

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS, UNE ILLUSION CONCEPTUELLE ?

Serge MORARD

Volume 110, Number 2, September 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045545ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045545ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

MORARD, S. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS, UNE ILLUSION CONCEPTUELLE ? *Revue du notariat*, 110(2), 409–427.
<https://doi.org/10.7202/1045545ar>

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS, UNE ILLUSION CONCEPTUELLE ?

Serge MORARD*

I.	LE CONCEPT DE SÉCURITÉ JURIDIQUE, UNE ILLUSION EN DROIT	414
	A. Une réécriture des fondements, précédent à l'édition de la notion	414
	B. Un manque de définition irréductible	420
II.	UN INSTRUMENT DE TRANSFORMATION DE L'OFFICE DU JUGE.	423
	A. Une transition vers un administrateur formellement positif	423
	B. Vers une administration matérielle corrélée ?	425

* Doctorant à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne.

Résumé

Le présent article s'attachera à étudier la sécurité juridique dans sa conception et son utilisation en droit public français, au travers de la doctrine et du juge administratif. Censée résoudre bon nombre de difficultés du droit français, la notion, produit d'un élargissement de ses fondements supposés, souffre d'une définition comportant une part irréductible d'idéologie. Nous mettrons l'accent sur l'étude de la rétroactivité qui constitue, à notre sens le cœur de la problématique de la notion. La remise en cause de la « fiction nécessaire » que présente celle-ci a des incidences sur la structure du fonctionnement du droit français. La première conséquence est la transition formelle qu'opère le juge. D'administrateur négatif, il se mute en administrateur positif. Ce changement s'accompagne d'une volonté de transformation vers une administration matérielle du juge.

L'objet du présent article est de mettre en avant la distorsion entre le discours de la doctrine sur la sécurité juridique en tant que concept¹ et l'énonciation du principe par le juge administratif. En effet, alors que la première s'est depuis longtemps emparée de la question en l'érigeant en enjeu constitutionnel, ainsi qu'en *Deus Ex Machina* supposé mettre un terme aux maux du droit français : intempérance normative et instabilité des règles ; les sources textuelles du droit français l'ignorent et la jurisprudence, par un arrêt du Conseil d'État², n'a consacré que de manière récente et limitée³ le principe.

Le premier problème qui se pose lorsque l'on s'attache à l'étude du principe au travers de la jurisprudence et de la doctrine repose sur la manière dont il est présenté. La difficulté porte ici sur l'érection de ce dernier en axiome du droit. Se suffisant à lui-même,

1. Nous appelons ici « concept », la formalisation et la systématisation permettant la connaissance de l'objet décrit. Ainsi cette formalisation trouve un écho empiriquement vérifiable et permet de savoir si, confronté à une situation, l'on est ou non en présence de l'objet.

2. Cons. d'Ét. Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, req. n° 288460.

3. L'arrêt ne concerne que l'obligation d'instauration de dispositifs de droit transitoire.

le principe est une justification permettant de tirer des conclusions et de produire des effets juridiques sans avoir à être lui-même justifié. En somme, évident axiome, le principe existerait parce que le juge l'utilise et ce serait parce que le principe existe que le juge y recourt. Or pour être un axiome, la notion doit au moins être non-contradictoire. Cependant, « [l]a notion de sécurité juridique est un concept si général que l'on peut lui faire dire ce que l'on veut »⁴, y compris des solutions opposées⁵. L'apparence est trompeuse : derrière un aspect de vérité incontestable se dresse un raisonnement circulaire, un sophisme. Le point de vue est ici sceptique et notre interrogation porte sur l'exactitude conceptuelle de la notion par rapport à la manière dont elle est énoncée dans le discours juridique contemporain.

