l'espèce, l'administration avait respecté les formes et avait exercé un pouvoir qui lui revient. Mais, néanmoins, on ne peut s'empêcher de penser qu'une telle légèreté est constitutive d'une faute exceptionnelle : ce ne fut pourtant pas le sentiment de la Haute Assemblée [125]. Il a pu toutefois apparaître de temps en temps que l'ampleur du dommage n'était pas sans effet sur la reconnaissance d'une faute qualifiée. Ainsi dans l'affaire *Barneyrat*, qui semble au demeurant avoir été aux origines d'un assouplissement dans la position du juge, encore que tout relatif [126].

Le juge administratif tient tant à affirmer sa réticence que, même lorsque l'absence de faute rend inutile toute autre précision, il ne manque pas de rappeler ses exigences. Ainsi, parmi tant d'autres, dans l'affaire *Piketty* :

> « Considérant que l'instruction n'a établi aucune faute à la charge des services chargés de prendre les mesures destinées à assurer le recouvrement des impositions dues... Que, d'ailleurs, la responsabilité de l'Etat n'aurait pu être engagée que par une faute d'une exceptionnelle gravité. » [127]

Plus récemment, dans l'affaire *Vilain*, l'arrêt s'ouvre par le considérant de principe :

> « La responsabilité de l'Etat n'est engagée du fait de l'activité des services fiscaux qu'en cas de faute lourde. » [128]

Bien rares en ce domaine sont les arrêts discrets qui se contentent de viser la « faute de service de nature à... » [129].

Force est donc de trouver une explication proprement politique à cette « indulgence particulière du juge administratif envers le fisc » [130], à ce « privilège fait à l'administration fiscale » [131]. M. Bénoit parle du « désir de ne pas risquer de paralyser les services chargés du recouvrement des impôts et donc de

122. *Op. cit.*, p. 194.
123. 21.II.1913, *Cie gén. des tramways*, 248.
124. N. S. 16.X.1964, *de Loriol, A.J.*, 1965.178.
125. 8.VII.1932, *Larroque, D.P.*, 1932.III.69 (concl. Rousselier).
126. 21.VI.1935, *Barneyrat, D.P.*, 1936.III.68.
127. 13.VI.1934, *Picketty*, 678; v. aussi 27.VI.1934, *Demontmérot*, 738; 1.XII.1937, *Acker*, 985; 2.VI.1938, *Comoy*, 517.
128. 17.XI.1969, *Vilain*, 508.
129. 22.VII.1949, *Aubery, D.*, 1950.II.24.
130. Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, p. 368.
131. Richer, *op. cit.*, multig., p. 335.

protéger leur activité considérée comme présentant un intérêt primordial » [132]. M. Trotabas vise un « service public qui doit être sévère et redoutable, par suite du caractère inéluctable de l'impôt [133]. On peut aussi, à la suite d'Otto Mayer, voir dans « le pouvoir financier... à côté du pouvoir de police » la manifestation pure et la « puissance publique » qui « se borne à commander, à imposer, à contraindre; lorsqu'elle semble accorder au sujet quelque chose, c'est tout au plus un relâchement de cette force dominatrice » [134]. M. Waline a, pour la critiquer, bien décrit cette théorie :

> « L'imposition est l'acte type de " puissance publique " ou " d'autorité " comme on disait autrefois et..., pendant tout le XIX^e^ siècle, la jurisprudence a répugné à reconnaître la responsabilité de l'Etat pour de tels actes qui confineraient, disait-on, à l'exercice de la souveraineté. » [135]

Et Mme Lemasurier a justement parlé du « caractère régalien des services fiscaux » [136]. Il y a sans doute là quelque paradoxe puisque, enfin, le consentement à l'impôt a favorisé le développement du parlementarisme et du libéralisme politique. Mais il faut bien voir dans les principes de la jurisprudence la survivance des conceptions fort anciennes auxquelles il vient d'être fait allusion : elles sortent confirmées de la différence qu'opère, on l'a dit [137], le juge entre le régime de la responsabilité des activités fiscales de l'Etat et celui de celle des activités fiscales des communes. Les conclusions de M. Jouvin dans l'affaire *Société nouvelle des Etablissements Gaumont* sont particulièrement significatives à cet égard. Une délibération de la Ville de Paris, qui instituait illégalement une exonération partielle de la taxe sur les spectacles, avait été annulée. La réparation du préjudice subi par les concurrents du fait de cette délibération fut opérée sur la base de la faute simple. Comme l'écrivait M. Jouvin,

> « la faute ainsi commise est de nature à engager la responsabilité de la ville sans qu'il y ait à vérifier... si elle est d'une exceptionnelle gravité, car ce n'est pas la responsabilité du service fiscal qui est en cause, mais celle de l'administration municipale » [138].

L'absence de distinction entre les activités de recouvrement qui parfois peuvent être difficiles sans doute, et celles de fixation de l'assiette, qui ne présentent pas de difficultés réelles dans la mesure où l'administration jouit de tout le temps qu'elle souhaite, doublée de ce refus de prendre en compte la spécificité de l'activité fiscale si elle n'est pas assumée par l'administration fiscale elle-même, atteste une volonté réelle de défendre le service, en rupture avec la technique habituelle de la Haute Assemblée qui en général fait prévaloir en un tel domaine le point de vue matériel de l'activité sur le point de vue organique du service.

Bref, on retrouve, îlot perdu dans un droit qui a beaucoup évolué depuis, comme un vestige de la vieille théorie du XIX^e^ siècle, chère encore à Appleton, qui consistait à distinguer « actes de quasi-souveraineté », « actes de police » et « actes de gestion », les exigences du juge, pour l'engagement de la responsabilité, s'établissant en dégradé [139].

Comme l'a fort justement écrit M. Waline, après avoir bien montré le caractère éminemment politique de cette jurisprudence, celle-ci « s'explique historiquement plutôt qu'elle ne se justifie logiquement » [140].

On en rapprochera celle qui concerne les diverses mesures conservatoires par lesquelles une collectivité publique essaie de recouvrer une créance, par exemple en constituant une hypothèque sur les immeubles d'un débiteur [141].

310. *La volonté de sanctionner l'administré ou le cocontractant.*

Dans une matière marquée d'un fort particularisme, celle de la protection pénale du domaine public par le jeu des contraventions de grande voirie, l'auteur de la contravention ne peut demander la réduction des dépenses mises à sa charge que dans les cas où l'importance de ces dernières révèle par son caractère anormal une faute lourde de l'administration [142]. Peut-être est-il possible ici de recourir à une explication politique : la volonté délibérée de protéger de façon sévère et de ce fait efficace le domaine public, de sanctionner celui qui y porte atteinte.

Il semble qu'il faille interpréter dans le même sens l'exigence d'une faute lourde de l'administration pour que soit engagée, dans le cadre des marchés de fournitures et de services, sa responsabilité pour le cas où, à la suite de l'exécution par défaut accompagnant la résiliation aux torts et risques, le titulaire défaillant doit supporter la charge d'un nouveau contrat plus onéreux : le cocontractant ne peut en effet alors réclamer la réduction de la somme mise à sa charge que si son montant, par son anormalité, révèle une faute lourde de l'administration dans la passation du marché par défaut [143]. Le mécanisme est identique pour la réadjudication à la folle enchère dans le cadre des marchés de travaux publics [144]. Une certaine dureté caractérise ces jurisprudences. Mais on ne peut s'en scandaliser outre mesure. L'administration, par le fait du cocontractant, se trouve en effet dans la nécessité pour assurer les tâches d'intérêt général qui sont les siennes, de recourir, dans des conditions qui peuvent être difficiles du fait de l'urgence engendrée par le retard dudit cocontractant, à des procédures complexes.

311. *Le fondement de la nature du droit lésé.*

Sans doute à tort d'un point de vue théorique, si une telle attitude apparaît parfois, en pratique, légitime, arrive-t-il que le juge administratif consacre l'existence d'une faute caractérisée non pas tant parce que le manquement à l'obligation est particulièrement grave que parce que ses effets apparaissent

132. *Op. cit.*, p. 711; v. aussi Couzinet, art. précit., p. 311; P.-M. Gaudemet, « Réflexions sur les rapports du juge et du fisc », *Mélanges Waline*, t. 1, p. 132; J. Boulouis, « Procès du juge fiscal », *R.S.L.F.*, 1957, pp. 631 ss.; concl. Rousselier, *in Larroque*, précit., p. 70.
133. N. *Barneyrat*, précit., p. 66.
134. Mayer, *Le droit administratif allemand*, 1903-1906, t. 2, p. 178.
135. Waline, n. 22.VII.1949, *Aubery*, *D.*, 1950.II.26.
136. Lemasurier, n. 21.XII.1962, *Husson-Chiffre* (2 esp.), *D.*, 1963.II.594.
137. V. *supra* n. 117.
138. Concl. Jouvin, 21.II.1958, *Soc. nouv. Etab. Gaumont, S.*, 1958, jurisp., 282.

139. Appleton, *Traité élémentaire de contentieux administratif*, 1927, n° 238.
140. N. précit. 22.VII.1949, *Aubery*, p. 27.
141. 4.VI.1943, *Dechavassine*, 143; v. aussi, un peu différent, 30.X.1959, *Economie c/ Murat*, 566; il semble par contre que certaines jurisprudences concernant les services économiques doivent être rattachées à d'autres fondements, et notamment à la thèse de la difficulté des activités de contrôle; v. ainsi contrôle des comptabilités communales (18.XII.1963, *Ville de Delle*, 639) ou répression des infractions économiques (4.I.1954, *Goudoulin*, 1).
142. 1.XII.1937, *Breton*, 989; 18.VII.1947, *Coudry*, 328; 13.III.1957, *Soc. comptoir commercial à Narbonne*, 173; 8.XII.1937, *Lemonnier*, 1013; 7.II.1962, *Radomski*, 94; 28.V. 1970, *Soc. des travaux publics et privés d'Alsace*, Tb. 1191, *A.J.*, 1971.173.
143. 10.VII.1972, *Soc. « Bœuf de France »*, 546.
144. 25.III.1957, *Carsalade*, 216; 4.VI.1965, *Faillite Soc. X..., A.J.*, 1965.577 (n. Montmerle).

très choquants [145]. En revanche, il ne semble pas que le fait qu'un droit essentiel soit lésé entraîne un abaissement du degré de la faute exigée ainsi que le croit parfois la doctrine [146]. On ne peut trouver en ce sens que quelques décisions exceptionnelles. Mais le fait que les droits les plus essentiels soient mis en cause par les activités de police ou médicales, et que celles-ci soient largement placées sous l'empire d'un système de responsabilité pour seule faute qualifiée, infirme une telle hypothèse.

312. *Note sur l'éventualité de l'existence d'un fondement issu de l'interpénétration des contentieux.*

Il y a certainement, et jusqu'ici malheureusement aucune étude un peu systématique n'a été conduite à ce propos, un *continuum* légalité/responsabilité [147]. En d'autres termes, par-delà la césure technique des contentieux, il est difficile d'imaginer qu'il n'y ait pas imprégnation de l'un par l'autre. Il est ainsi possible de se poser la question de savoir si la limitation par le juge de son contrôle dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir ne se retrouve pas dans une certaine mesure dans le cadre du plein contentieux — quelle que puisse être l'incongruité, dans les termes mêmes, d'une telle hypothèse — s'exprimant alors par l'exigence d'une faute qualifiée plutôt que d'une faute simple.

Une telle hypothèse n'est pas sans logique : si, par exemple, dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, le juge n'exerce qu'un contrôle minimum au motif qu'une matière est trop technique, on voit mal comment il pourrait se découvrir compétent, juge de plein-contentieux, pour sanctionner une erreur non manifeste constitutive d'une faute simple.

M. Desmouliez, à propos de la responsabilité des services de recouvrement de l'impôt, avait esquissé un tel raisonnement :

> « Il ne reste donc, écrivait-il, pour justifier la gravité exigée de la faute que l'idée de pouvoir discrétionnaire. Le fisc, en matière de poursuites, est juge du moment d'agir et de la portée des mesures prises. Si bien que le contentieux ne peut s'immiscer dans cette appréciation. Le Conseil d'Etat ne se permet de retenir la responsabilité que lorsque se révèle dans l'action administrative une inopportunité manifeste, lorsque apparaît la faute d'exceptionnelle gravité. » [148]

Il ne nous semble pas que l'argument soit en l'espèce très convaincant [149]. Mais, en revanche, certains cas semblent plus intéressants pour la vérification de cette hypothèse. Ainsi l'affaire *Marbais*. Il s'agissait d'une demande d'autorisation de fabriquer et vendre un vaccin. Le requérant, dit la décision,

145. V. en ce sens 21.XII.1938, *Commission des hospices de Marseille,* 968; 12.II.1943, *Cie d'assur. « La Norwich Union »*, 41; et Defrénois, *La faute du service public, op. cit.,* p. 74; Moreau, *op. cit.*, p. 132.
146. Defrénois, *op. cit.*, pp. 81 ss.; Duez, *op. cit.*, p. 46; Moreau, *op. cit.*, pp. 139 ss. pp. 139 ss.
147. V. pour une analyse des rapports entre les deux contentieux, Khalil-Kamel, *La notion d'illégalité et son rôle dans la responsabilité de l'administration en droit administratif français et égyptien,* 1953, dactyl., notamment pp. 53 ss.; Négrin, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction,* 1976; Vedel, *Droit administratif, op. cit.,* pp. 369 ss.; Delbez, « De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité », *R.D.P.,* 1932, pp. 441 ss.
148. *Op. cit.*, p. 96.
149. V. *supra.*

> « n'établit pas que des agissements ayant le caractère d'une faute manifeste et d'une particulière gravité aient été commis au cours des examens de la valeur thérapeutique de ce vaccin » [150].

Sans doute la thèse de la difficulté pourrait-elle être invoquée. Mais si son caractère absolutoire peut être admis dans des domaines où la décision doit être rapide, elle n'apparaît ici guère convaincante. Il semble plutôt que l'on ait là le pendant, dans le contentieux de la responsabilité, de la jurisprudence *Laboratoires Bac, Fergant, Laboratoires Conan* dans celui de l'annulation [151].

Cette proposition peut être généralisée : est-ce que les activités hautement techniques peuvent relever d'une responsabilité autre que pour faute qualifiée ? M. Auby a posé indirectement la question en donnant une définition de l'acte médical qui n'engage la responsabilité du service public que pour faute lourde : il a parlé d' « actes techniques présentant une difficulté particulière » [152]. Comment le juge pourrait-il contrôler de très près si le comportement du médecin faisant son diagnostic ou du chirurgien opérant a été parfaitement conforme à la normale. La large utilisation du système de la présomption de faute en ce domaine atténue le problème sans l'éliminer : car il est des cas où le dommage ne révèle pas par lui-même l'anormalité du comportement du praticien.

Quoi qu'il en soit, nous ne faisons ici qu'avancer un schéma explicatif : celui-ci n'est pas nécessaire pour rendre compte de la plupart des cas de faute qualifiée. Il indique simplement la possibilité de limites à l'extension de la responsabilité pour faute simple identiques à celles qui s'opposent au développement du contrôle normal dans le contentieux de l'excès de pouvoir ou au contrôle de la qualification juridique dans celui de la cassation.

Autant dire que la riche intuition de M. Weil selon laquelle, si

> « on n'a examiné jusqu'ici le pouvoir discrétionnaire que sous l'angle du contentieux de la légalité... il semble qu'il (doive) l'être également sur le plan de la responsabilité » [153],

semble appelée dans l'avenir à nourrir d'importants développements théoriques.

313. *Bilan des développements précédents.*

Le bilan n'est pas très difficile à opérer. Une volonté particulière, globale, systématique, non fondée et au plus haut point discutable de défendre l'administration ne se manifeste guère qu'à propos des services du fisc. Ailleurs, même si certaines décisions comme l'arrêt *Hermann* laissent transparaître une certaine indulgence, en l'espèce à l'égard de l'administration militaire, si l'absence de distinctions entre des questions tout à fait différentes, dans le cadre de la responsabilité des services de lutte contre l'incendie, des services de tutelle, ou des services « bénévoles », nous est apparue parfois privilégier sans raison très convaincante l'administration, les systèmes de responsabilité retenus sont dans l'ensemble bien expliqués par certains fondements classiques dont la logique compense aisément la défaillance d'autres fondements parfois invoqués mais plus fragiles.

150. 10.V.1957, *Marbais,* 307, *D.*, 1958.II.190 (n. F. G.); v. aussi Paris, 31.III.1965, *Soc. Etab. Février,* 739; 28.VI.1968, *Soc. mut. d'assur. contre les accidents en pharmacie,* et m. jour, *Soc. Etab. Février,* 411.
151. 27.II.1948, *Lab. Bac,* 100; 24.V.1949, *Fergant,* 239; 22.II.1952, *Lab. Conan,* 133.
152. « La responsabilité médicale », art. précit., p. 515.
153. Weil, contrib. au colloque du 5 mars 1977, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *I.F.S.A.*, cahier n° 16 (1978), p. 47.

L'histoire des systèmes de responsabilité pour faute depuis soixante ans est celle d'un affinement progressif : ce que pouvait avoir d'artificiel l'emploi systématique du recours à l'exigence de la faute qualifiée pour tout un service ou pour un type donné de situation dans tous les cas a été compris par le juge qui, en même temps qu'il a abaissé de façon continue ses exigences quant au degré de la faute, a opéré des distinctions de plus en plus subtiles.

Le caractère libéral du mouvement de la jurisprudence ne peut manquer d'apparaître aux esprits les plus critiques. Et ce d'autant que, non content d'abaisser de façon générale le seuil d'anormalité à partir duquel le comportement de l'administration engage sa responsabilité pour faute, le juge administratif a considéré de plus en plus fréquemment que, en dehors de toute faute, l'anormalité du dommage pouvait à elle seule entraîner la responsabilité de l'administration.

b) L'anormalité du dommage ou de sa cause :

314. *La prise en considération de l'anormalité du dommage favorise en principe l'administré mais parfois avec une excessive parcimonie.*

Le passage d'un système de responsabilité pour faute à un système de responsabilité sans faute, s'il représente un adoucissement de la situation des victimes, n'est pas réalisé dans tous les cas où cela serait possible : mais on ne peut à proprement parler le reprocher au juge administratif dans le cadre de l'économie générale de notre système de responsabilité. Plus même, si l'on devait faire l'histoire de la responsabilité administrative depuis soixante ans, les deux tendances fondamentales de son évolution apparaîtraient le déclin lent mais continu de la faute qualifiée, ainsi qu'on l'a souligné précédemment, et le développement, là encore lent et continu, de la prise en compte de l'anormalité du dommage ou de sa cause en faveur, en principe, de l'administré.

Le second mouvement fera l'objet d'un développement ultérieur [154]. On ne retiendra ici que ses faiblesses qui sont autant de réticences à l'extension infinie de la responsabilité sans faute des collectivités publiques.

L'arbitraire de certaines limitations apportées par le juge au développement logique de sa jurisprudence se manifeste surtout lorsque c'est l'anormalité de la cause du dommage qui pourrait faire l'objet d'une consécration jurisprudentielle comme source de responsabilité.

La théorie du risque exceptionnel ou des choses dangereuses, fondée sur une détermination *a priori* du dangereux et du non-dangereux aboutit, en matière de responsabilité pour l'usage fait par les services de police de leurs armes, à consacrer la responsabilité sans faute pour certains types d'armes et à laisser pour d'autres la jurisprudence classique, exigeant la faute lourde, en vigueur [155]. Ainsi la veuve d'un homme tué par un coup de matraque devra-t-elle établir la faute lourde de l'administration, alors que l'homme seulement blessé par balle se verra indemniser sans avoir à prouver quelque faute que ce soit [156]. La victime d'une avalanche, parce que la route ne présentait pas « le caractère d'un ouvrage

154. *Infra*, 2e section.
155. V. jurisp. citée précédemment à ce sujet.
156. La formule de l'arrêt *Lecomte*, qui semble viser autant l'anormalité du dommage que celle de sa cause, ne doit pas égarer : l'anormalité du dommage est toujours consacrée lorsqu'il y a blessure par arme à feu, à moins que la blessure ne soit véritablement dérisoire, v. 24.VI.1949, *Lecomte*, 307 (*G.A.J.A.* 325); Delvolvé, *op. cit.*, p. 317.

exceptionnellement dangereux », devra prouver un défaut d'entretien normal [157]. Au contraire telle autre victime d'une chute de pierres sur une route de caractère « exceptionnellement dangereux » sera indemnisée sur le fondement du risque [158].

On verra un peu plus loin qu'en dépit des incitations de certains tribunaux administratifs le Conseil d'Etat se refuse, par exemple à propos des chutes d'arbres, à étendre systématiquement la responsabilité sans faute dans tous les cas où la figure blafarde de la fatalité se découvre à l'état pur.

Un dernier exemple, dans la jurisprudence récente, est particulièrement intéressant. Alors que le Conseil d'Etat accepte d'indemniser sur le fondement de l'anormalité du risque les victimes de pensionnaires de certains établissements d'éducation surveillée dans lesquels sont pratiquées des méthodes libérales de rééducation [158 *bis*], ou de malades mentaux en régime de « sortie d'essai » [158 *ter*], il refuse d'étendre ce système au cas de dommage causé par un mineur non délinquant remis à la garde de ses parents [158 *quater*] ou par un mineur non délinquant placé dans une institution de rééducation pratiquant des méthodes modernes [158 *quinquies*, 158 *sexies*].

315. *La prise en considération de l'anormalité du dommage contribue parfois à la défense de l'administration.*

Cette proposition, moins évidente, exige un effort de réflexion. L'extension du champ de la responsabilité sans faute est traditionnellement considérée comme le signe d'une sensibilité croissante à la situation de la victime. Si cela est vrai en principe, il est en fait aisé de montrer que, dans la jurisprudence récente, cette extension a pu avoir une fonction inverse.

Il ne faut pas oublier en effet que, d'une part, la responsabilité sans faute entraîne en général une moindre indemnisation de la victime, que, d'autre part et surtout, elle est moins humiliante pour l'administration dont le comportement n'est alors pas incriminé. L'exigence d'un préjudice spécial et anormal a enfin un effet restrictif que la consécration de la faute n'emporte pas.

Les affaires *Sastre* et *Navarra* sont à cet égard particulièrement significatives. Dans l'affaire *Sastre*, un marché d'intérêt national ayant été créé à Bordeaux-Brienne, un décret du 7 novembre 1962 avait établi autour de celui-ci un périmètre dit positif de protection, en d'autres termes une zone dans laquelle tout commerce en gros des denrées faisant l'objet de cotations à Brienne était désormais interdit. En exécution du décret de 1962, cinq cents procès-verbaux furent dressés en 1963 contre soixante et onze commerçants qui persistaient à exercer leur négoce à l'intérieur du périmètre interdit. Devant les juridictions répressives, les contrevenants ont opposé l'exception d'illégalité du décret de 1962 et toutes les juridictions jusqu'à la Cour de cassation ont accueilli leur

157. S. 11.IV.1975, *Déptnt de la Hte-Savoie*, 230, *D.*, 1976.II.178 (n. Horrut); v. aussi, à propos des chutes de pierres : 28.X.1974, *Quoirez*, 520; 7.XI.1973, *Equipement c/ Maurin*, 623; 12.VI.1970, *Equipement c/ Chevallier*, 407.
158. A. 6.VII.1973, *Equipement c/ Dalleau*, 482, *A.J.*, 1973, 607.
158 *bis*. 3.II.1956, *Justice c/ Thouzellier*, 49; 9.III.1966, *Justice c/ Trouillet*, 201.
158 *ter*. 13.VII.1967, *Déptnt de la Moselle*, 341.
158 *quater*. 19.XII.1969, *Etab. Delannoy*, 596.
158 *quinquies*. 3.XI.1976, *Justice c/ Nemoz*, *R.D.P.*, 1977.1103.
158 *sexies*. V. les derniers développements de la jurisprudence concernant les hôpitaux psychiatriques et les établissements recevant des mineurs placés en liberté surveillée : S. 30.VI.1978, *Centre psychothérapique de la Nièvre c/ Courtoux;* S. 30.VI.1978, *Hôpital psychiatrique de Rennes c/ Clotault;* 14.VI.1978, *Garde des sceaux c/ Mutuelle générale française accident;* 14.VI.1978, *Garde des Sceaux c/ S.O.C.O.F.A., A.J.*, 1978, pp. 556 ss. (chron. Dutheillet de Lamothe et Robineau).

moyen de défense. Lesdits grossistes formèrent alors un recours pour excès de pouvoir contre le décret. Mais le Conseil d'Etat le rejeta, à leur surprise. Le préfet essaya alors d'assurer l'application du décret en fixant l'heure d'ouverture de l'un des marchés situé à l'intérieur du périmètre de façon à y empêcher les ventes en gros. Son arrêté fut transgressé et trois mille procès-verbaux furent dressés. L'administration finit par s'incliner en changeant sa réglementation à la suite des jugements de relaxe intervenus. Or, à côté des grossistes contestataires, certains qui, respectueux de la loi, s'étaient installés à Brienne, se trouvaient irrégulièrement concurrencés. L'un d'eux engagea une action en responsabilité, arguant de ce que l'administration n'avait pas su faire respecter sa propre réglementation.

Le tribunal administratif de Bordeaux admit la responsabilité pour faute de la ville et de l'Etat. Mais en appel, le Conseil d'Etat rejeta la responsabilité pour faute tout en admettant que, pour autant qu'il justifierait d'un préjudice grave et spécial, le requérant pourrait avoir droit à une indemnité. La Haute Assemblée ordonnait une expertise [159].

Les conclusions de M. Gentot dans cette affaire sont fort intéressantes. Il s'attache à montrer que, contrairement à ce que pensait le tribunal administratif de Bordeaux, l'exécution forcée était impossible. Il ajoute que le fait pour le maire de Bordeaux de n'avoir pas retiré les autorisations données aux commerçants poursuivant illégalement leur activité et de n'avoir pas poursuivi les récalcitrants avec plus de constance devant les tribunaux répressifs relevait, pour l'administration, qui était certaine que le juge judiciaire maintiendrait sa jurisprudence défavorable, d'une appréciation dont le Conseil d'Etat ne peut être juge, puisqu'aussi bien l'administration ayant plusieurs armes disposait d'un pouvoir discrétionnaire quant au choix de l'une ou l'autre. Au surplus, le principe dit de l'opportunité des poursuites semblait s'opposer à une autre solution.

Bref, l'inaction de l'administration, selon l'expression de M. Rougevin-Baville, aurait été « fautive en gros » et « légale en détail » [160]. Il y a là une sorte de cercle vicieux : l'administration disposant de plusieurs moyens, elle était libre d'employer l'un ou l'autre et ainsi le refus d'employer un moyen n'était jamais fautif.

L'affaire *Navarra* est plus simple. M. Navarra possédait une maison restaurée en Eure-et-Loir. En 1967, il vit s'édifier à un mètre de la limite de sa propriété une affreuse bâtisse dont les eaux usées s'écoulaient sur son terrain et dont la construction avait été opérée sans permis. Il alerta le préfet. Celui-ci s'abstint de saisir le Parquet de l'infraction à la réglementation de l'urbanisme comme le lui permettaient les articles 101 et suivants de l'ancien Code de l'urbanisme. Le tribunal administratif d'Orléans, saisi, estima que le refus de faire cesser l'infraction constituait une faute de l'administration.

En appel, le Conseil d'Etat, conformément aux conclusions de M. Rougevin-Baville, a indemnisé M. Navarra sur le fondement de la responsabilité sans faute [161]. Ces conclusions sont particulièrement intéressantes elles aussi : elles rappellent l'affaire *Sastre* et notent qu'à la différence de celle-ci, l'affaire *Navarra*

159. A. 7.V.1971, *Finances c/ Sastre*, 334 (concl. Gentot), *R.D.P.*, 1972.443 (n. Waline); finalement l'affaire aboutira, à la suite de l'expertise à un arrêt accordant indemnité : 4.II.1976, *Soc. Omer-Decugis*, 79, *A.J.*, 1976.373 (n. Daval).

160. Concl. cit. ci-dessous, p. 205.

161. A. 20.III.1974, *Aménagement du territoire c/ Navarra*, 200 (concl. Rougevin-Baville), *A.J.*, 1974.305 (chron. Franc et Boyon); v. Tallineau, « Les tolérances administratives », *A.J.*, 1978, pp. 3 ss., notamment p. 35.

ne comportait pas plusieurs mais un seul moyen de faire cesser l'infraction, entamer des poursuites pénales. Si bien que, plus nettement encore que celles de M. Gentot, elles s'attachent à fonder le principe de l'opportunité des poursuites dès lors qu'il n'y a pas volonté expresse du législateur en sens contraire. M. Rougevin-Baville achevait :

> « Nous aurions le sentiment, si nous concluions à l'existence d'une faute, de porter une atteinte non négligeable à cette liberté d'action que votre assemblée a voulu sauvegarder en 1971. » [162]

Liberté d'action qui est, il faut le dire, une création prétorienne en la matière.

Nous avons là, contrairement à ce qu'a pu penser une bonne part de la doctrine, une jurisprudence assez régressive et qui n'est, en dépit des rapprochements trop hâtifs qui ont pu être opérés, pas le moins du monde dans la ligne de la jurisprudence *Couitéas*. Dans la jurisprudence *Couitéas*, la carence soit se fonde sur des motifs d'intérêt général, et alors il y a responsabilité sans faute, soit non, et alors il y a faute lourde. Dans une affaire du type *Navarra* plus encore d'ailleurs que dans l'affaire *Sastre*, où l'administration avait fait des efforts, il y a au contraire négligence manifeste de la puissance publique. Aucun élément d'intérêt général ne peut être allégué : M. Rougevin-Baville a même parlé d'une « faiblesse » et d'une « carence... détestables » [163].

Dans un autre domaine, l'affaire *Farsat* semble pouvoir être rapprochée des précédentes. E.D.F. avait, pendant cinq ans, engagé une procédure d'expropriation qui n'avait en fin de compte pas abouti « à la suite de nouvelles études » [164]. Le Conseil d'Etat procéda à indemnisation, en l'absence de faute, sur le fondement d'un préjudice anormal et spécial. Une telle légèreté n'était-elle pourtant pas fautive ? Le Conseil d'Etat, pas plus que son commissaire du gouvernement, ne nous donne assez d'éléments pour en juger. Mais les conclusions de M. Kahn sont significatives. Celui-ci estime que la renonciation à poursuivre une procédure de déclaration d'utilité publique entamée ne saurait être qu'exceptionnellement qualifiée de fautive

> « parce qu'il faut, écrit-il, être extrêmement circonspect avant de qualifier de fautif l'exercice d'un droit qui est laissé très largement à l'appréciation de ceux qui le détiennent » [165].

c) L'erreur manifeste :

316. *Contrôle minimum et défense de l'administration.*

Le contrôle minimum ne revêt pas nécessairement une fonction de défense de l'administration [166]. Ainsi qu'on l'a vu, il correspond soit à un pouvoir discrétionnaire de l'administration, soit à une compétence liée non contrôlée au contentieux, notamment pour des raisons techniques. Quand le pouvoir discrétionnaire est le produit de sources textuelles, il est difficile d'affirmer qu'en en respectant les contours le juge procède à une défense de l'administration. Lorsque le juge autolimite sa capacité de contrôler une compétence liée, il s'agit au contraire d'évaluer la qualité de son argumentation pour ce faire.

162. *Ibid.*, p. 208.

163. *Ibid.*, p. 210.

164. S. 23.XII.1970, *E.D.F. c/ Farsat*, 790, *A.J.*, 1971.101 (concl. Kahn); v. aussi 3.III.1976, *Girouard*, 119, et 2.V.1973, *Meyer*, 316, *C.J.E.G.*, 1973.213.

165. V. la critique de ce point de vue par M. Waline, n. 17.III.1971, *Fusy*, *R.D.P.*, 1972.223.

166. Sur la non-concordance du contrôle minimum et du pouvoir discrétionnaire, v. *supra* 1er titre, chap. 1er.

Ainsi, lorsqu'il ne contrôle pas la mise en œuvre d'une notion qu'il répute technique, convient-il de se demander si la technicité invoquée est véritablement dirimante. Il ne fait pas de doute, et on a eu l'occasion de le montrer, que dans certains cas l'abstention du juge est contestable. Est-elle proprement politique ? A-t-elle pour but la défense de l'administration ? Rien n'est moins certain car, ainsi qu'on l'a dit, une telle attitude relève souvent de ce qu'on a baptisé l'idéologie du fait. Dans d'autres cas, le juge s'abstient parce qu'il se juge réellement incompétent sans qu'il y ait lieu de penser que cet effacement soit complaisant.

Cela étant dit, le refus du contrôle de l'erreur manifeste suggère parfois des observations différentes.

317. *La tardiveté de l'introduction du contrôle de l'erreur manifeste dans le contentieux de la haute police.*

Le contrôle de l'erreur manifeste, lors de sa création, dans le début des années soixante, s'est d'abord cantonné dans le contentieux des équivalences d'emploi et dans celui des équivalences entre apports et attributions dans le cadre du remembrement rural. A partir de 1963, comme l'avait justement noté M. Kornprobst sur le moment même [167], le contrôle de l'erreur manifeste s'est peu à peu étendu à l'ensemble du contrôle minimum, ne laissant progressivement, à ce qu'il y avait lieu d'appeler dès lors contrôle hyper-minimum ou encore contrôle minimum ancien, qu'un domaine résiduel.

Il est intéressant d'observer à cet égard que le refus de prendre en compte l'évidence s'est ainsi maintenu assez longtemps dans un domaine particulièrement stratégique, celui de la haute police [168] ou encore de la police générale de la sécurité publique [169].

Mlle Loschak, s'interrogeant récemment sur la question à la fois plus restreinte et plus large que celle ici étudiée des « étrangers face au pouvoir discrétionnaire de l'administration », croyait pouvoir interpréter la jurisprudence en la matière non pas par « la mécanique juridique », mais par une certaine « philosophie du pouvoir discrétionnaire », ajoutant :

> « Ce pouvoir discrétionnaire ne nous replonge-t-il pas dans l'Etat de police ? Si l'on parle des " mesures de haute police ", ce n'est peut-être pas un hasard... Je crois pour ma part difficile de nier que les étrangers, placés sous un régime de " haute police ", vivent dans un Etat de police excluant la jouissance des droits et libertés reconnus dans un Etat de droit. »

Avant de conclure :

> « L'explication ne doit-elle pas faire appel à une notion parfois considérée comme anachronique, mais pourtant bien vivante encore, celle de souveraineté de l'Etat, souveraineté qui n'est jamais que l'expression juridique de la domination étatique, et que l'on retrouve, dans les rapports entre l'administration et les administrés sous des formes et à des degrés variables selon la qualité (étranger, contribuable...) en vertu de laquelle ils sont soumis à l'administration. » [170]

167. Art. précit.
168. Concl. Heumann, S. 22.IV.1955, *Assoc. franco-russe Roussky-Dom*, 202, *Rev. adm.* 1955.204.
169. Odent, *op. cit.*, p. 1561; « police générale » : Auby et Drago, *op. cit.*, t. 2, p. 389.
170. Contrib. à *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, cahier n° 16 de l'I.S.F.A.*, précit., pp. 23, 24 et 25.

Ainsi, au début des années 1970, le fait de savoir si l'activité d'un organisme était « de nature à compromettre la sûreté publique » [171] ou si une revue avait un « caractère subversif... de nature à troubler l'ordre public » [172] étaient autant d'appréciations non contrôlées même au seul titre de l'erreur manifeste. On demeurait dans la ligne de la jurisprudence classique, antérieure à la naissance de l'erreur manifeste [173].

Le tribunal administratif de Paris prit, en 1971, l'intiative d'une inflexion libérale de la jurisprudence en effectuant un contrôle de l'erreur manifeste sur une décision de refus d'entrée sur le territoire français d'un membre du tribunal Russel fondée sur la « menace pour l'ordre public que l'exercice de l'activité correspondant auxdites fonctions était susceptible de constituer dans les circonstances du moment » [174].

Cette décision fut suivie par la Haute Assemblée successivement dans les domaines de l'interdiction des publications de provenance étrangère [175], des expulsions d'étrangers constituant prétendûment des menaces pour l'ordre public [176], des délivrances ou renouvellement de passeport [177], [178].

Ajoutons toutefois que, en ce domaine, persistance des réticences anciennes, la reconnaissance de l'erreur manifeste apparaît particulièrement difficile. Ainsi, dans la récente affaire *Perégaux* en matière d'expulsion, Mme Latournerie avait-elle conclu dans le sens de la consécration d'une erreur manifeste, d'une façon assez convaincante si l'on en croit les savants commentateurs de *l'Actualité juridique*. La Haute Assemblée ne la suivit pas et Mme Nauwelaers et M. Fabius ont cru pouvoir en tirer l'enseignement

> « qu'en matière de police des étrangers le Conseil d'Etat entend laisser à l'autorité administrative de larges pouvoirs d'appréciation » [179].

318. *Le refus du contrôle de l'erreur manifeste dans certains domaines du contentieux de la fonction publique.*

Le Conseil d'Etat, dans la ligne de sa jurisprudence traditionnelle qui a toujours vigoureusement refusé de contrôler la proportionnalité entre faute et sanction disciplinaire [180], s'est refusé plus récemment et jusqu'à il y a peu

171. Paris, 11.I.1971, *Féd. internation. des archives du film*, 809.
172. Paris, 25.I.1971, *Soc. « Librairie Maspéro »*, 817.
173. Refus de délivrer un passeport : 14.V.1948, *Imbach*, 215; 16.III.1949, *Boisrond*, 128; 11.V.1960, *Car*, 319; expulsion d'étrangers : 24.X.1952, *Eckert*, 467; 18.III.1955, *Hamou Brahim*, 168; associations formées par des étrangers : 22.IV.1955, *Assoc. Roussky-Dom*, précit.; interdiction à des étrangers de pénétrer en France : 21.XI.1952, *Marcon;* restrictions de résidence : 12.VI.1953, *de Savitch-Ritchgorsky*, 281; interdiction d'organes de presse provenant de l'étranger : 4.VI.1954, *Joudoux*, 346; refus de la carte du commerçant à un étranger : 26.XI.1956, *Villa*, 433.
174. Paris, 9.VI.1971, *Schoenman*, 862.
175. A. 2.XI.1973, *Librairie Maspéro*, 611, *A.J.*, 1973.604 (chron. Franc et Boyon), *J.C.P.*, 1974.II.17642.
176. Paris, 13.XII.1973, *Pardov*, 834, *A.J.*, 1974.219; 3.II.1975, *Intérieur c/ Pardov*, 83, *A.J.*, 1975.131 (chron. Franc et Boyon); 20.X.1976, *Greenberg*, 429; S. 27.V.1977, *Pagoaga*, *A.J.*, 1977.515 (chron. Nauwelaers et Dutheilhet de Lamothe); v. Finkel, « L'expulsion des étrangers », *A.J.*, 1978, pp. 257 ss.
177. 19.II.1975, *Fouéré*, *A.J.*, 1975.144.
178. Contrôle normal sur les décrets d'extradition : A. 24.VI.1977, *Astudillo*, *A.J.*, 1977.516 (chron. Nauwelaers et Dutheilhet de Lamothe).
179. A. 13.V.1977, *Perégaux*, *A.J.*, 1977.399 (chron. Nauwelaers et Fabius), *R.D.P.*, 1978.253 (n. Robert).
180. A de très rares exceptions près en 1929 : v. 24.IV.1929, *Molinier*, 405; 12.VI.1929, *Raineri*, 571; 16.VII.1929, *Chaffot*, 730; mais le principe jurisprudentiel est inverse : v. 12.I.1938, *Coulangeon*, 11; 22.X.1948, *Maussac*, 937; 2.XI.1951, *Giniès*, 513.

à recourir à la technique de l'erreur manifeste en ce domaine [181], et ce en dépit des objurgations de certains juristes et notamment du commissaire du gouvernement Kahn, qui, assez légitimement, estimait que

> « s'il est injuste d'infliger un avertissement ou un blâme pour un fait qui n'est pas de nature à justifier une sanction, il n'est pas moins injuste de chasser du service un agent qui s'est rendu coupable d'une faute vénielle » [182].

La position de la Haute Assemblée est identique, et aujourd'hui encore inentamée, lorsqu'elle a à connaître de la décision par laquelle un ministre refuse, dans l'intérêt du service, d'inscrire un candidat à un concours [183] ou d'accepter la démission d'un agent [184].

Il y a dans toutes ces jurisprudences l'expression d'une volonté politique de laisser à l'administration une marge de liberté dans sa propre gestion [185]. Mais le récent arrêt *Lebon* montre que le Conseil souhaite que cette liberté se concilie avec un meilleur contrôle [186, 187].

319. *Conclusion du développement.*

Empiétant sur les pages qui suivent et qui concernent la défense de l'administration par la mise en œuvre des standards, il est possible de constater que, à ce second point de vue, pour ce qui est de la faute qualifiée et de l'erreur manifeste (car un paragraphe particulier sera consacré à la mise en œuvre de la notion de dommage anormal), aucune leçon ne peut être tirée de façon univoque.

Il est des domaines dans lesquels l'exigence d'une faute qualifiée, protectrice en elle-même de l'administration, se trouve renforcée par une appréciation exigeante : c'est le cas, semble-t-il, dans le cadre de la responsabilité des services du fisc [188].

Il en est d'autres où, au contraire, l'exigence d'une faute lourde n'a guère d'effet et ne vise qu'à assurer la cohérence apparente de la jurisprudence, l'équité poussant en réalité le juge, derrière l'immutabilité des formules, à se contenter de fautes simples : c'est le cas, répétons-le, de la faute lourde exigée pour que soit engagée la responsabilité des services de police pour l'utilisation de certaines armes.

L'erreur manifeste est dans l'ensemble reconnue plus facilement que la logique très restrictive de cette formulation n'aurait pu le laisser présager. Sans doute le nombre des annulations pour erreur manifeste ne dépasse-t-il que

181. 22.XI.1967, *Chevreau, D.O.*, 1968.113 (concl. Kahn), *D.*, 1969.II.51 (n. Mourgeon); v. Piquemal, *op. cit.*, t. 2, pp. 232 ss.

182. Concl. précit.

183. 6.IV.1973, *Jacques*, 288.

184. 4.XII.1974, *Charron*, 607.

185. V. *supra* n° 168.

186 et 187. V. notre note sous S. 9.VI.1978, *Sieur Lebon, J.C.P.*, 1979.II.19159.

188. V. aussi l'intéressante comparaison des jurisprudences administratives et judiciaires en matière de suicide d'aliénés opérée par M. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers, op. cit.*, pp. 101 ss.; il en ressort une plus grande indulgence du juge administratif vis-à-vis de l'établissement hospitalier; de même, v. Moderne, n. 5.I.1966, *Hawezack, D.*, 1966.II.321; Auby, « La responsabilité médicale en France », art. précit., p. 515; et Waline, n. 13.VI.1964, *d'André, R.D.P.*, 1965.84.

rarement le chiffre de cinq par an devant le Conseil d'Etat. Mais, dans le cadre du système de contrôle adopté, force est de reconnaître à la suite de M. Pacteau que, dans la mise en œuvre de la notion d'erreur manifeste, « il n'apparaît pas que la méthode du juge soit exagérément prudente » [189].

2° LA DÉFENSE DE L'ADMINISTRATION PAR LA MISE EN ŒUVRE DES STANDARDS :

Là encore, il n'est pas possible d'envisager tous les aspects de la question et l'on doit se concentrer sur quelques jurisprudences plus particulièrement significatives.

a) L'anormalité du dommage :

320. *Le dommage est parfois difficilement reconnu comme anormal.*

Il y aurait certainement une intéressante étude à mener sur la relation existant entre les modes de raisonnement économiques et les modes de raisonnement juridiques. On s'apercevrait de la place que tient ainsi dans la jurisprudence administrative la théorie des externalités, dont Marshall à la fin du siècle dernier et Pigou il y a une soixantaine d'années ont été les initiateurs, théorie dont le renouveau est aujourd'hui important parce qu'elle permet, par le truchement de la théorie dite « des droits de propriété », de rendre compte de nombreux problèmes notamment de pollution, d'en faciliter la formalisation et de leur apporter des solutions [190].

Le schéma élémentaire de la théorie des effets externes est simple : un agent économique produit des économies externes lorsqu'il fournit à d'autres agents des services dans des conditions qui ne permettent normalement pas un paiement de leur part. Quand un agent crée des servitudes ou des nuisances sans compensation pour ceux qui les subissent, on parle de déséconomies externes. Dans l'un et l'autre cas, on a des effets externes, ainsi baptisés parce qu'ils sont extérieurs au marché.

Le juge, par la théorie du dommage anormal, essaye d' « internaliser » ces effets externes. Par la théorie dite de la compensation de plus-values, il pousse très loin cette technique. Un certain nombre de textes l'y autorisent et entraînent une récupération des plus-values engendrées par les ouvrages publics au profit des propriétés privées, dans certaines conditions [191]. Lui-même, à l'occasion de la responsabilité de l'administration pour dommages de travaux publics, peut également déduire de l'indemnité la plus-value que l'opération de travaux publics a pu procurer à la propriété de la personne à laquelle elle a par ailleurs causé un préjudice [192].

Quoi qu'il en soit, le juge, par l'exigence de l'anormalité du dommage, limite la portée de l'internalisation qu'il souhaite effectuer, internalisation qui a pour elle la justice, si elle apparaît souvent délicate. Cette limitation semble être politique : dans la mesure où l'usage de l'ouvrage public est le plus souvent gratuit, ce n'est pas l'usager qui est le payeur mais l'ensemble de la collectivité, ce qui substitue une solution de forte socialisation à une solution

189. *Op. cit.*, p. 250.

190. Sur ce renouveau, v. notre article, « Le vent d'Amérique », *Contrepoint*, numéro été 1978.

191. Laubadère, *Traité de droit administratif*, t. 2, éd. 1976, p. 341.

192. On l'a vu *supra* à diverses reprises.

intrinsèquement libérale, tout calcul économique devenant sinon impossible du moins passablement arbitraire.

Aussi bien le juge se montre-t-il assez exigeant pour reconnaître l'anormalité du dommage causé par un ouvrage ou des travaux publics. Ne sont ainsi pas réputés anormaux « l'odeur » et les « cris de certains animaux » dans le voisinage du parc zoologique de Vincennes [193], un allongement de 4 kilomètres du chemin à parcourir pour un agriculteur entre le centre de son exploitation et plusieurs parcelles [194]. Dès lors qu'il n'y a pas atteinte véritable aux accès, mais simplement gêne aux conditions d'habitation, le juge administratif est dans l'ensemble assez restrictif : il estimera par exemple qu'une chaussée sur remblai passant à 2 mètres de hauteur à moins de 6 mètres d'une habitation ne constitue pas un dommage anormal dans la mesure où les pièces d'habitation se trouvent à 2,30 m au-dessus du sol [195].

Particulièrement sévère encore apparaît une espèce récente. Un propriétaire riverain d'un cours d'eau demandait réparation des dommages entraînés par des opérations de curage, dommages d'une réelle ampleur puisque avait été détruit un grillage, arrachés trois arbres, saccagée une pelouse. Le Conseil se borne à disposer que le requérant

> « est tenu de supporter les sujétions normales inhérentes à sa qualité de propriétaire riverain d'un cours d'eau soumis à l'obligation du curage (et) qu'il résulte de l'instruction qu'eu égard notamment à la faible importance des dommages qu'il invoque »

le dommage n'a pas été anormal [196].

Par-delà les exemples ponctuels, qui pourraient être multipliés sans grande difficulté, il apparaît que coexistent des zones de plus ou moins grande générosité relative dans la consécration de l'anormalité du dommage. Le commissaire du gouvernement Guillaume a justement noté que le Conseil d'Etat accorde

> « plus aisément des indemnités pour bruit excessif ou pollution atmosphérique que pour détérioration de l'environnement visuel »

et il croyait en trouver la raison dans ce que « ce dernier type de nuisance est moins facile à évaluer selon des critères objectifs » et que « la plupart de nos contemporains sont plus sensibles au bruit, aux fumées et aux odeurs qu'à la laideur » [196 *bis*]. Cette remarque nous initie aux valeurs fondamentales que véhicule toute jurisprudence [197]. Quoi qu'il en soit, il est vrai que le juge administratif se montre plus sévère pour retenir l'anormalité du dommage dans ce type d'hypothèse. Il a ainsi estimé que l'implantation d'un pylône supportant des lignes électriques devant la façade d'un immeuble n'était pas une sujétion anormale [198].

Il ne faut néanmoins pas, dans quelque domaine que ce soit, s'exagérer le degré de l'intransigeance de la Haute Assemblée : elle est relative.

193. 13.VII.1965, *Muséum national d'histoire naturelle*, Tb. 1061; par contre, les troubles provoqués par les cris d'animaux hébergés dans un chenil ont excédé les sujétions normales : 17.V.1974, *Malaterre*, Tb. 1169.
194. S. 2.IV.1965, *Boudy, A.J.*, 1965.376.
195. 30.X.1970, *Pedersol, A.J.*, 1971.181.
196. 3.III.1978, *S.I.V.O.M. pour l'assainissement des vallées de Cubry et du Sourdon, D.A.*, 1978, n° 151.
196 *bis*. Concl. A. 22.X.1971, *Equipement c/ Blandin, J.C.P.*, 1973.II.17301.
197. V. *infra*, section 2.
198. 20.II.1974, *Humeau*, Tb. 1203, *C.J.E.G.*, 1974, jurisp. 155; v. néanmoins en sens inverse : 22.II.1957, *Coutant*, 125; cette divergence s'explique peut-être par une inégale qualité des façades dans le cadre d'une opération *in abstracto* de l'anormalité.

Ajoutons qu'une limite dans les possibilités de calcul du préjudice résulte aussi de ce que le Conseil d'Etat se fonde en général pour évaluer celui-ci sur le chiffre d'affaires du commerçant qui se plaint de l'anormalité du dommage à lui causé par les travaux publics [199]. De façon assez injuste, alors que l'anormalité du dommage est certaine et relevée par le tribunal administratif, il dispose ainsi dans l'arrêt *Ville de Sarcelles* que le requérant

> « n'a pas subi un préjudice suffisant pour ouvrir droit à réparation compte tenu de l'accroissement de sa clientèle et de l'augmentation constante de ses revenus » [200].

Il y a là une conception assez malthusienne et archaïque, selon laquelle le commerçant qui maintient et *a fortiori* qui accroît son chiffre d'affaires doit se tenir pour satisfait, même si cet accroissement est très inférieur à ce qu'il aurait pu être. Cela n'est ni conforme aux prémisses de cette jurisprudence, ni à la plus élémentaire logique.