La définition du principe de sécurité juridique n'est pas chose aisée. Ainsi lorsque la question⁶ n'est pas purement éludée, elle est alors réduite à un aspect fonctionnel⁷ et non conceptuel. La notion devient alors, entre autres, « la protection contre la rétroactivité, l'assurance d'une consolidation à terme des situations juridiques individuelles même constituées illégalement, la clarté, la précision, la cohérence, donc la connaissance et non moins la publicité effective et suffisante de la règle applicable, le respect des engagements et des promesses, voire la fidélité aux encouragements prodigués, la stabilité de l'environnement juridique au vu duquel on a entrepris une activité à long terme »⁸. Il s'agirait donc d'un catalogue de mesures destinées à remédier à des « défauts » du droit français. Formulée de la sorte, la notion fait apparaître une nouvelle difficulté. Celle-ci réside dans la délimitation de l'objet décrit. Le postulat fonctionnel qui consiste à définir les objets par leur utilité est ici réducteur. Rien ne permet d'affirmer que la liste des obligations posées dans cette définition est exhaustive. Rien ne permet non plus d'affirmer que toutes les exigences sus-énoncées appartiennent nécessairement à la sécurité juridique. Les utilisations disparates du principe peuvent par exemple tantôt le conduire à s'opposer au principe de léga-

4. Sophie BOISSARD, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles... Le difficile dilemme du juge administratif », C.c.C. n° 11. 2001.79.

5. Antoine CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », D.2002.2815, n° 37.

6. Pour exemple, François LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », C.c.C n° 11. 2001, [En ligne] : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc11/11.htm>>.

7. Pour un exemple : Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 13.

8. Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », A.J.D.A. 1995 (n° spécial juin 1995).155.

lité et tantôt à présenter ce dernier comme une composante du premier⁹. Il y a donc contradiction dans la définition posée.

Ce propos serait anodin et peu pertinent si ces dernières années n'avaient pas vu émerger des impératifs tels que l'obligation du droit transitoire ou encore la limitation de l'usage de la rétroactivité. Historiquement, le juge, administratif notamment, refuse de reconnaître l'existence de la notion telle que précédemment définie comme une composante du droit français. En 2001, dans l'arrêt *Entreprise Freymuth*¹⁰, l'application de la confiance légitime, volet subjectif de la sécurité juridique¹¹, a été exclue par le Conseil d'État. La justification trouvait son fondement dans l'absence d'invocation d'une règle du droit communautaire, système, qui la lui reconnaît. En somme, la confiance légitime n'existe pas d'elle-même en droit administratif français, mais elle a vocation à s'appliquer lorsque le juge français est confronté au droit communautaire. La répartition était alors stricte. Depuis, cette classification est devenue peu à peu obsolète, par la reconnaissance en droit interne non seulement d'obligations liées à la sécurité juridique mais aussi par celle de cette dernière.

Par conséquent, s'interroger sur l'existence du concept et sur son caractère juridique semble approprié afin de distinguer les discours qui portent sur la sécurité juridique. Afin de cadrer le présent exposé, nous nous intéresserons à l'implantation de la sécurité juridique dans le système français au travers de son utilisation par le juge administratif par l'entremise du recours pour excès de pouvoir, recours objectif en légalité¹², c'est-à-dire en conformité d'une norme au plus de valeur réglementaire par rapport à des normes supérieu-

9. Ernest TSATSABI, « Le principe de sécurité juridique dans le contentieux administratif français », Thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007 (disponible à la bibliothèque Cujas), p. 245 et 246.

10. Cons. d'Ét. 9 mai 2001, *Entreprise Personnelle Transports Freymuth*, req. n° 210944.

11. Alors que la confiance légitime a pour objet de protéger un intérêt juridique subjectif, la sécurité juridique, volet objectif, apparaît comme un principe structurel « orienté selon des critères objectifs ». Sur ce point, voir Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 994 et Michel FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », A.J.D.A. 1996 (n° spécial).179.

12. Sur ce point Georges VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », C.c.C. 1996, n°s 1 & 2, [En ligne] : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cccl/ccclved1.htm>>. C'est-à-dire du contrôle hiérarchique d'une norme inférieure par rapport à une norme supérieure. Ce contrôle est dit objectif car le procès est selon la formule celui de « l'acte » et non de la personne.

res. De plus, l'analyse portera exclusivement sur la composante temporelle¹³ de la sécurité juridique et plus particulièrement sur une fiction du droit : la rétroactivité ; que celle-ci porte sur des énoncés normatifs ou sur la jurisprudence. Ce parti pris de traitement est apparu au cours de la réflexion menée sur le sujet à la fois comme le plus symptomatique, mais aussi comme le plus complexe et par voie de conséquence, celui qui supposait que l'on s'y consacre pleinement.