Dans le contentieux de la responsabilité du fait des décisions légales, dont la constitution est due, il ne faut pas l'oublier, à l'audace du juge, il semble, encore que l'anormalité du dommage ne constitue que l'une des conditions de la responsabilité, qu'elle soit consacrée de façon assez restrictive par le juge. Pour ne considérer qu'un type de situation, il apparaît ainsi que dès lors qu'un dommage ne remet pas fondamentalement en cause la vie de l'entreprise requérante, l'atteinte portée à son activité, si grave soit-elle, n'entraîne pas indemnisation [201, 202].

L'affaire *Vannier* doit aussi être retenue bien qu'elle ne vise qu'un problème d'importance tout à fait secondaire : c'est qu'elle met en cause un point de « morale administrative », pourrait-on dire, essentiel. Un arrêté du secrétaire d'Etat à la présidence du Conseil en date du 21 novembre 1948 avait prescrit le maintien en exploitation jusqu'au 1er janvier 1958 de l'émetteur à moyenne définition (441 lignes) lors du passage à un mode d'émission télévisée différent. Le 3 janvier 1956, cet émetteur de type ancien brûlait. La décision de l'administration de ne pas le reconstruire était parfaitement légitime et le Conseil d'Etat a considéré à juste titre qu'il n'y avait pas eu là de comportement fautif, poursuivant : « qu'il est constant que le préjudice subi par les propriétaires d'appareils récepteurs de télévision 441 lignes du fait de la décision légalement prise par les ministres intéressés, à supposer qu'il ait été spécial, n'a pas présenté le caractère de gravité » susceptible d'engager la responsabilité sans faute [203].

Effectivement, le préjudice n'était pas grave, mais il était anormal, presque intrinsèquement, parce qu'il ne devrait y avoir en principe aucune chance qu'une promesse de l'administration ne soit pas tenue. Or, rappelons-le, en dépit des formulations de certaines décisions, c'est bien l'anormalité que visait l'arrêt *La Fleurette* et non seulement la gravité, notion plus restrictive que la précédente [204].

199. V. 7.VI.1973, *Soc. « Bourse-Coiffure »*, Tb. 1142; 8.III.1970, *Ville de Paris c/ Marmuse*, 165; 6.VII.1977, *Soc. Grands Travaux de Marseille, D.A.*, 1977, n° 197.
200. 17.II.1965, *Ville de Sarcelles*, 117.
201. V. ainsi 23.XI.1945, *Rougier*, 241, *R.D.P.*, 1947.105; 26.X.1962, *Olivier, A.J.*, 1963.122; 13.II.1963, *Cie d'assur. L'Union*, 87; 2.III.1966, *Rabeux*, 155; 24.I.1969, *Dalloz*, 41, *A.J.*, 1969.323.
202. On ajoutera que la condition de spécialité est entendue restrictivement elle aussi; v. 24.V.1967, *Cie aérienne de publicité*, Tb. 925, *A.J.*, 1968.45 (obs. Moreau).
203. 27.I.1961, *Vannier, A.J.*, 1961.II.111.
204. 14.I.1938, *S.A. produits la Fleurette*, 25 (*G.A.J.A.* 241).

321. *Certains types de dommages sont par nature insusceptibles d'être anormaux.*

Une jurisprudence très ancienne dispose qu'

> « un détournement de la circulation générale... ne peut servir de base à une demande d'indemnité » 205,

ou que, selon une formule classique,

> « les modifications de condition de la circulation résultant de changements effectués dans l'assiette ou la direction des voies publiques ne sont pas de nature à donner droit à indemnité » 206.

Le juge administratif isole ainsi au sein des dommages non accidentels qui peuvent résulter des travaux publics, de façon parfaitement décisoire, ceux qui sont entraînés par des modifications des conditions de la circulation générale alors qu'il accepte l'indemnisation des atteintes aux accès, et de façon générale aux aisances de voirie, ou des allongements de parcours.

Le raisonnement n'est pas, à première vue, choquant. Comme l'a dit M. Braibant,

> « les conséquences des modifications de la circulation générale... font partie des risques normaux que doivent supporter les riverains. Ces modifications favorisent les uns, défavorisent les autres, il en résulte des mouvements dans la valeur des terres, des immeubles et des fonds de commerce, qui peuvent revêtir, parfois un caractère spéculatif; ce sont des aléas normaux dont la puissance publique qui décide l'exécution des travaux et fixe l'assiette des voies ne tire pas bénéfice et dont elle n'a pas, en contrepartie, à supporter la charge. » 207

De fait, les changements affectant la circulation générale ne sont pas rares : ils sont statistiquement normaux. Mais si ce point de vue est retenu il faut dire de même que les allongements de parcours sont aussi normaux. Et bien des atteintes aux aisances de la voirie sont elles-mêmes normales en ce sens. Aussi bien la démonstration de M. Rougevin-Baville, dans ses conclusions dans l'affaire des *Vedettes blanches* ne convainc-t-elle pas 208. Opposant l'affaire *S.E.M.A.E. de la Bretagne,* dans laquelle le propriétaire d'un café avait été indemnisé pour la création d'une zone industrielle, par comblement d'une anse, lui ayant causé préjudice 209 aux faits de l'espèce, ce commissaire du gouvernement considère qu'

> « il y a là (cas du cafetier de Brest) un aléa tout à fait anormal, car l'on doit attendre une certaine stabilité de la part des éléments naturels...

205. 10.II.1905, *Travaux publics,* 155.
206. 13.II.1924, *Cie P.L.M.,* 178; 19.I.1927, Deleval, 78; S. 3.XI.1933, *Bastien,* 1007; 27.XI.1935, *Travaux publics c/ Grangeon,* 1111; 9.II.1940, *Adm. des chemins de fer de l'Etat,* 58; 14.VI.1944, *Bonnin,* 171; 26.V.1965, *Travaux publics c/ Tebaldini,* 305 (concl. Braibant), *A.J.,* 1965.376 (chron. Puybasset et Puissochet); 17.II.1967, *Travaux publics c/ Vidal,* 83, *A.J.,* 1967.311; 1.III.1968, *Croissant,* 157; S. 2.VI.1972, *Soc. bateaux de la Côte d'Emeraude « Les vedettes blanches », A.J.,* 1972.357 (chron. Labetoulle et Cabanes), *R.D.P.,* 1973.497 (n. Waline); 6.X.1972, *Vescio,* Tb. 1252; 29.V.1974, *Aménagement du territoire c/ Piar, Tb.* 1143; 16.X.1974, *Brosserie,* Tb. 1203; 26.V.1976, *Moreau, D.A.,* 1976, n° 245, Tb. 1166; 1.X.1976, *Equipement c/ Momenceau, A.J.,* 1976.640; 27.XI.1974, *Amouzegh,* 595, *A.J.,* 1975.262; v. aussi, mettant en œuvre la formule sans l'expliciter autant : 4.VII.1934, *Lewis,* 769; 24.II.1937, *Werner,* 248; Rennes, 19.XI.1969, *Soc. bateaux de la Côte d'Emeraude, A.J.,* 1970.183.
207. Concl. Braibant 26.V.1965, *Travaux publics c/ Tebaldini,* 308.
208. Ce dont conviennent d'ailleurs, en la citant, les commentateurs de l'*A.J.,* MM. Labetoulle et Cabanes, p. 349.
209. 31.I.1968, *S.E.M.A.E. de la Bretagne,* 83.

> L'apparition d'un moyen de transport concurrent nous paraît au contraire, en nos siècles d'innovation, un aléa normal pour une exploitation du genre de la requérante. La création d'une voie routière est un aléa normal du commerce, même pour une entreprise qui assure le transport... mais la disparition d'une anse maritime ne l'est pas. »

En vérité, on est là dans un domaine bien mouvant. Deux considérations ne posent cependant guère de problème :

— si l'on identifie anormalité et rareté d'un dommage, on n'obtient aucun critère efficace permettant de comprendre les distinctions auxquelles procède la jurisprudence;
— de même si l'on identifie anormalité et gravité : car alors l'anormalité maximale réside bien sûr dans le détournement de la circulation générale qui prive un commerce de l'essentiel de sa clientèle.

L'explication de cette jurisprudence que la logique du système de la responsabilité pour dommage anormal aurait dû exclure ne peut donc être que purement politique. M. Braibant, avec une grande sincérité, ne le cache d'ailleurs pas. Après avoir esquissé la proposition de remettre en cause la jurisprudence traditionnelle sur ce point, il conclut prudemment qu'

> « il y aurait des inconvénients sérieux à imposer l'indemnisation de tous ceux, et ils sont nombreux, qui ont à supporter les conséquences des travaux d'amélioration des voies publiques, de l'établissement des déviations destinées à contourner les agglomérations, ou encore de la construction d'autoroutes; il serait en définitive, plus raisonnable de maintenir une jurisprudence séculaire qui évite de grever le coût des grands travaux et de faire prendre en charge par les collectivités publiques les aléas du commerce » 210.

Certains arguments de droit ont sans doute été avancés pour étayer une telle solution 211. Mais sans grand succès. MM. Labetoulle et Cabanes, faisant écho à M. Braibant, ont justement écrit qu'

> « il vaut mieux rechercher la raison de cette jurisprudence des modifications de l'assiette des voies publiques, non dans un motif de droit, mais dans une raison d'opportunité » 212,

car enfin, selon la formule de M. Waline, « l'intérêt des finances publiques n'est pas un motif juridique » 213, 214.

b) L'anormalité de l'entretien :

322. *L'assimilation de la signalisation suffisante à l'entretien normal.*

Quelques arrêts concernant la mise en œuvre de la théorie du défaut d'entretien normal peuvent apparaître, au sein d'une jurisprudence qui n'est cependant

210. Concl. précit., p. 309.
211. V. la théorie du dommage indirect; v. aussi les développements de M. Combarnous, concl. 11.V.1962, *Travaux publics c/ Duboul de Malafosse, A.J.,* 1962.590.
212. Chron. précit. sous *Vedettes blanches,* p. 349.
213. N. précit., p. 503.
214. Il semble que cette jurisprudence ait été étendue aux « modifications des conditions économiques résultant normalement d'une opération de rénovation urbaine » que le juge répute ne pas présenter « un caractère anormal et spécial » (22.X.1975, *Rondot,* Tb. 1263; 10.XII.1975, *Soriano,* Tb. 1263); MM. Franc et Boyon ne le pensent cependant pas (*A.J.,* 1974.310) : le Conseil d'Etat, selon eux, n'a pas voulu se référer à la jurisprudence classique illustrée par l'arrêt *Tebaldini* « et il n'a pas exclu le principe d'une réparation d'un préjudice causé par la réalisation d'une opération d'aménagement urbain ».

pas dans l'ensemble trop défavorable à l'usager de l'ouvrage public, choquants. Il semble parfois que le juge administratif voie les agents de l'administration tels qu'ils sont, alors que, on y reviendra plus loin, il imagine les victimes telles qu'elles devraient être.

L'affaire *Perrier* illustre cette tendance à l'indulgence vis-à-vis du comportement de l'administration. Un arbre étant tombé sur la route, et deux agents des Ponts et Chaussées s'étant rendus sur les lieux, le Conseil considère

> « que ne peut être reprochée à l'administration la circonstance que l'un de ses agents n'est pas demeuré auprès de l'arbre pour en signaler la présence avec des moyens de fortune; qu'en effet, si les deux agents se sont éloignés après avoir reconnu le lieu de la chute, proche de leur domicile, c'est en vue de se procurer le matériel nécessaire à la signalisation qui se trouvait... à une courte distance...; que dans ces conditions, il n'est pas justifié d'un défaut d'entretien normal de la voie publique du fait de l'absence de signalisation de l'arbre pendant le temps nécessaire à l'établissement de cette signalisation » 215.

Il semble pourtant qu'on aurait pu attendre des deux agents qu'ils se séparent et que l'un reste sur place ! Les exemples ponctuels pourraient être ainsi multipliés. Mais, d'une façon plus générale, c'est la jurisprudence qui tend à considérer que la simple signalisation d'un danger constitue dans la plupart des cas l'entretien normal que l'on peut attendre de l'administration qui marque avec le plus de netteté la volonté du juge de défendre celle-ci, pour des raisons qui ne sont d'ailleurs pas tout à fait ni toujours illégitimes.

En réalité, trois figures doivent être soigneusement distinguées :

— La signalisation peut avoir vocation à être provisoire : les travaux publics ne peuvent bien évidemment être instantanés;

— La signalisation peut avoir vocation à être définitive; il faut alors ne pas confondre :

- le cas où l'ampleur du danger est telle que l'absence de toute autre mesure peut apparaître contestable;
- le cas où le danger est mineur, où la menace a peu de chance de se réaliser et où les moyens d'y parer seraient, en quelque sorte, disproportionnés par rapport au risque à éviter.

Dans le cadre de la première ou de la troisième figure, le réalisme le plus élémentaire conduit à admettre que la signalisation se suffit à elle-même. Plus contestable est par contre, lorsqu'elle intervient, la consécration de l'entretien normal à propos de la deuxième figure. Les cas les plus frappants sont à cet égard ceux qui ont trait aux chutes de pierres ou aux avalanches sur les voies routières. La Haute Assemblée estime alors que

> « l'accident litigieux doit être regardé comme la réalisation d'un risque que (l'usager) avait accepté en s'engageant sur le tronçon dangereux alors qu'une signalisation appropriée l'en avait prévenu » 216,

215. 20.IV.1966, *Travaux publics c/ Perrier*, 273.

216. S. 11.IV.1975, *Déptnt de Haute-Savoie*, 230; cette décision est apparue d'autant plus gênante que le tribunal administratif de Grenoble avait fait une description particulièrement sombre de la situation qui l'avait incliné à une tout autre solution : « Le risque d'avalanches doit être regardé comme constant pendant les quatre cinquièmes de la période d'enneigement sur cette section qui, constituant une voie de desserte indispensable, doit cependant rester ouverte à la circulation en hiver... Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'eu égard notamment à la faible longueur de la section en cause, à ses caractéristiques géographiques exceptionnelles..., l'installation d'un pare-avalanche... aurait dû raisonnablement être envisagée » (Grenoble, 7.VII.1971, *Tixier et Nicolle, A.J.*, 1972.178).

ou que,

> « si des petites pierres tombaient parfois sur la chaussée, l'administration avait installé un dispositif de signalisation en vue de prévenir les usagers de la voie publique du risque qu'ils couraient » 217.

Bien platoniques sont, dans de telles circonstances, les mesures de signalisation. De même lorsque l'entretien normal résulte, sur une voie autoroutière, de la seule indication d'un passage d'animaux sauvages 218.

Il est pourtant bien vrai que, dans la plupart des cas, les accidents de ce type ne révèlent pas à proprement parler un défaut d'entretien normal, mais bien plutôt l'irréductible fatalité. Aussi, comme on l'a vu plus haut, la solution réside-t-elle moins ici dans l'inflexion de la mise en œuvre du standard de l'entretien normal que dans un recours plus ou moins large à la responsabilité sans faute, dans le sillage de la décision *Dalleau* 219.

c) L'anormalité du délai :

323. *Le délai normal est parfois conçu avec générosité au profit de l'administration.*

Ce n'est certes pas toujours le cas. Nombre de délais « normaux » déjà rencontrés ne semblent pas abusivement longs : qu'on se rappelle, à titre d'exemple, le délai n'excédant pas deux mois imparti à l'administration pour réaliser une expulsion. Sans doute est-ce là un délai qui peut présenter des inconvénients pour le propriétaire. Mais il n'est pas déraisonnable de laisser à une administration surchargée, outre le temps de l'exécution, celui de la réflexion, pour savoir si l'opération ne présente pas de dangers pour l'ordre public.

Il est toutefois des cas où la Haute Assemblée semble faire preuve d'une réelle mansuétude à l'égard de l'administration. Ainsi lorsque, dans un secteur pourtant particulièrement important à ses yeux, celui des atteintes aux droits de propriété 220, le juge considère que si la phase administrative d'une expropriation a duré plus de cinq ans, cela ne constitue pas une durée fautive 221.

Le délai dans lequel l'administration doit assurer l'exécution des lois et règlements est aussi conçu de façon extensive. Il peut arriver que le législateur impartisse un certain délai à l'administration pour édicter, par exemple, un règlement d'administration publique. Souvent cependant, aucun délai n'est prévu par les textes, quels qu'ils soient, pour leur application. Dans tous les cas cependant, en dépit des réticences de la doctrine ancienne 222, les textes d'application doivent intervenir dans un « délai raisonnable » et, de ce point de vue, l'imposition d'un délai par le texte initial n'a pas, en principe, d'effet spécifique, car il est généralement réputé indicatif et non, sauf exception, impératif, au terme d'une analyse assez choquante comme y insiste justement

217. 7.XI.1973, *Equipement c/ Maurin*, 623.

218. 2.IV.1971, *Soc. des autoroutes du Nord*, 282.

219. A. 6.VII.1973, *Equipement c/ Dalleau*, 482, *A.J.*, 1973.607.

220. V. *infra*, section 2.

221. 3.III.1976, *Girouard*, 119.

222. V., p. ex., Barthélémy, « De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application », *R.D.P.*, 1907, notamment p. 305. Sur cette question, v. Dorlencourt-Detragiache, *op. cit.*, pp. 11 ss.; Hostiou, *op. cit.*, pp. 130 ss.; Richer, *op. cit.*, multig., t. 1, pp. 164 ss.; Auby, « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *J.C.P.*, 1953.I.1080; Guibal, « Le retard des textes d'application des lois », *R.D.P.* 1974, 1039 ss.

M. Mestre [223]. Force est de reconnaître — même si la jurisprudence imposant un délai raisonnable, à partir du milieu des années trente [224], a constitué un progrès considérable — que le juge administratif, probablement prisonnier ici des conceptions traditionnelles sur « le choix du moment », est demeuré assez timide. Sans doute, comme l'a rappelé le Commissaire du Gouvernement Galmot, le Conseil d'Etat doit-il prendre en compte « les difficultés propres à chaque affaire ». Mais il peut apparaître, comme l'a noté le même commissaire du gouvernement, que le Conseil ne censure

> « l'attitude de l'administration que dans la mesure où elle manifeste sans équivoque sa volonté de ne pas faire application de la loi ou de n'en faire qu'une application partielle, ou encore d'en suspendre ou d'en différer l'exécution » [225].

Le Conseil d'Etat n'a ainsi pas hésité à considérer, dans une décision *Dlle Ruben,* que, bien qu'une loi ait prévu que le règlement d'administration publique nécessaire à son application devait être pris dans un délai de deux mois, le délai raisonnable pour prendre ce texte pouvait être fixé à un an [226]. Seuls les délais pathologiques sont sanctionnés [227].

De façon générale, même lorsque le délai imparti à l'administration comme normal n'est pas curieusement long, il faut convenir de ce que l'esprit qui préside à son élaboration contraste de façon malgré tout frappante avec la parcimonie qui prévaut dans la détermination du délai utile laissé à l'administré ou au justiciable dans le cadre des droits de la défense : ce dernier, même s'il peut apparaître suffisant et adéquat, ne ne caractérise jamais par sa générosité [228].

d) Les circonstances exceptionnelles :

324. *La conception extensive des circonstances exceptionnelles.*

La théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles joue bien sûr un rôle protecteur de l'administration en validant les illégalités commises, ou tout au moins en en atténuant le degré [229]. Le Conseil d'Etat adopte dans l'ensemble une conception plutôt extensive de la notion de circonstances exceptionnelles, surtout depuis la dernière guerre, ce qui lui permet de préserver les services chargés de l'ordre public, au sens le plus large du terme, de tout « énervement » là encore, et, plus largement, d'assurer la prééminence de l'impératif de l'ordre public sur celui de la défense des libertés et des garanties. Ont pu ainsi être consi-

223. *Op. cit.,* p. 139; sur la distinction délai indicatif — délai impératif, v. Isaac, *op. cit.,* pp. 351 ss.

224. D'abord pour les cas de textes suffisamment précis pour n'exiger l'intervention d'aucune réglementation complémentaire et dont l'application est subordonnée à la seule intervention de décisions administratives individuelles (S. 6.VII.1934, *Soc. Van Outryve,* 787; *R.D.P.,* 1934.631, concl. Rivet; S. 24.VII.1936, *Synd. défense des grands vins de la Côte-d'Or,* 861); puis, à partir du début des années soixante, pour le cas de textes impliquant des mesures réglementaires (13.VII.1962, *Kevers-Pascalis,* 475, D., 1963.II.606, n. Auby; A. 27.XI.1964, *Finances c/ Renard,* 590, concl. Galmot). Il faudrait en vérité distinguer entre contentieux de la légalité et contentieux de la responsabilité.

225. Concl. A. 27.XI.1964, *Finances c/ Renard,* 599.

226. 9.VI.1967, *Ruben,* Tb. 846, *A.J.,* 1967.608 (n. Silvéra); v. aussi S. 11.XII.1964, *Caisse d'alloc. des officiers ministériels,* 633 (16 mois).

227. V., p. ex., 24.VII.1936, *Synd. défense des grands vins...,* précit. (4 ans); Lille, 8.XII.1965, *Blaine,* 800 (4 ans alors que le délai prévu par le législateur était de 2 mois).

228. V. *supra.*

229. V. intéressants développements *in* Nizard, *op. cit.,* pp. 97 ss.; Mestre, *op. cit.,* pp. 226 ss.

dérées comme des circonstances exceptionnelles, la simple menace d'une grève générale dans les services publics [230], quelques troubles dans un T.O.M. [231], des menaces de troubles sociaux [232], une menace toute virtuelle pour l'ordre public [233], les nécessités d'un plan de stabilisation [234], les événements de mai 1968 [235], et, de façon plus surprenante encore, la nécessité de procéder rapidement à la constitution de très nombreuses universités à la suite de la loi du 12 novembre 1968 [236].

Le passage, avec les décisions concernant les événements de 1968, à la notion de « circonstances particulières » exprime peut-être le désir du juge d'affiner sa jurisprudence, de lui donner une extension contrôlée [237]. Au reste, l'idée de liberté surveillée est celle qui rend le mieux compte d'une jurisprudence dont le but n'est pas de défendre l'administration en tant que telle mais de permettre aux services de fonctionner au mieux et aux institutions fondamentales de la société d'être préservées [238].

325. *Conclusion du paragraphe premier.*

Nombre d'autres notions pourraient faire l'objet d'une semblable investigation. Qu'il nous soit permis de faire une brève allusion à la jurisprudence du sursis à exécution. Il est certain que l'exigence, depuis une quarantaine d'années, d'un moyen sérieux qui tend au surplus, on l'a dit, à devenir un moyen fondé, comme celle afférente à la difficulté de la réparation du préjudice, sont une autre illustration de la tendance du juge à la défense de l'administration.

Le bilan qui peut être fait à ce stade de l'étude doit cependant être nuancé. La tendance du juge administratif à protéger l'administration est indéniable dans certains secteurs. Mais elle n'est pas toujours illégitime tant s'en faut : car c'est bien, qu'on la partage ou non, une certaine conception de l'intérêt général, un équilibre délicat entre des impératifs contradictoires, que cherche, selon des modalités diverses et toujours révisables, à faire prévaloir le juge. Et elle n'est pas univoque : ce qui peut apparaître restriction est parfois, en réalité, étape sur un long parcours qu'il faut bien replacer dans sa perspective historique. Elle n'est enfin que rarement uniforme : les jurisprudences sont dans l'ensemble modérées, et les cas d'indulgence manifeste et excessive à l'égard de l'administration apparaissent en leur sein comme finalement résiduels.

En dernière analyse, si l'on excepte quelques attitudes choquantes comme celle dont bénéficie l'administration fiscale, l'ensemble de la production du

230. 18.IV.1947, *Jarrigion,* 110.

231. 7.I.1955, *Andriamizzera, R.D.P.,* 1955.709.

232. 3.VI.1938, *Soc. « La Cartonnerie St-Charles »,* 521, concl. Dayras, (*G.A.J.A.* 251).

233. T.C. 19.V.1952, *Office publicitaire de France, J.C.P.,* 1954.II.8382.

234. S. 23.V.1969, *Jammes,* 266, *A.J.,* 1969.566; un peu particulier toutefois : il s'agit de la mise en œuvre de l'article 9 du Code des douanes, qui autorise le gouvernement à suspendre les droits de douane concernant les produits agricoles et alimentaires, en cas de « circonstances exceptionnelles ».

235. A. 12.VII.1969, *Chbre de commerce de St-Etienne, A.J.,* 1969.565 (chron. Dewost et Denoix de St-Marc); v. aussi 28.XI.1973, *Bertrand,* 670.

236. 16.VI.1972, *Le Marre, A.J.,* 1973.94.

237. V. aussi la mise en œuvre de la notion de « situation exceptionnelle » qui semble décrire une situation moins anormale que celle de circonstances exceptionnelles (v. Paris, 9.VII.1975, *Elections du Lycée Delacroix,* 743).

238. Libérale ainsi la solution du Conseil d'Etat au terme de laquelle la durée de mise en œuvre de l'article 16 n'équivaut pas nécessairement à une période de circonstances exceptionnelles à tout moment (19.I.1966, *Intérieur c/ Mallol,* Tb. 857).

juge administratif, s'il révèle un climat qui n'est pas défavorable à la puissance publique, n'appelle pas de prise de position tranchée. On peut souhaiter des progrès : on peut être certain qu'ils interviendront.

§ 2. — La défense indirecte de l'administration

326. *Position de la question.*

Le juge peut favoriser l'administration non seulement directement en lui témoignant de l'indulgence, mais indirectement en n'en faisant pas montre à l'égard des administrés. En réalité, l'appréciation quelque peu exigeante du comportement de l'administré n'appelle le plus souvent aucune critique. Il est raisonnable d'attendre ainsi, et on a vu que c'est de cette façon que procédait le juge [239], davantage d'un professionnel que d'un non-professionnel, ou de ne pas accepter que ceux qui pratiquent une activité dangereuse impliquant certaines qualités spéciales, par exemple la conduite automobile, n'en disposent pas.

Il est pourtant des jurisprudences à l'égard desquelles la doctrine s'est montrée réservée.

327. *L'imprudence de l'enfant et l'imprudence de ses parents.*

Un développement a déjà été consacré au refus du juge, sauf exception, de se livrer à une forme d'appréciation *in abstracto* de l'imprudence de l'administré dont l'effet serait d'entraîner la distinction de l'enfant et de l'adulte. Cette position du juge apparaît particulièrement choquante à la doctrine : comment considérer l'imprudence de l'enfant de sept à huit ans qui court sans prêter garde à la circulation ou qui ne peut résister au plaisir de jouer avec un objet dont il peut ne pas savoir qu'il est dangereux, trouvé au bord de la route ? Il semble pourtant qu'ici la jurisprudence soit moins inique qu'il y paraît à première vue. Ce n'est pas tant le comportement de l'enfant que celui de ses parents que le juge met en cause : nombre de décisions l'attestent qui visent le fait que « le jeune... se trouvait sans surveillance sur une voie publique sillonnée de nombreux véhicules » [240], ou simplement le « défaut de surveillance de (l')enfant » [241] ou l'imprudence des parents [242, 243]. De cette jurisprudence ressortent des directives assez fines : en cas d'accident survenu à un très jeune enfant, l'imprudence des adultes chargés de le surveiller est le plus souvent seule retenue. Tout au moins occupe-t-elle dans la motivation une place essentielle; au contraire, si l'enfant est un peu plus âgé, elle n'intervient pas systématiquement et lorsqu'elle joue un rôle, la motivation employée tend à laisser penser qu'il est secondaire. Ainsi l'accident survenu à la « jeune Irène Lachaud, âgée de deux ans et demi » est-il « imputable exclusivement au défaut de surveillance des parents » [244].

239. V. *supra*, titre 1er, chap. 2.
240. 15.III.1912, *Steunon*, 391.
241. 25.I.1918, *Guillemin*, 70; S. 13.XI.1935, *Olive*, 989; 1.VII.1936, *Lacour*, 717.
242. 29.IV.1936, *Laurent*, 480.
243. Le devoir de surveillance n'appartient pas aux seuls parents : 12.I.1923, *Bascan*, 38; 20.IX.1944, *Gauthier*, 253; 6.IV.1949, *Bouillot*, 170; 20.IV.1966, *Rivière*, 270; Pau, 25.III.1974, *Kuhn*, 692.
244. S. 14.V.1937, *Lachaud*, 503; 20 mois : 8.III.1939, *Cmne de Monlet c/ Martin-Touzet*, 150; 7 ans : 6.IV.1949, *Bouillot*, 170; Clermont-Ferrand, 21.VI.1957, *Sauret, A.J.*, 1958.II.31; 8 ans : 27.XI.1957, *Soc. d'études et d'entrep. de travaux publics*, 646; 6 ans 1/2 : 20.XI.1959, *Cmne de Montaigut, A.J.*, 1960.II.11 (concl. Fournier); 3 ans : S. 23.VI.1967, *Soc. Dieppedalle-Leprevost*, 278, *A.J.*, 1967.618 (concl. Bertrand); v. aussi Pau, 25.III.1974, *Kuhn*, 692.

L'accident survenu à un enfant de sept ans « est imputable à l'imprudence de l'intéressé qui avait été laissé sans surveillance » [245] : étrange motivation qui révèle bien que c'est moins l'imprudence de l'enfant que celle de ses parents qui est en cause. Parfois, la motivation qui distingue nettement l'imprudence de la victime et celle de ses parents, est de ce fait moins satisfaisante, encore que la solution effectivement mise en œuvre ne soit pas douteuse :

> « Que cette responsabilité (celle de l'administration) est atténuée dans l'espèce en raison de l'imprudence de la victime qui s'était engagée sur la chaussée sans précaution, et de la faute que ses parents ont commise en laissant circuler dans la rue un enfant de quatre ans sous une surveillance insuffisante » [246].

Il apparaît par contre que la solution qui consiste à laisser une part de responsabilité véritablement propre à l'enfant âgé d'une dizaine d'années et plus est légitime [247]. Assez rares sont finalement les arrêts qui retiennent une responsabilité entière à l'encontre de très jeunes enfants [248].

Cette distinction revêt un intérêt particulier bien sûr lorsque le défaut de surveillance n'est pas imputable aux parents et que, par exemple, l'accident apparaît

> « imputable en partie à une insuffisance d'organisation de la surveillance de la colonie et à un manque de précaution de la part de la directrice qui avait autorisé les enfants à entrer dans l'eau, en partie à une désobéissance de l'enfant qui s'est éloigné du bord contrairement aux ordres reçus » [249].

En réalité, cette jurisprudence pour les enfants qui ne sont plus à proprement parler très jeunes est, sauf exception [250], un peu irréaliste : les parents ne peuvent parvenir à surveiller en permanence leur progéniture. C'est en ce sens que l'appréciation sévère de leur comportement est un moyen de défense de l'administration. Mais il faut ajouter immédiatement qu'on envisage mal une jurisprudence de remplacement. Il serait difficilement concevable que l'on s'achemine vers une indemnisation systématique des dommages subis par des enfants et il n'y a pas lieu que l'administration devienne automatiquement responsable pour l'ensemble des dommages subis par les jeunes administrés : elle n'a pas à supporter, si tristes et si poignantes soient ces affaires, le poids de dommages qui sont effectivement le fait d'une insuffisante surveillance des parents, même si le laxisme en ce domaine est général. On ne peut reprocher au juge de faire prévaloir une conception dogmatique de la prudence en ce domaine. Quant aux enfants de plus de dix ans, il n'est pas déraisonnable d'attendre d'eux une forme élémentaire de prudence. Sans doute la jurisprudence administrative est-elle en la matière un peu trop rigoureuse [251], elle n'est en tout cas pas absurde comme on l'a écrit trop souvent. C'est surtout, et l'on y

245. 30.IX.1942, *Hermant*, 270; v. motivation proche : 20.XI.1942, *Haus*, 329.
246. 23.X.1942, *Chabani*, 287.
247. 20.V.1966, *Off. munic. d'H.L.M. de Castres*, 348; 5.IV.1974, *Allieu*, 216.
248. V. pourtant récemment l'arrêt choquant à cet égard, 26.V.1976, *Salabaras*, 276 (enfant de 6 ans et demi).
249. 20.IX.1944, *Gauthier*, 253 (en l'espèce, l'enfant avait 11 ans et demi); v. aussi 17.XI.1961, *Edme*, 644 (8 ans).
250. Le défaut de surveillance des parents est aussi particulièrement patent *in* 24.XI.1965, *Gauthe*, 641.
251. Comp. avec la jurisprudence judiciaire, citée par M. Becet, *op. cit.*, pp. 37 ss.; encore que celle-ci soit moins systématiquement différente de la jurisprudence administrative qu'on le pense (v. Dejean de La Bâtie, *op. cit.*, n° 27; v. aussi Richer, *op. cit.*, multig., p. 35).

reviendra dans quelques pages, la répartition finale de la charge de la responsabilité qui paraît peu indulgente en ce domaine comme dans beaucoup d'autres.

Ajoutons toutefois que si le juge se montre très exigeant vis-à-vis des parents, il semble plus réaliste lorsque c'est à l'administration qu'incombe la surveillance. Ainsi, dans l'affaire *Ville de Lomme*, un très jeune enfant en ayant blessé un autre dans une cour de récréation, la Haute Assemblée considère-t-elle

> « que le fait que deux personnes seulement aient été affectées à la surveillance d'une quarantaine d'enfants ne constitue pas la preuve d'une mauvaise organisation du service..., que si, en raison de leur âge, certains des élèves... nécessitaient... une surveillance particulièrement attentive, il ne résulte pas de l'instruction qu'une telle surveillance n'ait pas été exercée en l'espèce; qu'en fait, ces agents municipaux ne pouvaient empêcher le geste imprévisible du jeune enfant qui a blessé son camarade avec une baguette de bois » 252.

Un tel raisonnement serait souvent applicable à des cas de surveillance infructueuse des parents : le juge n'y recourt pourtant jamais. Il y a là une distorsion significative.

328. *L'imprudence de l'usager de l'ouvrage public.*

M. Moreau a brossé le « portrait » de « l'administré idéal », étayé par une abondante jurisprudence, et il est inutile d'y revenir en détail :

> « L'administré idéal est d'abord un être paisible, qui s'abstient de prendre part à des défilés ou à des manifestations bruyantes... Le Conseil d'Etat considère aussi que la curiosité est un défaut très grave. Il sanctionne impitoyablement, par le moyen de la déchéance du droit à réparation, toutes les conduites qui ne sont pas conformes à la prudence... Les décisions jurisprudentielles dessinent une image de l'administré idéal, mais ce type (est) un peu falot. » 253

Puisqu'il n'est pas possible de développer ici un grand nombre d'analyses ponctuelles de cette attitude assez sèche du juge, on se contentera de deux illustrations.

Le Conseil d'Etat développe tout d'abord une conception assez exigeante de l'usager des divers ouvrages publics. Si on laisse de côté le cas de l'automobiliste, dont, répétons-le, il est légitime d'attendre des capacités particulières, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence apparaît bien souvent sévère. Ainsi vis-à-vis d'un piéton qui doit non seulement être particulièrement attentif mais encore capable, lorsqu'il habite au voisinage d'un obstacle, de conserver en mémoire son exacte configuration et d'agir en conséquence : il « ne peut ignorer » l'obstacle comme le dit la formule consacrée avec beaucoup d'autorité 254.

Plus frappante encore est la jurisprudence concernant les accidents d'ascenseurs : leur victime, qui a omis de vérifier la présence de la cabine avant de

252. 16.I.1970, *Ville de Lomme, A.J.*, 1970.255.

253. *Op. cit.*, pp. 207 ss.

254. V. *supra*, titre 1er, chap. 2.

s'y engager, est déclarée responsable à 50 % 255 ou à 25 % 256 selon les cas 257.

329. *L'imprudence du bénéficiaire d'un renseignement erroné, d'une promesse non tenue ou d'une attitude équivoque de l'administration.*

On a pu observer que, dans le cadre de cette jurisprudence, le juge administratif se montrait d'une assez grande sévérité à l'égard des professionnels : ce n'est pas illégitime car il convient d'éviter que la mauvaise foi soit privilégiée 258.

L'appréciation de l'imprudence du non-professionnel, qui fait l'objet d'une jurisprudence moins abondante, est bien sûr beaucoup plus indulgente. Toutefois, comme le note justement M. Richer,

> « la jurisprudence en la matière est dominée par l'idée d'un devoir de méfiance de l'administré » 259.

Celui-ci ne sera réputé prudent que si le renseignement a été donné ou l'engagement pris par un agent compétent, d'une façon suffisamment précise et conforme à sa nature 260. Cette exigence d'une connaissance de la répartition des compétences et des formes de la procédure par l'administré est bien sévère. La condition supplémentaire, tenant à la plausibilité du renseignement ou de l'engagement, ne l'est pas moins dans certains cas.

En réalité, nombre de décisions n'appellent pas de restriction. Ainsi celles qui consacrent l'imprudence du propriétaire qui a construit sans avoir attendu la délivrance du permis de construire et de l'arrêté d'alignement, en se fondant sur de simples renseignements 261, ou du particulier auquel un renseignement a été fourni sous réserve de vérification 262, 263.

En revanche, quelques arrêts apprécient assez durement le comportement de l'administré. Le Conseil d'Etat dispose dans une décision *Baixas* que

> « s'il est constant que les renseignements contenus dans le plan parcellaire fourni aux intéressés, sur les limites d'une parcelle leur appartenant, étaient erronés, les requérants ont fait preuve de légèreté en egageant, sans avoir

255. 23.III.1966, *Soc. Otis-Pifre*, 231.

256. 10.V.1963, *Faculté de médecine de Lyon*, 287; 15.III.1968, *C.H.R. de Toulouse c/ Pla*, Tb. 1130; 9.VII.1975, *Finances c/ Soc. Ascinter-Otis*, 414.

257. Le juge s'était montré plus rigoureux dans l'affaire *Otis-Pifre* dans le cadre d'une appréciation *in abstracto* tenant compte des fonctions de la victime : « qu'il sera fait une juste appréciation des responsabilités encourues, compte tenu notamment de ce que la victime était chargée d'une tâche de surveillance, en fixant à la moitié des conséquences dommageables de l'accident la part de responsabilité de l'entrepreneur ».

258. V. *supra*, titre 1er, chap. 2.

259. *Op. cit.*, multig. p. 303; v. aussi André, « La responsabilité de la puissance publique du fait de diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration », *A.J.*, 1976, pp. 20 ss.

260. Sur ces conditions, v. Di Malta, « Les renseignements administratifs », *D.*, 1964, chron. 33, pp. 225 ss.

261. 30.VII.1880, *Varrall*, 711; 10.VI.1970, *Barillet*, 496; *v. aussi* 17.V.1934, *Touzet*, 576.

262. S. 17.VII.1936, *de Noailles*, 791; « renseignements à titre officieux » : 15.VI.1923, *Fellus*, 496; « reenseignements fournis à titre bénévole » : S. 22.V.1939, *La soie artificielle de Valenciennes*, 346; v. aussi S. 18.II.1944, *Soc. du crédit national de Normandie*, 61; 23.X.1957, *Cornillat*, 548; 23.III.1966, *Boitard*. 222; notons que malheureusement il est difficile de savoir si les renseignements ont alors été donnés *explicitement* « à titre officieux » ou « à titre bénévole ».

263. Assez peu sévères sont les décisions suivantes : 23.V.1962, *Anciens combattants c/ Cabane*, 346; 30.I.1963, *Anciens combattants c/ Borotra*, Tb. 988; 22.I.1964, *Quenza, A.J.*, 1964.450; *Armées c/ Martin*, 650; 5.XI.1969, *Jacquet*, 477.

vérifié la valeur des indications qui leur avaient été fournies, une action en justice contre le propriétaire voisin ».

Et la Haute Assemblée ajoute, de façon surprenante :

« Le préjudice qu'ils ont subi leur est entièrement imputable. » [264]

Sévère aussi la décision *Montaud :* l'administration, par une correspondance sans ambiguïté, avait conduit un directeur de groupe scolaire à penser par erreur qu'il pouvait cumuler sa pension de retraite et une rémunération d'activité dans l'hypothèse où il demanderait à faire valoir ses droits à la retraite et à être chargé de la direction d'un collège; selon le Conseil, le sieur Montaud aurait dû procéder à vérification [265].

Dans le domaine plus particulier des promesses non tenues, ce sont en principe des professionnels, ainsi qu'on a pu le voir, qui sont en cause, et donc la jurisprudence est assez sévère. Lorsque de simples particuliers sont victimes de telles promesses, les principes valables pour les renseignements reçoivent application : quand l'engagement avait toutes les apparences de la légalité, l'imprudence de la victime n'est pas retenue [266]; quand au contraire la promesse a revêtu un caractère trop informel, la responsabilité de l'administration ne saurait être engagée [267].

330. *Conclusion du paragraphe* 2.

Au terme de ces brèves investigations sur la défense indirecte de l'administration par son juge, que l'on peut compléter par les développements consacrés plus haut aux modes d'appréciation, on est conduit à une conclusion voisine de celle apportée à la question de la défense directe de l'administration ci-avant : si l'on excepte des exemples ponctuels, il ne semble pas que le juge soit d'une excessive dureté à l'égard des administrés, professionnels ou non. Sans doute le modèle de l'administré normal est-il un peu plus exigeant que le modèle de l'administré moyen. Mais, même dans les jurisprudences où ce décalage est le plus certain, il n'atteint pas une ampleur abusive : le juge administratif assume sans faiblesse et avec fermeté sa mission éducatrice, mais il ne se montre, dans l'ensemble, pas inutilement dur, pas au point en tout cas que l'on puisse penser que sa dureté vis-à-vis de l'administré n'ait pour fonction que la défense de l'administration.

§ 3. — Scolie sur le partage de responsabilité

331. *Le partage de responsabilité : moralisation de la responsabilité ou défense de l'administration ?*

La faute de la victime a l'effet exonératoire que l'on sait dans la mesure où celle-ci, selon l'expression de M. Bénoit, joue alors « concurremment avec la personne qu'elle a mise en cause, le rôle d'auteur du fait dommageable » [268].

264. 23.VI.1965, *Baixas,* Tb. 1056.
265. 28.IV.1971, *Education nationale c/ Montaud,* Tb. 1191, *A.J.,* 1971.683.
266. 18.X.1957, *Bouveret,* 542; v. aussi 4.X.1967, *Synd. intercomm. d'élect. de Pont-St-Esprit,* Tb. 931.
267. 13.X.1976, *Rossel-Calva,* 409.
268. « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *J.C.P.,* 1957.I.1351.

Le partage de responsabilité que doit opérer le juge est délicat. Il semble qu'il ne revête pas le caractère d'une analyse scientifique de la causalité pour la bonne et simple raison qu'une telle analyse est impossible dans la plupart des cas. Il y a donc tout lieu de supposer que le partage de responsabilité s'effectue dans une perspective de moralisation. Il s'agit de sanctionner, en dehors de la relation causale précise qu'ils entretiennent avec le dommage, deux comportements, celui de l'administration et celui de la victime, ou un seul selon les cas.

Dans cette perspective, il est possible de se demander si les partages de responsabilité auxquels se livre le juge administratif ne sont pas bien souvent plutôt indulgents pour l'administration et plutôt rigoureux envers l'administré.

Comme l'écrivait un auteur anonyme, on trouve tous les types de partages de responsabilité : 0/100, 20/80, 25/75, 1/3-2/3, 40/60, 50/50, *etc.* [269]. Le système est donc d'une très grande souplesse, et on peut supposer que les choix qui sont opérés, dans un cadre aussi libre, revêtent une réelle signification.

De ce point de vue, un grand nombre de décisions apparaissent effectivement bien indulgentes pour l'administration et bien rigoureuses pour l'administré :

— Il est ainsi étrange que dans l'affaire *Elie* la Haute Assemblée ait mis sur le même plan la perte d'un document par l'administration et celle de son exemplaire propre par l'administré, concluant à un partage par moitié de la charge de la responsabilité : comme s'il n'était pas plus grave pour une administration que pour un simple particulier d'égarer un dossier que sa fonction est justement de gérer [270];

— Dans l'affaire *Tallec,* un garage mobile à bicyclettes avait été installé devant la préfecture de la Gironde, par les soins des services départementaux; le 22 janvier 1958, vers 19 h 30, à la nuit noire, le sieur Tallec trébuche sur cet obstacle; la décision consacre la faute de l'administration qui n'avait procédé à aucune signalisation, mais ajoute que la victime « a commis une imprudence en circulant rapidement au ras des murs sans attention suffisante », laissant les trois quarts de la responsabilité à la charge de cette dernière, proportion considérable pour une faute à dire vrai assez mal définie, alors que le manquement de l'administration avait été caractérisé [271];

— Dans l'affaire *Berkowitz,* le Conseil admet le défaut d'entretien normal que constitue la présence d'une balise sur une route alors qu'elle avait été abandonnée pendant longtemps sur l'accotement : mais il laisse un tiers de la responsabilité à la charge de la victime qui, « surprise par la présence de cet obstacle imprévu, n'a pas su conserver la maîtrise absolue de son véhicule » [272];

— Le seul fait pour la victime, dans l'affaire *Vimart,* d'avoir emprunté quotidiennement une voie très gravement défectueuse suffit, en l'absence de toute imprudence prouvée, à entraîner un partage de responsabilité par moitié [273]; dans d'autres espèces, la charge, mais c'est encore non négligeable, est abaissée à un tiers [274] ou à un quart [275];

— Plus sévère encore est l'affaire *Vignals;* la victime était tombée dans une tranchée sur un chantier non clos et non signalé, contigu à un terrain commu-

269. « La cause humaine en matière de dommages découlant de travaux publics », *A.J.T.,* 1951, p. 129.
270. S. 30.XI.1973, *Elie, A.J.,* 1974.96.
271. 24.I.1964, *Tallec, A.J.,* 1964.188.
272. A. 9.I.1976, *Aménagement du territoire c/ Berkowitz,* 21 (concl. Théry).
273. A. 14.II.1975, *Vimart,* 113 (concl. Rougevin-Baville); 11.VI.1969, *Phélipon,* 305.
274. 28.IV.1972, *Pothier,* Tb. 1247.
275. S. 4.V.1973, *Entrep. Matière,* 324, *A.J.,* 1974.43.

nal ouvert au public; le Conseil d'Etat laisse la moitié de la responsabilité à la charge de la victime en considérant « qu'en s'engageant de nuit sur un terrain qui n'était pas destiné à la circulation des piétons, (elle) a commis une grave imprudence » 276; cette solution apparaît d'autant plus dure que la Haute Assemblée avait commencé par démontrer le défaut d'entretien normal en décrivant l'impossibilité dans laquelle se trouvaient les usagers de percevoir à partir de quel moment ils cessaient d'être sur le terrain ouvert au public;

— Un jugement *Raffaele,* alors qu'il y avait eu « insuffisance notoire » de la signalisation d'un obstacle, argue de ce que la victime avait « abordé une zone de pénombre sans modifier l'éclairage en veilleuse de sa voiture » pour laisser trois quarts de la charge de la responsabilité à cette dernière 277.

Particulièrement rigoureuses encore sont les décisions qui laissent

— 50 % de la responsabilité au chauffeur de camion qui a fait une fausse manœuvre, se trouvant confronté aux « fumées particulièrement épaisses » dégagées par un feu de broussailles et de pneus allumé par des cantonniers 278;

— ou, pour « manque d'attention », au conducteur surpris, à la tombée de la nuit, par la présence d'une bordure de trottoir sur la chaussée 279;

— ou à un autre conducteur encore, pour le seul fait de n'avoir pas attaché sa ceinture de sécurité 280;

— un tiers de la responsabilité au conducteur qui aurait dû éviter une énorme excavation totalement dissimulée parce que remplie d'eau 281;

— ou à celui qui, victime aussi d'une excavation, a commis la seule faute de laisser s'asseoir deux passagers à l'avant de son véhicule 282.

De tels exemples pourraient être multipliés 283, 284. Mais il faut ajouter que d'autres décisions attestent en revanche une réelle indulgence. Ainsi celle qui ne laisse qu'un quart de la responsabilité seulement à la charge d'un cyclomotoriste victime d'un défaut d'entretien normal qui, de nuit, avait commis plusieurs imprudences telles que l'absence du port du casque et le transport d'un passager 285. Il n'est pas excessif non plus, dans le cadre de la responsabilité sans faute fondée sur la notion de chose dangereuse, de laisser le tiers

276. 17.VI.1974, *Vignals,* 345.
277. Pau, 15.XI.1972, *Raffaele, A.J.,* 1973.274.
278. S. 13.X.1972, *Caisse régionale de réassur. mutuelles agricoles de l'Est,* 635 (concl. Guillaume), *A.J.,* 1973.153.
279. 3.IV.1968, *Flanchart,* Tb. 1135.
280. Châlons, 11.III.1975, *Marseux-Hincelin,* Tb. 1303.
281. 2.XII.1970, *Soc. des eaux de Marseille, A.J.,* 1971.245 (n. Moderne).
282. 7.III.1969, *Equipement c/ Yvrard,* 147.
283. V. encore 29.III.1968, *Cmne du Coteau, A.J.,* 1968.488; 12.VI.1968, *Ville de Louviers, A.J.,* 1968.600; 21.X.1970, *Soc. Nessi-Bigeault, A.J.,* 1971.316; S. 21.VII.1972, *Brocas, A.J.,* 1973.164; 19.IV.1974, *S.A. des sondages « Entrep. Bachy »,* 241, *A.J.,* 1974.451, *etc.*
284. Le partage de responsabilité est souvent particulièrement rude pour la victime dans le domaine des renseignements erronés et promesses non tenues; ainsi, dans l'affaire *Huileries de Chauny,* M. Waline contestait-il avec justesse la répartition par moitié de la responsabilité, en considérant que « les industriels peuvent à bon droit penser que lorsqu'un ministre des Finances prend des engagements, c'est qu'il a le droit de le faire... Les industriels doivent-ils donc, avant de croire aux promesses des ministres et spécialement de celui qui par ses fonctions est le plus avare, tant des promesses que des deniers de l'Etat, aller demander des consultations juridiques aux spécialistes comme nous avons essayé de le montrer plus haut concluait l'éminent juriste, l'incompétence ministérielle en la matière n'était pas évidente; peut-on reprocher aux industriels de n'avoir pas pressenti ce que le Conseil d'Etat en penserait quinze ans plus tard ? » (24.IV.1964, *Soc. Huileries de Chauny, R.D.P.,* 1964.806); n'était-il pas non plus bien rigoureux de laisser l'entière responsabilité aux *Epoux Baixas* dans l'arrêt précité ? ou le tiers au *Sieur Montaud* (arrêt précité) ?
285. 24.II.1975, *Lineau,* Tb. 1303.

de la charge de la responsabilité à un individu qui recherchait des fuites de gaz la bougie à la main 286. Ou le sixième de la charge à la victime d'une chute dans une excavation, dans des arènes antiques, dans la mesure où, dans un tel lieu, sa seule chute témoigne d'une insuffisante attention 287. Ou le tiers encore à un entrepreneur ayant commencé des travaux avant même que le marché soit passé et sans permis de construire 288.

Il est par ailleurs des affaires dans lesquelles la gravité de la faute commise par la victime implique la dureté de la solution. Ainsi n'est-il pas surprenant que le Conseil d'Etat laisse les trois quarts de la responsabilité à la victime d'un dérapage dû à un revêtement lisse et à un bombement important de la chaussée, dans la mesure où celle-ci circulait à bord d'un camion doté de pneus très fortement usés 289.

Encore que la défense de l'administration et la sévérité à l'égard de l'administré soient ici plus sensibles — peut-être parce que, moins évidentes à première lecture, elles sont moins délicates à promouvoir, peut-être aussi parce qu'elles peuvent, à ce stade, s'épanouir presque inconsciemment, par une forme d'automatisme —, on voit bien qu'aucune leçon définitive et univoque ne peut être retirée de cette investigation, au demeurant empirique et superficielle : une étude plus systématique conduirait, on peut le penser toutefois, à une conclusion nuancée.

332. *Conclusion de la sous-section I.*

La défense de l'administration par le juge est donc une tendance assez difficilement contestable de la jurisprudence administrative, mais une tendance atténuée, amortie : ce n'est pas l'air dominant du morceau qui se joue, plutôt une petite musique lancinante que le juge chuchote *mezza voce* et, semble-t-il de plus en plus bas. Il y a sans doute des pans entiers de jurisprudence qui appellent la critique : mais ils sont peu nombreux. Et les restrictions que l'on peut apporter au climat en fin de compte modéré de la jurisprudence administrative doivent elles aussi être modérées. Le juge ne procède pas, sauf exception, par clairs-obscurs violents mais par demi-teintes de plus en plus subtiles.

Surtout, le contenu de la défense de l'administration ne doit pas être déformé : il s'agit moins pour le juge de développer une solidarité organique avec l'administration que de promouvoir les équilibres qui lui semblent utiles à notre société entre les nécessités contradictoires de l'ordre et de la liberté, de la garantie sociale et de la responsabilité individuelle, du bon fonctionnement du service et du respect de l'usager.

La jurisprudence n'est pas parfaite, et il serait sot de prétendre qu'elle a atteint un point d'équilibre indépassable. La doctrine a donc raison de maintenir ici et là ses critiques. Mais l'époque est mal choisie pour ouvrir le procès général de la jurisprudence administrative que beaucoup ont entrepris et qui semble passer là encore, bien souvent, par la mise en opposition manichéenne d'un Conseil

286. 9.X.1970, *Entrep. Bourdin et Chausse, A.J.,* 1971.317; 18.XI.1970, *Picard, A.J.,* 1951.180; la jurisprudence du Conseil est ici d'une rigoureuse logique en laissant le quart de la charge à la victime qui ne cherchait pas, mais qui a allumé une bougie malgré l'odeur de gaz (24.XI.1965, *G.D.F.,* Tb. 1082); si la présence de gaz n'était pas décelable, pas de faute de la victime bien sûr (Toulouse, 8.VII.1975, *Lagrange,* 742).
287. 23.II.1968, *Ville de Nîmes,* 139.
288. 13.XI.1974, *Coulibœuf,* 567; v. aussi 17.V.1963, *Cmne de Monein,* 305.
289. 6.X.1972, *Roux,* Tb. 1247; pneu usé et vitesse excessive : 3/4 à la charge de la victime : 29.XI.1967, *Vocanson,* Tb. 950; vitesse excessive seulement, 1/4 à la charge de la victime : 3.III.1971, *Equipement c/ Roger Style,* Tb. 1225, *A.J.,* 1971.436.

d'Etat arrogant, peu libéral, aristocratique, lié à on ne sait trop quels intérêts de classe ou de couche sociale, et de tribunaux administratifs généreux, proches des préoccupations des justiciables, purs de toute collusion.

Sous-section II

La variation de la tendance à la défense de l'administration selon les juges administratifs

333. *Note introductive.*

On n'entendra ici par juge administratif que le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs liés à lui par la voie de l'appel. Au demeurant, l'essentiel du contentieux de la cassation devant la Haute Assemblée intervient à propos des décisions des juridictions professionnelles et la tendance du Conseil est, dans l'ensemble, à se montrer plus indulgent que les juges ordinaux.

§ 1. — La thèse de la variation

334. *La thèse selon laquelle les tribunaux administratifs seraient moins indulgents pour l'administration et plus indulgents pour les administrés que le Conseil d'Etat.*

Il y a, au stade de l'élaboration des grandes orientations de la jurisprudence, qui n'est, on le verra, pas le seul envisageable, car peuvent s'imaginer des désaccords plus subtils, quatre grandes figures décrivant les relations possibles entre les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat :

— l'accord pour le maintien d'une jurisprudence;
— l'initiative des premiers juges suivie par le Conseil;
— l'initiative des premiers juges rejetée par le Conseil;
— l'initiative du Conseil qui a les moyens de l'imposer aux tribunaux [290].

Parallèlement au point de vue, déjà examiné, selon lequel les tribunaux administratifs seraient moins laconiques que la Haute Assemblée, s'est développé celui selon lequel ils seraient de plus moins indulgents pour l'administration et davantage pour les administrés : cette proposition forme aujourd'hui un lieu commun des discussions entre administrativistes, même si elle ne s'exprime pas autant dans les écrits et les études systématiques que dans les paroles et les simples conversations [291]. L'argumentation qui fonde cette thèse est assez constante : « ils sont des juges proches du justiciable » [292]; « ils sont enclins, par leur situation plus proche des justiciables, à tenir davantage compte des tendances de l'opinion publique » [293]. Bref, ils exerceraient une véritable fonction tribunitienne.

290. Sur cette question, v. les réflexions de M. Drago, « La contribution des tribunaux administratifs à l'élaboration de la jurisprudence, le point de vue de la doctrine (contentieux général) », *in Les Tribunaux administratifs..., op. cit.*, p. 72.
291. Dans certains domaines cependant, la doctrine est très explicite; ainsi à propos du sursis à exécution; v. Gleizal, art. précit., p. 397; Luce, « Considérations sur le fonctionnement des tribunaux administratifs », *J.C.P.*, 1961.I.1658; v. aussi Tourdias, *op. cit.*, pp. 93 ss.
292. Rivéro, « Rapport de synthèse », *Les tribunaux administratifs..., op. cit.*, p. 197; M. Rivéro adopte au demeurant une version modérée de ce point de vue.
293. Luce, art. précit.

M. Rivéro donne une seconde raison, plus complexe :

> « La fonction de juge d'appel unique, le souci d'unité qu'elle implique imposent un état d'esprit plus régulateur que novateur. (Le Conseil) ne peut, étant donnée sa haute position, se permettre de lancer des ballons d'essai. » [294]

En réalité, la comparaison des jurisprudences des deux juridictions ne permet pas de donner une réponse simple à la question posée. Sans doute d'ailleurs la doctrine s'accorde-t-elle avec cette proposition puisque M. Gleizal dont l'article est l'un des plus engagés en faveur des tribunaux administratifs a cru bon de noter que si cette indulgence des tribunaux était certaine elle ne pouvait s'exprimer, ce qui ne rend bien sûr pas son analyse aisée... Cet auteur écrit que

> « la jurisprudence des tribunaux administratifs a essayé de se démarquer, en matière de sursis, de celle du Conseil d'Etat... (mais) cette indépendance des tribunaux administratifs n'a cependant pas duré. Les effets de la jurisprudence *Préfet du Var* se sont rapidement fait sentir. Tout est rentré dans l'ordre. Si l'on se réfère aux chiffres, on constate que, de 1963 à 1970, le *Recueil* ne fait état que d'un jugement de tribunal administratif octroyant le sursis pour 9 rejets. Pour la même période, le *Lebon* ne reproduit que quatre arrêts du Conseil d'Etat annulant des octrois de sursis pour sept confirmant des rejets. C'est dire que les tribunaux administratifs ont appris à devancer les vœux du Conseil ».

Le désir d'innovation des tribunaux administratifs, selon le même auteur, aurait été contraint de se retrancher dans les seules conclusions des commissaires du gouvernement [295].

§ 2. — L'absence de variations très significatives des jurisprudences

335. *Les difficultés de la recherche.*

Il ne faut pas se les dissimuler, et c'est toute une étude systématique, quantitative, probablement collective qui devrait être menée.

Plusieurs considérations rendent en effet quasiment impossible la comparaison précise des jurisprudences, en dehors d'un travail fort long, et contraignent par suite la doctrine en général et le bref développement qui suit en particulier à un jugement très approximatif, nécessairement partiel, fruit d'une simple impression tirée de la lecture de la jurisprudence, étayé ici et là par un exemple plus précis. Ces considérations sont les suivantes :

— Tout d'abord, parler de la jurisprudence des tribunaux administratifs est un mythe; sans même viser la perpétuelle évolution des personnels qui concerne aussi bien les premiers juges que la Haute Assemblée, il faut supposer, car il est impossible qu'il en aille autrement, que, si la conscience des magistrats des divers tribunaux est égale, la tendance propre à chaque tribunal peut être assez variable, selon les opinions profondes de ses membres. Il est en effet impossible d'exclure, quel que soit le souci de se hausser au-delà des prises de position partisanes qu'il convient de prêter aux magistrats, que leurs opinions politiques, au sens le plus large et le plus noble du terme, influent

294. Rivéro, contrib. précit., p. 197.
295. Gleizal, art. précit., p. 397.

sur le contenu qu'ils attribuent à des standards par nature délicats à interpréter. Aussi bien y a-t-il tout lieu de supposer que certains tribunaux administratifs peuvent, avec des évolutions au fil du temps, être plus sensibles que d'autres à certaines situations. De la mêne manière que, de notoriété publique, certains tribunaux judiciaires sont, par exemple, beaucoup plus généreux dans l'ensemble que d'autres;

— Le deuxième obstacle tient aux critères du choix de la publication des jugements des tribunaux administratifs. Deux hypothèses sont en effet *a priori* également concevables : le Conseil d'Etat, qui semble avoir la haute main sur les choix du *Lebon* peut être tenté de ne pas publier les décisions gênantes, élaborant une critique convaincante de sa propre jurisprudence; il peut au contraire les publier, dans la perspective de la censure du courant qu'elles manifestent, à des fins pédagogiques. Il est difficile de savoir ce qu'il en est exactement, mais il faut ajouter que des sources d'information parallèles existent, et notamment l'*Actualité juridique* qui a traditionnellement ménagé une place assez importante à la publication des jugements des tribunaux administratifs, des conclusions de leurs commissaires du gouvernement, des commentaires doctrinaux de leurs membres; au surplus, nombre d'informations sur des décisions inédites ou de publications de ces décisions sont le fait d'enseignants qui entretiennent des relations directes avec les tribunaux administratifs de leur lieu d'enseignement. Il est ainsi assez improbable que de larges courants de contestation de la jurisprudence établie passent inaperçus, même si les choix du *Lebon* ne sont pas opérés, ce qu'il est au demeurant impossible d'affirmer, selon des critères pleinement satisfaisants. Il reste cependant que le *corpus* des jugements de tribunaux administratifs publiés est infime par rapport au nombre de décisions rendues. Nous serions, pour notre part et à la lumière des comparaisons que l'on peut établir entre les publications possiblement orientées du *Lebon* et celles des sources concurrentes, tenté d'interpréter ce faible taux de publication comme un signe d'accord des juges administratifs sur l'essentiel, plutôt que comme la preuve d'une volonté délibérée d'étouffement de la voix des premiers juges. Mais une telle hypothèse ne pourrait être vérifiée de façon sérieuse qu'à la suite d'une longue et minutieuse enquête;

— Le troisième et dernier sujet de prudence tient à la multiplicité des stades auxquels peut se manifester le désaccord, et donc à la très grande difficulté de l'établissement d'un jugement exhaustif sur la réalité. Trois niveaux devraient en effet être soigneusement distingués : celui du choix même de la jurisprudence; celui de sa mise en œuvre; celui enfin des conséquences tirées de son application. Les juges administratifs peuvent en effet être ou n'être pas d'accord sur l'économie générale du système appliqué, ou bien être d'accord et l'appliquer différemment, ou bien encore l'appliquer de façon très semblable mais, sur le plan de l'indemnisation par exemple, dans les contentieux où celle-ci joue un rôle, se montrer très diversement généreux.

On voit ainsi la difficulté de toute comparaison. Il ne s'agira dans les lignes qui suivent que d'opérer quelques remarques partielles, et excluant le dernier niveau possible d'analyse, afférent à la question des conséquences tirées de la mise en œuvre d'une jurisprudence, et notamment de l'indemnisation, qui nécessiterait de tout autres moyens d'investigation que les nôtres.

336. *Les divergences sur le choix même de la jurisprudence.*

Ce sont les cas les plus faciles à distinguer. Ici, il faut opérer le départ entre deux situations :

— La divergence attestant la volonté libérale du premier juge peut être réduite par le Conseil d'Etat : celui-ci pourra alors être considéré comme moins généreux vis-à-vis de l'administré que le tribunal administratif censuré, éventuellement d'ailleurs pour de bonnes raisons;

— La divergence manifestée par une ou plusieurs décisions d'un ou de plusieurs tribunaux administratifs peut au contraire être entérinée par la Haute Assemblée qui accepte d'infléchir sa jurisprudence, montrant alors sa capacité de dialogue avec les premiers juges et son absence de prévention à l'encontre des innovations qui ne viendraient pas d'elle.

Enfin, il ne faut pas manquer de préciser que nombre d'innovations favorisant l'administré ont été, depuis vingt-cinq ans, le fait du Conseil d'Etat lui-même.

Quelles sont tout d'abord les tentatives d'infléchissement de la jurisprudence dans un sens favorable à l'administré, esquissées par les premiers juges et acceptées par la Haute Assemblée ?

Certaines ne sauraient être étudiées ici car ne concernant pas les standards. On peut toutefois mentionner la réparation de la douleur morale, où, suivant la jurisprudence judiciaire, les tribunaux administratifs ont préfiguré [296] l'évolution postérieure du Conseil d'Etat [297] : en la matière, celui-ci, qui au demeurant indemnisait déjà le préjudice esthétique, l'atteinte à la dignité, à l'honneur et à la réputation, et qui réparait d'une certaine manière la douleur morale par le truchement des « troubles de toutes natures dans les conditions d'existence du requérant » [298], a clairement montré sa capacité d'écoute en ne tardant pas à consacrer une évolution manifestement souhaitée par les premiers juges dans leur ensemble et par beaucoup de juristes, quelques réserves que l'on puisse pourtant formuler à son sujet et quelque fondé en morale que soit l'ancien adage « les larmes ne se monnayent pas » [299].

De la même manière, et ici on se rapproche du champ de notre étude, puisque l'on aborde, avec la présomption, un standard de pure administration du droit, le tribunal administratif de Paris, dans l'affaire *Vicat-Blanc*, a pris l'initiative d'étendre la jurisprudence *Barel*, suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Sauzet, en dispensant le requérant d'invoquer un commencement de preuve [300]. Là encore l'audace des premiers juges fut confirmée par la Haute Assemblée en appel [301], et il semble que d'elle-même elle n'aurait pas hésité à franchir cette dernière étape, ayant délibérément amorcé cette mutation de la jurisprudence traditionnelle.

A l'époque récente, ce sont les premiers juges qui ont favorisé l'extension du contrôle de l'erreur manifeste au contentieux de la haute police. Le tribunal administratif de Paris a, par une décision *Schoenman*, appliqué cette technique à une décision refusant l'entrée d'un étranger sur le territoire national pour, dans la grande tradition du Conseil d'Etat dont c'est une des méthodes jurisprudentielles, ne finalement pas retenir en l'espèce l'erreur manifeste [302]. On peut

296. V. Lille, 28.II.1958, *Bousinard, A.J.*, 1958.II.105 (concl. Delevallé); Nantes, 14.III.1958, *Rigollet*, 699; Bordeaux, 15.II.1961, *Meunier, A.J.*, 1961.II.361 (concl. Luce).
297. 24.XI.1961, *Travaux publics c/ Letisserand*, 661, *D.*, 1962.II.34 (concl. Heumann), *R.D.P.*, 1962.330 (n. Waline), *A.J.*, 1962.22 (chron. Galabert et Gentot).
298. 8.XI.1960, *Savelli*, 640, *R.D.P.*, 1961.1068 (n. Waline).
299. Sur cette question, v. Drago, contrib. précit., pp. 73 et 74; Luce, « Nouvelles réflexions sur la réparation du préjudice moral par le juge administratif », *J.C.P.*, 1962.I.1685; Morange, « A propos d'un revirement de jurisprudence : la réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat », *D.*, 1962, I, pp. 15 ss.; Isaac, « Après l'arrêt *Letisserand* : Dix années de réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat », *Mélanges Couzinet*, pp. 387 ss.
300. Paris, 6.XI.1959, *Vicat-Blanc, A.J.*, 1959.360 (concl, Sauzet).
301. 21.XII.1960, *Premier ministre c/ Vicat-Blanc*, 1093.
302. Paris, 9.VI.1971, *Schoenman*, 862.

observer que, dans une affaire *Librairie Maspéro,* relevant elle aussi du contentieux de la haute police, jugée six mois auparavant, le tribunal administratif de Paris n'avait pas jugé bon d'opérer le contrôle de l'erreur manifeste, arguant de ce que « l'opportunité de prendre la mesure incriminée » n'était pas « susceptible d'être discutée devant la juridiction administrative » [303] : or c'est justement dans cette affaire, en appel, que le juge administratif suprême suivant les conclusions de M. Braibant, qui visaient expressément le jugement *Schoenman,* allait se rallier à l'extension du contrôle de l'erreur manifeste au contentieux de la haute police [304].

De la même manière, la jurisprudence *Dame Saulze* a-t-elle été préfigurée par un jugement du tribunal administratif de Paris, *Sieur Laynet.* Une servante hospitalière ayant contracté la rubéole pendant sa grossesse et l'enfant à naître étant réputé tiers par rapport au service, le tribunal disposa

> « que ce service comporte un risque exceptionnel pour les tiers qui se trouvent exposés à la contagion; qu'il suit de là que la responsabilité de la puissance publique est, même en l'absence de faute, engagée lorsque les dommages subis dans de telles circonstances excèdent par leur gravité les charges qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence du service public » [305].

Cette jurisprudence fut adoptée par le tribunal administratif d'Orléans, dans l'affaire *Dame Saulze* [306], et confirmée en appel par le Conseil d'Etat [307].

Il serait par contre hasardeux de poser que le jugement du tribunal administratif de Nice, *Société « La Valmasque »* [308], encore que préfigurant la jurisprudence *Ville Nouvelle Est,* ait influencé le Conseil d'Etat : ce jugement avait une volonté théorique délibérée de par la portée très générale de sa motivation. Le tribunal disposait d'abord qu'il était nécessaire de procéder à appréciation *in abstracto* en considérant que

> « l'utilité publique d'un projet doit être appréciée compte tenu de son objet et de l'intérêt qu'il représente eu égard notamment à l'importance et à l'activité de la collectivité au bénéfice de laquelle l'expropriation est poursuivie ».

Cette position de principe débouchait sur une forme de bilan coût - avantage :

> « qu'il n'est pas établi par les pièces du dossier que le maintien d'une école de golf revête pour la commune... un intérêt sportif ou touristique tel qu'il justifie les investissements importants et les frais d'entretien que le projet litigieux devrait normalement entraîner pour elle ».

La méthode était neuve, mais avait déjà été néanmoins utilisée par la Haute Assemblée, bien sûr de façon ponctuelle et non systématique [309]. Il semble ici qu'il y ait eu communauté d'inspiration plutôt qu'influence d'une juridiction sur l'autre.

303. Paris, 25.I.1971, *Soc. « Librairie Maspéro »,* 817.
304. A. 2.XI.1973, *S.A. « Librairie Maspéro »,* 611, *A.J.,* 1973.604 (chron. Franc et Boyon), *J.C.P.,* 1974.II.17642 (concl. Braibant, n. Drago).
305. Paris, 19.X.1965, *Laynet,* 783.
306. Orléans, 7.III.1967, *Saulze, A.J.,* 1968.129.
307. A. 6.XI.1968, *Education c/ Saulze,* 550, *A.J.,* 1969.117.
308. Nice, 11.II.1970, *Soc. « La Valmasque »,* 809.
309. V. 4.III.1964, *Borderie, A.J.,* 1964.634; et surtout, A. 23.I.1970, *Neel, A.J.,* 1970.298 (obs. Homont).

Un dernier exemple, celui de l'affaire *Dalleau.* En principe, les chutes de rochers sur la chaussée entrent ainsi qu'on l'a vu dans le cadre de la théorie du défaut d'entretien normal. Mais, dans une espèce très particulière, le tribunal administratif de la Réunion, avait estimé

> « qu'en raison (des) précautions et diligences (de l'administration) l'accident survenu aux époux Dalleau ne peut être imputé à un défaut d'entretien normal de la chaussé ou de ses dépendances ».

Le juge visait ensuite le « risque calculé » de la route et considérait qu'il

> « excède ceux contre lesquels les usagers des voies publiques sont tenus de se prémunir; qu'un tel risque est de nature, en dehors de toute faute de l'administration, à engager en cas d'accident la responsabilité de l'Etat » [310].

Cette application de la théorie des choses dangereuses fut confirmée par la Haute Assemblée qui disposa que cette route devait

> « être regardé(e) comme présentant par (elle)-même le caractère d'un ouvrage exceptionnellement dangereux » [311].

Par contre, il peut arriver que des initiatives favorables à l'administré soient interrompues par le Conseil d'Etat.

Ainsi le tribunal administratif de Dijon tenta-t-il, par une série de décisions, de renverser la jurisprudence concernant les chutes d'arbres sur la voie publique en visant le « risque exceptionnel » constitué par l'arbre tombé et en donnant ainsi une considérable extension à la théorie des choses dangereuses [312]. Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat est demeurée, par la suite, inchangée [313].

Il semble que, de façon générale, la théorie des choses et activités dangereuses soit l'objet d'un grand intérêt des premiers juges. En 1955, le tribunal administratif de Bordeaux avait ainsi réputé activité dangereuse, avec les effets de droit afférents à cette qualification, un feu d'artifice [314]. Le Conseil d'Etat a refusé de s'engager dans cette voie [315].

Plus récemment, le tribunal administratif de Lyon a considéré « que la participation aux championnats de rugby comporte des risques d'accidents anormalement graves pour les joueurs » [316]. La Haute Assemblée ne l'a pas suivi en ce sens [316 *bis*].

De la même manière, une initiative du tribunal administratif de Lyon, dans une affaire *Dutrieux,* dont l'objet était d'étendre le contrôle de l'erreur manifeste à la vérification de la proportionnalité entre la sanction et la faute disciplinaire n'a pas convaincu la Haute Assemblée [317]. Mais trois ans plus tard est intervenu l'arrêt *Lebon.*

Cette dernière a aussi opposé, mais cela ne présente plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, une durable résistance aux tentatives faites par les premiers juges en vue d'adoucir la jurisprudence concernant les vaccinations obligatoi-

310. La Réunion, 9.XII.1970, *Dolleau, A.J.,* 1971.558 (obs. Moderne).
311. A. 6.VII.1973, *Equipement c/ Dalleau,* 482, *A.J.,* 1973.607.
312. Dijon, 4.XII.1963, *Ramier, A.J.,* 1964.510; 10.VI.1964, *Bonin, A.J.,* 1964.510.
313. V., p. ex., 8.XI.1968, *Equipement c/ Connac,* 566.
314. Bordeaux, 21.X.1955, *Mauvy c/ Cmne de Domme, D.,* 1956.618 (n. Auby).
315. 21.II.1958, *Cmne de Domme c/ Mauvy,* 118.
316. Lyon, 1.VII.1976, *Gauthier, A.J.,* 1978.53 (n. Plouvin).
316 *bis.* S. 2.II.1979, *Agriculture c/ Gauthier, A.J.,* nov. 1979, p. 48 (concl. Dondoux).
317. 10.IV.1975, *Dutrieux,* 704.

res [318]. Elle estimait, dans la droite ligne de la jurisprudence classique en ces matières, que les dommages survenus à l'occasion de telles vaccinations ne pouvaient engager la responsabilité de l'Etat que pour « faute lourde médicale ou faute simple dans l'organisation et l'exécution du service » [319]. Certains commissaires du gouvernement avaient tenté d'assimiler l'usager du service des vaccinations obligatoires à un collaborateur du service et de faire ainsi consacrer la responsabilité sans faute de l'administration par le Conseil [320]. Nombre de tribunaux administratifs développèrent un fondement un peu différent en se référant à la responsabilité du fait des décisions légales de la jurisprudence *La Fleurette* [321]. Le Conseil ne fit pas sienne cette construction [322] et il continua à exiger une faute, admettant toutefois une véritable présomption de faute. C'est finalement le législateur, en deux temps, par les lois du 1er juillet 1964 et du 26 mai 1975, qui développa un système de responsabilité sans faute en ce domaine [323].

Tout à fait en dehors du champ de la technique du standard, notons encore que le Conseil d'Etat a refusé d'admettre l'évolution amorcée par le tribunal administratif de Rennes, dans une affaire *Faderne*. Celui-ci avait décidé qu'il pouvait enjoindre à l'administration de rétablir dans la première classe de son grade un fonctionnaire qui avait fait l'objet d'une mesure de caractère disciplinaire [324]. La Haute Assemblée, en appel, alors que l'injonction n'était pas portée devant elle, souleva d'office ce moyen et censura la position du tribunal [325].

S'il n'est pas possible enfin de faire ici l'inventaire des inflexions libérales apportées par le Conseil lui-même à sa jurisprudence depuis vingt-cinq ans, force est de constater qu'elles ont été nombreuses et fondamentales, dans le domaine du contentieux de l'excès de pouvoir — que l'on songe seulement au contrôle de l'erreur manifeste — comme dans celui du plein contentieux — à côté des exemples de restriction à l'extension de la responsabilité sans faute, on pourrait aisément donner des exemples de promotion délibérée de celle-ci.

Sans doute les tribunaux administratifs ont-ils souvent eu un rôle de pionniers dans certains domaines : mais dans nombre de cas ils ont été suivis par leur juge d'appel. Surtout celui-ci, s'il n'a bien sûr plus, dans un droit administratif devenu complexe, la capacité inventive qu'on lui prêtait au début de ce siècle, affirme cependant de temps en temps sa conscience de la perfectibilité de sa production, son aptitude à l'audace et sa sensibilité à l'aspect humain de problèmes que beaucoup lui reprochent de considérer de l'œil trop froid de la raison.

337. *Les divergences dans la mise en œuvre de la jurisprudence.*

Elles sont plus difficiles à évaluer par la force des choses car elles sont nombreuses : le droit n'est pas une science exacte et à moins de fixer très précisément les directives accompagnant un standard, il est bien difficile, au travers de situations variées, d'affirmer que ce dernier est appliqué de façon uniforme. C'est dire que toutes les divergences que l'on pourrait observer ne sont pas nécessairement significatives au même titre. Certaines peuvent être très ponctuelles, d'autres au contraire attester un état d'esprit assez différent.

318. V. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers, op. cit.*, pp. 119 ss.
319. 7.V.1952, *Chassagnac.*
320. V. concl. Jouvin, A. 7.III.1958, *Santé publique c/ Dejous*, 153, *R.D.P.*, 1958.1087.
321. Bordeaux, 29.II.1956, *Meunier*, 515; v. aussi Lyon, 14.VI.1963, *Giraud.*
322. 7.III.1958, *Santé publique c/ Dejous*, précit.
323. V. Moderne, « La responsabilité généralisée de l'Etat à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires », *D.*, 1975, chron. 26, pp. 161 ss.
324. Rennes, 17.X.1960, *Faderne*,
325. 17.IV.1963, *Anciens combattants c/ Faderne*, *D.*, 1963.688 (n. Di Qual).

On se bornera donc à une expérience très limitée à partir de la jurisprudence du défaut d'entretien normal. Le choix de cette dernière est motivé par plusieurs considérations. La première est qu'elle est suffisamment abondante et publiée de façon assez large pour se prêter à une analyse quantitative qui ne soit pas dénuée de portée. La seconde que c'est une jurisprudence où domine le partage de responsabilité exprimé sous forme de fraction et donc, comme telle, une jurisprudence qui offre aux juges des possibilités de modulation qui permettent une comparaison fine. Dernière raison : il y a là une compétence traditionnelle des tribunaux administratifs puisqu'elle relevait des conseils de préfecture. Elle a donc été épargnée par les difficultés que le bouleversement de l'ordre des compétences a pu par ailleurs engendrer.

On choisira donc de dépouiller systématiquement douze années du *Lebon*, très arbitrairement, de 1965 à 1976, sans méconnaître les insuffisances d'une telle façon de procéder : il serait souhaitable qu'une telle expérience soit considérablement élargie dans le temps et étendue à d'autres contentieux : demeure par ailleurs l'hypothèque à laquelle il a été fait allusion plus haut sur les choix du *Lebon*.

Ces réserves faites, les résultats auxquels on parvient sont d'un très réel intérêt par l'équilibre qu'ils dénotent. Pour ces douze années, le *Lebon* comporte quatre-vingt-quatre décisions du Conseil d'Etat intégralement reproduites et donc explicites. Sur ce *corpus*, quarante-six, soit plus de la moitié, révèlent un accord sur la répartition de la charge de la responsabilité entre les premiers juges et le Conseil d'Etat, soit que les deux juridictions soient en accord pour ne pas retenir le défaut d'entretien normal [326], soit qu'elles le retiennent exclusivement [327], soit qu'elles partagent en des proportions variables la charge de la responsabilité entre le défaut d'entretien normal de l'administration et l'imprudence de la victime [328]; trente-huit décisions marquent un désaccord de la Haute Assemblée avec le tribunal administratif : dans dix-sept cas, ce désaccord profite à la victime [329] et dans vingt et un cas, il profite à l'administration [330].

326. S. 24.V.1968, *Thuret*, 337; 8.XI.1968, *Blavette*, 565; 17.IV.1970, *Simonpaoli*, 260; 17.XII.1971, *Poupart*, 786; S. 20.VII.1971, *Bolusset*, 547; 12.XI.1971, *Baron*, 678; 3.II.1971, *Robin*, 100; 5.I.1972, *Chave et Gras*, 23; 12.V.1972, *Pesche*, 367; 28.VI.1972, *Ballais*, 497; 21.VII.1972, *Soc. « The Oceanic steamship compagny »*, 596; 13.XII.1972, *C.A.M.A.T.*, 805; 5.X.1973, *Soc. franç. des papiers peints*, 552; 26.I.1973, *Beinat*, 79; 5.X.1973, *Mogin*, 552; 5.I.1973, *Bontron*, 17; 6.II.1974, *Gazeau*, 89; 28.X.1974, *Quoirez*, 520; 22.X.1975, *Bergon*, 521; 12.V.1976, *Cie d'assur. Zurich*, 247; 30.VI.1976, *Carrier*, 341.
327. 22.IV.1966, *Ville de Marseille*, 278; 23.II.1968, *Equipement c/ Lamiaux*, 140; 25.X.1968, *E.D.F. c/ « La Zurich »*, 528; 14.VI.1968, *Equipement c/ Soc. Borzo-Bel*, 375; 9.X.1968, *Cmne de Volognat*, 483; 9.VII.1969, *Ville d'Ajaccio*, 365; 2.IV.1971, *Soc. Autoroute du Nord*, 282; 12.IV.1972, *Cmne de Perreux*, 280; S. 7.XII.1973, *Ville de Bezons*, 712 (concl. Boutet); 31.V.1974, *Ville de Paris c/ Pastural*, 332; 26.VI.1974, *Port autonome de Marseille*, 370; 1.VII.1974, *Entrep. Monin*, 389; 27.XI.1974, *Aménagement du territoire c/ Veret*, 596; 5.XI.1975, *Leguem*, 544; 23.VII.1976, *Ville de Douai*, 382.
328. 25.VI.1965, *Peyre*, 388; 20.IV.1966, *Ville de Marseille*, 266; 2.II.1968, *Gabriac*, 88; 23.II.1968, *Ville de Nîmes*, 139; 7.III.1969, *Equipement c/ Yvrard*, 147; 3.X.1969, *Equipement c/ Bertier*, 420; 2.X.1970, *Blasco*, 548; 24.VI.1970, *Cmne de Saint-Aigulin*, 437; 28.IV.1971, *Chbre de comm. et d'ind. de La Rochelle*, 314; 28.I.1972, *Déptnt de Saône-et-Loire*, 98; A. 9.I.1976, *Aménagement du territoire c/ Berkowitz*, 21.
329. A. 7.I.1966, *Ville de Clermont-Ferrand*, 19; 5.X.1966, *Del Carlo*, 522; 26.I.1968, *Maron*, 59; 16.X.1968, *Maindron*, 493; 8.I.1969, *Cadiou*, 15; 11.VI.1969, *Phelipon*, 305; 29.V.1970, *Gilles*, 378; 12.VI.1970, *Roba*, 395; 21.VII.1970, *Gaspais*, 535; 16.X.1970, *Valentin*, 591; 30.VI.1971, *Trupin*, 501; 26.I.1972, *Caisse primaire d'assur. maladies de la Somme*, 85; 14.VI.1972, *Bollecker*, 445, S. 21.VII.1972, *Brocas*, 591; 9.V.1973, *Piperaux*, 343; 17.VI.1974, *Vignals*, 345; 23.X.1974, *Cie « Général Accident »*, 510.
330. 28.IV.1965, *Travaux publics c/ Profichet*, 250; 23.III.1966, *Soc. Otis-Pifre*, 231; 20.IV.1966, *Travaux publics c/ Perrier*, 273; S. 27.I.1967, *Zemmour*, 48, 1.III.1967, *Ruban*, 104; 8.XI.1968, *Equipement c/ Connac*, 566; 27.XI.1968, *Anciens Etab. Brugeat*, 605; S. 7.III.1969, *Equipement c/ Lodi*, 148; 17.XI.1969, *Cmne de Montferrat*, 510; 12.VI.1970, *Equipement c/ Chevallier*, 407; 30.X.1970, *Ville de Troyes*, 632; 20.XI.1970, *E.D.F. c/*

De tels chiffres — dont on a tout lieu au surplus de penser qu'ils exagèrent le désaccord entre les juridictions puisqu'en principe les annulations en appel sont inférieures à 35 % (mais cette exagération est normale : il s'agit de montrer ce qu'il ne faut pas faire) — se passent d'un long commentaire : il semble bien que le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs, pris globalement, ne soient pas sensiblement plus rigoureux l'un que les autres à l'encontre des victimes, à ce stade du moins.

Cette première observation est renforcée par une seconde : il y a un type de situation dans lequel les premiers juges sont plus systématiquement favorables aux victimes que la Haute Assemblée; c'est lorsque l'accident est le fait d'une irrépressible fatalité. L'affaire *Dalleau* a permis aux deux juges de s'accorder sur l'emploi de la théorie des choses dangereuses pour une route particulièrement exposée aux chutes de pierres [331]. Mais, bien souvent, il est impossible de raisonner ainsi. C'est alors que les tribunaux administratifs sont tentés de consacrer le défaut d'entretien normal même lorsque celui-ci n'est pas très évident. Le Conseil ne manque pas en ce cas de les censurer. Ainsi en matière de chute d'arbres [332], de rochers [333], en cas d'avalanche [334], de passage d'animaux [335], arrive-t-il que le défaut d'entretien soit consacré par les premiers juges et non par la Haute Assemblée.

Si bien que, en considérant à part ces décisions, signes d'une indulgence plus grande des tribunaux administratifs pour les cas où l'usager est victime d'un événement qui le dépasse, il apparaît que le Conseil est plutôt plus indulgent qu'eux pour les situations dans lesquelles l'usager ne s'est pas montré aussi capable qu'on aurait pu l'attendre face à un événement qu'il aurait pu dominer.

A titre de complément, il est possible de retenir quelques illustrations dont la seule vocation est de montrer le caractère contrasté des situations auxquelles on se trouve confronté.

Certes, il y a des exemples de dureté relative, au demeurant pas toujours critiquables, du Conseil par rapport aux tribunaux administratifs. Ainsi, dans une affaire *Ville de Cognac*, accepte-t-il d'engager la responsabilité de la ville qui n'avait pas mis en place un service de surveillance susceptible de faire effectivement respecter une interdiction réglementaire d'utiliser le plongeoir de 5 mètres sans autorisation; mais il considère que « l'accident est également imputable au jeune Ballet (âgé de 14 ans), qui a plongé du plongeoir de 5 mètres en méconnaissance des dispositions réglementaires qu'il connaissait et qui étaient portées à la connaissance des usagers par un affichage approprié et sans s'assurer qu'il pouvait le faire sans danger ». Et il partage de ce fait la charge de la responsabilité par moitié [336]. Dans cette affaire, le tribunal de Poitiers avait déclaré la Ville de Cognac entièrement responsable. De tels exemples pourraient être donnés sans peine : l'important est de voir que les exemples en sens contraire sont aussi nombreux. Le Conseil d'Etat est, très souvent et dans des

Chevallier, 696; 26.V.1971, *Baron*, 384; 24.III.1972, *Déptnt du Pas-de-Calais*, 258; A. 15.XII.1972, *Forzy et Charrier*, 810; 9.I.1973, *Equipement /c Dogimont*, 18; 7.XI.1973, *Equipement c/ Maurin*, 623; S. 11.IV.1975, *Déptnt de la Hte-Savoie*, 230; S. 19.III.1976, *Soc. des autoroutes Paris-Lyon*, 172; 17.XI.1976, *Equipement c/ Singer*, 488; 2.V.1969, *Cmne de l'Hôpital c/ Kaiser*, 241.

331. V. *supra*.

332. 20.IV.1966, *Travaux publics c/ Perrier*, 273; 8.XI.1968, *Equipement c/ Connac*, 566.

333. 12.VI.1970, *Equipement c/ Chevallier*, 407.

334. S. 11.IV.1975, *Déptnt de la Savoie*, 230 (v. Grenoble, 7.VII.1971, *Tixier et Nicolle*, 870).

335. S. 19.III.1976, *Soc. Autoroute Paris-Lyon*, 172.

336. 9.VII.1975, *Ville de Poitiers*, 413.

domaines variés, plus indulgent que le tribunal ne l'a été, soit qu'il établisse un partage de la responsabilité là où le premier juge avait refusé de consacrer la responsabilité administrative [337], soit qu'il retienne la faute lourde là où le tribunal administratif ne l'avait pas discernée [338], soit encore que le fait qu'une promesse n'ait pas été tenue lui apparaisse, à l'encontre de la première solution, constitutif d'une faute [339]. Dans le cadre de la responsabilité sans faute, le partage de responsabilité opéré par le Conseil d'Etat peut être plus favorable à la victime, ainsi au terme de la mise en œuvre de la théorie des choses dangereuses à propos d'une fuite de gaz recherchée avec imprudence par celle-ci [340]. La Haute Assemblée a pu encore considérer qu'était un dommage anormal, alors que le tribunal administratif ne l'avait pas estimé, la suppression d'un accès à la route nationale [341]. Il lui est arrivé d'assouplir les exigences propres à l'établissement d'une présomption à propos d'un accident dû à une injection et de consacrer celle-ci là où le premier juge ne la discernait pas [342].

De la même manière, s'il est vrai que, surtout d'ailleurs au milieu des années cinquante, les tribunaux administratifs ont été légèrement plus généreux que le Conseil d'Etat dans l'octroi du sursis à exécution, ne sont pas rares les cas où ce dernier y a procédé à la suite d'un refus des premiers juges de l'accorder [343]. Les années récentes ont vu au demeurant un sensible assouplissement de l'attitude du Conseil en ce domaine. M. Drago observait ainsi il y a peu que, de mars à octobre 1977, sur 39 décisions concernant le sursis à exécution, 7 l'avaient accordé, ce qui est un progrès important par rapport à la situation antérieure [344].

Ces exemples en tous sens ne prouvent rien de définitif : si ce n'est justement que tout jugement définitif et trop hâtif risquerait d'éloigner la doctrine d'une réalité très complexe.

338. *Conclusion de la sous-section II.*

Qu'il y ait une très légère tendance des premiers juges à attacher moins d'importance aux implications ultimes d'une solution, et même à la pure logique juridique et davantage à l'aspect proprement humain des choses constitue une possibilité, encore qu'une telle hypothèse ne se vérifie pas aisément. N'est en dernière analyse certaine que la volonté de certains tribunaux administratifs de socialiser les conséquences des situations qui manifestent de la façon la plus crue l'irruption de la fatalité dans l'ordre ordinaire des choses. Au-delà, rien ne peut être ajouté : les flottements, très minimes, semblent s'équilibrer. Comme l'a justement écrit M. Drago, s'il y a si peu d'appels, entre 12 et 15 % selon les années, c'est que

> « les plaideurs savent qu'aucun changement ne peut être espéré en appel aussi bien en cas de rejet qu'en cas d'annulation ou de condamnation » [345].

337. En matière de lutte contre l'incendie par exemple : 2.XII.1960, *Strohmaier, A.J.*, 1961.II.367; v. aussi 20.XI.1968, *Cie d'assur. « La Fortune »*, 579.

338. A propos d'une intervention chirurgicale : 22.XI.1967, *Ciabrini*, 439.

339. 26.V.1976, *Soc. normande de construction*, 275.

340. 18.XI.1970, *Picard et Goux, A.J.*, 1971.180.

341. 30.VI.1976, *S.A.R.L. Martinet*, 345.

342. 23.II.1962, *Meier*, 122.

343. V., p. ex., 8.VII.1970, *Schwetzoff*, 475; S. 12.XII.1973, *Robinet et Flandre*, 722; v. en revanche : 27.III.1963, *Reconstruction c/ Morel, A.J.*, 1963.499 (concl. Henry); S. 28.X.1977, *Intérieur c/ Jungblut, A.J.*, 1978.167 (concl. Galabert); pourtant, dans ses conclusions, M. Galabert estimait que l'irréparabilité, s'agissant de l'interdiction de l'exercice d'une profession, n'était « guère douteuse ».

344. Drago, « Rev. jurisp. adm. », *R.D.P.*, 1978.292.

345. Contrib. précit., p. 80.

Cela est tellement vrai que les 2/3 des appels aboutissent à la confirmation du jugement des premiers juges [346].

339. *Conclusion de la section I.*

Le bilan des pages qui précèdent ne livre donc pas de conclusions très frappantes. D'une part, il y a une réelle tendance à l'indulgence du juge administratif pour l'administration, mais, sauf exception, très modérée et d'évidence fondée davantage sur une certaine conception de l'intérêt général, que l'on peut ou non partager, que sur le sentiment d'une solidarité organique. D'autre part, si parfois se manifeste dans les tribunaux administratifs une plus grande sensibilité à la situation des administrés, cette inclination est limitée et est loin d'être uniforme.

Il faut semble-t-il — encore que les propositions qui précèdent ne soient posées que pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire le résultat d'une première et nécessairement incomplète expérimentation — se hisser au-delà du conformisme ancien de la dévotion et du conformisme nouveau du dénigrement : il en est des jurisprudences comme de toutes choses humaines, elles sont marquées du sceau de l'ambiguïté, du sceau de l'imperfection, du sceau du compromis. Et le juge et sa production s'inscrivent dans l'histoire : la jurisprudence se dissocie difficilement, et c'est patent dans le cadre de l'étude de la mise en œuvre des standards qui est fondée sur ce qui est réputé normal, des valeurs de la société.

SECTION II

LA POLITIQUES DES STANDARDS ET LES VALEURS DE LA SOCIETE

340. *Introduction.*

L'étude de la pratique des standards permet d'élaborer quelques propositions quant aux valeurs du juge et de la jurisprudence. Le sujet est en vérité inépuisable et de fort bons développements lui ont été consacrés depuis deux décennies. Les analyses qui suivront seront très succinctes, car toutes les jurisprudences qui vont être abordées ont déjà été rencontrées. Il s'agira simplement, afin de montrer la fécondité de l'intérêt accordé aux standards, de les regrouper dans une perspective un peu différente, sans revenir trop longuement sur ce qui a déjà pu être clairement exposé par d'autres.

Il apparaîtra que la conclusion centrale de la thèse de Mlle Loschak, selon laquelle les valeurs du juge ne sont pas très éloignées de celles de la société, se trouve confirmée par les jurisprudences étudiées, tout au moins si l'on entend par valeurs de la société non pas, ou pas exclusivement, les valeurs « véhiculées », comme on dit aujourd'hui, par la pratique, mais les valeurs constitutives des mentalités de la société et qui autorisent éventuellement le jugement sur les pratiques de celle-ci, non que ces valeurs soient nécessairement partagées

346. Récemment encore, M. Bonifait, « Plaidoyer pour les premiers juges », *A.J.*, 1978, p. 152, insistait sur la proximité d'esprit des divers juges administratifs, « les uns comme les autres étant (au moins dans leur majorité), issus de l'E.N.A. ».

par tous, mais parce que ceux-là mêmes qui les contestent n'ignorent pas leur empire sur leur époque. Ces valeurs tantôt peuvent être dites « permanentes », bien qu'elles ne soient pas immanentes à toute société, parce qu'elles dominent l'ensemble de l'ère démo-libérale qui a vu, au long des deux derniers siècles, se développer et se parfaire la jurisprudence administrative, tantôt elles illustrent davantage les inflexions de ce qu'il faut bien, sans connotation particulière, appeler la sensibilité dominante. Ainsi peut-on distinguer, en dépit de l'interpénétration des deux aspects, pour la commodité de la présentation, ce que les standards nous enseignent sur les valeurs de la société sur le long terme et ce qu'ils nous apprennent du mouvement de ces valeurs à la période contemporaine.

SOUS-SECTION I

Standards et valeurs de la société

341. *Note introductive.*

Il est impossible de consacrer un développement à chacune des grandes valeurs que révèle la pratique des standards. On ne retiendra donc que quelques valeurs plus particulièrement importantes sur le long terme des décennies qui ont vu le développement du contentieux administratif, en distinguant, encore que ce clivage n'ait pas un grand intérêt en lui-même, des valeurs plutôt économiques, des valeurs plutôt politiques et, catégorie plus hétérogène encore, des valeurs sociales ou si l'on préfère humaines.

§ 1. — Standards et valeurs économiques

342. *La propriété privée.*

Il semble que l'éminence de cette valeur soit attestée par plusieurs jurisprudences mettant en œuvre des standards, et notamment par celles de la voie de fait, du dommage anormal de travaux publics et de la proportionnalité en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. La jurisprudence du sursis à exécution montre toutefois les limites de cette tendance.

Dans le cadre de la théorie de la voie de fait, le juge considère, selon certaines formules de la jurisprudence, que constitue une voie de fait la

> « mesure manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire »,

ou encore la mesure

> « manifestement insusceptible d'être rattachée à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration ».

Le manifeste ici est apprécié abstraitement, on a eu l'occasion de le montrer : ne constitue une voie de fait que l'atteinte qui « de toute évidence » porte atteinte à une liberté fondamentale ou à la propriété. Or, de quoi peut résulter l'évidence en la matière ? Pas nécessairement de l'ampleur de l'atteinte; ainsi dans l'affaire *Carlier* la saisie de plaques photographiques n'était-elle pas dramatique par ses conséquences [347]. C'est la nature même de l'atteinte qui la fait « manifestement » extérieure au champ des possibilités d'action de l'admi-

347. A. 18.XI.1949, *Carlier*, 490.

nistration. Et s'il en est ainsi c'est parce que les libertés essentielles et la propriété privée sont au fondement de notre système économique et politique : nul n'est censé ignorer l'éminence de telles valeurs.

La jurisprudence du dommage anormal de travaux publics est bien sûr tout entière tournée vers la défense de la propriété privée. Au demeurant, c'est sous l'intitulé « dommages aux propriétés » qu'elle a fait son apparition au *Recueil Lebon* [348].

Seule la référence au droit de propriété permet de comprendre son développement. Il faut ajouter cependant, pour ce qui est de la jurisprudence visant plus particulièrement les aisances de voirie, que cela n'est pas tout à fait vrai d'un point de vue strictement juridique : si initialement les aisances de voirie étaient considérées comme de « véritables servitudes de droit civil, grevant le domaine public et rattachées au droit de propriété privée des riverains », il n'en est plus ainsi aujourd'hui [349].

On peut ainsi, en simplifiant, considérer que toute atteinte, dépassant un certain seuil, à la propriété sous ses aspects les plus divers et au sens le plus large constitue un dommage anormal : certaines atteintes sont anormales « par leur nature même, quelle que soit leur gravité », comme le note justement M. Rougevin-Baville [350]; d'autres ne le sont qu'à partir d'un certain degré.

En revanche, dès lors que le droit s'estompe, l'anormalité du dommage n'a plus d'effet spécifique ou plutôt n'est pas même reconnue. Ainsi la modification dans l'assiette d'une voie publique n'ouvre, on l'a dit, pas de droit à indemnité. C'est qu'il n'y a alors pas de droit en cause selon le juge. Même si l'on peut trouver contestable ce raisonnement, le commerçant qui se plaint est réputé avoir fait un calcul, un pari et l'avoir perdu; sans doute le changement a-t-il pour effet de diminuer la valeur du fonds de commerce, mais cet effet est indirect, secondaire. Cela explique aussi que le titulaire d'une autorisation de voirie ne puisse pas se plaindre de travaux interrompant l'exploitation de son commerce dès lors du moins que ces travaux ont été entrepris dans l'intérêt du domaine occupé [351]. Ainsi au cas où sont apportées des gênes à l'exploitation d'un poste de distribution de carburant par des travaux effectués en vue d'améliorer la viabilité de la voie publique [352]. De la même façon, des entrepreneurs de dragage titulaires d'autorisations d'extraction de sable et de gravier sur un cours d'eau concédé à E.D.F. ne peuvent prétendre à aucune indemnité du fait des préjudices susceptibles de résulter pour eux de l'édification d'un barrage en vue de la production d'électricité [353, 354, 355]. L'occupant du domaine

348. V. ainsi 16.III.1870, *Bobone*, 307; 13.IV.1870, *Lafont*, 438; cette formulation s'est maintenue assez tardivement; v. 22.III.1933, *Bocabarteille*, 344; 31.V.1938, *Cmne de Dives*, 500; 26.X.1945, *Communications c/ Mathevot*, 216.

349. Laubadère, *op. cit.*, t. 2, p. 193.

350. Concl. *Soc. des bateaux de la Côte d'Emeraude*, précit., *D.*, 1974.264.

351. Sur cette question, v. notamment Dufau, *Le domaine public*, 1977, pp. 355 ss.; lorsque les travaux sont entrepris dans un intérêt autre que celui du domaine occupé, il y a par contre indemnisation; notons que si les travaux sont entrepris dans l'intérêt du domaine occupé, mais ont pour effet la création d'un ouvrage public nouveau, il y a aussi indemnisation.

352. 14.XI.1957, *Boulay*, 607, *A.J.*, 1957.II.456.