La démonstration traitera dans un premier temps du concept de sécurité juridique comme illusion en droit (I), puis de son utilisation par le juge administratif, à savoir un écran aux modifications dans l'office du juge (II).

I. LE CONCEPT DE SÉCURITÉ JURIDIQUE, UNE ILLUSION EN DROIT

Parce qu'elle résulte de la réécriture des fondements qui justifieraient son existence juridique (A), et que son défaut de définition objective est irréductible (B), la sécurité juridique se présente comme un effet d'optique, une illusion.

A. Une réécriture des fondements, précédent à l'édiction de la notion

Notre interrogation porte sur la composante temporelle de la sécurité juridique. Or, selon le catalogue précédemment cité, la lutte contre la rétroactivité est au cœur de ce problème. La question est alors de savoir si l'on peut trouver des fondements textuels justifiant l'interdiction généralisée de la rétroactivité. Car, contrairement à la Constitution espagnole du 27 décembre 1978, qui, en son article 9-4, dispose : « La Constitution garantit le principe de la légalité, la hiérarchie des normes, leur publicité, la non rétroactivité des dispositions punitives qui ne favorisent pas ou restreignent des droits individuels, la sécurité juridique et la responsabilité des pouvoirs publics et protège contre toute action arbitraire de ceux-ci »¹⁴, la Constitution française ne dispose d'aucun équivalent explicite, réserve faite de la rétroactivité pénale que l'on verra par la suite. Ainsi l'acceptation des restrictions faites à la rétroactivité (des lois

13. Parmi les trois composantes : accessibilité, clarté et prévisibilité du droit.

14. Il est à noter que la composante temporelle de la sécurité juridique fait l'objet dans la Constitution espagnole d'un fondement distinct de l'objet décrit par la doctrine française comme étant la sécurité juridique.

notamment) ne procède, si ce n'est d'une réécriture, du moins d'un élargissement du champ d'application des fondements existant dans la Constitution. Il y a donc ré-interprétation et modification des significations existantes.

En premier lieu, une source explicite peut être trouvée en l'article 2 du Code civil qui dispose : « La loi ne dispose que pour l'avenir. » Cette source est acceptable à la double condition d'élargissement du champ d'application du Code civil au droit administratif et à l'élévation de cet article à un rang supra-législatif de sorte que le législateur qui peut déroger à la loi par la loi, ne le puisse plus.

Autrement, deux fondements constitutionnels sont le plus souvent avancés¹⁵ en vue de justifier la validité du concept de sécurité juridique. Il s'agit du droit à la sûreté et de la garantie des droits. Alors qu'une partie de la doctrine prend en considération de manière isolée le premier, une autre partie les utilise de manière conjuguée.

Dans le premier cas, la sécurité juridique est considérée comme une partie de la sûreté. Décrite aux articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » ; « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. » L'interprétation traditionnelle de ces articles fonde les grands principes du droit pénal et sont complétés par l'article 66, alinéa premier de la Constitution : « Nul ne peut être détenu arbitrairement ». *Nullum crimen, nulla poena, sine lege* ; non-rétroactivité de la loi pénale et interdiction formelle des détentions arbitraires sont autant de conséquences attachées à ces articles. Le cas des détentions arbitraires est ici intéressant car il est expliqué que : « Trop souvent, on a pensé que, par le mot sûreté, les hommes de la Révolution ne pensaient qu'à la protection des personnes et des biens. C'est une erreur : pour eux, la sûreté s'étendait à la protection des droits. L'article 10 de la déclaration girondine, l'article 8 de la déclaration jacobine le confirment expressément : protéger les droits c'est bien assurer la sécurité juridique »¹⁶. La justification est ici quelque peu délicate. Des énoncés du système juri-