353. S. 22.II.1961, *E.D.F. c/ Bousquet et Lurguie*, *C.J.E.G.*, 1961, jurisp. 169 (n. Dufau).

354. V. aussi 2.VI.1938, *Soc. algérienne d'éclairage*, 507; 15.I.1943, *Soc. Franç. d'éclairage*, 7; 1.X.1954, *Gvnt gén. de l'Algérie*, 502; 9.XII.1959, *G.D.F., T.D.* 55-64, t. 6, 933; 8.XII.1967, *Caubet*, Tb. 810; 22.II.1967, *Soc. Etab. Sainrapt et Brice, A.J.*, 1968.53 (n. J. P.); 7.II.1973, *Soc. Antar*, 116.

355. Anciennement, la jurisprudence, dans ce cadre, admettait toutefois l'indemnisation pour les travaux d'une importance exceptionnelle, qui ne sont pas « normalement et ordinairement entrepris » sur le domaine, comme « sortant des prévisions des parties »;

a cependant droit à indemnisation si les travaux ont été menés de façon anormale, si les conséquences qu'il a subies « ne peuvent être... regardées comme la conséquence normale desdits travaux » [356].

Enfin, les avantages dont jouit une propriété non sur la voie publique mais sur une autre dépendance domaniale, les domaines maritimes ou fluvial par exemple, ne constituent pas des aisances de voirie et n'engendrent aucun droit spécifique [357]. L'atteinte à de tels avantages n'est donc pas en elle-même anormale. Ce qui n'exclut d'ailleurs pas l'indemnisation aux cas où les inconvénients engendrés par l'ouvrage installé sur le domaine excéderaient les sujétions normales de ce type de voisinage.

Ajoutons qu'il convient de ne pas avoir une vue unilatérale du rôle de la propriété dans le cadre de la jurisprudence du dommage anormal des travaux publics. S'il est des dommages que le juge répute anormaux parce qu'ils portent une atteinte soit directement au droit de propriété, soit à d'autres droits difficilement dissociables en vérité, quelle que soit l'analyse à laquelle on procède, du droit de propriété largement entendu, il est des dommages que le juge se refuse à considérer comme tels parce qu'ils sont l'effet de l'exercice normal par l'administration de son propre droit de propriété. Ce n'est pas ici le lieu de reprendre le vaste débat qu'ont illustré, au siècle dernier et au début de celui-ci, les noms de Proudhon, Ducrocq, Berthélémy, Duguit, Jèze et Hauriou. Aujourd'hui, semble-t-il, la grande majorité de la doctrine est ralliée à la thèse d'Hauriou selon laquelle l'administration exerce un véritable droit de propriété sur son domaine [358]. Et si l'exercice du droit de propriété des particuliers doit être préservé, le sien ne doit pas être sacrifié. Ce point de vue explique que les activités « constituant un usage normal du droit de propriété », au cours desquelles l'administration procède à des travaux dont la « nature » et l' « importance », selon les propres termes de la jurisprudence, ne sont pas différentes de celles des travaux d'un particulier, tels que l'article 552 du Code civil les lui autorise, ne puissent être des dommages anormaux [359]. Cette jurisprudence aujourd'hui oubliée [360] est révélatrice d'un aspect du problème qu'occulte souvent l'assimilation de la propriété à la seule propriété privée.

Les développements récents de la méthode de la proportionnalité attestent la permanence du souci qu'a le juge administratif de la propriété privée. Comme l'ont écrit Mme Nauwelaers et M. Dutheilhet de La Mothe,

> « la jurisprudence *Ville nouvelle Est* trouve son terrain d'élection dans les domaines où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour

v. 24.XI.1905, *Cie parisienne de l'air comprimé*, 444; 8.III.1935, *Ville de Nantes*, *R.D.P.*, 1935.613; 27.VII.1935, *Soc. d'électrif. de Strasbourg*, 920; cette jurisprudence a été abandonnée par A. 8.XII.1944, *Soc. de l'énergie industrielle*, *R.D.P.*, 1946.318 (concl. Detton).

356. 13.II.1962, *Travaux publics c/ G.D.F.*, 508, *R.D.P.*, 1963.107; 30.I.1970, *E.D.F. c/ Caous-Lenormand*, 72, *J.C.P.*, 1971.II.16641 (n. Dufau); 13.I.1971, *Laperche*, 39; 12.II.1971, *S.A. Etab. Bresson*, 126; 23.VI.1976, *Cmne de Plabennec*, *D.A.*, 1976, n° 265.

357. V. S. 11.V.1962, *Travaux publics c/ Duboul de Malafosse*, *A.J.*, 1962.591 (concl. Combarnous).

358. Dans la doctrine récente, v., p. ex., Dementhon, *Traité du domaine de l'Etat*, 6e éd., 1964, p. 23; Dufau, *op. cit.*, pp. 38 ss.; Godfrin, *Droit administratif des biens*, 1978, pp. 17 ss.

359. 16.VIII.1860, *Cie d'Orléans*, 672; 16.V.1870, *Bobone*, 307; 14.XII.1877, *Cie de Lyon*, 997; 11.V.1883, *Chamboredon*, 480 (concl. Le Vavasseur de Précourt); 21.XII.1906, *Ville de Carpentras*, 958; 13.III.1908, *Blay*, 277; 30.IV.1909, *Cmne de Nucourt*, 444; 26.I.1921, *Ville de Clermont-Ferrand*, 97; 27.XI.1935, *Ville de Mascara*, 1110; 21.IV.1944, *Travaux publics*, 117; v. aussi 19.IV.1944, *Travaux publics c/ Assoc. syndic. pour la défense des plages*, 117.

360. V. cependant l'intéressant jugement Paris, 27.II.1969, *Soc. phonographique Philips*, 616.

prendre des mesures portant atteinte à la propriété privée dans un but d'intérêt général » 361.

Et de fait, en dehors du contentieux de l'expropriation, elle s'est étendue à celui des créations de servitudes administratives 362, 363 et, selon la formule fameuse de l'arrêt *Ville nouvelle Est*, reprise, exceptionnellement avec des variantes de détail, par toutes les décisions intervenues depuis lors,

> « une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si *les atteintes à la propriété privée*, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » 364.

La propriété n'est pas, on le voit, le seul élément pris en compte : mais elle se trouve, au creux même de la procédure qui tend à la faire disparaître au profit de l'intérêt général, réaffirmée comme valeur essentielle qu'on ne saurait sacrifier à la légère.

Il ne faut toutefois pas négliger les informations que les standards nous livrent sur le déclin de la propriété privée en tant que valeur fondamentale. L'extension incessante depuis le siècle dernier de la notion d'utilité publique affirme la priorité de certaines valeurs collectives sur la propriété individuelle, on y reviendra dans quelques pages. La jurisprudence du sursis à exécution dicte la même leçon. M. Gleizal a justement noté, à propos de la notion d'irréparabilité, qu'elle reflète bien l'évolution des préoccupations et des conceptions de la société :

> « Dans la première moitié du XIX^e^ siècle, alors que notre société est encore féodale et agraire, le juge administratif admet largement le sursis à propos d'abattis d'arbres, du comblement des fossés, de changement d'emplacement de vannes ou de l'obligation d'effectuer des travaux à un moulin. Dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle, tandis que naît le capitalisme libéral et que la France s'industrialise, (des) sursis sont accordés vis-à-vis des décisions administratives prescrivant la fermeture d'établissements industriels. Enfin, dans le courant du XX^e^ siècle, c'est-à-dire à une époque où l'on assiste à une concentration des entreprises et à des mouvements sociaux, le juge prononce le sursis en matière sociale. Tout se passe comme si le juge était là pour rappeler à l'administration les institutions qu'il importe de respecter. Un jour c'est un arbre, un autre jour une entreprise industrielle. Autre temps, autres mœurs » 365.

Ces formules sont un peu schématiques et l'arbre garde un grand prestige au XX^e^ siècle dans la jurisprudence administrative 366. En réalité, le Conseil d'Etat tranche les problèmes qui lui sont soumis, et ceux-ci, assez naturellement, évoluent au fil des décennies. Mais il n'est pas impossible de penser qu'il peut le faire dans un esprit qui lui aussi évolue. Et, à cet égard, on ne peut manquer

361. Chron. S. 8.VII.1977, *Rié, A.J.*, 1977.622.
362. A. 24.I.1975, *Gorlier et Bonifay*, 54, *A.J.*, 1975.141 (chron. Franc et Boyon); 5.I.1977, *Cmne de St-Ouen-Marchefroy*, *R.D.P.*, 1977.893; v. aussi, à propos de la création d'une zone de protection autour d'un site classé : S. 8.VII.1977, *Rié, A.J.*, 1977.641.
363. En même temps qu'à celui des dérogations d'urbanisme (v. 18.VII.1973, *Ville de Limoges*, 530, *R.D.P.*, 1974.559, concl. Rougevin-Baville; 20.X.1976, *Legrand*, *R.D.P.*, 1978.894; 8.XII.1976, *Equipement c/ Guihur*, *R.D.P.*, 1978.894; 23.II.1977, *Lahellec*, *R.D.P.*, 1978.895; 15.XII.1976, *Soc. Kaufman, A.J.*, 1978.172, n. Balmond et Luchaire).
364. C.n.q.s.; à propos de cette jurisprudence, v. décisions citées *infra* dans quelques pages et plus particulièrement *Gorlier* précit. et 4.I.1974, *Equip. c/ Brun*, 6.
365. Art. précit., p. 391.
366. Qu'il suffise de citer la fameuse décision *Fenaille*, du 27.VI.1930, 668, parmi d'autres.

d'être frappé, lorsqu'on survole la jurisprudence des trente dernières années concernant le sursis à exécution, par le grand nombre des décisions l'accordant à l'encontre d'un permis de construire 367, c'est-à-dire suspendant l'exercice d'une faculté traditionnellement attachée à la propriété foncière, et le nombre moindre des décisions l'octroyant pour suspendre des mesures susceptibles d'entraîner la disparition d'un élément du patrimoine du requérant, ces dernières considérant d'ailleurs moins la propriété en tant que telle que le monument ou le site, éléments de richesse collective 368. Il ne peut en aller autrement dans la mesure où le système même de l'expropriation postule que la suppression de la propriété est toujours réparable en argent, ce qui est contestable, mais ce à quoi il faut sans doute bien se résigner si l'on reconnaît la nécessité que la collectivité ait une action sur le milieu.

343. *Le clivage privé/ public.*

Ce clivage, qui est fondamental dans la mise en œuvre du libéralisme économique, ressort assez clairement de l'étude de plusieurs standards. Ainsi qu'on a eu l'occasion de le vérifier, le juge utilise des modèles du comportement privé et du comportement public pour déterminer certaines notions : il répute certains comportements normaux pour les particuliers, d'autres normaux pour les collectivités publiques. Cette méthode, on l'a dit, est au creux de la notion de clause exorbitante, elle domine, avec la référence aux idées de fonctions et de gestion normales dans le cadre du service public, la théorie du service public industriel et commercial, ainsi que la jurisprudence *Peyrot* et celle de l'interventionnisme municipal 369, 370.

§ 2. — Standards et valeurs politiques

344. *Le libéralisme politique.*

On sera ici très bref, si nombreux ont été les développements consacrés depuis la fin du siècle dernier à cette question. L'étude de certains standards, par exemple celui de délai utile dans le cadre des droits de la défense, pourrait illustrer cette importante tendance. On verra par ailleurs dans le paragraphe suivant et dans le cadre de la sous-section II quelques aspects de la progression récente du libéralisme politique.

345. *Les divers aspects du sentiment national.*

Ce sentiment, moins étudié, ressort pourtant avec une certaine netteté de plusieurs jurisprudences du Conseil d'Etat : il ne s'agit pas, notons-le bien, d'un sentiment agressif de supériorité mais tout à la fois d'une conscience aiguë de la spécificité du système juridique et de l'efficacité de l'organisation juridictionnelle français, et de la conviction que le juge n'a ni la compétence ni le devoir d'offrir sa garantie pour ce qui concerne les questions extérieures et les personnes n'appartenant pas à la communauté nationale.

367. M. Tourdias, *op. cit.*, p. 94, faisait déjà, il y a vingt ans, cette constatation.
368. Notons d'ailleurs que des décisions récentes ont bien précisé qu'une déclaration d'utilité publique, dans le cadre d'une procédure d'expropriation, n'était pas à elle seule susceptible d'engendrer un préjudice irréparable; v. 12.III.1975, *Jacquier, D.A.*, 1975, n° 133; 23.IV.1975, *Préfet de l'Ardèche, D.A.*, 1975, n° 176.
369. Surtout ceci, v. *supra*, pp. 119 ss.
370. Sur la jurisprudence de l'interventionnisme économique municipal, v. ***infra*** sous-section 2.

346. *La conscience de la spécificité et de l'efficacité du système juridique national.*

C'est dans le cadre du contentieux européen que cette conscience s'est le plus nettement affirmée.

L'article 177 du traité de la Communauté économique européenne confère compétence à la Cour de justice des communautés pour statuer à titre préjudiciel en matière d'interprétation du traité, des actes communautaires, éventuellement aussi des statuts des organismes créés par un acte du Conseil [371]. Cet article précise que

> « lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction de l'un des Etats membres, cette juridiction *peut*, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question... (Mais) lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est *tenue* de saisir la Cour de justice. » [372]

Le contexte juridique français pouvait apparaître assez réceptif aux principes du système instauré par les traités instituant les communautés : le monisme de l'article 55 de la Constitution de 1958 ne faisait que reprendre celui de celle de 1946.

Or le juge français en général et le juge administratif en particulier furent très réticents devant ces mécanismes. Quelques chiffres donnés par M. Christian Philip en 1974 en témoignent [373]. La C.J.C.E. a été saisie du renvoi préjudiciel institué par l'article 177 pour la première fois en 1962, par une juridiction néerlandaise. D'avril 1962 au 1er janvier 1973, date de l'entrée en vigueur de l'élargissement des communautés, elle a été saisie 169 fois, mais 16 fois seulement par des juridictions françaises [374, 375].

L'examen des décisions du Conseil d'Etat en ce domaine permet de distinguer deux grandes phases.

De 1964 à 1970, le Conseil a maintenu son système traditionnel d'interprétation fondé sur la théorie de l'acte clair, tout en l'appliquant d'une façon qui est apparue très contestable aux yeux de la doctrine, adoptant une conception très extensive de la clarté et de ce fait restrictive de la compétence de la Cour européenne [376]. Ce fut la jurisprudence *Shell-Berre* qui n'aboutit à aucun renvoi préjudiciel, souvent de façon éminemment critiquable [377]. Comme l'écrivait M. de Laubadère à propos de cette première décision,

> « on ne s'engagera pas ici dans une longue discussion des mérites respectifs de l'automatisme et de l'exception de l'acte clair. On veut seulement exprimer les réserves très sérieuses que l'on peut faire, en l'espèce, sur

371. V. aussi art. 150 Traité Euratom.
372. C.n.q.s.
373. N. Paris, 5.VI.1973, *Soc. prod. aliment. et diét.* (*S.O.P.A.D.*), *A.J.*, 1974.263.
374. C.E. : 1 fois; C. cass. : 2 fois; C.A. : 6 fois; trib. de comm. : 2 fois; commission de 1re instance de la S.S. : 5 fois.
375. Juridictions néerlandaises : 27 fois; belges : 16 fois; luxembourgeoises : 4 fois; allemandes : 84 fois; seules les juridictions italiennes se sont montrées, en proportion de leur nombre, plus réservées encore que les nôtres : 12 renvois seulement.
376. V. sur la théorie de l'acte clair, *supra* n° 119.
377. A. 19.VI.1964, *Soc. des pétroles Shell-Berre*, 344, *R.D.P.*, 1964.1029 (concl. Questiaux), *A.J.*, 1964.440 (n. Laubadère); S. 27.I.1967, *Synd. nation. des importateurs français en produits laitiers*, 41, *R.D.P.*, 1967.782 (concl. Bernard), *A.J.*, 1967.267 (chron. Lecat et Massot); S. 10.II.1967, *S.A. des Etab. Petitjean*, 63, *R.T.D.E.*, 1967.681 (concl. Questiaux); 15.II.1967, *Comité nation. de la meunerie d'export.*, 73, *R.T.D.E.*, 1967.404 (concl. Braibant).

> l'appréciation qu'a portée le Conseil d'Etat au sujet de la clarté des dispositions qui étaient invoquées devant lui et qu'il a estimé ne pas devoir renvoyer à la Cour de Luxembourg. » [378]

La C.J.C.E. condamna l'attitude de la Haute Assemblée d'une façon que la doctrine s'est plu à trouver courtoise, mais qui n'en a pas moins été ferme. Dans une affaire *Albatros*, la cour devait en effet rappeler que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de droit interne étaient dans l'obligation de la saisir pour l'interprétation des dispositions visées par l'article 177 [379]. Dans une réponse ultérieure à une question écrite, la Commission des Communautés européennes a d'ailleurs explicitement affirmé que la jurisprudence du Conseil d'Etat français méconnaissait l'article 177 du Traité de Rome [380].

La critique de la cour fut pourtant tempérée. Elle admit qu'une réponse déjà donnée par elle sur un point de droit puisse constituer une forme de « décision de règlement » [381], susceptible d'être invoquée aussi bien par elle que par les juridictions nationales à l'occasion d'un litige soulevant un point de droit analogue [382]. Il s'agit d'éviter un bien inutile encombrement de la Cour européenne. Il apparaît par ailleurs que la C.J.C.E. n'est pas systématiquement hostile à une version modérée de la théorie de l'acte clair. Et, de fait, celle-ci, ainsi que le constate M. Dubouis, a gagné les juridictions d'autres Etats [383].

La deuxième phase de la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est ouverte avec l'importante décision *Synacomex* [384]. Cet arrêt, par ses termes mêmes, ne marquait pas un revirement doctrinal, mais un changement d'attitude au sein du même système de pensée. Il réaffirmait en effet l'attachement du Conseil d'Etat à la théorie de l'acte clair, mais, dans le même temps, il marquait l'abandon d'une conception trop extensive de la notion.

Depuis *Synacomex*, la position de la Haute Assemblée, si elle n'a pas rejoint, semble-t-il, celle que la C.J.C.E. et la doctrine attendaient d'elle, est demeurée plus ouverte à la procédure du renvoi, encore que, sans porter de jugement définitif sur la portée de cette pratique, il semble que le nombre de renvois préjudiciels soit bien faible. En effet, entre 1970 et 1977, sur 11 décisions que nous avons pu recenser, mais elles ne sont probablement pas les seules, 2 seulement y procèdent [385, 386, 387].

378. N. précit., p. 443; v. aussi la sévère chron. de M. Colliard, « L'obscure clarté de l'article 37 du Traité de la C.E.E. », *D.*, 1964, chron. pp. 263 ss.
379. C.J.C.E. 4.II.1965, *Albatros c/ Sopeco, Rec. C.J.C.E.*, 1965.10; v. aussi C.J.C.E., 27.III.1963, *Da Costa c/ Administration fiscale néerlandaise, Rec. C.J.C.E.*, 1963.75; v. Jeantet, « L'arrêt *Albatros* (à propos de l'application du traité C.E.E. au régime français d'importation du pétrole), compétences réciproques de la C.J.C.E. et des juridictions nationales », *J.C.P.*, 1965.I.1907.
380. Réponse à la question écrite n° 100, *J.O. des communautés*, 8.XI.1967, p. 2.
381. Selon l'expression de M. Durupty, n. 28.VI.1974, *Charmasson, A.J.*, 1975.37.
382. V. *Da Costa*, précit.
383 Dubouis, « Le juge administratif français et les règles du droit international », *A.F.D.I.*, 1971.45; les juridictions allemandes semblent tout particulièrement concernées.
384. S. 10.VII.1970, *Synd. nation. du commerce extérieur des céréales, J.C.P.*, 1971.II.16701 (concl. Questiaux et n. Ruzié).
385. 18.I.1974, *Union des minotiers de la Champagne*, 40; S. 28.VI.1974, *Charmasson*, 376, *A.J.*, 1975.57 (n. Durupty).
386. Pour ne pas parler des renvois facultatifs auxquels ont pu procéder les tribunaux administratifs; v. ainsi Paris, 5.VI.1973, *Soc. des produits alimentaires et diététiques* (*S.O.P.A.D.*), 789, *A.J.*, 1974.263 (n. Philip).
387. N'ont pas procédé à renvoi : 17.III.1971, *Féd. nation. des producteurs des vins de consommation courante*, 216; 5.XI.1971, *Comptoir agricole du Pays-Bas normand*, inéd.; 5.I.1973, *Synd. de fabric. de sucre de la Réunion*, 10; 13.XI.1974, *Synd. fabric. d'explosifs*, 555; 28.II.1975, *Herr*, 162, *R.D.P.*, 1975.1432; 20.X.1976, *Synd. nation. des ind. de l'alimentation animale*, 426; 3.XI.1976, *Aufaure*, 465; 20.V.1977, *Synd. nation. des infirmiers diplômés d'Etat*, 229.

M. Colliard a parlé à propos de cette jurisprudence à ses débuts de « réflexes du nationalisme juridique » [388]. M. Ruzié a préféré se référer à « une certaine susceptibilité : les membres de la haute juridiction administrative ne craindraient-ils pas une relative soumission des cours suprêmes nationales à la Cour communautaire » [389].

Il est toujours hasardeux de considérer les options politiques d'un corps à partir de quelques attitudes éparses : on jugera pourtant significatif que Mme Questiaux, qui a joué un rôle si éminent, par ses conclusions étoffées et convaincantes, dans la plupart des décisions précitées des années soixante, ait quitté il y a quelques années, avec un certain bruit, la présidence de la commission des affaires européennes du parti auquel elle appartient, au motif, largement repris par la presse, que celui-ci aurait adopté une position trop favorable à l'intégration.

Nationalisme serait un terme trop fort pour définir l'attitude du Conseil d'Etat. Mais il est indéniable qu'il manifeste une certaine réserve à l'égard des mécanismes d'intégration européenne et que sa mise en œuvre de la notion de clarté en est le révélateur [390, 391].

347. *Les relations internationales et les étrangers.*

Le développement de la position du juge administratif sur ces matières complexes nous entraînerait au-delà du champ spécifique du standard : la théorie des actes de gouvernement consacre le refus du juge de s'engager trop avant dans le contrôle des actes mettant en cause les rapports du gouvernement avec un Etat étranger ou un organisme international. Toutefois, sa portée est aujourd'hui assez rigoureusement limitée.

C'est davantage en ce qui concerne les étrangers que l'étude des standards permet de déceler le caractère très restrictif de la jurisprudence administrative à

388. « L'obscure clarté... », art. précit., p. 272.

389. « Le juge français et les actes... », contrib. précit., p. 116.

390. Notons que son attitude en matière d'application du droit communautaire semble aussi restrictive qu'en matière d'interprétation. Si le Conseil a accepté de faire prévaloir le droit communautaire dans plusieurs décisions (v., p. ex., les arrêts précités *Comité nation. de la meunerie d'exportation, Synacomex, Union des minotiers de la Champagne, Charmasson, etc.*), l'affaire *Synd. gén. des fabricants de semoule* (1.III.1968, 149, *A.J.*, 1968.235, concl. Questiaux) a posé un problème particulier : le juge administratif s'est trouvé confronté au conflit d'un règlement communautaire et d'une loi nationale postérieure le contredisant; le droit communautaire devait l'emporter sur la loi nationale, la C.J.C.E. l'avait plusieurs fois affirmé; mais Mme Questiaux, dans ses conclusions, a considéré que le juge administratif se livrerait à un contrôle de constitutionalité des lois, qui lui est interdit, en faisant prévaloir le droit communautaire; la Haute Assemblée l'a suivie en ce sens; depuis lors, elle a refusé de revenir sur cette position (A. 22.X.1979, *U.D.T.*, *A.J.*, 1980.39, obs. B.G., chron. Robineau et Feffer). En revanche, la Cour de cassation a adopté la position inverse (Cass. ch. mixte, 24.V.1975, *Adm. des douanes c/ Soc. « Cafés Jacques Vabre »*, *D.*, 1975.II.497, conci. Touffait extrêmement détaillées et intéressantes; cette position fut favorisée par la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975; v. Boulouis, n. *A.J.*, 1976.567, et Philip et Favoreu, « Les suites de la décision du 15 janvier 1975 », *R.D.P.*, 1975, pp. 1355 ss.). V. aussi les intéressants développements récents de la jurisprudence en ce qui concerne les directives européennes.

391. V., en plus des études précit., Berr, « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *J.C.P.*, 1967.I.2060; C.A. Colliard, « Le juge administratif français et le droit communautaire », *Mélanges Waline*, t. 1, pp. 187 ss.; Pépy, « Essai d'une vue d'ensemble sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome », *D.*, 1964, chron., p. 9; Questiaux, « L'application du droit international conventionnel par le Conseil d'Etat », et Ruzié, « Le juge français et les actes des organisations internationales », *in L'application du droit international par le juge français*, 1972; Saint-Esteben, *Droit communautaire et droits nationaux*, 1967.

leur égard jusqu'à la période récente [392]. Ceux-ci, au terme d'un clivage très net opéré, indirectement mais les conséquences sont les mêmes, entre eux et les nationaux, se voyaient attribuer un statut diminué, rappelant celui des métèques à Athènes, des périèques à Sparte ou des pérégrins à Rome.

On a vu plus haut que le refus de recourir au contrôle de l'erreur manifeste dans le contentieux de la haute police avait pour effet essentiel de léser les étrangers dans la mesure où ce contentieux est, pour l'essentiel, un contentieux les concernant : à cet égard, l'évolution enregistrée depuis cinq ans a représenté un considérable progrès [393].

De la même manière, la jurisprudence récente du sursis à exécution est assez favorable aux étrangers. La décision *Ferrandiz Gil Ortega* a permis de dépasser l'hypothèque de la jurisprudence *Van Peborg* [394]. Dans ce cadre nouveau, le Conseil a assez largement reconnu le caractère difficilement réparable de mesures affectant les étrangers et notamment d'expulsions. Il ne se passe guère de mois sans que les « feuilles roses » du Centre de coordination et de documentation du Conseil d'Etat n'en publient, le sursis pouvant toutefois n'être pas prononcé à défaut d'un moyen sérieux [395].

Ainsi, et là s'estompent des valeurs classiques, si vigoureuses encore il y a peu, les étrangers font-ils leur entrée dans la cité.

§ 3. — Standards et valeurs humaines

348. *L'intégrité physique.*

Le souci de l'intégrité physique se manifeste de deux manières : par le choix du fondement de la responsabilité et par la mise en œuvre de celle-ci.

Comme l'a noté le président Odent, à propos de la notion de dommage anormal, dans le cadre de la responsabilité pour dommage accidentel de travaux publics subi par un tiers,

> « l'examen de la jurisprudence fait ressortir qu'en cas de dommage corporel tout se passe comme si ou bien le seuil était toujours considéré comme dépassé, ou bien tout dommage ouvre droit à réparation, même s'il n'est pas anormal » [396].

Une grande partie de la doctrine considère que si le juge s'abstient de viser le caractère anormal du dommage au cas de dommage accidentel causé par un

392. V. les remarques de Mlle Loschak, « Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire de l'administration », contrib. précit.

393. V. *supra;* et Finkel, « L'expulsion des étrangers et le juge administratif en droit français », *A.J.*, 1978, pp. 257 ss.; Errera, *Les libertés à l'abandon*, 2e éd., 1975, pp. 238 ss.

394. La décision 24.XI.1954, *Intérieur c/ Van Peborg*, 627, *A.J.*, 1954.II.486 (n. Braibant), en combinant l'article 9 D. 9.IX.1953, disposant que les tribunaux administratifs ne doivent jamais « prescrire qu'il soit sursis à exécution d'une décision intéressant l'ordre, la tranquillité et la sécurité publiques », et le principe selon lequel le juge d'appel ne peut pas posséder plus de pouvoir que le premier juge, avait eu pour effet qu'aucune juridiction administrative ne pouvait plus ordonner le sursis à l'exécution d'une décision intéressant l'ordre public; l'arrêt A. 23.VII.1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, 448, *A.J.*, 1975.438 (chron. Franc et Boyon), *R.D.P.*, 1975.278 (n. Drago), a autorisé le requérant à engager à la fois un recours en annulation sur le fond devant un tribunal administratif, et une demande de sursis à exécution devant le Conseil d'Etat.

395. V. ainsi A. 11.VI.1976, *Moussa Konaté*, 321, *A.J.*, 1976.586 (concl. Genevois); 7.VII.1976, *Znaty*, 350; 9.III.1977, 2970, *Aouiche*, inédit; 6.VII.1977, *Adjali, D.A.*, 1977, n° 312, *R.D.P.*, 1978.292; 22.VII.1977, 2972, *Sekka*, inéd.; 22.VII.1977, *Ben Abdesslam, D.A.*, 1977, n° 313; 1.II.1978, 9106, *Jouhari*, inéd.

396. *Op. cit.*, fsc. 4, p. 1204.

travail public à un tiers, c'est que le dommage est intrinsèquement anormal. Ce point de vue est particulièrement exprimé par M. Bénoit [397]. Mais aussi par des membres de la Haute Assemblée. Le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville a pu ainsi estimer qu'il est « certains préjudices qui sont anormaux par leur nature même, quelle que soit leur gravité » et notamment, et là on retrouve aux côtés de la valeur de l'intégrité physique la valeur de la propriété, les « dommages corporels et les destructions et détériorations de biens mobiliers ou immobiliers » [398].

D'autres auteurs au contraire contestent cette explication et jugent que le silence de la jurisprudence doit être interprété comme n'imposant la condition d'anormalité que dans le cadre de la responsabilité du fait des dommages non accidentels [399].

Sans qu'il soit nécessaire de trancher ce débat délicat il apparaît — que le juge considère comme remplie dans tous les cas l'exigence d'anormalité ou qu'il renonce à cette condition — que l'intégrité physique est l'objet d'une garantie particulière de la jurisprudence.

Cette éminence est confirmée par d'autres contentieux à des niveaux extrêmement variés. Que l'on songe seulement à la place considérable qu'occupe la présomption dans le contentieux médical; ou au rôle qu'a tenu le souci de l'intégrité physique dans l'ensemble de la jurisprudence fondée sur la notion de chose ou d'activité dangereuse [400].

349. *Une conception à la fois pessimiste et exigeante de l'homme.*

La conception de l'homme que fait prévaloir la jurisprudence administrative est assez complexe : elle allie une forme de pessimisme classique à une exigence fort classique elle aussi. Cette position pourrait se résumer à ceci : l'homme est un être imparfait, faible, de capacités assez médiocres, de surcroît dominé par des sentiments peu désintéressés; mais l'homme est aussi un être libre et donc, pour peu qu'il le veuille, perfectible : il doit faire tout ce qu'il peut pour se conduire en conformité à un certain modèle; de plus, dès lors qu'il sollicite des responsabilités ou entreprend des activités spécifiques, il doit s'en montrer digne.

La Haute Assemblée tout d'abord a une conception pessimiste et réaliste de l'homme. Elle ne lui demande pas par exemple, à juste titre, d'être un héros. Elle considère ainsi que le fait, pour un Alsacien, d'avoir adhéré aux S.A. ne peut le « faire regarder... comme ne remplissant pas les conditions de moralité nécessaires pour l'exercice de la profession d'architecte... dès lors qu'il est établi que l'adhésion incriminée n'a été donnée que sous la pression des autorités allemandes » [401]. De même, confronté au cas d'une personne ayant « adressé aux autorités allemandes une lettre manquant de dignité », le juge relève que « cette lettre, qui se borne à rappeler les services rendus par l'intéressé à divers ressortissants allemands avant 1939, a été rédigée alors que (l'intéressé) était incarcéré à la prison de Mulhouse », et conclut qu' « eu égard à cette circonstance et au comportement général du requérant envers les autorités allemandes, l'envoi de cette lettre ne saurait être regardé comme un fait de nature à justifier légalement une sanction d'épuration » [402].

397. *Op. cit.*, pp. 696 ss.
398. Concl. S. 2.VI.1972, *Soc. des bateaux de la Côte d'Emeraude dite « Les vedettes blanches »*, *D.*, 1974.II.260.
399. V. notamment Chapus, « Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics », *Mélanges Waline*, t. 2, pp. 318 ss.
400. Encore que, dans le cadre de la jurisprudence *Lecomte* et *Franquette et Daramy* (v. 24.VI.1949, *Lecomte*, 307, *G.A.J.A.* 325), déjà envisagée plusieurs fois dans cette étude, les dommages doivent excéder « par leur gravité les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence de ce service public », ce qui est une condition limitative; v. aussi le développement de la jurisprudence A. 6.XI.1968, *Education nationale c/ Saulze*, *A.J.*, 1969.117.
401. 21.VII.1948, *Riss*, 666.

D'une certaine manière, la tolérance que l'on a pu, plus haut, imputer au juge à l'égard de l'administration peut s'expliquer par une conception réaliste des choses humaines. Comme l'écrivait Jèze,

> « il serait excessif d'exiger de l'administration la perfection. Lorsque les agents préposés à un service public ont agi raisonnablement, ont pris des mesures raisonnables pour en assurer le fonctionnement régulier, cela doit suffire pour écarter la faute, même si les mesures prises n'ont pas empêché un dommage » [403].

Sans doute pourrait-on objecter dans la mesure où elle est un construit, le fruit de la volonté, et non, plus ou moins, un donné, comme l'administré pris individuellement, qu'il y a lieu de se montrer plus exigeant à l'encontre de l'administration. C'est, ne nous y trompons pas, ce que fait le juge. Simplement il constate que l'administration ne peut se passer d'agents nombreux et de qualité très variable, qu'elle dispose de moyens en hommes et en matériel limités, et que la volonté qui s'exprime dans la création, l'organisation et le développement des services, est loin d'être libérée de toutes contraintes [404].

L'administré se voit appliquer lui aussi en général, sauf à nuancer cette proposition dans quelques lignes, un étalon assez médiocre. Le type de référence de l'administré normal n'est pas un excellent administré. M. Moreau avait bien raison de juger que l'image de l'administré qu'esquisse la jurisprudence constitue un « type un peu falot » [405]. Mais l'égalité juridique postule une telle position du juge et implique l'appréciation abstraite, trop exigeante pour les plus faibles, on a eu l'occasion de le voir en parlant de la défense indirecte de l'administration, et trop peu sans doute pour les plus forts, des capacités humaines. La logique de la démocratie juridique est de promouvoir un certain réductionnisme que l'idée de normalité transcrit bien : sans doute y a-t-il là une raison de sa vogue dans la jurisprudence contemporaine. Et l'on peut ressentir une certaine angoisse, si l'on aligne tous les standards, textuels et jurisprudentiels, à la suite les uns des autres, de l'étreinte terrible dont ils enserrent tous les aspects de la vie de chacun à partir d'une vision, par la force des choses, simplificatrice du réel. Le « métro-boulot-dodo » du début des années soixante-dix pourrait se prêter à d'innombrables variations juridiques : l'administré, auquel sont imparties des dépenses normales pour se vêtir, en fonction de sa profession, qui ne doit pas habiter à une distance anormale de son lieu de travail, rentre chez lui à une vitesse qui n'est pas excessive, par une voie autoroutière d'utilité publique

402. 16.III.1951, *Kurtzmann*, *R.D.P.*, 1951.1148.
403. N. Jèze, 4.I.1918, *Sinaïs*, *R.D.P.*, 1918.402.
404. V. ainsi les applications de l'idée qu'à l'impossible (il faut entendre simplement au difficile...), nul, et notamment pas l'administration, n'est tenu, dans les décisions suivantes, concernant le défaut d'entretien normal : S. 27.VI.1930, *Le Pape*, 671; 5.IV.1933, *Soual*, 413; 11.XII.1936, *Békaert*, 1101; 9.III.1949, *Travaux publics c/ Vandenameele*, 117; 30.VI.1950, *Travaux publics et Soc. Mérienne*, *A.J.*, 1950.424, *R.D.P.*, 1951.534; 17.II.1960, *Travaux publics c/ Moussiegt*, 119; 4.X.1961, *Travaux publics c/ Cie d'assur. « Seine et Rhône »*, *A.J.*, 1962.195; 8.II.1967, *Ville de Marseille c/ Rivaux*, *A.J.*, 1967.567; 1.III.1967, *Ruban*, *A.J.*, 1967.567; 6.V.1970, *Viollet*, 831; 12.VI.1970, *Equipement c/ Chevallier*, 407; 2.IV.1971, *Soc. des autoroutes du Nord*, 282; 20.VII.1971, *Bolusset*, *A.J.*, 1971.547; 19.III.1976, *Soc. des autoroutes Paris-Lyon*, 172, *A.J.*, 1976.530 (concl. Franc); v. aussi lutte contre l'incendie : 20.VI.1956, *Foncin*, *A.J.*, 1956.II.373.
405. *Op. cit.*, p. 209.

qui découpe la campagne au cordeau. Et son logement, bien sûr, n'est pas insuffisamment occupé... Mais l'ironie est facile et ne peut guère avoir d'effet pratique sur la matière juridique.

Il faut ajouter au demeurant que, bien souvent, le juge promeut une conception exigeante de l'homme, correspondant à ce que l'on pourrait appeler une éthique libérale de la responsabilité. L'appréciation *in abstracto* du comportement de l'administré a pour objet de favoriser, on l'a vu, les distinctions nécessaires. Celui qui argue d'une compétence particulière, à titre professionnel ou même simplement en tant que conducteur, doit être capable de se conformer à des modèles de comportement plus exigeants.

Un dernier point mérite d'être mentionné : la place de l'analyse économique de l'homme, et plus précisément de la présomption que celui-ci est dominé par des valeurs spécifiquement économiques, dans la jurisprudence. Le clivage privé/public, ainsi qu'on l'a vu, il y a quelques pages, fait de la recherche du profit, de l'esprit intéressé, une caractéristique de la mentalité des particuliers. De la même manière, pour découvrir la vérité d'une opération, le juge fiscal recourt, ainsi qu'on l'a dit, à la notion d'acte de gestion normal, fondée sur un modèle assez étriqué de gestionnaire privé [406]. Et dans une tout autre jurisprudence, celle de la patente, le raisonnement et les termes du juge sont significatifs. L'article 1447 ancien du Code général des impôts dispose que « tout individu français ou étranger qui exerce en France un commerce, une industrie, non compris dans les exceptions déterminées par le présent code, est assujetti à la contribution des patentes ». Le Conseil d'Etat considère que, pour être imposé à ladite contribution, on doit « exercer habituellement, et dans les conditions où s'exerce normalement une activité professionnelle, une profession patentable ». Ces « conditions normales », c'est la poursuite de bénéfices. Est patentable, selon la formule de la jurisprudence, l'activité qui n'est pas menée « dans un esprit largement désintéressé » [407].

350. *Une morale assez rigide.*

Le juge administratif a surtout à connaître de questions de moralité dans le contentieux de la fonction publique et dans le contentieux professionnel [408]. Dans ce cadre, il n'est pas laxiste dans l'ensemble, on a pu le vérifier en étudiant le mode d'appréciation mis en œuvre pour la notion de moralité et les notions voisines : la notion de « morale professionnelle » notamment emporte des obligations spécifiques nombreuses et strictes.

La moralité a pu jouer un rôle important dans d'autres contentieux et notamment dans la jurisprudence *Films Lutétia :* encore qu'elle ne présente, semble-t-il, plus qu'un intérêt historique, le juge y a fait prévaloir une conception plutôt sévère de la moralité d'un film.

351. *Raison et ordre des choses.*

Les standards révèlent une forme de philosophie, sinon subjective et ressentie individuellement par chaque juge administratif, du moins objective et constituant le fondement logique de la jurisprudence telle qu'on assiste à son développement.

406. V. *supra*, n° 90.

407. 31.XII.1959, *Finances c/ Croix rouge*, 726; v. aussi 25.I.1960, *Assoc. « Le repos de l'ouvrière »*, Tb. 972; 24.II.1960, *Budget c/ Assoc. pour la réadaptation des caractériels*, 144; 4.VI.1960, *Assoc. L' « œuvre des villages d'enfants »*, 395; 15.VI.1960, *Finances c/ Congrégation des filles de la Charité*, Tb. 972.

408. Sur cette question, v. Chérigny, *Le juge administratif gardien de la moralité des administrés*, 1968, 2 t. multigr.

Cette philosophie postule d'abord, on l'a dit, la Raison du juge, entendue comme capacité de bien juger, de faire le départ entre le normal et l'anormal, le bon et le mauvais, le vrai et le faux, de dire le raisonnable, le proportionné, le légitime.

Elle implique aussi la possibilité de communiquer les valeurs retenues sans trop d'incertitudes, sans quoi la valeur pédagogique et donc prophylactique de la jurisprudence serait nulle : elle est donc difficilement dissociable d'une conception assez élémentaire du langage.

Surtout elle renvoie à l'existence d'un ordre naturel des choses, sous-tendant les bons choix du juge. Rappelons qu'il nous était apparu que l'une des causes du recours à la technique du standard est justement la relative illégitimité de la création normative du juge. Cette illégitimité organique et formelle ne peut être compensée que par une forme de sur-légitimité matérielle : le juge doit donner l'impression qu'il est l'instrument de la nécessité, qu'il dit, par une savante maïeutique que l'on peut baptiser « prudence », le non-dit du droit. Il suffit, pour comprendre ce mécanisme, de conserver à la mémoire l'importance, pour les principes généraux du droit, du mythe de leur « découverte ».

L'ordre naturel des choses auquel renvoient les standards n'est bien sûr pas éternel : il s'agit pour le juge de révéler à la société le droit qui lui correspond, non de lui imposer quelques principes intangibles encore que les valeurs d'une époque donnée, depuis la naissance de la juridiction administrative, ne se soient jamais affirmées en rupture avec celles de la période précédente; il s'est agi plutôt d'inflexions, de variations autour de quelques thèmes fondamentaux. Il peut être intéressant, pour l'époque récente, d'en préciser quelques-unes.

SOUS-SECTION II

Standards et mouvement des mentalités contemporaines

352. *Note introductive.*

Le mouvement des mentalités affecte le contenu de celles des règles de droit qui, formulées ou non à l'aide d'un standard, ont pour fonction d'introduire certaines valeurs jugées essentielles dans l'ordre juridique.

Nous avons pu voir plus haut, à propos du sentiment national, comment le recours ou l'utilisation dans un certain sens de règles formulées à l'aide d'un standard pouvait révéler une inflexion de la position traditionnelle du juge, dans le sens d'un moindre exclusivisme national.

Le lien entre le mouvement du droit et le mouvement des mentalités est fort complexe. Ce qui a pu apparaître, lorsqu'a été faite la distinction entre standards dogmatiques et standards plutôt descriptifs, c'est que ce sont moins les pratiques effectives que les conceptions, les représentations de la société que prend en compte le droit : l'hiatus qui existe chez la plupart des administrés entre ce qu'ils pensent et ce qu'ils font permet de rencontrer un *consensus* en sanctionnant des comportements, même majoritaires.

Demeure néanmoins la question de savoir de quelle société les valeurs sont prises en considération. La société, dans une expression telle que celle de « valeurs de la société », est à la fois une illusion et une réalité. Il y a des sociétés imbriquées, se recoupant, véhiculant des valeurs concurrentes, passant parfois à l'intérieur même des individus qui doivent bâtir, s'ils le peuvent, l'unité de leur personnalité par la conciliation, parfois aisée, parfois délicate, de leurs multi-

appartenances. Pourtant, à un moment donné, il est vrai que l'idéologie d'une société, qui n'est pas la simple résultante des courants contradictoires qui l'animent, peut être précisée dans ses très grandes lignes. Elle n'est pas une résultante, car elle a la vertu de susciter une large adhésion et non une série de petits *dissensus* ponctuels. Elle représente, si l'on veut, une forme de charte minimum que l'immense majorité des gens approuve ou croit ne pas pouvoir désapprouver.

On voit ainsi en quoi l'idée même de mouvement des mentalités collectives peut être à la fois un mythe et une réalité : un mythe parce qu'il est impossible de nier l'infinie diversité des opinions et des jugements sur les points les plus importants qui sont en cause dans la jurisprudence; une réalité contraignante pourtant, parce qu'en dernière analyse il est difficile de négliger qu'il y a à un moment donné des sortes d'évidences sociales, à l'état de conviction chez les uns, subies, le plus souvent inconsciemment mais parfois consciemment, la prudence relayant alors la conviction, par les autres.

Est-ce à dire que le juge ne dispose d'aucune autonomie ? Certainement pas : il peut tempérer, nuancer, parfois même bloquer certaines évolutions par le fait même que, ayant la parole, il dispose de la capacité de s'exprimer par ses décisions de façon convaincante; possédant la technique, il peut arguer de ses nécessités ou faire prévaloir ce qui a trait à l'économie générale du système juridique sur telle ou telle aspiration ponctuelle.

Mais il y a peu de chance que le juge, immergé dans la société, lui soit assez étranger pour ne pas comprendre, parfois même précéder et encourager les grands mouvements qui l'animent, et donc pour leur échapper.

Il faut ajouter simplement que le *consensus* sur de grands thèmes ne suppose pas nécessairement que ces grands thèmes soient conciliables sans une élaboration qui peut être délicate. C'est au niveau de la pondération des diverses tendances qui animent les mentalités de son temps que le rôle du juge s'affirme comme essentiel : c'est à lui que revient de relativiser certains mouvements pour que ne soient pas oubliées les contraintes concurrentes; c'est à lui qu'échoit la tâche de concilier des impératifs parfois contradictoires.

§ 1. — La prise en compte des mouvements des mentalités

353. *Standards et exigence de contrôle.*

Ainsi qu'on a déjà eu l'occasion de le dire [409], le développement des standards à l'époque contemporaine s'explique en partie par une exigence accrue de contrôle. L'argument technique du pouvoir discrétionnaire (pour ceux qui en ont une conception extensive qui a été critiquée) ne convainc plus personne qu'il faille laisser passer de très graves anomalies. L'idée de normalité, sous des formes diverses, fait irruption pour censurer les excès patents, devenus insupportables au juge, à la doctrine, aux justiciables éclairés, et probablement à la majeure partie de l'administration lorsqu'elle en prend conscience : ce sont l'erreur manifeste et la proportionnalité, mais aussi, parmi d'autres exemples, le délai raisonnable pour la mise en œuvre des textes, notamment législatifs.

354. *Standards et socialisation de la responsabilité.*

La socialisation de la responsabilité, qui est l'une des grandes tendances de l'évolution du droit, et pas seulement du droit administratif, au XX^e^ siècle, est, comme l'écrivait justement le doyen Savatier, « à base de sentiment » :

409. V. *supra*, 1re partie, n° 148.

> « Elle cristallise de nouvelles conceptions de l'équité, qui se font jour de plus en plus nettement dans la conscience contemporaine. »

Et l'éminent auteur poursuivait :

> « Que l'on prenne un sinistre quelconque; jadis, personne ne doutait, s'il n'avait pas pour cause la faute d'autrui, qu'il dût rester à la charge de la victime. Le sentiment public se bornait à la plaindre; et si un particulier ou l'Etat intervenait bénévolement pour le dédommager, c'était affaire de charité et non de justice. Le destin choisissait librement sa victime. Mais qu'on suppose le même accident arrivant aujourd'hui. Ni la victime ni l'opinion publique ne raisonnent plus de même : le sentiment qui les domine, c'est que le sinistre rompt véritablement la justice et que l'équité en exige réparation. » 410

Comme on l'a remarqué il y a quelques pages à propos de l'intégrité physique ou de la propriété, la responsabilité sans faute est une technique qui permet de préserver des valeurs jugées essentielles. Mais, par-delà ses fonctions ponctuelles, sa continuelle extension, sur le fondement de l'anormalité, sous les diverses formes que peut revêtir la référence à celle-ci, acquiert une signification à elle seule.

Les années 1920-1975 ont ainsi vu la naissance et le développement de la responsabilité sans faute dans le cadre de la responsabilité si complexe et diverse du fait des décisions légales, dans le cadre de la théorie des choses et activités dangereuses, contentieux aux multiples ramifications, jusque dans les années récentes, et encore à propos des dommages causés par les pensionnaires de certains établissements d'éducation surveillée ou de soin des malades mentaux, ou des dommages subis par l'enfant à naître du fait de la rubéole contractée par sa mère durant sa grossesse dans l'exercice d'une profession exposée.

355. *Standards et progrès du libéralisme politique.*

Ces progrès ont eu une influence récente, qui a été analysée, sur le contentieux de la haute police.

Depuis la dernière guerre, les inflexions de la notion de réserve attestent aussi une profonde évolution. La notion demeure irréductiblement floue, car son champ est mal déterminé par rapport à celui de notions voisines, ainsi que le rappelait encore il y a peu, pour le déplorer, M. Rivéro [411]. Quoi qu'il en soit, s'il est difficile de porter un jugement sur l'évolution du libéralisme du juge dans l'appréciation de la réserve en général au cours des trente dernières années [412], il faut convenir de ce que, dans ce secteur stratégique pour la mise en œuvre de la notion que constitue l'obligation de réserve des syndicalistes, la jurisprudence s'est montrée, en dépit de quelques restrictions, d'un profond libéralisme depuis le milieu des années cinquante, donnant au Préambule de 1946 qui consacrait la liberté syndicale sa pleine portée [413, 414].

410. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, t. 1, pp. 182 et 183.

411. « Sur l'obligation de réserve », *A.J.*, 1977, pp. 580 ss.

412. La prise en compte des multiples spécifications (niveau hiérarchique, type de service, *etc.*) rend en effet très difficile une telle détermination.

413. Même M. Piquemal le reconnaît *in Le fonctionnaire : devoirs et obligations*, *op. cit.*, p. 183; or il est dans l'ensemble d'une assez grande sévérité à l'égard de notre droit de la fonction publique.

414. Sur ce sujet, v. essentiellement Bréchon-Moulènes, « Obligation de réserve et liberté syndicale », *A.J.*, 1973, pp. 339 ss.

Le dirigeant syndical, sauf manquement d'une extrême gravité [415], est en principe considéré comme n'ayant pas manqué à la réserve là où le simple fonctionnaire aurait été réputé y avoir failli [416]. Par contre, on y reviendra, le seul fait d'appartenir à une section syndicale n'a pas le même effet absolutoire [417, 418].

356. *Standards et préoccupation sociale.*

Le poids de ce qu'on appelait autrefois la question sociale se manifeste dans la jurisprudence contemporaine, non seulement par la mise en œuvre de très nombreux textes, qui peuvent d'ailleurs comporter des standards (que l'on se souvienne de la notion de rapatriés les plus défavorisés), mais encore par l'inflexion de certaines notions classiques au premier rang desquelles celle d'utilité publique.

Ainsi furent systématiquement réputées d'utilité publique en elles-mêmes (avant le ferment de relativité introduit par la technique du bilan coût - avantage) nombre d'opérations à caractère social telles que « la construction d'un ensemble d'H.L.M. » [419] ou d'une cité ouvrière et d'un terrain de jeu [420], ou encore d'un lotissement [421, 422]. Cette jurisprudence sociale connaît une extension considérable puisqu'elle prend en considération non seulement les besoins traditionnels de l'homme, mais certains besoins plus récemment reconnus, et notamment les loisirs. D'utilité publique sont ainsi des opérations d'ordre touristique [423] ou sportif [424]. Toutefois, dans ces derniers cas, la préoccupation économique équilibre d'évidence la préoccupation sociale : car le tourisme, nombre d'arrêts le soulignent, est une ressource importante pour les communes.

Ajoutons que si le point de vue social peut légitimer l'expropriation, il peut y faire obstacle, au terme de la formule de la jurisprudence *Ville nouvelle Est*, qui précise

> « qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement *les inconvénients d'ordre social* qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » [425].

415. Paris, 17.I.1956, *Pastré*, 505.
416. V. p. ex., 29.III.1963, *A.P. c/ Puttland, A.J.*, 1963.565; 25.V.1966, *Rouve*, 361, *A.J.*, 1966.561; 21.VII.1970, *Belon*, Tb. 1087; 4.IV.1973, *Siredey*, 283; A. 31.I.1975, *Exertier*, 74; m. jour *Volff*, 70, *A.J.*, 1975.138 (chron. Franc et Boyon).
417. S. 1.XII.1972, *Obrego*, 711, *A.J.*, 1973.41 (concl. Grévisse et chron. Cabanes et Léger).
418. Légitimement, le dirigeant syndical est en revanche intégralement tenu à l'obligation de discrétion professionnelle (6.III.1953, *Faucheux, R.D.P.*, 1953.1031, n. Waline).
419. 23.X.1963, *Musy, A.J.*, 1964.173.
420. 10.VII.1968, *Troussier, A.J.*, 1969.109 (n. Homont); v. aussi 26.VI.1974, *Gaubert*, 374, *A.J.*, 1975.84.
421. S. 5.V.1972, *Ferdinand, A.J.*, 1973.143; 22.IV.1977, *Brazier, A.J.*, 1977.377 (chron. Nauwelaers et Fabius).
422. V. aussi 30.XI.1966, *Ménager, D.A.*, 1967, n° 23, *A.J.*, 1967.168; 13.VII.1967, *Synd. propriét. du quartier de la Charité, C.J.E.G.*, 1968, jurisp. 129 (n. Magnier); 12.VI.1970, *S.C.I., « Le Pré-juge »*, 393; 24.VI.1970, *Soc. André Citroën*, 431.
423. 12.IV.1967, *Soc. nouv. des entrep. d'hôtels, A.J.*, 1967.291; A. 6.VII.1973, *Michelin*, 481; 22.XI.1968, 75.514, *Pomonti*, inéd.
424. 10.I.1958, *Bô, A.J.*, 1958.II.128; 13.XI.1974, *Teuma*, 552; 12.XI.1975, *Tachon*, inéd.; 28.I.1976, *Legagneux*, inéd.; 12.V.1976, *Julien*, inéd. (rôle de la L. 29.X.1975, art. 19); 23.VII. 1976, *Labrunie*, Tb. 949; 6.V.1977, *Broet, R.D.P.*, 1978.279.
425. V. plus particulièrement 11.VI.1971, *Synd. déf. du quartier des Charmettes*, 440; 2.VII.1971, *Contet*, 507; A. 20.X.1972, *Soc. civ. Ste-Marie-de-l'Assomption, A.J.*, 1972.590 (chron. Cabanes et Léger); 1.VI.1973, *Abraham*, 394; A. 22.II.1974, *Adam*, 145; A. 23.VII.1974, *Gaulier*, 453, *A.J.*, 1975.39; S. 4.X.1974, *Grimaldi*, 466; Toulouse, 21.VI.1974, *Tarlier*, 736; A. 7.III.1975, *Assoc. amis de l'abbaye Fontevraud*, 179; 28.XI.1975, *Pourtier*, 603; A. 5.III.1976, *Tarlier*, 133, *A.J.*, 1976.207 (n. Colson), *J.C.P.*, 1977.II.18650; 13.X.1976, *Aménagement du territoire c/ Cognet*, 412.

Une très récente décision a ainsi pu disposer que l'expropriation d'une colonie de vacances en vue d'élargir les locaux d'une mairie présenterait des avantages qui ne seraient pas « de nature à compenser les inconvénients d'ordre social qui résulteraient de l'exécution du projet » [426].

357. *Standards et nouvelle gestion publique.*

L'étude des standards révèle aussi, et c'est sans doute l'un des aspects les plus importants et les plus intéressants en même temps que les plus complexes à saisir, une profonde inflexion des mentalités économiques.

Pour s'en tenir dans un premier temps à la notion d'utilité publique, on notera que les implications proprement économiques d'une opération sont souvent invoquées [427]. Surtout, et cela est plus caractéristique de ce qu'on peut appeler l'esprit de la nouvelle gestion publique — systématisé par les rapports Nora ou Montjoie-Ortoli [428], mais en vérité à l'œuvre avec des fortunes diverses depuis les années vingt [429] —, le principe selon lequel un

> « but d'intérêt purement privé ne peut pas légalement justifier une expropriation pour cause d'utilité publique » [430],

a connu un sensible recul depuis dix ans. Ainsi la décision *Ville de Sochaux* a-t-elle disposé que si la déviation d'une route procurait à une entreprise privée « un avantage direct et certain », il n'en était pas moins conforme « à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale » [431].

Parfois, mais il n'y a là que l'une des figures possibles du conflit des valeurs, la préoccupation sociale et la préoccupation économique peuvent se trouver en concurrence. Ainsi dans une affaire *Rausch*, la Haute Assemblée a-t-elle été conduite à considérer que l'utilité publique d'un lotissement à usage d'habitations modestes était supérieure à l'intérêt de l'extension d'entreprises industrielles déjà installées sur place [432].

La nouvelle gestion publique est révélée par plusieurs autres jurisprudences dont les enseignements ne se superposent pas tout à fait, mais nous apparaîtront, en dernière analyse, complémentaires.

Selon une distinction traditionnelle,

> « l'utilisation du domaine public est dite normale lorsqu'elle correspond à l'affectation même, à la destination particulière du domaine pubic. Une utilisation est anormale lorsque, sans être incompatible avec cette destination, sinon elle serait interdite, elle n'est cependant pas conforme avec elle » [433].

426. 18.V.1977, *Comité central d'entrepr. de la B.N.P.. R.D.P.*. 1978.280.
427. Nice, 17.II.1965, *Déptnt de la Corse, A.J.*, 1965.305 (obs. Weil); 10.I.1958, *Bô, A.J.*, 1958.II.128; 11.II.1970, *Intérieur c/ Péquinot, A.J.*, 1970.360 (n. Homont); 21.II.1975, *Intérieur c/ Mamet*, 149; 29.IV.1977, *Lebrun, R.D.P.*, 1978.280; 2.III.1977, *Ancelin*, inéd.
428. V. notre étude *Les idées politiques du président Georges Pompidou*, 1977, pp. 67 ss.
429. V. notre étude *Administration et organisation*, 1910-1930, 1977, *passim*.
430. 4.III.1964, *Borderie, A.J.*, 1964.624.
431. 20.VII.1971, *Ville de Sochaux, A.J.*, 1972.227 (n. Homont); v. aussi 26.VI.1974, *Robert-Léon Weyl, D.A.*, 1974, n° 427; 21.II.1975, *Ministre de l'Intérieur* 149; 22.X.1975, *Assoc. des riverains de la R.N. 158, entre Le Mans et Mulsanne*, 527; 22.XII.1976, *Lejeune* et *Blanc, R.D.P.*, 1977.891.
432. 3.XI.1976, *Rausch, D.A.*, 1976, n° 370, *R.D.P.*, 1977.891.
433. Dénoyer, *L'exploitation du domaine public*, 1969, p. 90; V. aussi Dufau, *Le domaine public*, 1977, p. 282.

Sont ainsi normales la circulation des piétons et des véhicules sur les chaussées [434], ou la promenade ou la baignade sur le rivage de la mer [435], la navigation de bateaux sur les voies navigables [436, 437].

En principe, l'utilisation commune du domaine est normale et l'utilisation privative anormale. Il existe toutefois traditionnellement des utilisations privatives normales : ainsi l'occupation d'emplacements dans les halles et marchés publics ou les concessions de sépulture.

Surtout, il apparaît de plus en plus, depuis une vingtaine d'années, que toutes les activités exécutées dans l'intérêt général constituent un usage normal d'un domaine public. Comme le note M. Dufau, « une telle solution aboutit à une extension considérable et peut-être même à une dénaturation du critère classique de normalité » [438]. Ce que M. Carreau développe en posant que l'on est passé du critère de la « normalité - conformité » à celui de la « normalité - compatibilité » : désormais, le juge réputerait normale toute utilisation du domaine qui, même non conforme à son affectation, ne serait pas incompatible avec elle [439].

Il est important de bien comprendre les raisons de cette inflexion de la notion d'utilisation normale. Très justement, M. Dénoyer a considéré que

> « la nouvelle conception du domaine public, dominée par l'idée économique d'exploitation, a entraîné l'élargissement de la noton d'utilisation normale du domaine conformément à son affectation ».

Cet auteur poursuit :

> « (il est) nécessaire que chaque parcelle domaniale reçoive le maximum d'usages, soit mise en valeur de la manière la plus rationnelle, dans l'intérêt général. La notion de meilleure utilisation tend, de plus en plus, à remplacer la notion d'utilisation normale » [440].

On est passé d'un domaine public conçu comme simple objet de police administrative à un domaine public conçu comme richesse [441, 442]. Très significatif à cet égard est l'arrêt *Bousquet et Lurguie*, dans lequel la Haute Assemblée disposait que :

> « l'édification par un concessionnaire de service public de production et de distribution d'électricité, sur un cours d'eau compris dans le domaine public, d'un barrage destiné à produire de l'énergie électrique, constitue une opération d'aménagement normal du domaine public fluvial présentant un intérêt général et conforme à la destination dudit domaine » [443].

Un peu antérieur et attestant une perspective différente, mais complémentaire, et d'une façon tout à fait significative, une décision *Desaveine* vaut d'être citée, de par la sincérité de son vocabulaire. Dans cette affaire, la société Desaveine s'était vue refuser l'autorisation d'exploiter un service de traction sur les canaux de Briare et du Loing, au motif que la traction sur berge, sur les canaux précités, était assurée par la Compagnie générale de traction sur les voies navigables, qui disposait d'un matériel suffisant. La Haute Assemblée considère que si

> « aucune disposition législative ne (permet) à l'administration d'instituer un monopole et notamment d'exclure la possibilité pour un utilisateur privé de la voie navigable faisant de cette voie et de ses dépendances *un usage normal et conforme à sa destination*, d'effectuer la traction de ses bateaux par ses propres moyens, il appartient à l'autorité administrative de prendre toutes mesures *de nature à assurer la meilleure utilisation du domaine public*, et notamment de subordonner à autorisation préalable l'*exploitation* de la traction par des entreprises offrant leurs services au public et même de refuser toute autorisation à celles de ces entreprises qui risqueraient, en faisant concurrence au service public, de *compromettre la bonne gestion* de celui-ci...; que, bien loin d'améliorer l'exploitation, l'autorisation d'une nouvelle entreprise aurait eu pour effet de rendre la gestion de la Compagnie générale de traction plus difficile et plus onéreuse, et, par suite, d'entraîner une *moins bonne exploitation du domaine public* dont s'agit; qu'un tel motif est au nombre de ceux qui pouvaient justifier légalement le refus d'autorisation » [444].

Ainsi, et la liaison de ces deux aspects est fondamentale dans toute la pensée néo-libérale française contemporaine, s'affirme à la fois le refus de « désencombrer l'Etat » comme le prônaient les Fayolistes des années vingt et la volonté d' « industrialiser » celui-ci, pour reprendre un terme à la mode à la même époque. On a ici la même problématique que celle qui a prévalu lors de la naissance de la théorie du service public industriel et commercial [445].

La crise du principe de spécialité doit être comprise dans la même perspective : à une certaine extériorité originaire de l'établissement public, ou de la concession ou de la régie (le problème est le même ainsi que nous avons essayé de le montrer dans l'étude précitée, en dépit des apparences) par rapport au jeu normal de la rentabilité, a succédé, depuis l'entre-deux-guerres, une phase d'intériorisation progressive par ces structures, des principes de la gestion rentable [446]. Le principe de spécialité était initialement la garantie d'un interventionnisme, sinon modéré, du moins sévèrement orienté. Son recul aurait pu, dans les années trente, correspondre à une avancée de l'étatisme, au sens le plus large. Et sans doute cela a-t-il été. Mais cette remise en cause, d'abord limitée au demeurant, semble aussi avoir beaucoup dû à l'introduction de l'idée d'efficacité économique dans l'administration. Nous avons montré, dans l'ouvrage précité, comment, à une première vague de déspécialisation, vers 1900, fondée sur les nécessités d'un « meilleur service », a succédé un second mouvement dans les années trente, ajoutant aux impératifs tirés de l'idée de meilleur

434. 2.XII.1910, *Synd. profess. des marchands forains*, 860; 19.VI.1931, *Ville de Sarreguemines*, 657; 20.I.1965, *Courvoisier*, 39; 22.II.1974, *Idée*, 141.
435. S. 3.V.1963, *Travaux publics et Cmne de St-Brévin-les-Pins*, 259, *A.J.*, 1963.356, *R.D.P.*, 1963.1174 (n. Waline); A. 30.III.1973, *Aménagement du territoire c/ Schwetzoff*, 264.
436. 16.XI.1956, *Soc. grandes tuileries Perrusson et Desfontaines*, 441, *R.D.P.*, 1957.589 (n. Waline).
437. V. aussi S. 2.XI.1956, *Biberon*, 403 (concl. Mosset).
438. *Op. cit.*, p. 285.
439. Carreau, « Concessionnaire de service public et travaux réalisés sur le domaine public », *A.J.*, 1966.281.
440. *Op. cit.*, p. 92.
441. V. Carreau, art. précit., p. 281; notons au demeurant que l'aspect économique du domaine public n'a pas été ignoré systématiquement autrefois; des textes prévoyaient ainsi la possibilité d'extraction de sable par des particuliers, le juge considérant par suite cette activité comme « une modalité normale de la gestion du domaine public » (S. 21.VII.1939, *de Polignac*, 510; Caen, 10.V.1960, *Soc. normande immobilière et maritime*, 784); plus récemment de grands textes ont consacré cette évolution (v. L. 16.X.1919 sur l'énergie hydro-électrique, la L. 28.XI.1963 et le D. 17.VI.1966 sur le domaine public maritime, *etc.*).
442. M. Dufau, n. S. 22.II.1961, *E.D.F. c/ Bousquet et Lurguie, C.J.E.G.*, 1961.173, estime que l'on est passé d'une « conception étriquée du domaine public, simple objet de police... à... une conception nouvelle : le domaine public sera désormais considéré comme un instrument de richesse collective ».
443. S. 22.II.1961, *E.D.F. c/ Bousquet et Lurguie*, 138, *C.J.E.G.*, 1961, jurisp. 169 (n. Dufau); v. aussi 8.XII.1967, *Caubet*, Tb. 810, *C.J.E.G.*, 1968, jurisp. 135 (n. Carron).
444. A. 16.XI.1956, *Soc. Désaveine*, 440.
445. V. *Administration et organisation*, *op. cit.*, pp. 225 ss.
446. *Ibid.*, pp. 230 ss.

service ceux que dictaient les conditions indispensables à la survie des services publics menacés par la crise [447]. Furent désormais admises les activités annexes qui faisaient entorse à la spécialité classique pourvu que deux conditions fussent réunies : l'urgence de la situation de l'entreprise, condamnée à moins d'une dérogation; l'existence d'un lien matériel indiscutable entre l'activité initiale et principale et l'activité annexe ou de substitution [448]. De la prise en considération des nécessités de la survie d'un service à celle des conditions d'une gestion plus rentable, il n'y avait plus qu'un pas à franchir. Il le fut en 1959 par l'arrêt *Delansorme :* et c'est ici que l'on distingue l'utilité de la référence à la notion de standard pour la compréhension de ce courant jurisprudentiel. L'arrêt *Delansorme* dispose en effet qu'

> « en raison de l'intérêt qui s'attache à ce que les propriétaires de voitures automobiles soient incités à utiliser les parcs municipaux de stationnement, au lieu de laisser leurs véhicules sur les voies publiques urbaines où ils gênent tant la circulation que la desserte des immeubles riverains, l'adjonction à un parc situé à l'intérieur d'une ville importante d'une station où peut être assuré le service de ravitaillement, de nettoyage et d'entretien courant des voitures, pendant la durée de leur stationnement, à l'exclusion de toute réparation mécanique ou électrique et de fournitures d'accessoires quelconques, constitue l'une des *conditions normales* de la fréquentation de ce parc ».

Quant à de possibles locations :

> « que, dans les conditions où elles ont été autorisées, lesdites locations, prévues dans l'*intérêt financier de l'exploitation,* constituent, en outre, compte tenu du développement de la circulation automobile, le complément *normal et nécessaire* de l'activité d'un parc public de stationnement » [449].

Ainsi était-on passé en réalité d'une condition assez exigeante de « nécessité » à une condition plus extensive de « normalité », sous l'effet des impératifs de l'équilibre financier de l'exploitation.

Une autre jurisprudence, liée à celle-ci, nous livre des éléments complémentaires sur les inflexions économiques de la production du Conseil d'Etat au XX^e^ siècle. La Haute Assemblée, à partir de la fin du siècle dernier et du début de celui-ci, a subordonné la régularité de l'intervention municipale à l'existence de circonstances ou situations exceptionnelles, généralement une véritable carence dans un domaine essentiel, faisant courir un danger au bon ordre, à la sécurité ou à la salubrité de la localité [450]. Le caractère très restrictif de cette jurisprudence est en lui-même intéressant : il atteste la vigueur du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et la force alors de la proposition d'Hauriou qui considérait que les interventions d'ordre économique sortaient d'une « certaine compétence administrative naturelle » [451]. Dans une seconde période, à la suite des décrets-lois de 1926, dont les effets furent toutefois limités sur ce point par la Haute Assemblée, le Conseil admit l'intervention dans un but de police, même en l'absence d'une carence de l'activité privée, par

447. *Ibid.*, pp. 234 ss.
448. 23.VI.1933, *Planche, S.,* 1933.III.81 (concl. Rivet, n. Alibert); 29.V.1936, *Synd. des entrepreneurs de couverture c/ Ville de Bordeaux,* 623.
449. 18.XII.1959, *Delansorme, D.,* 1960.II.371 (n. Lesage), c.n.q.s.
450. Il semble que cette jurisprudence naisse avec 7.VIII.1896, *S.,* 1898.III.107, mais sans que la formule ultérieure soit employée; v. par la suite 1.II.1901, *Descroix et autres boulangers de Poitiers, S.,* 1901.III.41 (concl. Romieu, n. Hauriou); 29.III.1901, *Casanova, S.,* 1901.III.73 (n. Hauriou), *G.A.J.A.,* 31; 26.VII.1907, *Espagnol,* 727; 9.VII.1909, *Bourreau,* 673; 14.VI.1913, *Lapeyre,* 199.
451. N. précit. *Boulangers de Poitiers.*

exemple dans le simple but d'exercer un effet modérateur sur les prix [452], ou une plus juste répartition des biens [453].

Parfois, significativement, la notion de circonstances exceptionnelles fut remplacée par celle de circonstances particulières [454].

Parallèlement, le Conseil d'Etat admit des interventions étrangères à un but de police : création de cinémas, de théâtres [455], vente de glace alimentaire [456], mais alors seulement en cas de carence de l'initiative privée. La carence fut cependant entendue de plus en plus largement [457].

Toutes ces jurisprudences révèlent un assouplissement de certains standards sous l'effet de nouvelles conceptions économiques. La nouvelle gestion publique néo-libérale et pragmatique, telle qu'elle se déploie ainsi, est :

— moins soucieuse des barrières privé/public qui sont transgressées dans les deux sens,
— et préccupée de la gestion du secteur public dans des conditions de rentabilité égales à celles du secteur privé.

358. *Standards et écologie.*

Là encore, la notion d'utilité publique est un bon révélateur des préoccupations actuelles. Toujours dans la jurisprudence de la proportionnalité en matière d'expropriation, la Haute Assemblée a ainsi estimé que l'expropriation de centaines d'hectares à des fins militaires était d'utilité publique dans la mesure où « le ministre d'Etat chargé de la défense nationale s'était expressément engagé à prendre diverses mesures de nature à assurer la protection écologique et touristique des sites » [458].

Et le tribunal administratif de Nantes, enrichissant la formule initiale de la jurisprudence *Ville nouvelle Est,* a considéré

> « qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, éventuellement, les inconvénients de tous ordres et en particulier d'ordre social, économique et écologique qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » [459].

De la même manière, le tribunal administratif de Poitiers a disposé que « les troubles graves » qu'entraînerait une opération « pour la conservation des sols, du climat et d'un site pittoresque », lui enlèvent son caractère d'utilité publique [460].

Plus récemment, le Conseil d'Etat a estimé lui-même qu'un lotissement de soixante-dix-sept lots « nuirait gravement au caractère des lieux dans un site

452. 24.XI.1933, *Zénard, S.,* 1934.III.105 (concl. Detton); 12.VII.1939, *Chbre synd. des maîtres buandiers de St-Etienne, D.P.,* 1940.III.1 (n. P. L. J.); 30.V.1952, *Conféd. nation. des prod. de fruits et légumes,* 289.
453. S. 22.XII.1944, *Couturier,* 329.
454. V. ainsi 30.V.1930, *Chbre synd. du commerce en détail de Nevers,* 583 (*G.A.J.A.* 198).
455. 21.I.1944, *Léoni,* 26; Comp. avec la n. Hauriou 7.IV.1916, *Astruc, Notes d'arrêts..., op. cit.,* t. 1, pp. 332 ss.
456. 4.X.1957, *Ville de Charleville,* 504.
457. V., p. ex., S. 17.IV.1964, *Cmne de Merleville-Franceville,* 231.
458. A. 7.III.1975, *Assoc. des amis de l'abbaye de Frontevraud,* 179, *A.J.,* 1976.208 (n. Hostiou).
459. Nantes, 7.V.1975, *Assoc. « Les amis des sites de la région de Mesquer »,* 718.
460. Poitiers, 29.X.1975, *Beau de Loménie,* 766.

pittoresque » et « qu'en l'espèce cette atteinte à l'environnement a pour effet d'entacher d'illégalité la déclaration d'utilité publique » 461, 462.

On trouve bien sûr de bons éléments de réflexion sur la même question dans la jurisprudence concernant la responsabilité pour les dommages de travaux publics : le dommage anormal est bien souvent en effet, ainsi que l'a précisé de façon intéressante M. Girod, un dommage écologique 463. Comme le notait le commissaire du gouvernement Guillaume,

> « dans toute société, il existe un niveau général de nuisance considéré comme normal. Tant que le préjudice demeure dans les limites ainsi acceptées, il ne peut donner lieu à indemnisation... De ce fait, le juge administratif dispose d'une certaine liberté d'action en ce domaine et il lui appartient, en fonction de l'évolution des mœurs, de déterminer... si le dommage est de nature telle qu'il doit donner lieu à réparation. » 464

En vérité, si la notion de préjudice normal varie avec le temps, comment ne pas voir que les dommages écologiques se sont multipliés depuis un siècle et que l'aspiration écologique des dernières années n'a correspondu qu'à une exaspération des nuisances en tout genre. Ainsi, même si la position du juge paraît plus généreuse qu'il y a cinquante ans, quoique de façon peu systématique, on peut constater qu'avec un réalisme parfois regrettable mais sans doute difficilement condamnable il n'a pas bouleversé les équilibres de sa jurisprudence en faveur de l'apaisement de l'aspiration écologique.

Cette dernière constatation nous initie à une observation plus générale : le juge prend en considération les mouvements de mentalités, il infléchit le contenu des standards pour ce faire, mais il ne néglige pas pour autant les impératifs plus anciens, il ne se laisse pas emporter par des élans excessifs ou passagers, bref, il s'efforce à la conciliation d'exigences antagonistes dont aucune ne peut véritablement être négligée, si à une époque ou à une autre telle ou telle se trouve privilégiée ou au contraire placée en retrait.

§ 2. — L'atténuation des mouvements pris en compte

359. *La prudence du juge.*

On retrouve ainsi à la fin de cette étude ce concept aristotélicien classique 465. La prudence, on l'avait vu à partir du bel ouvrage de M. Aubenque, est une disposition pratique concernant la capacité de bien délibérer et de choisir. La mise en œuvre des standards montre à quel point ce concept rend compte du travail qui s'impose au juge.

Pour chacun des mouvements de mentalité qui nous sont apparus avoir eu une influence sur la création ou la mise en œuvre de standards, que ce soit l'exigence de contrôle ou celle de la socialisation de la responsabilité, l'atténuation de certains aspects du sentiment national largement entendu ou l'aspiration à un

461. S. 9.XII.1977, *Equipement c/ Weber, A.J.*, 1978.340, *D.A.*, 1978 n° 26.
462. V. aussi, pour la prise en compte de considérations écologiques, 22.XII.1976, *Lejeune, R.D.P.*, 1977.891; 21.I.1977, *Perron Magwan, R.D.P.*, 1977.892; 9.II.1977, *Comité défense des intérêts du quartier Cardinal, R.D.P.*, 1977.892; 13.X.1976, *Gastaldi, R.D.P.*, 1977.892; 5.I.1977, *Cmne de St-Ouen-Marchefroy, R.D.P.*, 1977.893; 18.V.1977, *Assoc. propriétaires Z.A.C. Victorine Autier, R.D.P.*, 1978.279; 7.X.1977, *Synd. des paludiers, D.A.*, 1977.389.
463. *La réparation du dommage écologique, op. cit.*
464. Concl. A. 22.X.1971, *Equipement c/ Blandin, J.C.P.*, 1973.II.17301.
465. V. *supra*, 1re partie.

plus grand libéralisme politique, le développement de la préoccupation sociale ou la progressive constitution de ce que l'on peut appeler la nouvelle gestion publique, ou encore l'exacerbation du souci écologique, il serait aisé de montrer les limites strictes dans lesquelles le juge les enferme. Il n'est pas utile de s'y attarder, car elles sont très sensibles : en lisant les pages qui précèdent, tout juriste aura vu s'amonceler les objections, les restrictions, les nuances.

Le juge assume les pulsions de la conscience collective, ou, pour ce qui est de certains domaines, par exemple de la nouvelle gestion publique, du sentiment de cercles plus restreints et dotés de compétences particulières : il ne se laisse pas dominer par elles.

360. *Des jurisprudences « charismatiques » (Paul Amselek).*

Pour reprendre le vocabulaire d'Aristote, si la prudence est affaire de délibération, on ne délibère que sur le contingent. Cela donne tout son poids à la proposition du professeur Amselek, selon laquelle l'une des jurisprudences étudiées (il s'agit du système de responsabilité sans faute pour dommage anormal) serait « d'inspiration charismatique » 466. Le charisme est en effet, dans la langue des théologiens, un don particulier conféré par la grâce divine. En laïcisant cette proposition, il demeure que si le juge finit, ici ou là, par s'arrêter à telle solution, point d'équilibre entre valeurs antagonistes, solution qui peut toujours être contestée, selon que soi-même on privilégie une valeur ou une autre, cela apparaît moins le fruit d'un raisonnement purement logique que d'une perception globale — et, serait-on tenté de dire, inspirée — des problèmes en cause.

Aussi a-t-on beau jeu d'opposer tel bloc de jurisprudence à tel autre, de mettre en évidence la fragilité et l'arbitraire de certaines distinctions, de regretter ici la timidité du juge et là de vanter sa générosité. Mais il est préférable de réfléchir, quelles que soient les critiques qu'à titre individuel on souhaiterait formuler, à la multiplicité des enjeux, à l'hétérogénéité des valeurs auxquelles le juge se trouve confronté. Il pourrait faire autrement, et nombre des jurisprudences étudiées seraient un peu différentes sans qu'on en éprouve de surprise profonde : mais on ne peut affirmer — au niveau de l'économie générale du droit administratif, en dehors de quelques points, toujours les mêmes, auxquels la doctrine applique sa critique — qu'il lui serait loisible de faire beaucoup mieux. A l'arbitraire des dosages qui fondent certaines jurisprudences, on ne pourrait en fin de compte qu'opposer un autre arbitraire.

361. *Conclusion de la section II.*

Ainsi le juge, immergé dans la société, n'est-il pas étranger aux grands courants qui la traversent. Mais il se tient à l'écart des fièvres de la mode et sait donner à sa jurisprudence, par-delà de légitimes évolutions, une cohérence d'ensemble qui résulte de la stabilité relative de quelques thèmes fondamentaux et d'une méthode qui préfère la progressivité de la réforme par touches successives et par modifications imperceptibles des équilibres anciens, à la brutalité de la table rase.

362. *Conclusion du chapitre II.*

Moins libéral qu'on ne le prétendait volontiers autrefois à l'égard des administrés, plus généreux cependant qu'on ne se plaît à le répéter aujourd'hui,

466. Contrib. précit. au *Recueil Eisenmann*, p. 256.

attaché au libéralisme économique et politique, mais soucieux au plus haut point de permettre à l'administration d'assumer ses tâches et désireux de ne pas « énerver » au sens ancien la puissance publique, le juge administratif élabore certainement, et l'on ne voit pas comment il pourrait en aller autrement, une jurisprudence propre à réaliser les aspirations diffuses et contradictoires de la société.

Tout au plus peut-on discerner dans les jurisprudences que nous avons cru devoir rattacher à l'idée de nouvelle gestion publique l'esprit plus particulier de ce qu'on appelle parfois la technocratie, à la fois organisatrice et libérale, ou dans certaines décisions une compréhension trop attentive des nécessités de l'action administrative. Rien qui suscite en tout cas l'étonnement. On peut contester les formes actuelles de la société et par voie de conséquence la jurisprudence. Mais il serait injuste d'imputer au juge, pour le critiquer des jurisprudences en rupture avec les mentalités de notre temps, car il n'en est pas véritablement.

363. *Conclusion du titre et de la deuxième partie.*

On voit ainsi, encore que les développements qui précèdent soient très loin d'épuiser les possibilités d'analyse, considérables, l'utilité de la perspective politique, sous ses deux aspects, formel et matériel, dans l'étude des standards de la jurisprudence.

Le droit, et singulièrement le droit administratif, est indissociable du travail du juge : celui-ci peut ou non accepter d'exercer son contrôle sur la mise en œuvre de certaines notions; exerçant son contrôle, il peut choisir des modèles de référence plus ou moins abstraits; enfin, il a le loisir de dévoiler ou non les arcanes de sa jurisprudence et de nourrir les modèles élaborés de diverses façons.

CONCLUSION GENERALE

364. Nous ne résumerons pas ici les diverses analyses qui composent cette étude. Nous voudrions simplement faire saillir quelques lignes de force.

Son premier acquis nous paraît résider dans la mise en évidence de l'immensité de la place que tient l'idée de normalité dans l'élaboration d'un système normatif. La notion de standard a une cohérence, celle que lui donne l'idée de normalité, dans le double sens qu'elle est susceptible de revêtir. Par elle les standards nous entraînent sur les lieux où s'exacerbent et se réduisent les tensions entre la société et son droit. Ils nous initient aux expressions juridiques de la dogmatique sociale. Est mise en évidence l'irréductible référence à la normalité que postule la simple administration du droit.

Plus technique mais important nous semble un autre point. Par son indétermination, le standard est une notion critique du droit en ce sens qu'il met à nu la crise inhérente à celui-ci. Son étude permet de mesurer la vacuité théorique des idées dominantes qui reposent toutes plus ou moins, en dernière analyse, sur une conception matérielle du droit : là se manifeste, par l'hypertrophie du fait, l'incompréhension profonde de ce qu'est le juridique. Par-delà les questions essentielles du pouvoir discrétionnaire ou de l'appréciation

souveraine du juge du fond, par-delà le problème trop négligé et si mal résolu du choix entre l'appréciation *in concreto* et l'appréciation *in abstracto,* c'est la notion même du droit, on l'aura compris, qui est en cause. La notion de standard a servi il y a cinquante ans et plus aux pires abus d'un médiocre bergsonisme juridique : ce n'est pas par une ruse de la Raison mais par un cheminement logique qu'elle permet aujourd'hui une remise en ordre autorisée en vérité, malgré les apparentes divergences entre la *Théorie pure* et ces pages, par l'œuvre de Kelsen.

Il apparaît enfin que, manifestée au plus haut point par les standards, certains aspects rhétoriques du travail du juge — en dépit d'une *imperatoria brevitas* que s'exagère la doctrine — aident à mieux saisir la question plus large de son pouvoir normatif et de sa légitimation à défaut d'une légitimité incontestée.

En dépassant le point de vue spécifiquement juridique, comment ne pas songer à l'étendue des horizons qui s'ouvrent à la recherche dans ces terres inconnues aux lisières desquelles nous n'avons fait que passer ? Comment ne pas être frappé d'étonnement par l'extraordinaire capacité d'intégration par le droit des matières les plus diverses; par la constante extension du champ juridique; par la logique à la fois démocratique et, de façon latente, quelque peu « terroriste », de la notion de normalité qui est au cœur des standards ?

A l'époque des sciences humaines ou sociales triomphantes, on peut s'étonner que le réservoir inépuisable d'informations sur les sociétés et leurs mentalités que constitue le droit soit tenu, en dehors des cénacles juridiques, pour de peu d'intérêt, en réaction peut-être contre d'anciens excès.

Sans y souscrire absolument, comment ne pas se rappeler ici la formule de Jèze :

« Le droit vit; il évolue sans cesse comme tout ce qui vit, sous l'influence du milieu. Observons sans cesse ce milieu : nous comprendrons mieux le droit » [467].

Et comment ne pas être tenté d'affirmer la valeur d'une formule symétrique ? Observons sans cesse le droit, nous comprendrons mieux la société.

Chapdeuil,
Paris,
1976-1978.

467. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif,* 1925, t. 1, p. V.

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAITES ET MANUELS

1. APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 2 t., 1927.
2. AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 2 t., 2e éd., 1975.
3. AYOUB, *La fonction publique*, 1975.
4. BENOIT, *Le droit administratif français*, 1968.
5. BONNARD, *Précis élémentaire de droit administratif*, éd. 1926.
6. BRETHE DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, 1947.
7. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 1re éd., 1968.
8. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 1972.
9. CATALANO, *Manuel de droit des communautés européennes*, 2e éd., 1965.
10. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Cours de droit civil, doctorat, 1970-1971, Les Cours du droit, 1971.
11. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 5e éd., 1973.
12. DEBBASCH, *Contentieux administratif*, 1re éd., 1975.
13. DESCHENAUX, *Le titre préliminaire du Code civil* in *Traité de droit civil suisse*, t. 2-1, 1969.
14. DUEZ et DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, 1952 (mise à jour 1954).
15. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., 5 t., 1921-1926.
16. DUGUIT, *id.*, 3e éd., 5 t., 1927-1930 (2 t. parus).
17. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, D.E.S., 1949-1950, Les Cours du droit, 1950.
18. EISENMANN, *Cours de droit administratif de doctorat*, 1958-1959, Les Cours du droit, 1959.
19. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, 1933.
20. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, 1969.

21. FLOUR, *Cours de droit civil,* licence, 2e année, 1964-1965, Les Cours du droit, 1965.

22. GABOLDE, *Traité pratique de la procédure des tribunaux administratifs,* 1974.

23. GAUDEMET (J.), *Institutions de l'Antiquité,* 1967.

24. GODFRIN, *Droit administratif des biens,* 1977.

25. GRISEL, *Droit administratif suisse,* 1970.

26. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public,* 2 t., 1927.

27. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif,* 1899.

28. JÈZE, *Les contrats administratifs,* 3 t., 1927-1934.

29. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif,* 5 t., 1928-1936.

30. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 2 t., 1887.

31. LAFERRIÈRE, *id.,* 2e éd., 1896.

32. LAUBADÈRE (de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs,* 3 t., 1956.

33. LAUBADÈRE (de), *Traité de droit administratif,* t. 1, 7e éd., 1976, t. 2, 5e éd., 1970.

34. MAYER, *Le droit administratif allemand,* 4 t., 1903-1906.

35. MAZEAUD (H. et L.) et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* 3 t., 5e éd., 1957-1960.

36. ODENT, *Contentieux administratif,* Cours I.E.P., 1970-1971, Les Cours du droit, 6 t., 1971.

37. OURLIAC et MALAFOSSE (de), *Histoire du droit privé,* t. 1, *Les obligations,* 1969.

38. PIQUEMAL, *Le fonctionnaire, droits et garanties,* 1973.

39. PIQUEMAL, *Le fonctionnaire, devoirs et obligations,* 1976.

40. PLANTEY, *Traité pratique de la fonction publique,* 2 t., 3e éd., 1971.

41. POUSSIÈRE, *Traité des dommages de guerre,* 1954 (extrait du J.C.A.).

42. PRIEUX, *Traité pratique du droit des travaux publics et des marchés publics,* 4 t., 1968.

43. RIVERO, *Droit administratif,* 7e éd., 1975.

44. SAVIGNY (de), *Traité de droit romain,* 8 t., 2e éd., 1855-1860.

45. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil,* 2e éd., 1865.

46. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs,* 1954.

47. TROTABAS et COTTERET, *Droit fiscal,* 2e éd., 1975.

48. VEDEL, *Droit administratif,* 5e éd., 1973.

49. WADE, *Administrative law,* 3e éd., 1971.

50. WALINE, *Précis de droit administratif,* 2 t., 1969 et 1970.

II. — THESES

51. AL SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise,* 1925.

52. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit,* 1964.

53. ANCEL, *La* Common law *d'Angleterre,* 1927.

54. AUBY, *L'inexistence des actes administratifs,* 1951.

55. BARRAINE, *Théorie générale des présomptions en droit privé,* 1942.

56. BECET, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers,* 1969.

57. BECQUART, *Les mots à sens multiple dans le droit civil français,* 1928.

58. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge,* 1974.

59. BELIN, *La notion d'utilité publique en droit administratif français,* 1933.

60. BENABENT, *La chance et le droit,* 1973.

61. BENOIT, *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative,* 1946.

62. BERN, *La nature juridique du contentieux de l'imposition,* 1972.

63. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif,* 1962.

64. BOULARD, *Le respect par l'administration active des décisions du Conseil d'Etat au contentieux,* 1932.

65. BOURDONCLE, *Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français,* 1957.

66. BRECHON-MOULÈNES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique,* 1974.

67. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial,* 1961.

68. CAPITANT, *L'illicite,* t. 1, *L'impératif juridique,* 1929.

69. CHALVON-DEMERSAY, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir,* 1922.

70. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée,* 1954.

71. CHAUDET, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse,* 1967.

72. CHAUVERON, *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle,* 1908.

73. CHAVANON, *Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel et commercial,* 1939.

74. CHERIGNY, *Le juge administratif gardien de la moralité des administrés,* 2 t., multig., 1968.

75. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active,* 1970.

76. CHRETIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle, leur formation, leurs caractères,* 1936.

77. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif,* 1970.

78. Corail (de), *La crise de la notion de service public,* 1954.
79. Cornu, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public,* 1951.
80. Crisafulli, *De la négligence dans la* law of torts *du droit anglais,* 1939.
81. Cruet, *Etude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif,* 1906.
82. Debary, *La voie de fait en droit administratif,* 1960.
83. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile,* 1962.
84. Debelmas, *Les pratiques administratives comme sources de droit,* 1932.
85. Debeyre, *La responsabilité de la puissance publique,* 1936.
86. Decottignies, *Les présomptions en droit privé,* 1950.
87. Defrenois, *La faute du service public,* 1937.
88. Dejean de La Batie, *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in conreto *en droit civil français,* 1965.
89. Delvolve, *Le principe d'égalité devant les charges publiques,* 1969.
90. Denoyer, *L'exploitation du domaine public,* 1969.
91. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés,* 1905.
92. Deruel, *La preuve en matière fiscale,* 1962.
93. Desmouliez, *La responsabilité du fisc,* 1942.
94. Dorlencourt-Detragiache, *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français,* multig., 1972.
95. Douc Rasy, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français,* 1963.
96. Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir,* 1958.
97. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative,* 1962.
98. Dupeyroux (H.), *Faute personnelle et faute du service public,* 1922.
99. El-Gammal, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques,* 1967.
100. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat,* 1965.
101. Gaudemet (Y.), *Les méthodes du juge administratif,* 1972.
102. Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques,* 1898.
103. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel,* nouveau tirage, 1971.
104. Girod, *La réparation du dommage écologique,* 1974.
105. Gleizal, *La police nationale,* 1974.
106. Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Etude sur l'administration des juges,* 1932.
107. Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation,* 1968.
108. Gombeaud, *La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics de l'an VIII à* 1920, multig., 1967.
109. Goy, *Eléments psychologiques de l'acte juridique en droit public français,* 2 t., multig., 1958.

110. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit,* 1972.
111. Hachich, *La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs,* dactyl., 1962.
112. Hadjidinas, *La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs,* dactyl., 1966.
113. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique,* 1971.
114. Henriot, *Le dommage anormal, contribution à l'étude d'une responsabilité de structure,* 1960.
115. Himario, *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs,* 1933.
116. Hostiou, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français,* 1975.
117. Isaac, *La procédure administrative contentieuse,* 1968.
118. Jacquemard, *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés,* 1928.
119. Jacquemart, *Le Conseil d'Etat, juge de cassation,* 1957.
120. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative,* 1954.
121. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil,* 1968.
122. Khalil-Kamel, *La notion d'illégalité et son rôle dans la responsabilité de l'administration en droit administratif français et égyptien, étude comparée,* dactyl., 1953.
123. Klein, *La police du domaine public,* 1966.
124. Labatut, *Les restrictions conventionnelles expresses à la liberté individuelle du commerce, de l'industrie et du travail dans la jurisprudence française,* 1928.
125. Ladreit de Lacharrière, *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle,* 1937.
126. Lafon, *La responsabilité civile du fait des malades mentaux,* 1960.
127. Lebrun, *La coutume,* 1932.
128. Legal, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle,* 1922.
129. Le Pennec, *L'exercice des pouvoirs de police sur le domaine public en droit administratif français,* 2 t., multig., 1969.
130. Le Tourneau, *La règle* nemo auditur..., 1970.
131. Lodovici, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire,* 1937.
132. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français,* 1972.
133. Mace de Gastines, *Le rôle des présomptions en droit administratif,* multig., 1974.
134. Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé,* 1936.
135. Marraud, *La notion de dénaturation en droit privé français,* 1974.
136. Marty, *La distinction du fait et du droit,* 1929.
137. Mathiot, *Les accidents causés par les travaux publics,* 1934.
138. Mestre (A.), *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration,* 1974.

139. MESTRE (J.-L.), *Un droit administratif à la fin de l'ancien régime : le contentieux des communautés de Provence*, 1976.
140. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, 1970.
141. MOHEMA, *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'islam*, 1929.
142. MONTADOR, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, 1973.
143. MONTANE DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, 1950.
144. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, 1957.
145. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948.
146. MOURGEON, *La répression administrative*, 1967.
147. NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, 1962.
148. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, 1977.
149. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, 1952.
150. PEISER, *Le recours en cassation en droit administratif français, évolution et régime actuel*, 1957.
151. PETERSEN, *De la contribution possible du droit anglais au développement des principes généraux du droit communautaire*, multig., 1965.
152. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, 1966.
153. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, 1976.
154. QUAL (Di), *La compétence liée*, 1964.
155. RENAULT, *Base de la responsabilité contractuelle en matière civile et commerciale (étude comparée des articles 1137 et 1147 du Code civil, d'après la jurisprudence; bon père de famille et bon commerçant)*, 1938.
156. RICHER, *Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, 2 t., multig., 1976.
157. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, 1978 (version abrégée et imprimée de la précédente).
158. RICCI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, 1977.
159. ROBERT, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration*, 1956.
160. ROFFIGNAC (de), *Le Conseil d'Etat, juge administratif et les conventions internationales*, multig., 1971.
161. ROUVIÈRE, *Le Conseil d'Etat, juridiction de cassation*, 1958.
162. SAINT-CYR, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français*, 1941.
163. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, 1964.
164. SCHNEIDER, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques, contribution à l'étude du standard juridique*, 1927.
165. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, 1969.
166. SFEZ (L.), *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, 1966.

167. SFEZ (M.), *La notion de chose dangereuse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, dactyl., 1956.
168. SIORAT, *Le problème des lacunes en droit international (contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire)*, 1959.
169. SIOUFI, *Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites*, 1925.
170. SOLET, *Essais de sémiologie du droit*, multig., 1969.
171. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée.*
172. STATI, *Le standard juridique*, 1927.
173. SUR, *L'interprétation en droit international public*, 1974.
174. TANAGHO, *De l'obligation judiciaire, étude morale et technique de la révision du contrat par le juge*, 1965.
175. TOURDIAS, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, 1957.
176. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, 1977.
177. VEDEL, *La notion de cause en droit administratif*, 1934.
178. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, 1959.
179. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, 1922.
180. VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, 1968.
181. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, 1939.
182. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, 1952.
183. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, 1929.
184. WIEDERKEHR, *Le défaut manifeste de fondement devant la commission européenne des droits de l'homme*, multig., 1965.
185. ZAKI, *L'imprévision en droit anglais*, 1930.
186. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, multig., 1975.

III. — AUTRES OUVRAGES

187. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926.
188. ARISTOTE, *Rhétorique*, éd. Médéric Dufour et André Wartelle, 3 t., 1932-1973.
189. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, 1975.
190. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, 1963.
191. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e éd., 1886.
192. BENOIT (s. la dir. de), *Collectivités locales.*
193. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, 2 t., 1823.
194. BERGSON, *Œuvres*, éd. du Centenaire, 1970.
195. BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, 1921.

196. BODENHEIMER, *Jurisprudence, the philosophy and method of the law,* 1962.

197. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile,* 4 t., 1828-1839.

198. BONNARD, *De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne,* 1914.

199. BONNECASE, *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire, éléments de clinique juridique,* 1927.

200. BONNECASE, *Science du droit et romantisme,* 1928.

201. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit,* 2e éd., 1931.

202. BONNECASE, *La pensée juridique française,* 1933.

203. BRAIBANT, QUESTIAUX et WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens (étude comparative),* 1973.

204. CANGUILHEM, *Essai sur quelques problèmes concernant le normal et le pathologique,* 1950 (2e éd., 1972, accompagnée de *Nouvelles réflexions concernant le normal et le pathologique*).

205. CARBONNIER, *Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur,* 2e éd., 1971.

206. CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation,* 1933.

207. CASTELLAN, *Initiation à la psychologie sociale,* 1970.

208. CATHERINE, *Le fonctionnaire français,* 1961.

209. CHENON, *Origine, conditions et effets de la cassation,* 1882.

210. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois,* 1908.

211. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé,* 1935.

212. DABIN, *Théorie générale du droit,* 3e éd., 1969.

213. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre,* 1948.

214. DESCHENAUX, *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal fédéral,* 1948.

215. DUBOIS, *Le vocabulaire politique et social de la France de* 1869 *à* 1872, 1973.

216. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat),* 2e éd., 1938.

217. DUFAU, *Le domaine public,* 1977.

218. DUFRENNE, *La personnalité de base, un concept sociologique,* 1953.

219. DUGUIT, *Etudes de droit public,* 2 t., 1901 et 1903.

220. DUMAS, *Le remembrement rural,* mise à jour au 1er novembre 1967, 1968.

221. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique,* 17e éd., 1968.

222. ERRERA, *Les libertés à l'abandon,* 2e éd., 1975.

223. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger,* 1926.

224. FREUND, *Standards of american legislation,* 1926.

225. GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique,* 4 t., 1914-1924.

226. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique,* 2 t., 2e éd., 1932.

227. GUIRAUD, *La sémantique,* 1972.

228. HAMSON, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration,* 1958.

229. HART, *Le concept de droit,* 1976.

230. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur les décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiés de* 1892 *à* 1928, *réunies et classées* par André Hauriou, 3 t., 1929.

231. HAURIOU, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté,* 1933.

232. HERPIN, *L'application de la loi, deux poids, deux mesures,* 1977.

233. HOBBES, *Léviathan,* éd. Tricaud, 1971.

234. IHERING, *L'esprit du droit romain,* 4 t., 2e éd., 1880.

235. IHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain,* 2 t., 1892.

236. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit,* 2 t., 1904.

237. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits,* 2e éd., 1939.

238. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative,* 1969.

239. KANT, *Critique de la raison pure,* éd. Tramesaygues et Pacaud, 1968.

240. KANT, *Critique de la raison pratique,* éd. Picavet, 1976.

241. KELSEN, *Théorie pure du droit,* 1962.

242. LALUMIÈRE, *Le droit administratif, essai de réflexion théorique,* 1977.

243. LA MARNIÈRE, *Eléments de méthodologie juridique,* 1976.

244. LAMBERT, *Etudes de droit commun comparé, la fonction du droit comparé,* 1903.

245. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis,* 1921.

246. LAMBERT, Introduction à *Les Codes de la Russie soviétique,* 2e tirage, 1932.

247. LEFEBVRE, *Mémento pratique, fiscal,* 1977.

248. LEVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age,* Annales de l'Université de Lyon, 3e série, fsc. 5, 1939.

249. LONG, WEIL et BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 6e éd., 1974.

250. MIAILLE, *Une introduction critique au droit,* 1976.

251. MIMIN, *Le style des jugements,* éd. 1962.

252. MIQUEL-SCHMERBER, *Le remembrement rural,* 1966.

253. MORIN, *La révolte des faits contre le Code,* 1920.

254. MOUNIN, *Clefs pour la sémantique,* 1974.

255. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction,* 1976.

256. NEGRIN, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction : de la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français,* 1976.

257. PAGE (de), *De l'interprétation des lois,* 2 t., 1925.

258. PAGE (de), *A propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit,* 1931.

259. PERELMAN et OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique,* 2e éd., 1970.

260. PERELMAN, *Droit, morale et philosophie,* 2e éd., 1976.

261. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique,* 1976.

262. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil,* 1844.

263. POUND, *An introduction to the philosophy of law,* 1922.

264. POUND, *Social control through law,* 1942.

265. REY, *Index du Code civil,* 1926.

266. REGLADE, *Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, étude de philosophie du droit et de théorie générale du droit,* 1950.

267. RAYMONDIS et LE GUERN, *Le langage de la justice pénale,* 1977.

268. RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens,* 1925.

269. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation,* 1966.

270. RIPERT, *Les forces créatrices de droit,* éd. 1955.

271. RIPERT, *Le déclin du droit,* éd. 1949.

272. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* 4e éd., 1949.

273. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale,* 3 t., 1970.

274. ROUBIER, *Théorie générale du droit,* 2e éd., 1951.

275. SALEILLES, *L'individualisation de la peine,* 3e éd., 1927.

276. SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui,* 3 t., 1948-1959.

277. SCHWARTZ, *Le droit administratif américain,* 1952.

278. SCHWARTZ-LIEBERMANN von WAHLENDORF, *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit,* 1973.

279. SCHWARTZ-LIEBERMANN von WAHLENDORF, *Eléments d'une introduction à la philosophie du droit,* 1976.

280. SENN, *Les origines de la notion de jurisprudence,* 1926.

281. SOURIOUX et LERAT, *Le langage du droit,* 1975.

282. STONE, *Legal system and lawyers' reasonings,* 1964.

283. VIRALLY, *La pensée juridique,* 1960.

284. WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel,* 1930 (extrait de la *R.D.P.*).

285. WEBER, *La sociologie du droit de Max Weber,* introduction et traduction par J. Grosclaude, multig., 1960 (retirage 1976).

286. WEBER, *Economie et Société,* t. 1, 1971.

287. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus,* 1972.

IV. — ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

288. Anonyme, « La cause matérielle en matière de dommages découlant de travaux publics », *A.J.*, 1951, pp. 79 ss.

289. Anonyme, « La cause humaine en matière de dommages découlant de travaux publics », *A.J.T.*, 1951, pp. 126 ss.

290. Anonyme, « La notion de biens somptuaires pour l'application de la législation sur les dommages de guerre », *A.J.T.*, 1951, pp. 23 ss.

291. AL SANHOURY, « Le standard juridique », *Recueil Gény,* 1935, t. 2, pp. 144 ss.

292. AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », *A.P.D.*, 1968, pp. 163 ss.

293. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », *Recueil Eisenmann,* 1975, pp. 233 ss.

294. ANDRÉ, « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration », *A.J.*, 1976, pp. 20 ss.

295. ARRIGHI, « Hauriou, un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat », *L.J.C.E.*, pp. 341 ss.

296. ATIAS et LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chron. 34, pp. 251 ss.

297. AUBY, « Le décret du 25 juillet 1960, portant réforme de la procédure du conflit d'attribution », *A.J.*, 1961, pp. 1 ss.

298. AUBY, « La responsabilité médicale en France, aspects de droit public », *R.I.D.C.*, 1976, pp. 511 ss.

299. BAECQUE (de), HENRY-GRÉARD, MERVEILLEUX DU VIGNAUX, « La nouvelle législation sur les dommages de guerre », *J.C.P.*, 1947.I.612.

300. BARTHELEMY, « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application », *R.D.P.*, 1907, pp. 295 ss.

301. BAYLES, « Legal principles, rules and standards », *in* « Le raisonnement juridique », *Logique et analyse,* mars-juin 1971, pp. 223 ss.

302. BENOIT, « La responsabilité de la puissance publique du fait des explosions », *J.C.P.*, 1953.I.1072.

303. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *J.C.P.*, I.1351.

304. BENOIT, « La responsabilité de la puissance publique du fait de la tutelle administrative », *R.P.D.A.*, 1955, pp. 178 ss.

305. BERNARD, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 53 ss.

306. BERR, « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *J.C.P.*, 1967.I.2060.

307. BIAYS, « Les obligations du fonctionnaire en dehors de son service », *D.*, 1954, chron., pp. 105 ss.

308. BLAEVOET, « De l'anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives », *J.C.P.*, 1946.I.560.

309. BLAEVOET, « Normalité, sécurité et garde », *D.*, 1955, chron. 7, pp. 37 ss.

310. Blaevoet, « De la notion d'anormalité en matière de travaux publics et de ses conséquences », *C.J.E.G.*, 1957, doctr., pp. 57 ss.

311. Blaevoet, « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz. Pal.*, 1966, mars-avril, doctr., pp. 65 ss.

312. Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in* « La règle de droit », *Travaux du Centre national de recherche de logique*, 1971, pp. 104 ss.

313. Bobbio, « Le bon législateur », *in* « Le raisonnement juridique », *Logique et analyse*, mars-juin 1971, pp. 243 ss.

314. Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *A.J.*, 1978, pp. 355 ss.

315. Bockel, « Sur le rôle de la distinction du tiers et de l'usager dans le droit de la responsabilité publique », *A.J.*, 1968, pp. 437 ss.

316. Boland, « La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique », *Dialectica*, 1961, n[os] 3-4, pp. 507 ss.

317. Bolle et Delcros (Bertrand), « La règle de l'équivalence dans le contentieux du remembrement rural », *A.J.*, 1976, pp. 122 ss.

318. Bonifait, « Plaidoyer pour les premiers juges », *A.J.*, 1978, pp. 152 ss.

319. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, pp. 363 ss.

320. Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *R.D.P.*, 1928, pp. 668 ss.

321. Bonnard, « L'origine de l'ordonnancement juridique », *Mélanges Hauriou*, 1929, pp. 33 ss.

322. Bonnard, « Le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité », *R.D.P.*, 1944, pp. 63 ss.

323. Bosc, « De la nature et du régime juridique des pénalités dans les marchés de fournitures », *R.D.P.*, 1921, pp. 215 ss.

324. Boulouis, « Procès du juge fiscal », *R.S.L.F.*, 1957, pp. 631 ss.

325. Boulouis, « Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : les directives », *Recueil Eisenmann*, pp. 193 ss.

326. Boulouis, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence, remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la C.J.C.E., », *Mélanges Waline*, 1974, t. 2, pp. 149 ss.

327. Bourdoncle, « De l'obligation de réserve qui s'impose aux fonctionnaires français », *D.*, 1960, chron. 37, pp. 237 ss.

328. Bouveresse, « Langage ordinaire et philosophie », *Langages*, mars 1971, pp. 35 ss.

329. Braibant, « Le principe de proportionnalité », *Mélanges Waline*, 1974, t. 2, pp. 297 ss.

330. Braibant, Contribution à « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *Cahiers de l'I.F.S.A.*, 1978, n° 16, pp. 59 ss.

331. Brechon-Moulenes, « Obligation de réserve et liberté syndicale (à propos de l'arrêt Dlle Obrego) », *A.J.*, 1973, pp. 339 ss.

332. Bredin, « La logique judiciaire et l'avocat » *in* « La logique judiciaire », V[e] Colloque des Instituts d'études judiciaires, 1969, pp. 93 ss.

333. Brière de L'Isle, « La faute inexcusable, bilan et perspectives », *D.*, 1970, chron. 15, pp. 73 ss.

334. Broggini, « La preuve dans l'ancien droit romain », *Recueil de la Société J. Bodin*, n° 15, 1965, « La preuve », pp. 223 ss.

335. Buisson et Maitrot, « Les avatars de l'article 180 du C.G.I. », *R.S.F.*, 1975, pp. 25 ss.

336. Canaris, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », *Etudes de logique juridique*, t. 1, Travaux du Centre national de recherches logiques, 1966, pp. 19 ss.

337. Carbonnier, « La notion de *crise grave du logement* au sens de l'ordonnance du 11 octobre 1945 », *J.C.P.*, 1948.I.728.

338. Carbonnier, « Loi étrangère et jurisprudence étrangère », *Journal de droit international*, 1935, pp. 473 ss.

339. Carreau, « Concessionnaire de service public et travaux réalisés sur le domaine public », *A.J.*, 1966, pp. 278 ss.

340. Carron, « Quelques aspects de l'occupation des voies publiques par les ouvrages de distribution d'électricité et du gaz », *Cahiers de documentation juridique, E.D.F.-G.D.F.*, 1950, pp. 338 ss.

341. Castagnède, « Remarques sur la nature juridique du contentieux fiscal », *R.S.F.*, 1970, pp. 5 ss.

342. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, pp. 99 ss.

343. Chapus, « Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics », *Mélanges Waline*, 1974, t. 2, pp. 307 ss.

344. Charnay, « Sur une méthode de sociologie juridique », *Annales E.S.C.*, 1965, III, pp. 513 ss. et 734 ss.

345. Chaumont, « Etude juridique sur la dissolution des conseils municipaux par le pouvoir exécutif », *R.D.P.*, 1939, pp. 38 ss.

346. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1950, pp. 77 ss.

347. Chenot, « L'existentialisme et le droit », *R.F.S.P.*, 1953, pp. 57 ss.

348. Cherigny, « Le devoir de désobéissance à l'ordre illégal dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *R.D.P.*, 1975, pp. 867 ss.

349. Chevallier (J.), « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *R.T.D. Civ.*, 1962, pp. 5 ss.

350. Colliard (C. A.), « L'obscure clarté de l'article 37 du Traité de Communauté économique européenne », *D.*, 1964, chron. 37, pp. 263 ss.

351. Colliard (C. A.), « Le juge administratif français et le droit communautaire », *Mélanges Waline*, t. 1, pp. 187 ss.

352. Colson, « Le juge administratif et la preuve dans le contentieux de la légalité des décisions à caractère économique », *J.C.P.*, 1968.I.2203.

353. Couzinet, « La notion de faute lourde administrative », *R.D.P.*, 1977, pp. 283 ss.

354. Dabezies, « Le problème du droit à concourir », *R.D.P.*, 1967, pp. 1137 ss.

355. Dabezies, « Loi de 1937 et orientations nouvelles en matière de responsabilité des membres de l'enseignement public », *A.J.*, 1969, pp. 391 ss.

356. DEBBASCH, « L'amnistie en matière disciplinaire », *D.*, 1963, chron. 39, pp. 259 ss.

357. DEBBASCH, « Les sources du droit administratif », *D.*, 1971, chron. 28, pp. 255 ss.

358. DELBEZ, « De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité », *R.D.P.*, 1932, pp. 441 ss.

359. DELVOLVE, « La notion de directive », *A.J.*, 1974, pp. 459 ss.

360. DEMICHEL, « Vers le *self-service* public », *D.*, 1970, chron. 16, pp. 77 ss.

361. DETTON, « L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives », *D.*, 1951, chron. pp. 61 ss.

362. DI MALTA, « Les renseignements administratifs », *D.*, 1964, chron. 33, pp. 225 ss.

363. DONNEDIEU DE VABRES, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives », *E.D.C.E.*, 1949, pp. 30 ss.

364. DRAGO, « La contribution des tribunaux administratifs à l'élaboration de la jurisprudence, le point de vue de la doctrine (contentieux général) », *in Les tribunaux administratifs, vingt ans après la réforme de* 1953 (Actes du Colloque de Grenoble, 14-15 mars 1974), Grenoble, 1974, pp. 71 ss.

365. DRAN, « Un exemple de collaboration entre service public et secteur privé : les cliniques ouvertes », *A.J.*, 1967, pp. 514 ss.

366. DREYFUS, « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du T.A. de l'O.I.T. », *R.D.P.*, 1974, pp. 691 ss.

367. DUBOUIS, « Le juge administratif français et les règles du droit international », *A.F.D.I.*, 1971, pp. 9 ss.

368. DUPEYROUX, « Sécurité sociale et médecine expéditive », *D.*, 1960, chron. 8, pp. 39 ss.

369. DUPEYROUX et GARAGNON, « Le contentieux de la notoriété médicale », *D.*, 1962, chron. 4, pp. 19 ss.

370. DUPEYROUX (O.), La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury*, 1960, t. 2, pp. 349 ss.

371. DUPOND, « Les conditions de légalité de l'exécution forcée par la voie administrative », *R.D.P.*, 1925, pp. 347 ss.

372. DUPUY, « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », *R.D.P.*, 1950, pp. 505 ss.

373. EISENMANN, Compte rendu de la thèse de M. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, R.D.P.*, 1955, pp. 798 ss.

374. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 25 ss.

375. ENGISCH, « Le fait et le droit en droit allemand », *Dialectica*, 1961, nos 3-4, pp. 359 ss.

376. ESMEIN, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D.*, 1964, chron. pp. 205 ss.

377. FASOLIS, « Le revenu et la détermination indiciaire de l'impôt général sur le revenu », *R.S.L.F.*, 1935, pp. 194 ss.

378. FINKEL, « L'expulsion des étrangers et le juge administratif en droit français », *A.J.*, 1978, pp. 257 ss.

379. FISHMAN, « Who speaks, what language, to whom and when ? », *La linguistique*, n° 1, 1965.

380. FORIERS, « Règles de droit, essai d'une problématique », *in La règle de droit*, études publiées par C. Perelman, 1971, pp. 7 ss.

381. FORIERS, « Présomptions et fictions » *in* « Les présomptions et les fictions en droit », *Travaux du C.N.R.L.*, 1974, pp. 7 ss.

382. FOURNIER, « Maurice Hauriou, arrêtiste », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 155 ss.

383. FRAISSE, « Neuvième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.*, 1965.I.1945.

384. FRÉJAVILLE, « Commentaire sous O. n° 45-2394 du 11 octobre 1945, instituant des mesures exceptionnelles et temporaires en vue de remédier à la crise du logement », *D.*, 1945, Législation, pp. 229 ss.

385. FRÉJAVILLE, « Le déclin de la formule exécutoire », *Mélanges Ripert*, t. 1, pp. 214 ss.

386. FROMONT, « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », *A.J.*, 1966, pp. 588 ss.

387. GABOLDE, « La signalisation et la protection des chantiers établis sur la voie publique », *A.J.T.*, 1950, pp. 351 ss.

388. GAIN, « Le contrôle juridictionnel de l'interventionnisme économique; l'exemple des commissions américaines », *R.D.P.*, 1974, pp. 1079 ss.

389. GALABERT, « Le remembrement foncier (étude de jurisprudence, loi du 2.VIII.1960) », *A.J.*, 1961, I, pp. 62 ss.

390. GALABERT, « La contribution des tribunaux administratifs à l'élaboration de la jurisprudence (le point de vue de la juridiction d'appel) », *Les tribunaux administratifs, vingt ans après la réforme de* 1953 (Actes du Colloque de Grenoble des 14-15 mars 1974), 1974, pp. 95 ss.

391. GAUDEMET (P.-M.), « Réflexions sur les rapports du juge et du fisc », *Mélanges Waline*, t. 1, pp. 127 ss.

392. GAZIER, « De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1954, pp. 669 ss.

393. GENY (B.), « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif », *Le Conseil d'Etat*, Livre jubilaire, publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire, 1952, pp. 277 ss.

394. GILLI, « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *D.*, 1971, chron. pp. 125 ss.

395. GIRAUD, « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *R.G.A.*, 1924, pp. 183 ss., 298 ss.

396. GLEIZAL, « Le sursis à exécution des décisions administratives », *A.J.*, 1975, pp. 381 ss.

397. GONSETH, « La notion du normal », *Dialectica*, 1947, pp. 243 ss.

398. GOYARD, « Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs », *Recueil Eisenmann*, pp. 339 ss.

399. GRAFTON ROGERS, « Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire », *Recueil Gény*, 1935, t. 2, pp. 552 ss.

400. GRANJON, « Les questions préjudicielles », *A.J.*, 1968, pp. 75 ss.

401. GROSLIÈRE, « L'administration et les juges », *D.*, 1966, chron. pp. 4 ss.

402. GUIBAL, « Le retard des textes d'application des lois », *R.D.P.*, 1974, pp. 1039 ss.

403. GUILBERT, « La spécificité du terme scientifique et technique », *Langue française*, fév. 1973, pp. 5 ss.

404. HABSCHEID, « Les cours supérieures en République fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne », *R.I.D.C.*, 1968, pp. 79 ss.

405. HARRIS, « La structure distributionnelle », *Langages*, déc. 1970, pp. 14 ss.

406. HAURIOU (A.), « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, pp. 231 ss.

407. HAURIOU (M.), « Police juridique et fond du droit (à propos du livre d'Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*, et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon »), *R.T.D. Civ.*, 1926, pp. 265 ss.

408. HAURIOU (M.), « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1929, pp. 109 ss.

409. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Couzinet*, pp. 329 ss.

410. HUSSON, « L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1959, pp. 25 ss.

411. HUSSON, « Le fait et le droit », *A.P.D.*, 1964, pp. 231 ss.

412. JACQUE, « Les procédures spéciales d'expropriation », *R.D.P.*, 1972, pp. 1019 ss.

413. JEANTET, « L'arrêt *Albatros* (à propos de l'application du traité de la C.E.E. au régime français d'importation du pétrole). Compétences réciproques de la C.J.C.E. et des juridictions nationales », *J.C.P.*, 1965. I.1907.

414. JÈZE, « Le rôle du Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1912, pp. 266 ss.

415. JÈZE, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *R.D.P.*, 1914, pp. 57 ss.

416. JÈZE, « Droit du cocontractant à la rémunération pécuniaire inscrite dans le marché de travaux publics », *R.D.P.* 1933, pp. 555 ss.

417. JÈZE, « Appréciation, par les gouvernements et leurs agents, de l'opportunité d'agir : création, organisation et fonctionnement des services publics », *R.D.P.*, 1943, pp. 1 ss.

418. JÈZE, « Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité », *R.D.P.*, 1944, pp. 63 ss.

419. JOUVE, « Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français », *R.D.P.*, 1968, pp. 283 ss.

420. KELLENS, « La nouvelle sociologie de la déviance au Royaume-Uni », *Année sociologique*, 1975, pp. 509 ss.

421. KORNPROBST, « La compétence liée », *R.D.P.*, 1961, pp. 935 ss.

422. KORNPROBST, « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, chron. pp. 121 ss.

423. KRINGS, « Fictions et présomptions en droit fiscal », *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du Centre national de recherche de logique, 1974, pp. 163 ss.

424. LACHAUME, « Remarques sur quelques aspects récents du renforcement jurisprudentiel de la compétence administrative », *Mélanges Waline*, t. 2, pp. 479 ss.

425. LACHAZE, « L'expédition des affaires courantes en période de crise ministérielle », *D.*, 1952, chron. 4, pp. 65 ss.

426. LALIGANT, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *R.D.P.*, 1971, pp. 43 ss.

427. LAMARQUE, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », *A.J.*, 1961, I, pp. 123 ss.

428. LAMARQUE et MODERNE, « L'affaire de Malpasset devant la justice administrative », *A.J.*, 1972, pp. 316 ss.

429. LAMARQUE, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *Mélanges Waline*, 1974, t. 2, pp. 497 ss.

430. LATOURNERIE, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *R.D.P.*, 1945, pp. 5 ss., pp. 133 ss., pp. 292 ss.

431. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Le Conseil d'Etat*, livre jubilaire, publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire, 1952, pp. 177 ss.

432. LAUBADÈRE (de), « Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », rapport aux journées Hauriou de Toulouse, mars 1968, 1969, pp. 209 ss.

433. LAUBADÈRE (de), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », *Mélanges Waline*, 1974, t. 2, pp. 531 ss.

434. LAVAU, « Le contrôle de l'épuration administrative », *J.C.P.*, 1946, I.501.

435. LAVAU, « Du caractère non suspensif du recours devant les tribunaux administratifs », *R.D.P.*, 1950, pp. 777 ss.

436. LEFOULON, « Les formalités en matière de sanction dans le contrat administratif », *A.J.*, 1974, pp. 565 ss.

437. LEMASURIER, « A propos du Service des Postes et Télécommunications, réflexions sur la distinction des services publics administratifs et des Services publics industriels ou commerciaux », *A.J.*, 1969, pp. 139 ss.

438. LEMASURIER, « La preuve dans le détournement de pouvoir », *R.D.P.*, 1959, pp. 36 ss.

439. LEMASURIER, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe bilan - coût - avantages », *Mélanges Waline*, 1974, t. 2, pp. 551 ss.

440. LETOURNEUR, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1951, pp. 19 ss.

441. LETOURNEUR, « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *E.D.C.E.*, 1962, pp. 51 ss.

442. LETOURNEUR, « L'influence du droit comparé sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français », *Livre du centenaire de la Société de Législation comparée*, t. 1, pp. 211 ss.

443. LETOURNEUR, « L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », *Miscellanea Ganshof Van der Meersch,* 1972, t. 3, pp. 563 ss.

444. LETOURNEUR, « Une jurisprudence administrative originale : la jurisprudence administrative de l'organisation internationale du travail », *Mélanges Couzinet,* 1974.

445. LINDON, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.,* 1975.I.2681.

446. LOSCHAK, « Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire de l'administration », *in* « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *Cahiers de l'I.S.F.A.,* 1978, n° 16, pp. 23 ss.

447. LUCCHINI, « Le fonctionnement de l'ouvrage public », *A.J.,* 1964, pp. 357 ss.

448. LUCE, « Considérations sur le fonctionnement des tribunaux administratifs », *J.C.P.,* 1961.I.1658.

449. LUPI, « La preuve en matière d'impôts directs », *R.S.L.F.,* 1955, pp. 559 ss.

450. MADIOT, « La dissolution des conseils municipaux », *R.D.P.,* 1974, pp. 373 ss.

451. MARTIN, « Le fait et le droit, ou les parties et le juge », *J.C.P.,* 1974.I.2625.

452. MARTY, « Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le tribunal suprême », *Recueil Lambert,* 1938, t. 2, pp. 728 ss.

453. MAURY, « Observations sur les motifs d'expression du droit : règles et directives », *Recueil Lambert,* 1938, t. 1, pp. 421 ss.

454. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Etudes Ripert,* 1950, t. 1, pp. 28 ss.

455. MAZÈRES, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot ?* », *Mélanges Couzinet,* pp. 475 ss.

456. MESCHERIAKOFF, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *A.J.,* 1976, pp. 596 ss.

457. MICHOUD, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *R.G.A.,* sept.-déc. 1914, pp. 5 ss., pp. 193 ss., janv.-avril 1915, pp. 5 ss., pp. 193 ss.

458. MICHOUD, « La jurisprudence administrative sur les dommages résultant des travaux publics et son application aux dommages de guerre », *R.D.P.,* 1916, pp. 181 ss.

459. MODERNE, « La responsabilité généralisée de l'Etat à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires », *D.,* 1976, I, chron. 26, pp. 161 ss.

460. MOLINIER, « Fiscalité et fiction », *Mélanges Couzinet,* 1974, pp. 577 ss.

461. MONTADOR, « Une source importante de responsabilité administrative : le suicide du malade à l'hôpital public », *A.J.,* 1972, pp. 195 ss.

462. MORANGE, « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative », *D.,* 1953, chron. 5.

463. MORANGE, « La liberté d'opinion des fonctionnaires publics », *D.,* 1953, chron. 20, pp. 153 ss.

464. MORANGE, « La spécialité du préjudice », *D.,* 1953, chron. 31.

465. MOTTE, « L'évolution de la notion d'état d'ivresse dans la répression de l'ivresse au volant », *Dialectica,* 1961, n^{os} 3-4, pp. 577 ss.

466. MOUNIN, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *A.P.D.,* 1974, pp. 7 ss.

467. NICOLAS, « La protection du voisinage », *R.T.D. Civ.,* 1976, pp. 675 ss.

468. NOËL, « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *R.D.P.,* 1924, pp. 350 ss.

469. NOWAK, « De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique », Etudes de logique juridique, t. 3, pp. 65 ss.

470. ODENT, « La jurisprudence du Conseil d'Etat concernant l'épuration », *E.D.C.E.,* 1947, pp. 48 ss.

471. PAYSAN, « Le régime disciplinaire du personnel de l'enseignement supérieur », *A.J.,* 1966, pp. 287 ss., pp. 331 ss.

472. PÉPY, « Justice anglaise et justice administrative française », *E.D.C.E.,* 1956, pp. 159 ss.

473. PÉPY, « Essai d'une vue d'ensemble sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome », *D.,* 1964, chron., pp. 9 ss.

474. PERELMAN, « La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien », *Dialectica,* 1961, n^{os} 3-4, pp. 601 ss.

475. PERELMAN, « A propos de la règle de droit, réflexions de méthode », *La règle de droit,* 1971, pp. 313 ss.

476. PHAL, « La recherche en lexicologie au CREDIF, la part du lexique commun dans les vocabulaires scientifiques et techniques », *Langue française,* mai 1969, pp. 73 ss.

477. PHILIP et FAVOREU, « Les suites de la décision du 15 janvier 1975 », *R.D.P.,* 1975, pp. 1355 ss.

478. PISIER-KOUCHNER, « La responsabilité de l'Etat à raison d'une détention provisoire et la loi du 17 juillet 1970 », *A.J.,* 1971, pp. 371 ss.

479. POUSSIÈRE, « Tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.,* 1951.I.909.

480. POUSSIÈRE, « Deuxième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.,* 1952.I.987.

481. POUSSIÈRE, « Troisième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.,* 1953.I.1087.

482. POUSSIÈRE, « Quatrième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.,* 1954.I.1197.

483. POUSSIÈRE, « Cinquième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.,* 1956.I.1286.

484. POUSSIÈRE, « Sixième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.,* 1957.I.1360.

485. POUSSIÈRE, « Septième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.,* 1958.I.1455.

486. Poussière, « Huitième tableau de la jurisprudence relative à l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », *J.C.P.*, 1962.I.1705.

487. Querrien, « Du droit jurisprudentiel au droit écrit », *L.J.C.E.*

488. Questiaux, « L'application du droit international conventionnel par le Conseil d'Etat », *L'application du droit international par le juge français*, 1972, pp. 63 ss.

489. Raux, « L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation », *A.J.*, 1967, pp. 197 ss.

490. Réglade, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, pp. 413 ss.

491. Reuter, « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel national », *in* « *L'application du droit international par le juge français* », 1972, pp. 17 ss.

492. Rey, « Usages, jugements et prescriptions linguistiques », *Langue française*, déc. 1972, pp. 4 ss.

493. Rivero, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chron., pp. 21 ss.

494. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système », *D.*, 1951, chron. 23, pp. 99 ss.

495. Rivero, « La réforme du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1953, pp. 926 ss.

496. Rivero, « Le Conseil d'Etat, cour régulatrice », *D.*, 1954, chron. 28, pp. 157 ss.

497. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, pp. 27 ss.

498. Rivero, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », *Dialectica*, 1961, nos 3-4, pp. 462 ss.

499. Rivero, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », *Miscellanea Ganshof Van der Meersch*, 1972, t. 3, pp. 619 ss.

500. Rivero, « Rapport de synthèse », *Les tribunaux administratifs, vingt ans après la réforme de* 1953, 1974, pp. 184 ss.

501. Rivero, « Fiction et présomptions en droit public français », « Les présomptions et les fictions en droit », *Travaux du C.N.R.L.*, 1974, pp. 101 ss.

502. Rivero, « Sur l'obligation de réserve », *A.J.*, 1977, pp. 580 ss.

503. Robert, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de réaction sociale », *L'Année sociologique*, 1973, pp. 441 ss.

504. Roche, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *A.J.*, 1962, pp. 532 ss.

505. Rousseau, « Le régime juridique de la circulation », *R.D.P.*, 1932, pp. 399 ss.

506. Ruzié, « Le juge français et les actes des organisations internationales », *in L'application du droit international par le juge français*, 1972, pp. 103 ss.

507. S. (J.), « La voirie urbaine et les dommages causés par les travaux publics », *A.J.T.*, 1950, pp. 401 ss.

508. Sabourin, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *A.J.*, 1974, pp. 396 ss.

509. Salmon, « La règle de droit en droit international public », *La règle de droit*, études publiées par Ch. Perelman, 1971, pp. 193 ss.

510. Sandevoir, « Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial », *Mélanges Stassinopoulos*, pp. 317 ss.

511. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », *R.D.P.*, 1955, pp. 5 ss.

512. Sauvel, « Essai sur la notion de précédent », *D.*, 1955, chron. 18, pp. 93 ss.

513. Savoye, « La notion de manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs », *D.*, 1968, chron. 18, pp. 103 ss.

514. Scarpelli, « La définition en droit », *Logique et analyse*, 1958, pp. 127 ss.

515. Schultz, « Le Conseil d'Etat et les pouvoirs de l'ordre des médecins », *R.D.P.*, 1976, pp. 1425 ss.

516. Soulier, « Réflexions sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *R.D.P.*, 1969, pp. 1039 ss.

517. Tallineau, « Les tolérances administratives », *A.J.*, 1978, pp. 3 ss.

518. Taugourdeau, « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique », *A.J.*, 1974, pp. 508 ss.

519. Théron, « Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé », *J.C.P.*, 1976.I.2802.

520. Thomas, « La langue du droit romain, problèmes et méthodes », *A.P.D.*, 1974, pp. 103 ss.

521. Tixier, « La règle de *reasonableness* dans la jurisprudence anglo-américaine », *R.D.P.*, 1956, pp. 276 ss.

522. Tixier, « La clause de *due Process of law* et la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *R.D.P.*, 1961, pp. 797 ss.

523. Todorov, « Recherches sémantiques », *Langages*, mars 1966, pp. 5 ss.

524. Touffait et Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *R.T.D. Civ.*, 1974, pp. 487 ss.

525. Toutsakovitch, « L'intuitionnisme bergsonien dans la philosophie du droit », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1939, nos 1, 2, pp. 238 ss.

526. Trotabas, « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Hauriou*, pp. 709 ss.

527. Trotabas, « Contentieux fiscal et juridiction administrative », *Mélanges Négulesco*, pp. 781 ss.

528. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », *Livre du centenaire de la Société de Législation comparée*, 1971, t. 2, pp. 105 ss.

529. Vallery-Radot, « Les règles de fond du remembrement rural et la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.*, 1969, pp. 592 ss.

530. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *J.C.P.*, 1948.I.682.

531. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950.I.851.

532. VEDEL, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *Etudes Mestre*, 1956, pp. 527 ss.

533. VIALLE, « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *R.D.P.*, 1974, pp. 1243 ss.

534. VILLEY, « Modes classiques d'interprétation du droit », *A.P.D.*, 1972, pp. 71 ss.

535. VINCENT, « L'erreur manifeste d'appréciation », *Revue administrative*, 1971, pp. 407 ss.

536. VIRALLY, « Le Conseil d'Etat et les traités internationaux », *J.C.P.*, 1953.I. 1098.

537. VIRALLY, « Le phénomène juridique », *R.D.P.*, 1966, pp. 5 ss.

538. VISSER'T HOOFT, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, 1972, pp. 261 ss.

539. WACHSMANN, « L'article 168 et l'article 180 du C.G.I. », *R.S.F.*, 1976, pp. 645 ss.

540. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Etudes Scelle*, 1950, t. 2, pp. 613 ss.

541. WALINE, « L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants », *R.D.P.*, 1951, pp. 27 ss.

542. WEIL, « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1959, pp. 281 ss.

543. WEIL, « Le critère du contrat administratif en crise », *Mélanges Waline*, 1974, t. 2, pp. 831 ss.

544. WEIL, Contribution *in* « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *Cahiers de l'I.F.S.A.*, 1978, n° 16, pp. 48 ss.

545. WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, pp. 51 ss.

V. — COLLECTIONS

546. *Actualité juridique, Droit administratif.*
547. *Annales de philosophie du droit.*
548. *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.*
549. *Droit administratif.*
550. *Droit fiscal.*
551. *Etudes et documents du Conseil d'Etat.*
552. *Jurisclasseur administratif.*
553. *Jurisclasseur fiscal.*
554. *Jurisclasseur périodique — Semaine juridique.*
555. *Recueil Lebon.*
556. *Recueil Dalloz.*
557. *Revue administrative.*
558. *Revue de science financière.*
559. *Revue du droit public et de la science politique.*

TABLE DES MATIERES

(*Voir le sommaire au début*)

INTRODUCTION GENERALE

1. Standards et étonnement devant le droit. 2. Une définition provisoire du standard. 3. L'intérêt d'une recherche sur la technique du standard dans la jurisprudence administrative. 4. Le choix du terme « standard ». 5. Le juge administratif et la technique du standard : quel juge administratif ? 6. Le juge administratif et la technique du standard : quel contentieux ? 7. Le juge administratif et la technique du standard : quelle jurisprudence ? 8. Le choix d'un plan.

PREMIERE PARTIE

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET LA NOTION DE STANDARD

9. Introduction.

TITRE PREMIER

LA DEFINITION DU STANDARD, NOTION INNOMEE DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

10. Introduction.

Chapitre premier : LES INSUFFISANCES APPARENTES DES MODES CLASSIQUES DE LA DEFINITION JURIDIQUE 15

11. Introduction.

Section I : *La définition matérielle du standard est traditionnellement privilégiée* 15

12. Introduction.

Sous-section I : *Le mouvement du standard : bergsonisme, sociologisme et comparatisme juridiques dans les années vingt* 16

§ 1. — *La naissance du mouvement du standard* 16

1° L'environnement 16

13. L'exemplarité de l'œuvre de Gény. 14. Bergsonisme et durkheimisme dans l'œuvre de Gény. 15. La modération finale de l'œuvre de Gény. 16. La postérité de Gény et la dissolution de la notion même de droit.

2° Les protagonistes 21

17. L'Ecole de Lyon : Edouard Lambert. 18. Roscoe Pound et la naissance de la théorie des standards. 19. L'Ecole de Lyon : les disciples et la généralisation du mouvement.

§ 2. — *L'élaboration d'une définition du standard* 26

1° Les tentatives de définition du standard dans les années vingt et trente 26

20. L'indéfinissable standard. 21. La définition intrinsèque du standard. 22. La définition extrinsèque du standard.

2° L'arrière-plan des définitions du standard dans les années vingt et trente 28

23. La mise en question du caractère juridique du standard. 24. Idéologie du standard et théorie générale du mouvement du droit. 25. Conclusion de la sous-section.

Sous-section II : *Les insuffisances de la définition matérielle classique.* 31

§ 1. — *L'hypothèque de la fausse distinction règle/standard* ... 31

1° La persistance d'une double notion du standard dans les années vingt et trente 31

26. La double notion du standard. 27. Les implications de la dualité de la notion de standard.

2° Le standard juridique et la règle de droit 32

28. Le standard n'est pas la règle : le standard est dans la règle.

§ 2. — *L'exacerbation des imperfections propres à toutes les définitions matérielles* 33

1° L'hétérogénéité des standards présentés 33

29. La multiplicité des valeurs invoquées. 30. L'irréductibilité apparente des valeurs des standards.

2° L'affadissement de la notion de standard 35

31. L'assimilation progressive du standard et de la notion indéterminée.

Section II : *Les définitions organique et formelle du standard sont utilisées à titre accessoire* 35

32. Introduction.

Sous-section I : *La définition organique du standard* 36

33. Standards jurisprudentiels et standards de la jurisprudence.

§ 1. — *Les standards jurisprudentiels* 36

1° Les réticences du mouvement du standard devant la définition organique 36

34. L'éloge du travail normatif du juge et ses deux variantes. 35. Le standard comme procédé jurisprudentiel selon l'Ecole de Lyon.

2° La définition du standard comme norme jurisprudentielle.

36. L'assimilation du standard et du droit jurisprudentiel. 37. L'efficacité de la définition organique du standard.

§ 2. — *Les standards de la jurisprudence* 37

38. Les standards textuels. 39. Les standards constitutionnels. 40. Les standards législatifs. 41. Les standards réglementaires. 42. Les standards des conventions internationales. 43. Les standards d'une autre origine. 44. Conclusion de la sous-section.

Sous-section II : *La définition formelle du standard* 45

45. La définition formelle comme définition de pure méthode.

§ 1. — *Les formes privilégiées de la notion de standard* 45

46. Les mots standard. 47. La grammaire du standard.

§ 2. — *Les insuffisances de la définition formelle* 46

48. La grammaire du standard n'a pas d'utilité. 49. La définition formelle par le recours aux mots standard est à la fois trop extensive et trop restrictive. 50. La définition formelle n'est pas une définition originaire. 51. Conclusion du chapitre premier.

Chapitre II : LES DEFINITIONS FONCTIONNELLES DE LA NOTION DE STANDARD ET LEURS LIMITES .....

52. Introduction.

Section I : *Les définitions fonctionnelles de la notion de standard* 50

53. Introduction.

Sous-section I : *Les définitions fonctionnelles dans le mouvement du standard* 51

§ 1. — *Les définitions fonctionnelles annexes* 51

1° Standard et jurisprudentialisation du droit 51

54. Standard et fonction d'accroissement des pouvoirs du juge.

2° Standard et mobilité du droit 51

55. Standard et mobilité synchrone du droit. 56. Standard et mobilité historique du droit.

§ 2. — La définition fonctionnelle du Doyen Hauriou 52

1° Le standard, la directive et l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire 52

57. La distinction du standard et de la directive par le Doyen Hauriou. 58. La spécificité de la pensée du Doyen Hauriou : vers une définition fonctionnelle du standard et de la directive.

2° Critique de la définition fonctionnelle du Doyen Hauriou .. 54

59. Une définition imprécise et de ce fait peu opératoire. 60. Une définition trop restrictive et de ce fait partielle.

Sous-section II : *La triple définition fonctionnelle du standard* 55

61. Introduction.

§ 1. — *La définition fonctionnelle-organique du standard : le standard comme technique de délégation ou de réservation du pouvoir* 55

1° Le standard textuel comme technique de délégation du pouvoir. 55

62. L'utilisation d'un standard dans un texte équivaut à un transfert de pouvoir aux autorités d'exécution. 63. Le standard textuel, délégation à l'administration ou au juge ?

2° Le standard jurisprudentiel comme technique de réservation du pouvoir 57

64. La création d'un standard par le juge lui permet de réserver une partie de son pouvoir.

§ 2. — *La définition fonctionnelle-formelle du standard : le standard explicite comme technique rhétorique* 57

65. Les fonctions rhétoriques du standard.

1° La fonction de persuasion du standard 58

66. Le standard explicite suscite l'adhésion.

2° La fonction de légitimation du standard 58

67. La fonction de légitimation à proprement parler. 68. La fonction de généralisation des standards.

§ 3. — *La définition fonctionnelle-matérielle du standard : le standard comme technique de régularisation du droit* 59

69. La fonction de régularisation juridique du standard. 70. Les standards de pure régularisation juridique.

Section II : *La nécessaire combinaison des définitions fonctionnelles avec des définitions classiques reconsidérées* 61

71. Introduction.

Sous-section I : *Standard et normalité : l'efficacité de la définition matérielle* 61

72. Introduction.

§ 1. — *Les standards identifiés et l'idée de normalité* 62

73. Standards substituables et standards inclusifs.

1° Les standards substituables 62

74. L'idée de normalité. 75. Les substituts du terme normal : I. Exceptionnel, II. Particulier, III. Spécial, IV. Excessif, V. Exagéré, VI. Abusif, VII. Ordinaire et extraordinaire, VIII, Exorbitant.

2° Les standards inclusifs 70

76. Les concepts qui ne peuvent s'apprécier qu'en termes de normalité : I. Moralité et normalité, II. Rationalité et normalité.

§ 2. — *Le standard, pur instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité* 72

1° Le standard, pur instrument de mesure 72

77. Le standard est d'abord un étalon. 78. Le choix du titre de cette étude.

2° Le standard, pur instrument de mesure des comportements et des situations 74

79. Le standard est à titre essentiel instrument de mesure des comportements humains. 80. Le standard est aussi instrument de mesure des situations.

3° Le standard, pur instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité 75

81. L'ambiguïté de la normalité et l'ambiguïté du standard. 82. Les deux types de standards inclusifs. 83. Les standards inclusifs primaires. I. Le suffisant et l'insuffisant, II. Satisfaisant, III. Défectueux, IV. Courant, V. Grave, VI. Manifeste, VII. Nettement, VIII. Clair, IX. Notable, X. Notoire, XI. Sensiblement, XII. Sérieux, XIII. Valable, XIV. Légitime, XV. Convenable, XVI Impropre, XVII. Proportionné. 84. Les standards inclusifs secondaires. I. La faute, II. Imprudence..., III. Aptitude, IV. Besoin, V. Utilité publique, VI. Urgence, VII. Dangereux, VIII. Imprévisible, IX. Irrésistible, X. Luxueux, somptuaire, XI. Injurieux, XII. Licencieux, XIII. Représentatif, XIV. Réserve, XV. Autres exemples. 85. Quelques concepts parfois identifiés comme standards font difficulté. I. La bonne foi, II. L'ordre public, III. L'intérêt général, IV. Le privé et le public, V. Autres notions.

Sous-section II : *Standard jurisprudentiel et indices du standard : l'efficacité des définitions organique et formelle* 109

86. Introduction.

§ 1. — *Standard et norme jurisprudentielle : l'efficacité de la définition organique* 110

1° Les standards textuels, simple codification de standards jurisprudentiels 110

87. Le législateur se contente dans certains cas de codifier des standards jurisprudentiels préexistants.

2° La transformation par le juge des prescriptions de textes en standards formels 111

88. Parfois le juge forge de toutes pièces un standard pour la mise en œuvre de prescriptions textuelles n'en comportant pas. 89. Plus souvent, le juge transforme des standards textuels en standards différents.

§ 2. — *Les indices formels du standard : l'efficacité de la définition formelle* 114

1° Les formulations elliptiques du standard 114

90. Certaines formulations, dans lesquelles aucun standard n'apparaît, peuvent être dites formulations elliptiques du standard.

2° Les indices formels du standard 117

91. Certaines formulations dans lesquelles aucun standard n'apparaît constituent cependant de véritables indices formels du standard. 92. Conclusion de la section. 93. Conclusion du chapitre II : une définition de la notion de standard. 94. Conclusion du titre premier : standards et directives.

TITRE II

LE CHAMP D'APPLICATION DE LA NOTION DE STANDARD DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

95. Introduction.

Chapitre premier : ESSAI DE TYPOLOGIE DES STANDARDS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE 125

96. Introduction.

Section I : *Les typologies matérielles* 126

97. Introduction.

Sous-section I : *Classification des standards en fonction de leur quantifiabilité et de leur dogmatisme* 126

§ 1. — *Standards quantifiables et standards non quantifibales* 126

1° Les standards quantifiables 126

98. Le caractère fondamental de la question de la quantifiabilité des standards. 99. Le grand nombre de standards quantifiables.

2° Les standards non quantifiables 129
100. Un grand nombre de standards est cependant, au moins en apparence, non quantifiable. 101. Parmi ces standards, beaucoup sont en fait partiellement quantifiables.

§ 2. — *Standards dogmatiques et standards descriptifs* 130
102. Les limites d'une telle distinction.

1° Les standards plutôt descriptifs 131
103. Les standards descriptifs du droit fiscal et le réalisme du droit fiscal. 104. Le moindre nombre des standards descriptifs dans les autres contentieux.

2° Les standards intermédiaires 136
105. Les standards intermédiaires se signalent par des éléments de dogmatisme.

3° Les standards plutôt dogmatiques 143
106. Les implications complexes de la notion de standard dogmatique. 107. Exemples de standards plutôt dogmatiques.

Sous-section II : *La combinaison des deux classifications : l'échelle d'indétermination des standards* 151
108. Introduction.

§ 1. — *L'échelle d'indétermination des standards* 151
109. Les degrés d'indétermination *a priori* des standards.

§ 2. — *La nécessité de l'étude de la politique jurisprudentielle et de la jurisprudence politique du juge* 152
110. La nécessaire étude de la politique jurisprudentielle des standards. 111. La nécessaire étude des jurisprudences politiques des standards. 112. Conclusion de la section I.

Section II : *Les typologies contentieuses* 153
113. Introduction. 114. La typologie contentieuse au sens strict. 115. Une autre typologie contentieuse : standards de pure administration du droit et standards de fond du droit.

Sous-section I : *Les standards de pure administration du droit* 156
116. Introduction.

§ 1. — *Les principaux standards de pure administration du droit* .. 157

1° La présomption et la technique du standard 157
117. La présomption ne saurait fonctionner sans mise en œuvre d'un standard. 118. Standard et théorie de la causalité.

2° La théorie de l'acte clair et les techniques annexes 169
119. Acte clair et juge normal. 120. Techniques annexes de la théorie de l'acte clair.

3° La *ratio legis* 173
121. Note sur la notion de *ratio legis*. 122. Le juge administratif et la *ratio legis*. 123. Le juge administratif et la rationalité des contractants.

4° De quelques autres standards de pure administration du droit. 181
124. La notion de litige dont la juridiction administrative saisie dans le cadre du référé n'est pas manifestement incompétente pour connaître. 125. L'irrecevabilité d'une demande de référé si la demande principale est entachée d'une « irrégularité manifeste ». 126. La notion de conclusions entachées d'irrecevabilité manifeste.

§ 2. — *Les questions et les caractères communs aux standards de pure administration du droit* 182
127. Introduction.

1° Les caractères communs aux standards de pure administration du droit 182
128. L'ancienneté et l'importance exceptionnelle de standards liés nécessairement à la mise en œuvre du fond du droit 182

2° Standards de pure administration du droit et règle du droit. 184
128 *bis*. Brèves réflexions sur les termes de la question. 129. Les incertitudes de la jurisprudence sur la question 187

Sous-section II : *Les standards de fond* 190
130. Introduction.

§ 1. — *L'élément d'administration du droit de tout standard de fond* 190
131. La prudence du juge normal.

§ 2. — *La fausse catégorie des standards d'intellection* 192
132. La catégorie des standards d'intellection. 133. Les standards d'intellection ne sont que des standards de fond qui mettent en valeur plus nettement l'élément d'administration du droit que comporte nécessairement tout standard. 134. Conclusion de la section II. 135. Conclusion du chapitre I[er].

Chapitre II : STANDARDS ET POUVOIR NORMATIF DU JUGE .. 195
136. Introduction.

Section I : *La place du standard au sein du pouvoir normatif du juge* 195
137. Introduction.

Sous-section I : *La réalité du pouvoir normatif du juge illustrée par la technique du standard* 196

§ 1. — *Bref rappel des termes de la question* 196
138. Pouvoir normatif de la jurisprudence ou pouvoir normatif du juge. 139. Les théories inductives de la création normative jurisprudentielle. 140. Pour une théorie déductive du pouvoir normatif du juge.

§ 2. — *Le standard, technique privilégiée de la création normative du juge* 199

1° La croissance du nombre des standards mis en œuvre 199
141. L'augmentation rapide du nombre des standards utilisés par le juge depuis cent ans. 142. Le recours au standard pour inaugurer des solutions juridiques nouvelles. 143. Le recours au standard pour assurer une nouvelle présentation de solutions juridiques acquises. 144. Variante de la figure précédente : la tendance à la substitution par le juge de standards chauds aux standards froids.

2° Les causes d'une croissance 206

a) Les causes extrinsèques 206
145. Les standards jurisprudentiels et les crises. 146. Les standards jurisprudentiels et le mouvement doctrinal du standard. 147. Les standards jurisprudentiels et le comparatisme. 148. Les standards jurisprudentiels et le mouvement général du contrôle contentieux.

b) Les causes intrinsèques 212
149. De la fonction de légitimation à la semi-légitimité des standards.

Sous-section II : *Normes jurisprudentielles formulées à l'aide d'un standard et principes généraux du droit* 213
150. Distinction matérielle des règles à standard et des principes généraux du droit. 150 *bis*. La place des règles jurisprudentielles à standards et des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes. 151. L'immunité de fait du pouvoir normatif du juge administratif. 152. Conclusion de la section I.

Section II : *Les standards et le pouvoir discrétionnaire du juge* 217
153. Introduction.

Sous-section I : *La relation standard - pouvoir discrétionnaire du juge dans la doctrine* 218
154. Naissance de cette doctrine dans les années trente : les thèses de MM. Goldenberg et de Lacharrière.

Sous-section II : *Les standards ne sauraient ouvrir un pouvoir discrétionnaire au juge* 221
155. Le problème des standards textuels. 156. Le problème des standards jurisprudentiels. 157. Les rares cas de pouvoir discrétionnaire du juge. 158. Conclusion de la section II. 159. Conclusion du chapitre II. 160. Conclusion du titre II. 161. Conclusion de la première partie.

DEUXIEME PARTIE

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET LA PRATIQUE DES STANDARDS

162. Introduction.

TITRE PREMIER

STANDARDS ET HYPERTROPHIE DU FAIT DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

163. Introduction.

Chapitre premier : LES STANDARDS, LE FAIT ET LE DROIT 236
164. Introduction.

Section I : *Le contrôle de la mise en œuvre des standards par le juge.* 237
165. Introduction.

Sous-section I : *Standards et non-contrôle* 237
§ 1. — *Standards et pouvoir discrétionnaire de l'administration.* 237
166. Refus théorique ou refus politique de contrôle ? 167. La réserve des questions techniques. 168. La réserve de certaines questions touchant à la

fonction publique. 169. La réserve de la haute police. 170. Non-contrôle d'un standard et présence d'une source formelle de pouvoir discrétionnaire. 171. Y a-t-il eu des effets spécifiques de la naissance du contrôle de l'erreur manifeste sur les conceptions du juge ?

§ 2. — *Standards et appréciation souveraine du juge du fond* 251
172. Le refus de principe du Conseil d'Etat juge de cassation de connaître de la mise en œuvre des standards par le juge du fond. 173. La réserve des questions techniques. 174. La mise en œuvre du refus de principe.

Sous-section II : *Standards et contrôle* 253
§ 1. — *Le contrôle de la mise en œuvre des standards dans le contentieux de l'excès de pouvoir* 253
175. Les standards textuels accompagnés de directives précises. 176. Le contrôle de principe de la mise en œuvre des standards dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

§ 2. — *Le contrôle de la mise en œuvre des standards dans le contentieux de la cassation* 257
177. Le caractère exceptionnel du contrôle de la mise en œuvre des standards dans le contentieux de la cassation. 178. Conclusion de la section I.

Section II : *Critique de la conception du standard question de fait* 260
179. Introduction.

Sous-section I : *Le standard n'est pas une source formelle de pouvoir discrétionnaire* 261
180. Introduction.

§ 1. — *La théorie du standard source de pouvoir discrétionnaire* 261
1° *Une théorie longtemps dominante* 261
181. Une théorie toujours actuelle. 182. La théorie de Roger Bonnard. 183. La théorie du professeur Eisenmann. 184. La théorie du président Stassinopoulos. 185. La théorie de M. Goldenberg.

2° *Essai de compréhension de la théorie* 267
186. Une définition matérielle du droit. 187. L'assimilation de l'indétermination et de la non-impérativité.

§ 2. — *Critique de la théorie du standard, source de pouvoir discrétionnaire* 269
1° Critique des fondements invoqués en faveur de cette théorie. 269
188. L'inexistence d'un domaine du droit. 189. La notion de qualification dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir. 190. Scolie sur le vocabulaire juridique. 191. L'impossible assimilation de l'indétermination et de la non-impérativité de la règle.

2° Indéterminabilité de la règle et pouvoir discrétionnaire 273
192. Indétermination et indéterminabilité de la règle. 193. Figures de l'indéterminabilité d'un texte : les sources formelles du pouvoir discrétionnaire.

Sous-section II : *Le standard n'est pas une source formelle d'appréciation souveraine du juge du fond* 275
194. Introduction.

§ 1. — *La théorie du standard source d'appréciation souveraine* .. 276
1° La systématisation doctrinale 276

195. Une systématisation ancienne dans la doctrine privatiste. 196. Une systématisation implicite pour une partie de la doctrine publiciste.

2° L'accord de la doctrine avec la jurisprudence 277

197. Doctrine, jurisprudence judiciaire et jurisprudence administrative. 198. La jurisprudence du Conseil d'Etat n'est cependant pas exempte de doutes : Le contrôle de la dénaturation des faits.

§ 2. — *Critique de la théorie du standard source d'appréciation souveraine* 280

1° L'absence de fondement théorique à l'abstention du juge de cassation 280

199. Les conséquences logiques de la distinction des rapports juge de cassation - juge du fond et juge de l'excès de pouvoir - administration. 200. La qualification au sens classique est une opération fondamentalement juridique dans le cadre du contentieux de la cassation.

2° La possibilité d'assigner un fondement politique à l'abstention du juge 282

201. La légitimité d'une autolimitation politique du juge. 202. Les limites imparties à une telle autolimitation. 203. Conclusion de la section II. 204. Conclusion du chapitre premier.

Chapitre II : LE JUGE ADMINISTRATIF ET L'APPRECIATION DES STANDARDS 285

205. Introduction.

Section I : *Critique de la doctrine dominante du primat de l'appréciation* in concreto 286

206. Introduction.

Sous-section I : *La doctrine dominante du primat de l'appréciation* in concreto 286

§ 1. — *La définition des divers modes d'appréciation par la doctrine* 286

1° La définition restrictive de l'appréciation *in abstracto* 286

207. La définition restrictive de l'appréciation *in abstracto* est la plus traditionnelle.

2° La définition extensive de l'appréciation *in abstracto* 287

208. La définition extensive subjectiviste. 209. La définition extensive objectiviste.

§ 2. — *La mise en œuvre des divers modes d'appréciation par la doctrine* 288

1° L'appréciation *in concreto* du juge administratif 288

210. La doctrine soutient dans l'ensemble que le juge administratif recourt surtout à l'appréciation *in concreto*.

2° Les fondements invoqués à l'appui de cette thèse 289

211. Un premier fondement : *ex facto ius oritur*. 212. Un second fondement : l'hétérogénéité de l'administration et l'homogénéité de l'individu. 213. Le rôle des formules de la jurisprudence.

Sous-section II : *Critique de cette doctrine* 291

§ 1. — *L'inadaptation des conceptions dominantes* 291

1° L'hétérogénéité des catégories d'appréciation choisies 291

214. Les modes d'appréciation retenus ne permettent pas d'envisager toutes les possibilités de façon distincte.

2° Le caractère peu convaincant des fondements invoqués. 292

215. Critique de la théorie du jugement sans norme. 216. Critique du fondement tiré de l'hétérogénéité de l'administration et de l'homogénéité de l'individu. 217. La portée des formules de la jurisprudence.

3° La limitation contestable du champ d'investigation 294

218. La question du mode d'appréciation adopté ne se pose pas à propos de la seule notion de faute.

§ 2. — *La nécessité d'une plus grande précision des définitions.* 294

1° La thèse de M. Dejean de La Bâtie 294

219. Le passage d'un système à deux à un système à trois termes. 220. L'indifférence de la qualification du mode d'appréciation intermédiaire.

2° Les modes d'appréciation possibles 296

221. Essai d'analyse logique des appréciations possibles. 222. L'irréductible complexité de l'appréciation *in abstracto*. 223. Conclusion de la section I.

Section II : *Les modes d'appréciation mis en œuvre par le juge administratif* 299

224. Introduction.

Sous-section I : *Le juge administratif apprécie les standards le plus souvent* in abstracto 299

§ 1. — *La faible place des appréciations intrinsèques dans la jurisprudence* 299

225. L'emploi de la (non-)appréciation concrète. 226. L'emploi de l'appréciation *in concreto* subjective. 227. L'emploi de l'appréciation *in concreto* objective.

§ 2. — *La place importante de l'appréciation abstraite dans la jurisprudence* 302

228. L'intrication des appréciations extrinsèques. 229. Note sur quelques indices d'appréciation abstraite. 230. L'appréciation abstraite de la faute de l'administré. 231. L'appréciation abstraite de la faute personnelle. 232. L'appréciation abstraite de la faute de ou du service. 233. L'appréciation abstraite du manifeste. 234. L'appréciation abstraite du dangereux. 235. L'appréciation abstraite de l'immoralité. 236. L'appréciation abstraite de l'utilité publique. 237. Autres exemples d'appréciation abstraite.

§ 3. — *Le rôle dominant de l'appréciation* in abstracto *dans la jurisprudence* 325

238. L'appréciation *in abstracto* de la faute de l'administration. 239. La portée de la référence aux moyens du service. 240. L'appréciation *in abstracto* de la faute de l'administré. 241. L'appréciation *in abstracto* de la faute disciplinaire. 242. L'appréciation *in abstracto* du dommage anormal. 243. Autres exemples d'appréciation *in abstracto*. 244. Conclusion de la sous-section I.

Sous-section II : *Les fondements du choix par le juge administratif de ses modes d'appréciation* 349

§ 1. — *Les fondements du rejet de l'appréciation* in concreto 349

245. L'impossibilité de l'appréciation *in concreto* dans certains cas. 246. L'insurmontable difficulté de l'appréciation *in concreto*. 247. L'illégitimité générale de l'appréciation *in concreto*.

§ 2. — *Les motivations du choix du juge entre appréciation abstraite et* in abstracto 350
248. La conciliation des impératifs. 249. Les limites de l'affinement de l'appréciation *in abstracto*. 250. Conclusion de la section II. 251. Conclusion du chapitre II. 252. Conclusion du titre premier.

TITRE II

POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE ET JURISPRUDENCE POLITIQUE DES STANDARDS

253. Introduction du titre II.

Chapitre premier : LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DES STANDARDS (De l'*imperatoria brevitas*) 357
254. Introduction.

Section I : *La politique jurisprudentielle des mots et des chiffres* 358
255. Introduction.

Sous-section I : *La politique jurisprudentielle des mots* 358
256. Introduction.

§ 1. — *Le laconisme des formules jurisprudentielles* 359
1° Le degré troisième du laconisme : l'utilisation implicite du standard 359
257. Dans de nombreux cas, le mot standard n'apparaît pas explicitement.
2° Le degré second du laconisme : l'utilisation du standard sans directives explicites 361
258. Les effets divers de l'absence de directives accompagnant le standard.
3° Le degré premier du laconisme : l'utilisation du standard avec directives peu explicites 363
259. De quelques modalités particulièrement subtiles de l'*imperatoria brevitas*.

§ 2. — *La variabilité des formules jurisprudentielles* 366
1° Le changement de standards sans changement de signification 366
260. La fluidité des formules jurisprudentielles.
2° Le changement de signification sans changement de standard. 369
261. Standard et jurisprudences bifides. 262. Standard et jurisprudences à directives mal stabilisées. 263. Standard et changement de jurisprudence. 264. Conclusion de la sous-section I : le degré zéro du laconisme.

Sous-section II : *La politique jurisprudentielle des chiffres* 379
265. Introduction.

§ 1. — *Les standards quantifiés* 379
266. Note introductive.
1° La quantification absolue 379
a) La quantification absolue explicite 379
267. La quantification absolue explicite occupe une place réduite dans la jurisprudence administrative.
b) La quantification absolue implicite 384

268. ... du défaut d'entretien normal. 269. ... de l'erreur manifeste dans le contentieux du remembrement. 270 ... de certains délais. 271. ... du dommage anormal. 272. Exemples divers.
2° La quantification relative 394
273. ... du délai normal. 274. ... de divers standards fiscaux.

§ 2. — *Les standards quantifiables non quantifiés* 399
275. Note introductive.
1° La dissimulation de la quantification de standards qui doivent être nécessairement quantifiés 399
276. ... en unités de temps. 277. ... en unités monétaires. 278. ... en pourcentage. 279. ... en unités de vitesse.
2° La non-quantification de standards qui ont une simple aptitude à la quantification 403
280. Le dommage anormal. 281. La force majeure 282. L'insuffisance de l'initiative privée. 283. Conclusion de la sous-section. 284. Conclusion de la section I.

Section II : *Une tentative d'interprétation de la politique jurisprudentielle des mots et des chiffres* 407
285. Introduction.

Sous-section I : *La critique soutenue de la doctrine contemporaine* .. 407

§ 1. — *Les expressions récentes de la critique* 407
286. La contestation du laconisme du juge administratif. 287. La volonté de mettre en opposition le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs.

§ 2. — *Le fondement de la critique* 408
288. Un effort pédagogique envers les justiciables. 289. Un effort pédagogique envers les tribunaux administratifs.

Sous-section II : *La nécessité de promouvoir une critique plus nuancée.*

§ 1. — *Une critique excessive* 410
290. Le déclin du laconisme du Conseil d'Etat. 291. Le caractère un peu artificiel de l'opposition Conseil d'Etat/tribunaux administratifs.

§ 2. — *Une critique qui sous-estime les difficultés du travail du juge.* 412
292. Note introductive.
1° La prudence du juge administratif 412
293. Les directives non quantifiées. 294. Les directives quantifiées.
2° Les hésitations du juge administratif 416
295. Le laconisme, fruit des tensions de la jurisprudence.
3° L'*imperatoria brevitas*, cause résiduelle de laconisme 418
296. *Imperatoria brevitas* et pouvoir discrétionnaire du juge. 297. Conclusion de la section II et du chapitre premier.

Chapitre II : LA JURISPRUDENCE POLITIQUE DES STANDARDS .. 419
298. Introduction.

Section I : *La politique des standards et la défense de l'administration par le juge administratif* 420
299. Introduction.

Sous-section I : *La tendance du juge administratif à la défense de l'administration* 421

300. Note introductive.

§ 1. — *La défense directe de l'administration* 422

301. Note introductive.

1° La défense de l'administratoin par le recours ou le non-recours aux standards 422

a) La faute qualifiée 422

302. Note introductive. 303. Le fondement de la difficulté : I. Services de police, II. Services hospitaliers, III. Services de tutelle ou de contrôle. 304. Le fondement du bénévolat. 305. Le fondement des circonstances. 306. Le fondement de la consécration législative de l'irresponsabilité. 307. Un fondement particulier concernant les services de tutelle ou de contrôle. 308. Un fondement particulier concernant les services de police. 309. La défense de l'administration à l'état pur : la responsabilité des services fiscaux. 310. La volonté de sanctionner l'administré ou le cocontractant. 311. Le fondement de la nature du droit lésé. 312. Note sur l'éventualité de l'existence d'un fondement issu de l'interpénétration des contentieux. 313. Bilan des développements précédents.

b) L'anormalité du dommage ou de sa cause 440

314. La prise en considération de l'anormalité du dommage favorise en principe l'administré mais parfois avec une excessive parcimonie. 315. La prise en considération de l'anormalité du dommage contribue parfois à la défense de l'administration.

c) L'erreur manifeste 443

316. Contrôle minimum et défense de l'administration. 317. La tardiveté de l'introduction du contrôle de l'erreur manifeste dans le contentieux de la haute police. 318. Le refus du contrôle de l'erreur manifeste dans certains domaines du contentieux de la fonction publique. 319. Conclusion du développement.

2° La défense de l'administration par la mise en œuvre des standards 447

a) L'anormalité du dommage 447

320. Le dommage est parfois difficilement reconnu comme anormal. 321. Certains types de dommage sont par nature insusceptibles d'être anormaux.

b) L'anormalité de l'entretien 451

322. L'assimilation de la signalisation suffisante à l'entretien normal.

c) L'anormalité du délai 453

323. Le délai normal est parfois conçu avec générosité au profit de l'administration.

d) Les circonstances exceptionnelles 454

324. La conception extensive des circonstances exceptionnelles. 325. Conclusion du paragraphe 1er.

§ 2. — *La défense indirecte de l'administration* 456

326. Position de la question. 327. L'imprudence de l'enfant et l'imprudence de ses parents. 328. L'imprudence de l'usager de l'ouvrage public. 329. L'imprudence du bénéficiaire d'un renseignement erroné, d'une promesse non tenue ou d'une attitude équivoque de l'administration. 330. Conclusion du paragraphe 2.

§ 3. — *Scolie sur le partage de responsabilité* 460

331. Le partage de responsabilité : moralisation de la responsabilité ou défense de l'administration ? 332. Conclusion de la sous-section I.

Sous-section II : *La variation de la tendance à la défense de l'administration selon les juges administratifs* 464

333. Note introductive.

§ 1. — *La thèse de la variation* 464

334. La thèse selon laquelle les tribunaux administratifs seraient moins indulgents pour l'administration et plus indulgents pour les administrés que le Conseil d'Etat.

§ 2. — *L'absence de variations très significatives des jurisprudences.* 465

335. Les difficultés de la recherche. 336. Les divergences sur le choix même de la jurisprudence. 337. Les divergences dans la mise en œuvre de la jurisprudence. 338. Conclusion de la sous-section II. 339. Conclusion de la section I.

Section II : *La politique des standards et les valeurs de la société* 474

340. Introduction.

Sous-section I : *Standards et valeurs de la société* 475

341. Note introductive.

§ 1. — *Standards et valeurs économiques* 475

342. La propriété privée. 343. Le clivage privé/public.

§ 2. — *Standards et valeurs politiques* 479

344. Le libéralisme politique. 345. Les divers aspects du sentiment national. 346. La conscience de la spécificité et de l'efficacité du système juridique national. 347. Les relations internationales et les étrangers.

§ 3. — *Standards et valeurs humaines* 483

348. L'intégrité physique. 349. Une conception à la fois pessimiste et exigeante de l'homme. 350. Une morale assez rigide. 351. Raison et ordre des choses.

Sous-section II : *Standards et mouvement des mentalités contemporaines* 487

352. Note introductive.

§ 1. — *La prise en compte des mouvements des mentalités* 488

353. Standards et exigence de contrôle. 354. Standards et socialisation de la responsabilité. 355. Standards et progrès du libéralisme politique. 356. Standards et préoccupation sociale. 357. Standards et nouvelle gestion publique. 358. Standards et écologie.

§ 2. — *L'atténuation des mouvements pris en compte* 496

359. La prudence du juge. 360. Des jurisprudences « charismatiques » (Paul Amselek). 361. Conclusion de la section II. 362. Conclusion du chapitre II. 363. Conclusion du titre et de la deuxième partie.

CONCLUSION GENERALE 498

INDEX DES NOMS 539

INDEX DES MATIERES 545

INDEX DES NOMS

(Les chiffres renvoient aux pages.)

Al Sanhoury : 4, 5, 16, 20, 21, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 37, 51, 55, 73, 218, 377.
Amselek : 1, 73, 130, 224, 369, 497.
Ancel (M.) : 22, 23.
Andre : 103, 336, 459.
Appleton : 436.
Aristote : 58, 157, 190 s., 496, 497.
Arnaud : 16, 18.
Arrighi : 407.
Atias : 130.
Attalah : 25, 34.
Aubenque : 190, 496.
Auby : 4, 5, 34, 42, 50, 51, 82, 83, 84, 86, 102, 154, 157, 159, 169, 172, 173, 181, 182, 185, 188, 192, 193, 199, 238, 255, 261, 278, 280, 313, 315, 317, 355, 370, 407, 410, 411, 422, 427, 428, 439, 444, 446, 453.
Ayoub : 101, 311.

Badaoui : 99.
Baecque (de) : 41.
Barbet : 376.
Barraine : 157.
Barthélemy : 453.
Baudouin : 247, 315.
Bayles : 25.
Becet : 305, 378, 457.
Becquart : 271, 358.
Belaid : 56, 177, 196, 198, 409.
Belin : 94.
Benabent : 158, 164, 168, 179.
Benoit : 85, 89, 97, 165, 201, 202, 261, 305, 376, 404, 422, 428, 433, 434, 435, 460, 483.
Bentham : 155, 157.
Bergson : 17, 18, 20, 21, 23, 499.
Bern : 134, 154.
Bernard : 4, 34, 35, 256, 259.
Bernatzik : 219, 221, 268.
Berr : 83, 170, 482.
Berthélemy : 477.
Bertrand : 121, 165, 307.
Bettremieux : 287.
Blaevoet : 76.
Blondel : 18.
Bobbio : 155, 174.
Bockel : 121, 247, 273.
Bodenheimer : 23, 25.
Bolle : 242, 387, 414.
Boncenne : 155, 170, 174, 408.
Bonifait : 474.
Bonnard : 25, 219, 223, 262.
Bonnecase : 19.
Bosc : 99, 199.
Bouchene-Lefer : 221.
Boulouis : 43, 44, 120, 121, 208, 436, 482.
Bourdoncle : 100, 239, 338.
Boutroux : 18.
Bouveresse : 1.
Boyon : 430, 451.
Braibant : 3, 68, 87, 89, 90, 210, 250, 270, 290, 315, 323, 340, 363, 373, 374, 389, 417, 450, 451, 468.
Brandeis : 23.
Bréchon-Moulènes : 41, 100, 110, 178, 216, 339, 421, 432, 434, 489.
Bredin : 158.
Brèthe de la Gressaye : 4, 23, 27, 28, 33, 34.
Briere de l'Isle : 287.
Brimo : 18, 22, 23.
Broe (de) : 276.
Broggini : 183.
Buisson : 41, 83.

Cabanes : 290, 315, 450, 451.
Calais-Auloy : 102.
Canguilhem : 58, 76.
Capitant : 156.
Capitant (R.) : 4, 37, 54.
Carbonnier : 38, 39, 148, 197, 255, 269, 270.
Cardozo : 23.
Carré de Malberg : 219, 224.
Carreau : 492.
Cartou : 120.
Castagnède : 154.
Castellan : 23.
Catalano : 120.
Catherine : 71, 81, 311, 321.
Chalvon-Demersay : 220.
Chapus : 68, 91, 97, 165, 201, 202, 214, 215, 318, 320, 343, 367, 369, 484.
Chardenet : 220.
Chaudet : 94, 178, 213, 389.
Chaumont : 89.
Chauveron (de) : 276, 278.
Chavanon : 79, 99, 108, 252.
Chenon : 277.
Chenot : 20, 227, 312.
Chérigny : 71, 81, 209, 311, 312, 321, 486.
Chevallier : 185.
Chevallier (J.) : 221, 407.
Chiovenda : 185.
Chrétien : 197.
Colliard (C.-A.) : 170, 428, 481, 482.
Colson : 157, 161, 162.
Combacau : 43.
Combarnous : 451.
Comte : 21.
Confucius : 1.
Constant (B.) : 407.
Copper-Royer : 372.
Corail (de) : 108.
Cormenin : 221.
Corneille : 101, 139, 181, 220.
Cornu : 38, 56, 129, 286, 287, 289.
Cotteret : 154.
Cournot : 277.

Couzinet : 90, 289, 422, 432, 433, 434, 436.
Crisafulli : 21, 22, 287, 349.
Cruet : 19, 36, 220.

Dabezies : 161.
Dabin : 4, 5, 33, 34, 51, 127, 158, 218, 272, 357, 377.
David : 2, 4, 23, 174, 207.
Day : 22.
Dayras : 382.
Debary : 82.
Debbasch : 71, 156, 157, 172, 173, 181, 182, 188, 238, 251, 258, 261, 278, 279, 280, 340, 373, 409, 410, 412.
Debelmas : 5, 21, 34, 121.
Decottignies : 157, 158.
Defrénois : 90, 289, 290, 422, 438.
Dejean de la Batie : 5, 35, 51, 127, 131, 285, 288, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 350, 351, 457.
Delbez : 438.
Delcros : 242, 387, 414.
Delignières : 112.
Delvolve : 135, 259.
Delvolve (P.) : 68, 87, 89, 120, 121, 345, 369, 440.
Dementhon : 477.
Demichel : 333, 335, 352.
Demogue : 2.
Denoix de Saint-Marc : 290, 347.
Denoyer : 491, 492.
Dereux : 170.
Deruel : 157, 162.
Deschenaux : 56, 127, 157, 173, 179, 184, 268, 270, 271, 358.
Desmouliez : 434, 435, 438.
Detton : 371.
Dewost : 290, 347.
Di Malta : 103, 336, 459.
Di Qual : 4, 247, 262, 273.
Dondoux : 257, 259, 406, 415.
Donnedieu de Vabres : 220.
Dorat des Monts : 71.
Dorlencourt-Detragiache : 5, 33, 51, 102, 289, 313, 453.
Douc Rasy : 309.
Drago : 4, 5, 34, 42, 50, 51, 82, 83, 84, 86, 154, 157, 169, 172, 173, 181, 182, 185, 188, 192, 193, 238, 255, 261, 278, 280, 313, 315, 317, 355, 410, 411, 444, 464, 467, 473.
Dran : 42, 64, 78, 142, 255, 405.
Dreyfus : 209, 210.
Dubisson : 3, 35, 56, 57, 177, 221, 225, 262, 264, 269.
Dubois : 62.
Dubouis : 26, 59, 70, 82, 122, 170, 200, 207, 481.
Ducrocq : 477.
Duez : 90, 287, 290, 422, 432, 438.
Dufau : 101, 476, 477, 491, 492.
Dufrenne : 131.
Duguit : 21, 154, 155, 220, 477.
Dumas : 388.
Dupeyroux (J.-J.) : 42, 84, 249, 268, 270, 277, 279.
Dupeyroux (O.) : 198.
Dupin : 276.
Dupond : 95.
Dupuy : 258.
Durkheim : 17, 18, 21, 23, 76, 131.
Durupty : 481.

Dutheilhet de La Mothe : 477.

Eisenmann : 185, 186, 198, 262 s., 267, 269.
El Gammal : 74, 180.
Engisch : 76.
Epictète : 58.
Errera : 483.
Esmein (P.) : 165.

Fabius : 445.
Fabreguettes : 157.
Fasolis : 158.
Favoreu : 482.
Ferréro : 419.
Finkel : 244, 445, 483.
Fleiner : 263 s., 265, 274.
Flour : 76.
Foriers : 158.
Forsthoff : 49, 173, 210, 273, 275.
Fournier : 269, 290, 340, 363, 373.
Fragueira : 17.
Fraisse : 5, 81.
Franc : 372, 451.
Fréjaville : 38, 39, 261, 382.
Freund : 23.
Frossard : 268.

Gabolde : 97, 104, 173, 181.
Gain : 23.
Galabert : 172, 316, 321, 340, 370, 373, 387, 408, 411, 473.
Galmot : 79, 135, 165, 169, 175, 261, 454.
Gand : 322.
Garagnon : 42, 84, 249.
Gardies : 261.
Gardin : 127.
Gaudemet (J.) : 183, 184.
Gaudemet (P.-M.) : 381, 436.
Gaudemet (Y.) : 3, 5, 33, 34, 35, 62, 122, 196, 207, 294, 362, 377, 408, 414.
Gauguier : 174, 179.
Gazier : 410, 430, 431.
Gentot : 172, 321, 340, 373, 442, 443.
Geny (B.) : 17.
Geny (F.). : 3, 4, 16 s., 21, 22, 37, 52, 56, 127, 131, 157, 158, 173, 174, 177, 197, 198, 208, 271, 272, 278, 286, 358.
Georgel : 179.
Ghestin : 102, 297.
Giraud : 223, 262.
Girod : 68, 340, 343, 344, 345, 496.
Gleizal : 84, 110, 408, 423, 464, 465, 478.
Gnaeus Flavius : 406 (v. Kantorowicz).
Godfrin : 477.
Goethe : 150.
Goldenberg : 3, 34, 54, 55, 218 s., 222, 224, 259, 262, 266 s., 268, 269, 274.
Gomaa : 91, 351.
Gombeaud : 88, 201.
Gonseth : 76.
Goy : 278.
Goyard : 262.
Goyard-Fabre : 1, 73, 130.
Grafton Rogers : 23.
Granjon : 82, 169, 189.
Grévisse : 94, 188, 373.
Grisel : 210.
Grosclaude : 155.
Guibal : 384, 453.
Guilbert : 271, 358.
Guillaume : 57, 169, 344, 404, 448, 496.
Guionin : 175, 373.

Gurvitch : 20.

Habscheid : 278.
Hachich : 74, 99, 140, 199.
Hadjidinas : 74, 98, 99.
Hamson : 26.
Harris : 62.
Hart : 3, 155.
Hauriou (A.) : 21, 225, 242.
Hauriou (M.) : 5, 15, 21, 22, 25, 26, 30, 31, 36, 37, 50, 52 s., 57, 59, 108, 120, 121, 148, 154 s., 190, 194, 197, 198, 211, 212, 218, 220, 224, 269, 287, 288, 407, 411, 477, 494, 495.
Hauser : 130, 268.
Hebraud : 154.
Henrion de Pansey : 221, 407.
Henriot : 68, 369.
Henry : 373.
Herpin : 128.
Heumann : 444.
Himario : 77, 302, 370.
Hobbes : 1.
Holmes : 23, 349.
Homont : 94.
Hostiou : 78, 94, 383, 384, 389, 453.
Husson : 236, 268, 272.

Ihering : 16, 17, 53, 122, 126, 127, 191, 357.
Isaac : 3, 78, 389, 454, 467.

Jacquelin : 178, 220, 221.
Jacquemard : 99.
Jacquemart : 188, 258, 277, 278.
Jacque : 96.
James : 23.
Jauffret : 2.
Jeanneau : 213.
Jeantet : 481.
Jestaz : 2, 4, 94, 96, 104, 278, 282.
Jèze : 99, 102, 105, 139, 181, 477, 485, 499.
Jhéring : v. Ihéring.
Josserand : 30.
Jouve : 102.
Jouvin : 436, 470.
Juret : 321.
Justinien : 30.

Kahn : 443, 446.
Kalinowski : 198.
Kant : 224, 227.
Kantorowicz : 22, 270.
Kellens : 4.
Kelsen : 155, 219 s., 222, 223, 224, 263, 264, 267, 292, 293, 296, 499.
Khalil-Kamel : 438.
Kornprobst : 81, 209, 248, 249, 273, 314, 444.
Krings : 157.

Labatut : 4, 25, 27, 28.
Labetoulle : 450, 451.
Laborde-Lacoste : 4, 23, 27, 28, 33, 34.
Lacharrière (de) : 218 s., 269.
Lachaume : 108.
Lachaze : 79.
Lachelier : 18.
Laferrière : 82, 154, 170, 171, 178, 191, 199, 213, 220, 410.
Lafon : 334, 422, 428.
Laligant : 86.

La Marnierre : 5, 33, 34, 35, 38, 56, 174, 189, 271, 377.
Lamarque : 77, 133, 159, 302, 362, 370, 371.
Lambert : 4, 5, 19, 21 s., 23, 25, 27, 28, 33, 34, 36, 73, 208, 315.
Lasry : 181.
Latournerie (M.-A.) : 445.
Latournerie (R.) : 2, 87, 97, 114, 175, 191, 204, 318, 320, 362, 377, 431.
Laubadère (de) : 21, 87, 88, 90, 94, 99, 122, 139, 179, 180, 181, 182, 199, 261, 313, 422, 432, 447, 476, 480.
Laurent : 372.
Lavau : 84, 226.
Lebrun : 197.
Lefas : 433.
Legal : 4, 20, 21, 22, 76, 91, 349.
Léger : 290.
Le Guern : 271, 358.
Lemasurier : 90, 108, 158, 213, 434, 436.
Le Pennec : 40.
Lépine : 165.
Lerat : 271.
Le Tourneau : 76, 102, 297, 317.
Letourneur : 208 s., 239.
Le Vavasseur de Précourt : 220.
Lévy : 157, 158.
L'Huillier : 251, 286.
Lindon : 413.
Linotte : 130.
Linton : 23.
Lleweleyn : 23.
Lodovici : 221, 269.
Long : 339.
Loschak : 3, 144, 196, 222, 225, 228, 269, 420, 444, 483.
Lucchini : 90, 97, 318, 384.
Luce : 464, 467.
Lupi : 157.

Macarel : 221.
Mace de Gastines : 157, 188.
Madiot : 89.
Magnaud (le « bon juge ») : 19, 20.
Maitrot : 41, 83.
Malafosse (de) : 183.
Malinvaud : 104.
Manent : 143.
Markovitch : 4, 20, 21, 25, 26, 27, 33, 34, 38.
Marraud : 170, 279.
Marshall : 447.
Marty : ', 28, 31, 185, 186, 187, 189, 222, 225, 245, 260, 267, 268, 271, 272, 276, 277, 278, 279, 281, 358.
Mathiot : 4, 90, 91, 204, 289, 326.
Maury : 2, 4, 27, 28, 29, 51, 52, 55, 197.
Mayer (O.) : 436.
Mazeaud : 4, 76, 91, 287, 292, 311, 351.
Mazères : 108.
Méhaignerie : 414.
Mehl : 131, 347.
Merkl : 219.
Mescheriakoff : 213, 215.
Mestre (A.) : 238, 420, 421, 454.
Mestre (J.-L.) : 199 s.
Miaille : 57.
Michoud : 220, 222, 224, 226, 273, 275.
Miedzianagora : 272, 358.
Moderne : 160, 164, 319, 334, 428, 446, 470.
Molinier : 157.

MONTADOR : 160, 333, 428, 446, 470.
MONTAIGNE : 271.
MONTJOIE : 491.
MORANGE : 86, 467.
MOREAU : 5, 68, 87, 122, 288, 304, 305, 306, 317, 340 s., 351, 359, 372, 376, 378, 407, 422, 428, 432, 435, 438, 458, 485.
MORELLI : 185.
MORIN : 20.
MOSSET : 239, 242, 338.
MOTTE : 127.
MOTULSKY : 2, 4, 271, 272, 282, 358.
MOUNIN : 62, 127, 271, 358.
MOURGEON : 70, 71, 81, 311, 321.

NAUWELAERS : 430, 445, 477.
NÉGRIN : 153, 438.
NICOLAS : 202, 345.
NIZARD : 42, 57, 60, 67, 95, 177, 226, 422, 454.
NOËL : 409, 418.
NORA : 94, 491.
NOWAK : 174.

ODENT : 82, 115, 121, 122, 162, 165, 169, 174, 177, 181, 189, 192, 215, 238, 239, 254, 261, 278, 279, 313, 360, 377, 422, 430, 444, 483.
OLBRECHTS-TYTECA : 58, 76, 158, 212.
ORTOLI : 491.
OURLIAC : 183.

PACTEAU : 81, 121, 161, 162, 209, 242, 245, 259, 260, 261, 267, 315, 317, 447.
PACTET : 157.
PAGE (de) : 21.
PAVLOPOULOS : 121.
PEISER : 188, 211, 258, 277, 278, 280.
PÉPY : 23, 26, 482.
PÉQUIGNOT : 370, 407.
PERELMAN : 5, 16, 22, 44, 56, 57 s., 76, 158, 174, 175, 212, 227, 272, 358.
PETERSEN : 174, 175, 208.
PHAL : 271, 358.
PHILIP (Chr.) : 480.
PHILIP (L.) : 482.
PIGOU : 87, 447.
PINCHON : 46.
PIQUEMAL : 100, 101, 311, 339, 389, 446, 489.
PIROVANO : 91, 288.
PLANIOL : 19.
PLANTEY : 101, 311.
PLATON : 21.
POINCARÉ : 178.
PORTALIS : 56, 110, 221.
POUND : 22 s., 25, 26, 27, 33, 34.
POUSSIÈRE : 5, 40, 81, 111, 112, 134, 361.
PRIEUX : 384, 387.
PROUDHON : 477.
PY : 81, 273, 274, 317.

QUERRIEN : 413.
QUESTIAUX : 82, 170, 210, 482.
QUINTILIEN : 175.

RACINE : 271.
RAUX : 4, 34, 35, 322.
RAYMONDIS : 271, 358.
RÉGLADE : 223, 262.
RENARD : 25.
REUTER : 82, 170.
REY (J.) : 38.
REY : 75, 199.
RIALS : 23, 63, 88, 143, 149, 207, 244, 446, 447, 491, 492.
RICCI : 262, 274, 346, 381.
RICHELIEU : 153.
RICHER : 70, 88, 90, 103, 160, 200, 288, 295, 296, 305, 325, 366, 372, 376, 422, 429, 431, 433, 435, 453, 457, 459.
RIGAUD : 321.
RIGAUX : 184, 185, 236, 268, 276, 282.
RIPERT : 17, 25, 30.
RIVERO : 2, 4, 20, 42, 84, 100, 105, 130, 157, 158, 207, 213, 236, 239, 261, 289, 290, 338, 377, 407, 410, 411, 413, 421, 422, 464, 465.
RIVET : 433.
ROBERT : 75.
ROBERT (J.) : 367.
ROFFIGNAC (de) : 82, 169, 170.
ROMIEU : 423.
ROUBIER : 4, 21, 22, 35.
ROUGEVIN-BAVILLE : 372, 417, 421, 433 s., 442, 443, 450, 476, 483.
ROUSSEAU : 204.
ROUSSELIER : 436.
ROUVIÈRE : 258, 277.
RUZIE : 83, 170, 482.

SABOURIN : 275.
SAINT-CYR : 38, 71.
SAINT-ESTEBEN : 482.
SAINT THOMAS D'AQUIN : 21.
SALEILLES : 16, 51, 208, 226, 297.
SALMON : 44.
SANDEVOIR : 69, 108, 220, 221.
SAUVEL : 409.
SAUZET : 467.
SAVATIER : 488, 489.
SAVIGNY : 17, 56, 173.
SAVOYE : 71, 148, 340, 373.
SCARPELLI : 50, 271.
SCHNEIDER : 5, 20, 21, 25, 27, 174.
SCHULTZ : 258.
SCHWARTZ : 23.
SCHWARTZENBERG : 408.
SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF : 198, 224.
SENN : 190.
SERRIGNY : 410, 412.
SFEZ (L.) : 21, 52, 155, 207, 269.
SFEZ (M.) : 97, 318.
SIORAT : 5, 22, 28, 35, 43, 190, 218.
SIOUFI : 71.
SIREY : 221.
SOLET : 130.
SOTO (de) : 4, 35, 289, 366.
SOULIER : 433.
SOURIOUX : 271.
STARCK : 292.
STASSINOPOULOS : 4, 29, 262, 264 s., 267.
STATI : 2, 5, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37, 51, 55, 102, 218, 377.
STEIN : 185.
STONE : 25.
SUR : 43.

TALLINEAU : 442.
TANAGHO : 5, 27.
TARELLO : 174.
TEISSIER : 220.
TEZNER : 219, 275.
THERON : 202, 345.

THIERRY : 43.
THOMAS : 30, 272, 358.
TIXIER : 23.
TOUFFAIT : 409, 482.
TOURDIAS : 84, 110, 368, 464, 479.
TOUTSAKOVITCH : 17.
TRICAUD : 1.
TROTABAS : 154, 436.
TRUCHET : 94, 107, 214, 215, 275, 287, 294, 322.
TUNC : 2, 4, 5, 21, 25, 33, 34, 76, 91, 200, 287, 292. 311, 351, 409.

VALLÉE : 43.
VALLÉRY-RADOT : 242, 389.
VEDEL : 4, 34, 49, 52, 54, 68, 77, 86, 103, 106, 177, 209, 225, 247, 261, 269, 271, 275, 278, 289, 302, 315, 326, 370, 371, 422, 432, 435, 438.
VÉNÉZIA : 4, 35, 225, 227, 242, 267.
VERDROSS : 219.
VIALLE : 165 s.
VILLEY : 57.
VINCENT : 81, 209, 314.
VIRALLY : 73, 82, 130, 170, 177, 269, 272, 293.
VISSER'T HOOFT : 49, 58, 271.
VIVIEN : 221.
VOIRIN : 73.
VONGLIS : 174, 175.
VON LAUN : 219, 247, 274, 275.

WACHSMANN : 41, 381.
WADE : 23.
WAGNER : 46.
WALINE : 77, 163, 180, 198, 199, 223, 261, 273, 289, 302, 360, 370, 436, 437, 443, 446, 451, 462.
WATTINE : 94.
WEIL (P.) : 4, 21, 34, 70, 144, 164, 355, 417, 439.
WELTER : 269.
WIEDERKEHR : 80.
WIENER : 210.
WITTGENSTEIN : 1, 49.
WROBLEWSKI : 169.

ZAKI : 5, 20, 21, 25, 27, 33, 34, 179.
ZOLLER : 102.

INDEX DES MATIERES

abstraction (critique de l') : 28, v. appréciation.

abus : 38, 199.

abus de droit : 26, 59.

abusif : 34, 40, 69.
— recours abusif devant le juge fiscal : 41, 70.
— v. délai, impôt, usage.

accès :
— atteinte aux accès : 146, 341, s., 392, 448, 473.
— accès normal à la voie publique : 62, 83, 202.
— accès satisfaisant : 79, 315.

acte clair (théorie de l') : 84, 136, 156, 169 s., 184, 189.
— et droit interne : 82, 171 s.
— et droit international général : 82, 171 s.
— et droit communautaire : 44, 82, 136, 170, 171 s., 480 s.

acte de gestion normal : 64, 112, 129, 133 s., 486.

acte de gouvernement : 244, 482.

acte de nature à faire grief : 116.

acte manifestement insusceptible : v. voie de fait.

activités normalement réservées à l'initiative privée : 108.

adaptabilité du service public : 333, v. moyens du service.

adjudication (publicité d'une) : 79.

administration du droit : 31, 52, 154 s., v. Hauriou, standard.

affaires courantes : 79, 129, 135, 237.

affectation normale (dépendance du domaine public) : 63.

agents publics : v. aptitude, avancement, carrière, concours, désobéissance, discrétion, faute disciplinaire, faute professionnelle, fonction publique, fonctionnaires de fait, insuffisance d'un corps, insuffisance professionnelle, intérêt du service, limite d'âge, notation, pensions, réintégration, réserve, sanction disciplinaire.

agrément : 106.

agriculture : v. amélioration de l'exploitation, besoins des agriculteurs, dommage d'importance exceptionnelle, équivalence, événements extraordinaires, exploitation voisine, remembrement, situation exceptionnelle.

aisances de voirie : 341 s., 404, 450, 476, v. accès, servitudes de voirie, sujétions normales.

aléa :
— normal : 63, 66.
— extraordinaire : 70, v. imprévision.

alignement rectificatif : 137, 394.

allongements de parcours (responsabilité du fait des) : 68, 128, 146, 203, 344 s., 391 s., 448, 450, v. modifications à la circulation générale, travaux publics.

amélioration de l'exploitation : 241.

Amérique : v. droit anglo-saxon, Cour suprême.

amnistie : v. manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur.

amortissements normaux : 63.

anglo-saxon : v. droit.

anormal : v. avancement, conditions d'exécution d'un marché, dépenses, détériorations, distance entre domicile et lieu de travail, immeuble loué, normal, préjudice, proportion, retard, risque, situation privilégiée, usage.

apparence (théorie de l') : 102 s., v. arbre, fonctionnaires de fait.

apparent : 104, v. apparence, vice apparent.

appartient (*il*)... : 119, v. standard (indice du).

appellation contrôlée : 241.

appréciation : 193, 219, 236 s., 238, 267, 268 s., v. appréciation souveraine du juge du fond, pouvoir discrétionnaire, qualification juridique.
appréciation du standard : 285 s.
— définition des modes d'appréciation par la doctrine : 286 s.
— critique de cette définition : 291 s.
— nécessité d'une meilleure rigueur : 294 s.
— la *summa divisio :* appréciations intrinsèques et extrinsèques : 296 s.
— critique de la doctrine du primat de l'appréciation *in concreto :* 286 s., 288 s.
— la (non-)appréciation concrète : 296 s., 299 s.
— l'appréciation *in concreto :* 21, 285.
• subjective : 287, 297, 301.
• objective : 287 s., 297, 301 s., 314.
— l'appréciation *in abstracto :* 297, 310, 324, 486.
— sa complexité : 298 s.
— le nombre des spécifications : 298 s.
— l'appréciation abstraite : 298, 302 s.
— indices d'appréciation abstraite : 302 s.
— fondements du choix du mode d'appréciation par le juge : 349 s.
appréciation directe et par voie de comparaison : 132, 137, 345 s., 398, 400.
appréciation du coût d'une opération d'utilité publique manifestement insuffisante : 82.
appréciation souveraine du juge du fond : 154, 187, 251 s., 257 s., 259, 260, 268, 285.
— sources formelles d'appréciation souveraine : 275 s.
— v. cassation, dénaturation, qualification.
aptitude : 92, 240, 241, 243, 246, 252, 316, 348, v. avancement, compatibilité, inaptitude, valeur de candidats.
arbre (chute d') : 103 s., 320, 328, 441, 452, 469, 472.
— l'arbre comme valeur : 478.
architecte : 119, 337, v. construction, ordre.
arguments : 174 s., v. *ratio legis,* rhétorique, interprétation.
armes : v. dangereux.
au sens de... : 362, v. langue du droit.
autolimitation :
— du pouvoir discrétionnaire par les standards : 52 s.
— de tout pouvoir par l'exercice du pouvoir normatif : 55.
autorité particulière : 42.
autoroute : 68, 330, 386, 397, 398, 453, 472, v. défaut d'entretien normal, voirie.
avancement :
— aptitude à recevoir de l'avancement : 316.
— avancement anormalement rapide : 64, 159.
— avancement normal : 64, 135, 164.
— v. carrière.

Begriffjurisprudenz (jurisprudence des concepts) : 22, v. *Interessenjurisprudenz, Freirecht.*
bénéfice :
— normal ou exceptionnel : 39, 65.
— qu'une entreprise peut normalement produire : 128, 131 s., 346 s.
bergsonisme juridique : 2, 16 s., 30, 51, v. durkheimisme, expérience, intuition, sociologisme, vitalisme.
besoins : 44, 92 s., 128, 141 s., 256, 261, 263, 298.
— communaux : 93.
— de la circonscription : 93, 142, 255.
— de la clientèle hospitalière normale : 93, 113.
— de la population : 93, 113, 142, 143, 193, 238, 246, 380.
— des agriculteurs : 241, 242.
— du pays : 93, 143, 255, 324.
— économique général ou local : 252.
— hospitaliers : 93, 125, v. insuffisance de l'initiative privée.
— normaux de l'existence : 40, 64, 92, 246, 255, 325.
— normaux d'existence d'une troupe : 43, 64, 92, 325.
— normaux de l'exploitation industrielle : 65, 92.
— privés normaux d'un consommateur : 42, 43, 92.
— sanitaires : 255.
biens :
— non susceptibles de propriété privée : 34.

— somptuaires : 39, 79, 89, 99, 128, 136, 252 s., 365 s.
— d'usage courant : 41, 79, 99.
— v. dommages de guerre.
bonne foi : 24, 33, 102 s., 263, 297.
— dans le contrat : 103.
— distinction de la bonne foi subjective et objective : 102, 301 s., 313.
— v. apparence, renseignements.
bonnes mœurs : 33, 38, 105, 129, 199, 263, 265, 278, v. manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur, ordre public.
bonne tenue : 42, 255, v. moralité.
bon ordre : 105 s.
bon père de famille : v. *bonus paterfamilias.*
bonne vie et mœurs : 71.
bonus paterfamilias : 30, 31, 33, 38, 58, 72, 199, 274, 287, 292, 293, 294, 298, 310, 311, 325.

cabinet secondaire : v. besoin de la population, intérêt des malades.
caractère sérieux : 84.
carrière :
— développement de carrière non satisfaisant : 40, 318.
— développement normal d'une carrière : 64, 129, 164.
— promotion au choix : 243.
— promotions normales : 64, 129, 164.
— reconstitution de carrière : 164, 395.
— délai normal pour opérer reconstitution : 137.
— v. avancement, chances sérieuses, équivalence.
cas d'exceptionnelle gravité : 41, 80.
cas exceptionnels : 43.
cas social grave : 42, 80, 129, 130, 256, 377.
cassation :
— le contentieux de la cassation devant le Conseil d'Etat : 153 s., 187 s., 211, 251 s., 257 s., 276 s.
— la notion de question de droit : 29, 32, 53, 154, 189, 252, 257 s., 268 s., 281 s.
— v. appréciation souveraine, dénaturation, ordres.
causalité (théories de la) : 128, 156, 165 s., 184 s., 461.
chances sérieuses : 85, 86, 164, 237.
changement juridique : 18.
changement notable dans les conditions d'exploitation : 83, 159, 392 s.
charges normales d'exploitation : 65, 113.
charlatanisme : 154, 252, 282, 375, v. valeur de méthodes thérapeutiques.
cimetière : 96.
circonstances (prise en compte des) : 287, 289, 290 s., 294, 432, v. appréciation.
circonstances exceptionnelles : 34, 37, 42, 66, 67, 75, 88, 95, 105, 110, 129, 136, 177, 200, 206, 256, 454 s.
— fonction de la théorie des circonstances exceptionnelles : 60.
— circonstances exceptionnelles légitimant l'interventionisme communal : 66, 494.
— dépréciation d'une propriété résultant de circonstances exceptionnelles : 40.
— circonstances exceptionnelles permettant la modification des droits de douane : 40, 455.
— v. circonstances particulières.
circonstances locales : 115.
circonstances particulières :
— dans la théorie des circonstances exceptionnelles : 67, 455.
— légitimant l'interventionnisme communal : 67, 206, 495.
circulation : 106.
— risques ordinaires de la circulation : 70, 146, 205.
— conditions spéciales de circulation : 68.
— normale : 63, 135.
— v. dangereux, modification.
clair : 82 s., 129, 279, 350, v. acte clair, clause claire, dénaturation, manifestation claire de volonté.
clause claire (dans un contrat) : 189.
clause de révision (jeu normal d'une) : 63.

clause de style : v. circonstances (prise en compte des).
clause exorbitante : 34, 37, 70, 76 s., 108, 129, 130, 181, 200, 302 s., 370 s., 417, 479, v. régime exorbitant.
clientèle normale : 42, 64, v. besoins.
clinique ouverte : 377, v. insuffisance de l'initiative privée, clientèle normale.
code civil : 38, 199, 297, 349, v. dommages-intérêts compensatoires.
collaborateurs bénévoles : 96.
commencement de preuve : 116, 162, v. preuve, présomption.
commissaires aux comptes : v. aptitude.
commissions administratives (aux Etats-Unis) : 24.
commission supérieure de cassation des dommages de guerre : 5, 252, v. dommages de guerre.
commode : 199.
commodément : 38.
commodité : 106, 246.
common law : 23.
communautaire (droit) : 43, 44, v. international (droit), acte clair (théorie).
communes : v. conseillers municipaux, interventionnisme, films.
communication juridique : v. rhétorique.
comparaison : 164, v. appréciation par voie de comparaison.
comparatisme : 22, 25, 36, 207 s., v. école de Lyon.
compatibilité : 256.
compensation de plus-value : 83, 87, 145, 340, 447.
compétence : v. acte clair, difficultés sérieuses, incompétence manifeste, irrecevabilité manifeste, litige manifestement insusceptible, question préjudicielle, voie de fait.
compétence dissymétrique : 245 s., v. pouvoir discrétionnaire.
compétence liée : 219 s., 225, 248, 249, 250, 259, 262, 265, 267, 275, 282.
— compétence liée non contrôlée : 238 s., 249, 270 s., 273 s., 284, 443.
— v. indétermination, pouvoir discrétionnaire.
compétence notoire : 240.
composition particulière de la population : 67.
conception au sens de Pound : 22.
concession : v. déchéance.
concours : 395, v. chances sérieuses.
condition légale : v. légale (notion).
conditions anormales :
— d'exécution d'un marché : 63.
— d'exploitation d'un bidonville : 63.
conditions normales de rentabilité : 41, 65, 109.
congé spécial : v. insuffisance d'un corps.
connaissances particulières : 240, v. compétence notoire, médecin, ordre.
conscience : 24, 33.
conseil de révision : v. aptitude.
conseil municipal, délibération diffamatoire ou injurieuse : 255.
conseillers généraux ou municipaux : v. excuse valable, dissolution, motifs légitimes.
conséquences difficilement réparables : 40, 95, 110, 148, 199, 359, 368 s., 478, 483, v. sursis à exécution.
constat d'urgence : 182.
constitution sociale du pays : 59, 212.
construction : v. responsabilité décennale, architecte.
contrats administratifs : 108, v. adjudication, bonne foi, clause claire, clause exorbitante, clause de révision, déchéance, exécution par défaut, imprévision, imprévisibles (théories des faits), interprétation raisonnable, *ratio contractus,* réadjudication, régime exorbitant.
contravention de grande voirie : 437.
contrôle (services de) : v. tutelle.

contrôle du juge :
— refus politique ou théorique de contrôle : 237.
— assimilation fausse du pouvoir discrétionnaire et du non-contrôle : 238.
— contrôle moyen : 255, 257.
— contrôle minimum : v. erreur manifeste.
— l'exigence de contrôle : 488 s.
— v. appréciation, compétence liée non contrôlée, dénaturation, erreur de droit, erreur manifeste, exactitude matérielle, indétermination, intérêts en cause, pouvoir discrétionnaire, proportionnalité, réserve de certaines questions, qualification.
convenable : 86, 106, v. logements, moyens.
coopérative : v. besoins des agriculteurs.
courant : 79, v. biens d'usage, affaires, entretien.
cour de justice des communautés : 82, v. européenne (jurisprudence), acte clair.
cour suprême des Etats-Unis : 22, 23, 34, v. droit anglo-saxon.
cours : v. prix.
cours d'eau : v. flottabilité, navigabilité.
courtoisie : 258.
coût normal de reconstruction : 41, 42.
coutume : v. pouvoir normatif du juge.
crise grave du logement : 38, 39, 80, 128, 255.
critique (les excès de la doctrine à l'égard du juge) : 234, et deux derniers chapitres.
culturalisme : 23.

dangereux : 44, 58, 67, 80, 95, 96 s., 129, 130, 318 s., 440 s., 462 s., 469, 484.
— armes dangereuses : 89, 97, 319, 349, 424, 440, 446.
— caractère particulièrement dangereux de la circulation automobile : 67, 97, 319.
— fraction particulièrement dangereuse du matériel de guerre : 41, 97, 111, 305.
— gaz et électricité : 319, 473.
— individu dangereux pour la Défense nationale : 261.
— jeu dangereux : 97, 469.
— ouvrage exceptionnellement dangereux : 66, 97, 440 s., 469, 472.
— v. établissement dangereux, explosion, méthode nouvelle de traitement, ordre public, produit dangereux, périlleux, rubéole.
déchéance : 88, 210.
décisions de justice (exécution des) : 72, 137, 381 s., 396 s., v. décisions légales, dommages-intérêts compensatoires, expulsions.
décision intéressant l'ordre public : 106.
décisions légales (responsabilité du fait des) : 68, 345, 449, v. décisions de justice, dommage anormal, préjudice anormal, spécial.
défaut d'entretien normal : 32, 34, 37, 59, 62, 75, 78, 79, 83, 87, 91, 97, 103, 119, 122, 128, 129, 130, 138, 146, 159, 160 s., 165 s., 168, 200, 204 s., 290, 300, 304, 320, 326 s., 351, 360, 364, 369, 378, 384 s., 397, 415, 441, 451, 461, 462, 463, 469, 471 s., 485, v. arbre, quantification, imprudence, rochers, signalisation, travaux publics.
défaut de surveillance : 92.
défavorisé : v. rapatriés les plus défavorisés.
défectueux : 79, v. défaut d'entretien normal.
défense de l'administration par le juge : 420 s.
— causes : 420 s., 474.
— défense directe : 422 s.
— défense indirecte : 456 s.
— défense à l'état pur : la responsabilité du fisc : 434 s.
— les paradoxes de la responsabilité sans faute : 441 s.
défrichement (autorisation de) : 256.
dégradations : v. détériorations.
délai : 128, 136, 365, 369, 389 s., 394 s., 399 s., 453 s.
— d'ordre public : 105.
— abusif : 69.
— nécessaire : 94.
— normal : 63, 83, 129, 136, 201, 216, 301, 330, 380, 382, 384, 394.
— raisonnable : 32, 37, 58, 60, 72, 137, 180, 201, 380, 381 s., 383, 453 s., 488.
— suffisant : 78, 118, 138, 390.
— utile : 94, 136 s., 389 s., 454, 479.

délimitation du domaine public : 66, 137.
dénaturation : 187, 188, 251, 258, 278 s.
de nature à.... : 114 s., v. *susceptible de...*
déni de justice : 56.
dépendance immédiate et indispensable : 241.
dépenses :
— anormales : 65.
— notoires : 41, 81.
— d'habillement anormales : 111, 128, 133, 347, 401.
— d'amélioration non rentables : 108.
dérogation d'urbanisme : 90, 247, 478.
désobéissance à l'ordre manifestement illégal et compromettant gravement un intérêt public : 58, 80, 81, 118, 135, 209, 311 s.
désordre : v. vice apparent.
destination normale d'un ouvrage public : 62.
détériorations ou dégradations anormales ou extraordinaires à la voirie : 40, 70, 129, 136, v. usage anormal, voirie.
détournement de pouvoir : 53, 54, 89, 269.
devoir : v. *pouvoir.*
diffamatoire : 100, 255, v. injurieux.
difficile : 101.
difficulté grave : 80, 173.
difficulté sérieuse : 42, 84, 172 s.
dignité : 71, 129, 148, 149, 257 s., 277, 321, 484.
diligence normale : 24, 34, 62, 91 s.
diplôme : v. université.
directive :
— le choix du terme standard et non du terme directive : 3, 120.
— au sens de Gény : 21.
— au sens d'Hauriou : 52 s.
— au sens de M. Stassinopoulos : 266.
— à notre sens : 53, 122, 151, 358 s., 361 s., 380 s., 412 s.
— au sens européen : 120 s., 482.
— an sens de l'arrêt *Crédit foncier :* 54, 121 s., 225.
disciplinaire : v. cassation, droits de la défense, faute, injurieux, sanction.
discrédit : 43.
discrétion : 101, 129, 339, 490, v. réserve.
disjonctive (norme) : 247, 275, v. légale (notion).
disproportion :
— marquée : 41, 380.
— entre train de vie et revenus : 89.
dissolution d'un conseil municipal : 80, 88.
distance anormale entre domicile et lieu de travail : 62, 111, 128, 133, 300 s., 398 s.
doctrine :
— son influence sur le juge : 207.
— v. critique.
dogmatique sociale : 148 s., 324, 352, v. appréciation abstraite, standards dogmatiques, valeurs.
domaine public : v. affectation normale, aménagement spécial, contravention de grande voirie, délimitation, flottabilité, navigabilité, occupation privative, usage normal, voirie.
— aisances sur les domaines maritime et fluvial : 343, 477.
dommage anormal (et autres formules voisines) : 78, 80, 128, 129, 145 s., 201 s., 291, 303, 340 s., 350, 359, 369, 391 s., 403 s., 440 s., 447 s., 473, 476, 483 s., 496, v. allongements de parcours, travaux public, décisions légales.
dommage aux propriétés : 201, v. propriété.
dommages de guerre :
— contentieux des : 5, 40, 81, 111, 380.
— évolution de la compétence du Conseil d'Etat : 5.
— v. biens somptuaires, biens d'usage courant, commission supérieure, coût normal, erreur manifeste, exploitation normale, fonctionnement normal, rabais normal.
dommage exceptionnel : 66.

dommage d'importance exceptionnelle non assurable : 41.
dommages-intérêts compensatoires : 38, 81, 104 s., 113, 396 s., v. mauvais vouloir manifeste, mauvaise foi.
donné et construit : 17.
douanes : v. circonstances exceptionnelles.
douleur morale : 467.
droit :
— étonnement devant le droit : 1, 3.
— généralités sur le fonctionnement du droit : 416.
— critique de toute conception matérielle du droit : 33, 186, 264, 267 s., 269 s., 281, 283 s.
— distinction du droit et du fait : 234 s., v. cassation, appréciation, indétermination, fait.
— les standards sont-ils du droit ? : v. standard.
— anglo-saxon : 4, 22 s., 34, 36, 57, 208, 418.
— germanique : 22, 210.
— naturel : 18.
— romain : 30.
— suisse : 209, 210.
— v. fiscal, individualisation, communautaire, international, cassation, mobilité, pouvoir normatif, rhétorique, qualification.
droit à dépassement : 79, v. honoraires, usage abusif.
droit administratif (dimension historique du) : 199 s.
droits de la défense : 78, 138, 176, 389 s., 454, 479, v. délai utile, tardif.
due process of law : 22, 23, v. *rule of reasonableness.*
durée normale d'utilisation d'un bâtiment : 41, 65.
durkheimisme juridique : 17, 23, v. sociologisme.

école de Lyon : 21 s., 36 s., 52, 208, v. comparatisme, Lambert.
écologique (préoccupation) : 495 s.
édifice menaçant ruine : 98, 226, 364, v. périlleux.
éducation nationale : v. enseignement, université.
Egypte, influence du mouvement du standard : 25.
élections : 75.
— tracts et affiches injurieux : 363.
— v. proportion anormalement élevée d'électeurs.
emploi : v. équivalence.
emprise : 50, v. voie de fait.
enfants : v. imprudence.
enseignement : v. exigences normales.
entreprises similaires exploitées normalement : 41.
entretien courant : 129, 130.
entretien normal : v. défaut d'entretien normal.
énumération (spécification par) : 127, 377 s.
épuration : 252, 258, 389, 391, 411, 484 s., v. dignité.
équité : 300, 446, 489.
équivalence : 34, 129, 136, 193, 211, 238, 241, 242, 315, 387 s., 414, v. quantification.
erreur de droit : 189.
erreur manifeste (contrôle minimum) : 34, 37, 60, 81, 88, 129, 130, 135 s., 193 s., 200, 209 s., 211, 216, 237, 241, 243, 244, 248 s., 267, 314 s., 360, 387 s., 438, 443 s., 445, 446, 467 s., 483, 488.
— persistance du refus de son contrôle dans certaines hypothèses : 244.
— v. quantification, pouvoir discrétionnaire.
erreur manifeste (colis postaux) : 44.
erreur manifeste (contentieux des dommages de guerre) : 81, 111, 209, 361.
établissement dangereux : 98, 226, 426, v. édifices menaçant ruine.
établissement de luxe : 39, 99.
établissement sanitaire privé (extension d'un) : 93, 142, v. besoin de la circonscription.
Etat (activités normales de l') : 107, v. activité normalement réservée à l'initiative privée, service public industriel, privé, interventionnisme.
état de siège : 427.

étrangers : 482 s., v. haute police, expulsion, sursis.
européenne (jurisprudence du Conseil d'Etat) : 480 s., v. acte clair, communautaire (droit), cour de justice.
événements extraordinaires entraînant perte de récolte : 40, 70.
évident : 199, v. manifeste.
évolutionnisme juridique : 18, 51 s.
exactitude matérielle des faits : 187 s., 251, 281, 282, 283.
exagéré : 69, 252, v. excessif, logement.
exceptionnel : 3, 66, 74, 248, v. bénéfices, cas, circonstances, dommages, mesures, revenus, pouvoirs, locaux, services, situations, souffrances.
excessif : 69, v. honoraires, rémunérations, retard, vitesse.
excuse valable : 39, 85, 129, 363, v. inexcusable.
exécution des lois et règlements : 383 s., 394, 453 s., 488.
exécution forcée : 95, 96.
exécution par défaut : 437.
exégèse (école de l') : 16, 18, 19, 21, 22, 26, 35, 36, 223.
exercice normal dans le domaine sportif : 63, 136.
exercice normal d'une profession : 42, 65, 113, 129, 133.
exhaussement modifiant sensiblement l'état des lieux : 43.
exhumation : 96.
exigences normales de la scolarité : 41.
existentialisme juridique : 20, 227.
exorbitant : 49, 70, v. clause, régime.
expérience et expérimentation en droit : 20, 25, 28, 37, 38, 265, 414, v. maximes d'expérience, sociologisme.
expertise : 95, 96, 173, 188.
— manifestement inutile : 82, 318.
— contestations sérieuses impliquant expertise : 84.
expert-comptable : 374, v. compétence notoire, ordre.
exploitation normale d'une entreprise : 134.
explosion : 97, 111, 201, 305, 319, 378, v. dangereux.
expropriation : 32, 87, 89 s., 138, 395, 443, 453, 478.
— d'urgence ou d'extrême urgence : 96, 238, 254.
— v. appréciation du coût, compensation de plus-value, proportionnalité, utilité publique.
expulsion (responsabilité pour inexécution d'une décision d') : 137, 381 s., 396, 424, 453, v. décisions de justice.
expulsion d'étrangers : 445, 483.
externalités (théorie des) : 87, 447.
extraordinaire : v. événements, ordinaire.

fait :
— l'hypertrophie du fait : 234 s., 267 s., 281, 284, 286, 353.
— distinction du fait et du droit : 236 s.
— v. appréciation, cassation, droit, indétermination, standard (est-il du droit).
fait du prince : 98, 199.
fait d'un tiers : 159.
fait entachant l'honneur ou la probité : 39.
faute : 34, 42, 90 s., 114 s., 129, 199, 207, 278, 287, 288 s., 292, 294, 297, 298, 350, 360, 365, 366, 424.
— conceptions subjective et objective de la faute : 91.
— v. présomption de faute.
faute *de* ou *du* service : 310, 325 s.
faute de l'administré : 305 s., 335 s., v. imprudence, usager.
faute contre l'honneur : 42, 71, 254.
faute de nature à... : 115, 359 s.
faute disciplinaire : 71, 254, 256, 258, 259, 337 s.
— v. faute professionnelle, moralité, sanction disciplinaire.

faute lourde : 115, 116, 176, 200, 278, 310, 333, 359, 360, 361, 362, 365, 366, 372, 376, 382, 391, 423 s., 427 s., 429 s., 437, 440, 446, 470, 473.
faute personnelle : 309 s.
faute professionnelle : 40, 80, 116, 287, 292, 293, 297, 335 s., 373.
faute qualifiée :
— faute qualifiée en dehors de la faute lourde : 66, 79, 80, 115, 176, 193, 200, 310, 318, 360, 366 s., 423 s., 428, 434.
— fondements de l'exigence d'une faute qualifiée : 293, 422 s.
- la difficulté : 422 s.
- le bénévolat : 430.
- les circonstances : 432.
- la consécration législative de l'irresponsabilité : 432 s., v. irresponsabilité.
- la volonté de sanctionner l'administré : 437.
- la nature du droit lésé : 437 s.
- pouvoir discrétionnaire et faute qualifiée : 438 s.

fiction : 158.
film (interdiction d'un) : v. circonstances locales, composition particulière, immoralité, ordre public, troubles sérieux.
fisc (responsabilité du) : 366, 367, 368, 434 s., 446.
fiscal :
— standards du droit fiscal : 39, 40, 41, 42, 43, 62, 63, 64, 65, 67, 69, 70, 76, 78, 79, 82, 83, 89, 109, 111, 112, 113, 128, 130, 131 s., 151, 157, 158, 159, 201, 246, 300, 345 s., 380, 392 s., 398 s., 400 s., 486.
— le rôle du juge fiscal : 154.
— v. réalisme du droit fiscal.
flottabilité : 101.
foi : v. bonne foi, mauvaise foi.
fonction publique : v. agents publics, réserve de certaines questions.
fonctionnaires de fait (théorie des) : 102 s.
fonctionnelle (notion, définition) : 49 s.
fonctionnement :
— normal : 63, 64, 111.
— régulier : 38.
fond du droit (la notion de chez Hauriou) : 52 s., 154 s., v. police juridique, administration du droit.
formules de la jurisprudence : v. circonstances (prise en compte des), pouvoir.
force majeure : 66, 74, 98, 116, 128, 129, 140 s., 161, 199, 278, 300, 302, 331, 349, 404 s., v. imprévisible, irrésistible.
Freirecht : 22, v. *Begriffjurisprudenz, Interessenjurisprudenz.*

garanties suffisantes : 79.
gêne notable : 202.
grand : 38, 199.
gratuité : 107.
grave : 38, 39, 80, 199, v. cas social, crise, difficulté, menace.
gravité : 38, 80, 252, v. cas d'exceptionnelle gravité, faute.
grève : v. usage abusif.
gros : 38, 199.
habitation à loyer modéré : v. motif sérieux et légitime.
haute police : v. réserve de certaines questions.
homme (conception de l') : 484 s.
honneur : 32, 129, 277, v. fait entachant l'honneur, faute contre l'honneur, manquement à la probité, aux bonnes mœurs et à l'honneur.
honoraires :
— normaux : 69.
— excessifs : 69, 89, 117, 128, 134, 252.
— v. rémunération, usage abusif du droit à dépassement, tact et mesure.
hôpital : v. responsabilité médicale.

immeuble loué dans des conditions normales : v. location normale.
immoralité :
— d'un film : 71, 149, 321 s., 486.
— v. manquements à la probité, moralité.
impérativité : 33, 227, 262, 269, 272 s., v. indétermination, normativité.
imperatoria brevitas : 114, 152, 357 s., 363 s., 407, 412, 418, v. laconisme, politique jurisprudentielle.
impérieux : 261, 365, v. motif impérieux.
important : 38, 101, 199.
impossible : v. irrésistible.
impôt (ajournement abusif de l') : 69.
impressionnisme juridique : 18, 21.
imprévisible : 3, 74, 75, 98 s., 129, 180, 199, 318, 409.
imprévisibles (théorie des faits) : 60, 80, 98 s., 103, v. imprévision, fait du prince, force majeure, sujétions imprévues.
imprévision : 66, 70, 72, 74, 83, 89, 118, 119, 129, 138 s., 180 s., 206, 305, 384, v. aléas normaux.
impropre : 86 s., 364.
impropriété d'un ouvrage : 86, 129, 130, 347 s.
imprudence : 38, 79, 80, 84, 91 s., 101, 103, 117 s., 129, 169, 199, 287, 304 s., 307 s., 318, 337, 364, 377 s., 456 s., 461 s.
— des enfants : 82, 118, 145, 293, 297, 298, 352, 456 s., 472.
— des parents : 117, 145, 305, 456 s.
— de l'usager d'un ascenseur : 145, 378, 458 s.
— v. usager.
imputabilité : 165 s., 300, v. causalité.
inadmissible : 38.
inaptitude : 43, 92, 256, v. aptitude.
inattention : 91 s.
incommodité : v. commode, établissements dangereux.
incompétence manifeste : 181 s., v. référé.
inconvénients normaux du voisinage : 34, 128.
indéterminabilité : v. indétermination.
indétermination : 219 s., 223, 238 s., 261 s., 269, 272 s., 276 s.
— échelle d'indétermination des standards : 151 s.
— indétermination et indéterminabilité : 194, 272 s., 281.
— v. appréciation, impérativité, pouvoir discrétionnaire.
indispensable : 38.
individualisation du droit : 16, 17, 20, 51, 226, 285, 297, 352, v. mobilité.
inexcusable : 101.
infirmité particulièrement grave : 380.
informations personnelles du juge : 185.
inhabitable : 38, 86, 199.
injonction : 470.
injure : 278, v. injurieux.
injurieux : 100, 129, 255, 258, 267, 350, v. courtoisie, élections, passage injurieux.
insalubrité : v. établissement dangereux, salubrité.
instituteurs : v. logement convenable.
instruction : 367, v. expertise, preuve.
insuffisance : 38, 199.
— de disponibilités en sucre : 256.
— de motifs : 79, v. motivation suffisante.
— de l'initiative privée : 42, 78, 93, 113, 141 s., 405.
— professionnelle grave ou notoire : 40, 78, 84, 129, 256.
— d'un corps : 243.
— v. local insuffisamment occupé, ressources, suffisant, terrain insuffisamment bâti.
insurmontable : v. irrésistible.
intégrité physique : 483 s.
Interessenjurisprudenz : 22, v. *Begriffjurisprudenz, Freirecht.*

intérêt :
— de l'entreprise : 112, v. acte de gestion normal.
— des malades : 93, 113, 143, 255, v. besoins de la population.
— d'un site, d'un meuble, d'un immeuble : 254.
— du service : 261.
  • fondant le refus d'inscription d'un candidat à un concours : 244.
  • fondant le refus de la démission d'un agent : 244.
— général : 107, 214, 275, 287, v. utilité publique.
— légitime (pour agir) : 86.
— national : 107.
— public : 34, 107, 274.
— sérieux : 34.
intérêts en cause (point de vue des) : 259 s., 267.
international (standards du droit) : 43 s., v. communautaire (droit).
international standard of treatment : 43.
interprétation : 36, 56, 119, 155, 169, 174, 175 s., 189, 199, 219, 223, 264, 265, 267, 273, 274, 279.
— raisonnable d'un contrat : 72.
— recours en interprétation : 83.
— v. acte clair, arguments, pouvoir normatif (interprétation-création), *ratio legis, ratio contractus.*
interventionnisme économique des communes : 178, 206, 479, 494 s., v. activités normalement réservées à l'initiative privée, besoins communaux, circonstances exceptionnelles, circonstances particulières.
intime conviction : 157.
intuition en droit (l') : 20, 28, 37.
irrecevabilité manifeste (conclusions ou action entachées d'une) : 43, 82, 182, 209.
irrégularité manifeste : 182, v. référé.
irréparable : 95, v. conséquences difficilement réparables.
irrésistible : 99, 129, 140 s., 404, 409.
irresponsabilité : 176, 211, 366, 367, 423, 429, 432 s.
itinéraire normal : 136.

jeunesse (publications pour la) : v. licencieux, pornographique.
journal (interdiction d'un) : 106, v. licencieux.
jour normal : 43.
juge :
— la normalité du juge : 169 s., v. prudence.
— philosophie du juge : 486 s.
— critique du paradigme du juge cynique : 417, 420.
— v. cassation, contrôle, doctrine, pouvoir normatif, valeurs, pédagogie, prudence.
juges (gouvernement des) : 22.
juge administratif :
— quel juge administratif ? : 5.
— le juge administratif est-il juge ou administrateur ? : 220 s.
— v. compétence, expertise, informations personnelles, irrecevabilité, contrôle, cassation, pouvoir discrétionnaire, pouvoir normatif, standards de pure administration du droit, tribunaux administratifs.
jugement :
— pas de jugement sans norme : 223 s., 292 s., 353.
— critique de la notion de jugement d'espèce : 223, 285, 289, 416, 419.
jurisprudence : v. formules, politique jurisprudentielle, prudence.
jurisprudences politiques : 152 s., 170, 232, 255, 419 s., v. défense de l'administration, politique jurisprudentielle, réserve de certaines questions, valeurs.
jurisprudence sociologique : 29.
jusnaturalisme : 17, v. droit naturel.
juste indemnisation : 38.

laconisme :
— les divers degrés du laconisme du juge administratif : 359 s.
— la dénonciation de ce laconisme : 407 s.
— v. politique jurisprudentielle, tribunaux administratifs.
langage ordinaire (philosophie du) : 50, v. langue du droit.

langue du droit (l'utilisation ou non d'une langue technique) : 58, 264 s., 267, 271 s., 358, 361, 409, v. *au sens de...*, vocabulaire technique.
légale (théorie de la notion) : 56, 222, 243, 247, 248, 261, 262, 276, v. appréciation souveraine, disjonctive (norme), pouvoir discrétionnaire.
leges barbarorum : 30, 156.
légion d'honneur : v. faute contre l'honneur.
législateur :
— le législateur raisonnable, v. *ratio legis.*
— nouvelles méthodes du législateur : 56, v. standard (ce qui concerne le recours du législateur aux standards).
— dialogue du législateur et du juge : 198, 216, 414 s.
— v. loi.
légitime : 85 s., 118, 129, 192, v. intérêt, motif.
libéralisme : 479, 489 s.
licencieux : 40, 100, 129, 255, 363, v. pornographique.
limite d'âge : 246.
litige manifestement insusceptible : 82.
local insuffisamment occupé, inoccupé ou vacant : 39, 42, 43, 78, 128, 254, 380, 390 s.
location normale : 40, 64.
— valeur locative normale : 133.
— immeuble loué dans des conditions anormales : 42, 64.
— v. loyer normal.
locaux présentant un caractère exceptionnel : 41.
logement :
— conditions manifestement insuffisantes de logement : 40, 78, 82, 128, 255, 318, 393 s.
— logement convenable : 39, 42, 86, 128, 253, 380.
— importance exagérée d'un logement réquisitionné : 69.
loi et jurisprudence dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative : 110 s.
loyauté : 24, 33, 258.
loyer normal : 64, 111, 130, 349, 398.
luxueux : 99, v. établissement de luxe, somptuaire.

magistrats : v. faute disciplinaire, réserve.
malades mentaux :
— responsabilité des services psychiatriques : 75, 333 s., 351, 360, 366, 367, 425, 428.
— v. méthodes nouvelles de traitement et de rééducation.
manifestation claire de volonté : 83.
manifeste : 3, 75, 80 s., 129, 135 s., 192, 209, 310 s., 350, v. appréciation du coût, carrière, désobéissance, erreur manifeste, expertise incompétence irrecevabilité, irrégularité, litige, logement, mauvais vouloir, voie de fait.
manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur : 39, 71, 148 s., 255, 258, 300, 301, 302, 312, 321, 339 s., 360, 362, 363, 373 s., v. moralité.
marche normale d'un service : 63.
marque : v. originalité.
mauvaise foi : 39, 104, 113, 313, 396, v. bonne foi, dommages-intérêts compensatoires, mauvais vouloir manifeste.
mauvais fonctionnement de l'ouvrage public : 204, v. travaux publics.
mauvaise volonté : 39.
mauvais vouloir manifeste : 38 s., 81, 105, 113, 129, 193, 313 s., 396, v. dommages-intérêts compensatoires.
maximes d'expérience : 185 s., 191, v. standard de pure administration du droit, standard (est-il du droit).
médecine : 82, 258, 374 s., v. autorité particulière, cabinet secondaire, charlatanisme, clinique ouverte, compétence notoire, connaissances particulières, dignité, établissement sanitaire privé, honoraires, malades mentaux, moralité des professionnels, ordre, notoriété, pharmacie, professionnels, responsabilité médicale, spécialiste, tact et mesure, vaccination, valeur de méthodes thérapeutiques.
menace grave : 38.
mentalités : v. dogmatique, valeurs.
mesure : v. tact.

mesures exceptionnelles : 39.
méthode : 1, 11.
— la méthode de dépouillement de la jurisprudence : 6.
méthodes nouvelles de traitement et de rééducation : 68, 441.
militaires : v. agents publics, besoins normaux d'existence d'une troupe, pièce normale, services exceptionnels, service national.
mobilité du droit : 51 s., v. individualisation du droit.
modification à la circulation générale : 115, 146, 203, 450 s., 476, v. allongements de parcours, travaux publics.
moralité : 33, 34, 39, 40, 42, 70, 71 s., 80, 106, 116, 126, 148 s., 240, 254 s., 321 s., 484 s., 486.
— moralité administrative (son contrôle selon Hauriou) : 26, 54, 269.
— moralité des fonctionnaires : 39, 71, 149, 321, 373 s.
— moralité des professionnels : 39, 71, 148 s., 255, 257, 258, 321, 339 s., 373 s., 486.
— v. bonnes mœurs, immoralité, inaptitude, licencieux, manquement à la probité.
motifs impérieux : 99, 129.
motifs sérieux et légitimes : 43, 85, 255, 365 377.
motivation des décisions de justice : 409 s.
— son effet sur l'élaboration normative du juge : 227.
— v. *imperatoria brevitas.*
motivation suffisante : 129, v. insuffisance de motifs.
moyens convenables d'existence : 38.
moyens d'ordre public : 105.
moyens du service (la référence aux) : 291, 294, 299, 326, 331, 332 s., 351 s., 424, 485.
moyen sérieux : 40, 84, 110, 136, 193, 359, 371.

nationalisme : 479 s.
naturalisation : v. bonne vie et mœurs.
navigabilité : 101.
nécessaire : 94, 95, 113, v. délai, travaux.
nécessité : 44.
négligence : 39, 45, 80, 91 s., 287.
nettement : 82.
niveau normal (instruction ou formation de) : 41.
normal : 3, 27, 32, 44, 58, 62 s., 74.
— normal n'est pas toujours un standard : 46 s.
— v. accès, acte de gestion, activités, amortissement, anormal, avancement, circulation, charges, clause de révision, clientèle, conditions, coût, bénéfice, besoins, défaut d'entretien, délai, destination, développement, diligence, distance, durée, entreprises, exercice d'une profession, exigences, Etat, fonctionnement, honoraires, inconvénients, jour, location, marche, niveau, pièce, prix, profil, rabais, ressources, rémunérations, stock, sujétions, trafic, usage.
normalité :
— idée centrale mise en œuvre par les standards : 61.
— dualité de l'idée de normalité : 61, 75 s., 130 s., 212.
— normalité descriptive : 27, 76, 126, 130 s., v. standards descriptifs.
— normalité dogmatique : 27, 76, 126, 130 s., v. standards dogmatiques.
— normalité et normativité : 130 s., 212, 213 s., 217.
normativité : 130, 212, v. impérativité, indétermination, normalité.
notable : 75, 83, 129, 192, v. changement, gêne.
notation (des agents publics) : 243.
notion : v. légale (notion).
notoire : 83 s., 129, 192.
— v. compétence, dépenses, insuffisance professionnelle, notoriété.
notoriété : 42, 84, 129, 250 s., 316, 349, 377, 378.
nouvelle gestion publique : 491 s., v. spécialité.

obéissance : v. désobéissance.
occupation privative du domaine public :
— indemnisation des bénéficiaires d'une autorisation d'occupation privative en cas de travaux sur le domaine public exécutés dans des conditions anormales : 63, 119, 129, 176, 476 s.

— manifestement incompatible avec sa destination : 82, 193.
— délai raisonnable pour que le titulaire de l'autorisation expirée remette en l'état le domaine : 138.
officine : v. pharmacie.
opération d'aménagement urbain (responsabilité du fait d'une) : 451.
opportunité : 34, 35, v. pouvoir discrétionnaire.
ordinaire : 70, v. dégradations.
ordre manifestement illégal : v. désobéissance.
ordre public : 34, 40, 44, 67, 80, 96, 105 s., 115, 263, 445.
— danger pour l'ordre public d'une publication : 244.
— individus dangereux pour l'ordre public : 261.
— v. agrément, bonnes mœurs, bon ordre, circulation, commodité, décision intéressant l'ordre public, moralité, salubrité, sécurité, sûreté, tranquillité, usage abusif du droit de grève. délai, moyen, recours, texte.
ordres :
— inscription au tableau : 39, 149, 240, 255, 316.
— production normative : 176 s.
— le Conseil d'Etat et les juridictions ordinales : 257 s., 278 s., 464.
— v. expert-comptable, médecine, moralité, pharmacie.
originalité suffisante : 256.
ouvrage public : v. travaux publics.

paisible : 38.
parents : v. imprudence.
partage de responsabilité : 128, 458, 460 s., 471 s., 473.
particulier : 66 s., v. autorité, circonstances, composition.
passages injurieux (suppression par le juge) : 38, 100, 363.
pédagogie du juge : 406, 408 s., 414, 466, 487.
pénitentiaire (responsabilité du service) : 367, 424 s., v. méthodes nouvelles.
pension : 381, 383, 395, 396.
périlleux : 97, 98, 364 s., v. édifices menaçant ruine.
permis de construire : 245 s., 247, v. dérogation.
perspective monumentale : 254.
persuasion : v. rhétorique.
pharmacie : 374.
— autorisation dérogatoire d'ouvrir une pharmacie : 93, 142, 246, 250, 380.
— v. besoins de la population, chances sérieuses, manquement à l'honneur, moralité des professionnels, produit dangereux.
pièce normale : 43.
plausible : 34.
police administrative : 85, 88, 98, 101, 105 s., 119, 150, 320, 322 s., 367, 423 s., 433 s., v. circonstances exceptionnelles, dangereux (armes), film, haute police, ordre public, proportionnalité, réserve de certaines questions, salubrité, sécurité, situation privilégiée anormale, sûreté, tranquillité, usage abusif.
police juridique (la notion chez Hauriou) : 52 s., v. administration du droit, fond du droit.
politique : v. contrôle.
politique jurisprudentielle : 152, 172, 232, 255 s., v. *imperatoria brevitas,* jurisprudence politique, laconisme, motivation, pédagogie, quantification, variabilité.
pornographie : 40, v. licencieux.
positivisme juridique : 16, 283, v. exégèse.
postes (service des) : 366, 367, 432, v. irresponsabilité.
pourcentage : 128, 401 s.
pouvoir et *ne pouvoir* (indices de standard) : 117, 178, 303 s.
pouvoir (indice du pouvoir discrétionnaire) : 245 s., 274.
pouvoir discrétionnaire : 24, 57, 107, 219 s.
— l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire selon Hauriou : 52 s.
— pouvoir discrétionnaire de l'administration : 29, 60. 121, 154, 194, 211, 237 s., 253 s., 261, 285, 443 s.
— pouvoir discrétionnaire du juge : 29, 54, 55, 217, 262, 289, 418.

— les rares cas de pouvoir discrétionnaire du juge : 225 s.
— particularisme de la notion de pouvoir discrétionnaire chez Kelsen : 222 s., 263.
— le paradoxe du pouvoir discrétionnaire : il implique une norme préalable : 224 s.
— pouvoir discrétionnaire par omission et par commission : 273 s.
— pouvoir discrétionnaire et contentieux de la responsabilité : 438 s.
— les indices formels du pouvoir discrétionnaire : 225 s., 245 s., 261 s., 263, 273, 274 s.
— v. appréciation, compétence dissymétrique, compétence liée, contrôle, erreur manifeste, indétermination, jugement d'espèce, légale (notion), pouvoir normatif.
pouvoirs exceptionnels : 38.
pouvoir normatif :
— du juge : 3, 18, 35 s., 44, 51, 186, 195 s., 413.
— son particularisme : 227.
— l'éloge de ce pouvoir : 36 s.
— ses diverses manifestations : 214 s.
— l'interprétation coutumière de ce pouvoir : 19, 57.
— pouvoir normatif du juge ou de la jurisprudence : 196 s.
— théories inductives du pouvoir normatif de la jurisprudence : 196 s., 289.
— théorie déductive du pouvoir normatif du juge : 197 s.
— interprétation-création et création normative originaire : 36, 194, 198, v. interprétation.
— immunité de fait de ce pouvoir : 216.
— question de sa légitimité : 36, 58 s., 196, 198, 212, 216, 217, 227, 415.
— que ce pouvoir implique des jurisprudences politiques : 419 s.
— v. jugement, jurisprudence politique, législateur, principes généraux du droit.
pragmatisme : v. James.
précautions utiles : 94.
précédent (règle du) : 57, v. droit anglo-saxon.
préjudice :
— anormal et autres formules : 63, 68, 80, 83, 95, 115, 256.
— spécial : 68 s., 128.
— date d'évaluation : 65, 382 s.
— irréparable : v. conséquences difficilement réparables.
prénotion : v. topique.
présomption : 85, 102, 113, 117, 118, 156, 157 s., 179, 184 s., 187 s.
— jurisprudence *Barel* : 161, 167.
— présomption de faute : 159 s., 164 s., 204, 326, 439, 484.
— présomption de responsabilité : 165.
— v. causalité, fiction.
preuve : 157, 183, v. commencement de preuve, intime conviction, présomption.
prévision, prévisibilité : 34, 37, 98, v. imprévision, imprévisible.
principes généraux du droit : 59, 178, 213 s.
— leur valeur juridique : 214 s.
— thèse de leur « découverte » : 59, 213 s.
principle (au sens de Pound) : 22, 28.
prix normal ou excessif : 40, 64, 65, 128, 133, 134, 135, 251, 349.
privé et public : 107 s., 479.
probité : 129, v. manquements à la probité.
procédure : 155, 156, v. compétence, preuve, référé, sursis.
produit dangereux : 97, 193, 240, 270, 316 s., 438 s., v. réserve des questions techniques.
professionnels : 341, 456, 459 s., 486, v. aptitude, discrédit, exercice normal d'une profession, faute professionnelle, garanties suffisantes, insuffisance professionnelle, manquements à la probité, moralité, ordres, tact et mesure, médecine, pharmacie.
profil normal de la voie publique : 44.
promesses . v. renseignements.
promotion normale : v. carrière.
proportion anormalement élevée d'électeurs votant par correspondance : 64, 89, 135, 159, 401.
proportionnalité : 32, 60, 69, 87 s., 107, 116, 128, 150, 210, 216, 247 s., 257, 323 s., 468, 477, 488, 490 s., 494 s. v. déchéance dérogation, disproportion, dissolution, police, redevance, représentatif, sanction disciplinaire, utilité publique.
propriété : 146, 148, 275, 406, 475 s., 484, v. aisance de voirie, dommage aux propriétés, usage normal.
prudence : 24, 34, 102, 117 s., 145 s., 336.
prudence du juge : 190 s., 407, 412 s., 487, 496.

public : v. privé.
publications : v. jeunesse, journal, licencieux, ordre public.

qualification juridique : 35, 187, 193, 236 s., 251, 252, 257 s., 260, 267, 268, 274, 276 s., 279, 281 s., v. appréciation.
quantifiabilité : 126 s.
— de la quantifiabilité à la quantification : 151, 152.
— non-quantification de standards quantifiables : 399 s.
quantification : 358, 377, 379 s.
— quantification absolue explicite : 379 s.
— quantification absolue implicite : 384 s.
— quantification relative : 394 s.
— directives textuelles quantifiées : 380 s.
— quantification d'un standard législatif par un règlement d'exécution : 42.
— la règle du 1 % dans le contentieux du remembrement : 130, 136, 315, 373, 387, 406, 414.
— la règle des 5 centimètres dans le contentieux du défaut d'entretien normal : 130, 145, 330, 373, 384 s., 406, 415.
— les inconvénients de la quantification et la prudence du juge : 414 s.
— v. énumération, pourcentage, quantifiabilité.
question de fait : 260 s., v. fait, cassation, appréciation souveraine.
question préjudicielle : 82, 171, v. acte clair.

rabais normal : 64, 128, 135.
raisonnabilité : 33, 72, v. rationalité.
raisonnable : 3, 31, 32, 38, 192, 199, v. délai, interprétation, prévision, *rule of reasonableness*.
raisonnablement : 103.
rapatriés les plus défavorisés : 40, 101, 250, 316, 362, 378, 490.
ratio contractus : 178 s.
ratio legis : 156, 173 s.
rationalité : 31, 33, 34, 35, 70, 72, v. raisonnabilité.
réadjudication : 437.
réalisabilité du droit : 53, 122, 127, 357, 414.
réalisme du droit fiscal : 131 s., v. appréciation directe ou par voie de comparaison.
reconstruction : v. dommages de guerre, prix normal.
recours :
— d'ordre public : 105.
— pour excès de pouvoir : 237 s., 253 s.
— caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir et du recours en cassation : 177.
— v. abusif, cassation, contrôle.
redevance :
— distinction de la redevance et de la taxe : 89.
— recouvrement : 96.
rééducation : v. méthodes nouvelles.
référé : 95, 96, 173, 181 s., v. caractère sérieux, difficulté grave, expertise, incompétence manifeste, irrégularité manifeste, constat d'urgence, sursis à exécution.
régime exorbitant : 34, 70, 417, v. clause exorbitante.
régimes législatifs de responsabilité : 176, 178, 206.
— combinaison avec des régimes jurisprudentiels : 215 s.
— v. irresponsabilité, législateur, loi.
règle : v. *rule*, standard.
règle d'expérience : v. maxime d'expérience.
règlement d'application : 85.
régulier : v. fonctionnement.
réintégration des agents publics : 137, 138, 395.
remembrement : 249, v. accès satisfaisant, dépendance immédiate, équivalence, utilisation spéciale.
rémunération :
— normale : 65, 113, 130, 132, 134, 346, 349, 400.
— excessive : 41, 69, 82, 89, 113, 128, 318.

renseignements erronés, promesses non tenues et comportements équivoques de l'administration (responsabilité du fait des) : 72, 85, 103, 117, 118, 119, 301, 336 s., 459 s., 462, 473, v. serment.
rentable : 108 s., v. conditions normales de rentabilité, dépenses d'amélioration non rentables.
réparation : 128, v. douleur morale, partage de responsabilité.
réparations courantes : 79, 113.
répétition de l'indu : 111, v. erreur manifeste du contentieux des dommages de guerre.
représentatif (caractère d'un syndicat) : 40, 79, 89, 100, 101, 128, 147 s., 254, 349, 364, 377, 380, 401 s.
réquisition : 95, 96, 137, 395, v. besoins d'existence d'une troupe, besoins du pays, logement (conditions insuffisantes de), logement (importance exagérée d'un).
réserve (devoir de) : 41, 100 s., 110, 129, 150, 256, 338, 489 s., v. discrétion.
réserve de certaines questions par le juge :
— questions techniques : 239 s., 251 s., 265, 266, 282, 316 s., 438 s., 444.
— questions touchant à la fonction publique : 242 s., 266, 445 s.
— haute police : 244 s., 316, 444 s., 467 s., 483, 489.
— v. pouvoir discrétionnaire, cassation, contrôle, intérêts en cause, appréciation souveraine.
responsabilité : v. causalité, dangereux, décisions légales, défaut d'entretien normal, dommage, dommages-intérêts, exécution des lois, explosion, expulsion, fait d'un tiers, faute, fisc, imprudence, imputabilité, irresponsabilité, loi, malades mentaux, méthodes nouvelles, opération d'aménagement urbain, partage, pénitentiaire, police administrative, postes, préjudice, présomption de faute et de responsabilité, régime législatif de responsabilité, renseignements, réparation, responsabilité médicale, risque anormal, rubéole, socialisation, sujétions normales, travaux publics, tutelle.
responsabilité décennale : v. impropriété, vice apparent, vice caché.
responsabilité médicale : 159 s., 164 s., 427 s., 434, 473, 484, v. causalité, malades mentaux, méthodes nouvelles, présomption de faute, vaccination.
ressources :
— normales : 64.
— insuffisantes : 252.
retard anormal ou excessif : 63, 69, 82, 91, 360, 391, v. délai, tardif.
revenu :
— normal d'un immeuble : 133, 345 s.
— exceptionnel : 41, 66, 128, 133, 361 s.
rhétorique et droit : 57 s., 212, 265, v. argument, langue du droit, topiques.
risque anormal et formules voisines : 62, 68, 89, 97, 113, 129, 130, 201, 206.
rochers (chute de) : 320, 426, 440 s., 452 s., 469, 472, v. défaut d'entretien normal, voirie.
rubéole (responsabilité du fait des dommages causés à une institutrice par la) : 68, 89, 468, 484.
rule (le sens de ce terme) : 23, 27, 30, 53, 54, 156.
rule of reasonableness : 22, 23, 24, v. *due process of law*.

salubrité : 105 s., 426, v. insalubrité.
sanction disciplinaire (le contrôle du juge) : 88, 116, 210, 244, 252, 445 s., 469.
santé publique : v. clinique ouverte, insalubrité, médecine, pharmacie, produits dangereux, salubrité.
satisfaisant : v. accès.
savoir et *ne savoir* : 118 s., v. standard (indices du).
sécurité : 98, 105 s., 244, 425.
sensible : 192.
sensiblement : 84.
séparation des autorités : 178, 220, 221.
sérieux : 3, 84 s., 129, 192, 350, v. caractère sérieux, chances sérieuses, difficulté sérieuse, expertise, intérêt sérieux, motif sérieux, moyen sérieux, trouble sérieux.
serment : 149.
services exceptionnels d'un militaire : 41.
service national : v. aptitude, cas d'exceptionnelle gravité, cas social grave.
service public industriel et commercial : 107 s., 479, v. adaptabilité.
servitudes : 478.
— servitudes de voirie : 146, v. accès, aisance de voirie.

signalisation : 117, 147, 161, 326, 328, 330, 331, 378, 386, 387, 397, 452 s., 462.
situation exceptionnelle d'une exploitation agricole : 40, 66, 362.
situation privilégiée anormale : 63.
sociale (préoccupation) : 490 s.
socialisation de la responsabilité : 488 s.
sociologisme juridique : 2, 16 s., 29, 30, 51, 76, 131, 191.
— les deux sociologismes : 19.
— v. durkheimisme, expérience, fait, jurisprudence sociologique.
solidarité : 258.
somptuaire : 99, v. biens somptuaires, luxueux.
souffrances exceptionnelles : 66 s., 128.
spécial : 68 s., 340, v. préjudice, risque anormal, circulation, dommage anormal, utilisation.
spécialiste (médecin) : 316.
spécialité (déclin du principe de) : 493 s.
spéculatif : 252.
standard :
— notre définition : 120.
— définition provisoire : 3, 47.
— le choix du terme : 3.
— mode et mouvement du standard dans les années vingt : 2, 15 s., 25.
— tentatives de définition à cette époque : 26 s.
— dualité de la notion de standard alors : 31 s.
— lien entre le mouvement et la pensée de Gény : 21.
— standard et comparatisme : 22, 207 s.
— rejet de la notion de nos jours : 2, 35.
— la distinction règle/standard : 27 s., 29, 30.
— le standard est-il du droit ? : 3, 25, 27, 28 s., 32, 33, 37, 53, 56, 184 s., 215 s., 219 s., 260 s., 353, v. appréciation souveraine, normativité, pouvoir discrétionnaire.
— le standard est dans la règle de droit : 32, 33, 56, 184.
— définition matérielle ancienne : 15 s.
— définition organique ancienne : 36 s.
— définition formelle ancienne : 32, 45 s.
— l'idéologie du standard et ses conséquences : 30.
— les définitions fonctionnelles : 49 s.
— la définition fonctionnelle d'Hauriou : 52 s.
— l'échec des définitions classiques : 47.
— pour une triple définition fonctionnelle du standard : 55 s.
  • définition fonctionnelle — organique : le standard comme technique de délégation ou de réservation du pouvoir : 55 s., 109, 191, 218, 223, 414.
  • définition fonctionnelle — formelle : le standard comme technique rhétorique de persuasion, de légitimation, de généralisation : 57 s., 212, 227, 487.
  • définition fonctionnelle — matérielle : le standard comme technique de régularisation du droit : 59, 207.
— la définition matérielle reconsidérée : standard et normalité : 61 s.
— standards substituables et standards inclusifs : 62 s.
— la définition organique reconsidérée : standard et droit jurisprudentiel : 110 s.
— la définition formelle reconsidérée : indices formels du standard : 114 s., 359.
— formulations elliptiques du standard : 114 s.
— indices du standard : 117 s., v. *appartient (il), devoir, pouvoir, savoir.*
— standards jurisprudentiels : 36 s., 220, 223 s.
— standards forgés à partir d'un texte : 38, 111 s.
— standards de la jurisprudence : 37 s.
— standards textuels : 37 s., 220, 221 s., 238 s., 251 s., 259, 267, 283.
— standards textuels codifiant un standard jurisprudentiel : 110 s.
— standards constitutionnels : 38.
— standards législatifs : 38 s.
— standards réglementaires : 42 s.
— standards des conventions internationales : 43 s.
— standards contractuels : 44 s.
— prolifération des standards : 3, 30, 38, 56, 199 s.
— ses causes : 206 s.
— la nécessité du recours au standard : 61.
— typologie des standards : 125 s.
— typologies matérielles : 126 s.
— standards quantifiables et non quantifiables : v. quantifiabilité.
— standards dogmatiques et descriptifs : 126, 130 s., 311.

— standards d'intellection : 129, 192 s.
— échelle d'indétermination des standards : 151 s.
— typologies contentieuses : 153 s.
— standards de pure administration du droit et standards de fond : 31, 32. 34, 154 s.
— caractères communs aux standards de pure administration du droit : 183 s.
— standards et pouvoir discrétionnaire : v. indétermination, pouvoir discrétionnaire.
— standards et appréciation souveraine : v. appréciation souveraine, cassation.
— l'appréciation des standards : v. appréciation.
— standards et valeurs de la société : 24, 34, v. dogmatique sociale, jurisprudence politique, valeurs.
— standards et pouvoir normatif du juge : v. pouvoir normatif.
stationnement : v. usage normal du domaine public.
stock normal : 39.
suffisant : 34, 78 s., 100, v. garanties, insuffisant, originalité, motivation, surveillance.
Suisse : v. droit suisse, tribunal fédéral.
sujétions imprévues (théorie des) : 74, 98 s., 140, 180, 199, 305.
sujétions normales : 62, 75, 83, 87, 145, 202, 341 s., 392, 404, 448, 477.
sûreté publique : 97, 105 s., 244, 424, 445.
sursis à exécution : 40, 95, 110, 114, 226, 418, 455, 465, 473, 478 s., 483, v. conséquences difficilement réparables, décision intéressant l'ordre public, moyen sérieux, référé.
sursis à statuer : 84, 173, v. acte clair, question préjudicielle.
surveillance :
— particulière : 97.
— suffisante : 79.
— des parents : v. imprudence.
susceptible de... : 116, v. *de nature à...*
syndicats : v. représentatif.

tact et mesure (dans les honoraires) : 43, 128, 252, 256, 259, 406, 415 s., v. honoraires.
tardif : 101, 380.
taxe : v. redevance.
technique : 265, v. réserve de certaines questions.
terrain insuffisamment bâti : 41, 78, 128.
texte d'ordre public : 105.
titre : v. usage abusif.
topiques juridiques : 58, 59, 74, 75, 83, 156, 162, 163, 192, 212, v. rhétorique.
trafic normal : 63, 136.
tranquillité : 106, 424.
travaux :
— indispensables : 94.
— nécessaires : 94.
— utiles : 93.
travaux publics : 62, 63, 75, 96, 112, 117.
— caractère anormalement lent : 62.
— responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics (généralités) : 68, 83, 201, 392, 484 (particulièrement p. 201).
— v. accès normal, allongement de parcours, compensation de plus-value, dangereux, défaut d'entretien normal, destination normale, domaine public, dommage anormal, gêne notable, inconvénients normaux du voisinage, modification à la circulation générale, dommage aux propriétés, occupation privative du domaine public, précautions utiles, préjudice anormal, risque anormal, servitudes de voirie, sujétions imprévues, sujétions normales, travaux nécessaires, travaux utiles, trouble anormal, troubles de jouissance, usage normal, voirie.
tribunal administratif de l'O.I.T. : 208 s.
tribunal des conflits : v. difficulté sérieuse.
tribunal fédéral suisse : 209.
tribunaux administratifs (y a-t-il des oppositions entre le Conseil d'Etat et les) : 406, 408, 412, 464 s.
trouble :
— anormal : 203, 342.
— de jouissance : 115.
— sérieux : 85.
tutelle ou contrôle (responsabilité du fait des services de) : 429 s., 433 s.

université (diplômes et aptitudes) : 241.
urbanisme : 337, 395, v. dérogation, exhaussement de nature à modifier sensiblement l'état des lieux, intérêt d'un site, opération d'aménagement urbain, perspective monumentale, permis de construire, proportionnalité.
urgence : 67, 84, 94 s., 244, 254, 278, 282, v. collaborateurs bénévoles, constat d'urgence, exécution forcée, expropriation, référé, sursis à exécution.
usage :
— abusif :
• d'un titre : 69.
• du droit à dépassement d'honoraires : 69, 72, 415, v. tact et mesure.
• du droit de grève : 70, 106.
• du pouvoir de police : 70, 200.
— anormal de la route : 63, 136, 402, v. détériorations.
— normal :
• du domaine public : 63, 150, 491 s.
• du droit de propriété : 62, 63, 136, 202, 342.
• d'un ouvrage public : 62, 129.
usager de la voie publique : 75, 91, 117, 161, 205, 304, 307 s., 364, 377 s., 392, 402 s., 452, 458 s., 461, 462, 471, s., v. imprudence, défaut d'entretien normal, prudence, usure anormale.
usure anormale : 381, 401.
utile : 93 s., 199, v. délai, précautions, travaux.
utilisation spéciale : 69, 241.
utilité publique : 34, 53, 90, 93 s., 107, 115, 116, 150, 256, 261, 275, 298 s., 322 s., 376, 468, 478, 490 s., 494 s.
— intérêt privé et utilité publique : 94, 491.
— v. expropriation, intérêt général, proportionnalité.

vaccination (responsabilité du fait de la) : 160, 166, 469 s.
valable : 34, 85, 192, v. excuse valable.
valeur : v. prix.
valeur :
— de candidats : 242.
— de méthodes thérapeutiques : 240, 251, 268, 280, 375, v. charlatanisme.
valeurs du droit, du juge, de la société : 24, 34, 107, 144, 146, 148, 150, 152, 211, 283, 322, 352, 376, 419 s., 448, 474 s., v. contrôle (exigence de), dogmatique sociale, écologique (préoccupation), homme, intégrité physique, jurisprudence politique, libéralisme, moralité, nationalisme, nouvelle gestion publique, privé, propriété, sociale (préoccupation).
variabilité des formules de la jurisprudence : 366 s.
— changement de standard sans changement de signification : 366 s.
— changement de signification sans changement de standard : 369 s.
véhicule : v. vitesse excessive, circulation.
vêtements : v. dépenses d'habillement.
vice :
— apparent : 104, 305.
— caché : 104, 118.
— de conception : 204.
vices du consentement : 297.
vigilance : 33.
vin : v. appellation contrôlée.
visas légaux (leur caractère artificiel dans la jurisprudence administrative) : 37.
visible : 101.
vitalisme juridique : 18, 20, 21, 30.
vitesse excessive : 69, 72, 128, 161, 363, 364, 402 s.
vocabulaire technique (problème afférents à tout) : 1, 271 s., v. langage ordinaire, langue du droit.
voie de fait : 49 s., 80, 81, 135, 193, 199, 209, 312 s., 475 s.
voirie : v. aisances, accès normal, autoroute, circulation, rochers, défaut d'entretien normal, détériorations ou dégradations, profil normal de la voie publique, signalisation, sujétions normales, trafic, travaux publics, usager, usage anormal, véhicule.
voisine (exploitation) : 101.
volonté : 272, 274, v. pouvoir discrétionnaire, manifestation claire.

Achevé d'imprimer
le 3 septembre 1980
sur les presses de la
S.N.I. DELMAS,
Artigues-près-Bordeaux.

N° d'impression : 31603.
N° d'éditeur : 1876.
Dépôt légal : 3e trimestre 1980.

I.S.B.N. 2.275.01127.7