15. Notamment F. LUCHAIRE, *loc. cit.*, note 6 et O. DUTHELLET DE LAMOTHE, voir *infra*, note 21.

16. F. LUCHAIRE, *loc. cit.*, note 6.

dique sont justifiés par d'autres énoncés qui leur sont postérieurs¹⁷ et désormais extérieurs. Les deux articles cités ne figurent pas dans la Déclaration des droits reconnue par le droit positif. Par ailleurs, l'argument soutenu par l'auteur n'est pas de nature juridique puisqu'il se réfère à la pensée des « hommes de la Révolution ». Deux suppositions sont ici à émettre. Soit F. Luchaire est à même de connaître les pensées de ces hommes ou du moins de ceux qui ont participé à l'assemblée ayant adopté la Déclaration, auquel cas son opération relève d'une théorie psychologique du droit et par conséquent n'est pas du droit, soit il procède à une opération de ré-interprétation (ou méta-interprétation) du système juridique en incluant des composantes externes à celui-ci afin de justifier son propos. Il y aurait donc dans cette dernière espèce un nouveau renversement du raisonnement qui pose les conclusions en hypothèses et non en résultats. La méthode n'est alors pas scientifique, les propositions issues du raisonnement insusceptibles de vérification et ne peuvent, par voie de conséquence, être ni valides ni invalides.

En réalité, cette démonstration est une opération d'effacement du terme « détention » afin d'obtenir une interdiction généralisée des décisions arbitraires¹⁸. La réécriture est supposée permettre ici un contrôle accru du juge sur les décisions publiques (administrative ou législative). À l'instar du terme « sanction », qui trouve une signification incluant potentiellement tout grief à l'encontre des particuliers¹⁹ relatifs à leur situation, le droit administratif voit sa procédure et ses garanties juridictionnelles renforcées sur le modèle du droit pénal²⁰. Il y a donc alignement d'un régime juridique d'une branche du droit sur celui d'une autre dont la justification est de combattre les décisions dites « arbitraires ». C'est au nom de cette finalité que le second courant doctrinal incluant dans ses fondements la garantie des droits rejoint le premier.

L'article 16 de la Constitution dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » Le second courant

17. Les déclarations girondines et jacobines datent de 1793.

18. Derrière un rôle apparemment descriptif, se cache donc une fonction prescriptive de l'article.

19. On peut citer la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur Cons d'Ét. 17 février 1995, *Hardouin et Marie, Rec. Lebon*, p. 82 et 85.

20. Une nuance est à apporter sur le terme « sanction ». Voir en ce sens, Cons. const. 21 fév. 2008, décision 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*.

doctrinal prend ici soin de souligner la proximité de la notion de sécurité juridique et de celles de sûreté et de garantie des droits, tout en distinguant la première des secondes, c'est-à-dire en refusant l'identité²¹. Deux remarques sont à formuler.

La sécurité juridique, si elle est proche de la sûreté et de la garantie des droits se différencie de ces dernières par ses utilisations : limitations de la rétroactivité de la loi et sauvegarde de la qualité de la loi. Cette distinction est peu claire dans la mesure où la sûreté prévient également la rétroactivité de la loi pénale. C'est d'ailleurs sur cette spécificité, qui est en réalité un caractère de généralité, que se distinguerait la sécurité juridique. Elle aurait vocation à s'appliquer à toutes les autres lois rétroactives (lois de validation²² par exemple). La sécurité juridique serait ainsi une extension de la sûreté, une intégrale mathématique de la fonction juridique sûreté, qui contrairement à cette dernière, ne sanctionne pas automatiquement le caractère rétroactif de la loi, mais soumet sa validité à un contrôle de proportionnalité entre intérêt général et intérêts particuliers²³. Cette justification permet ainsi d'en démontrer la parenté tout en distinguant le régime juridique. La sécurité juridique est alors cohérente puisque son champ d'application étant distinct, son régime juridique peut être différencié, sans toutefois que cela soit une obligation.

La seconde remarque réside dans la transformation de la signification que revêt la garantie des droits. Dans le texte de la Constitution du 4 octobre 1958, cette garantie est assurée par le Parlement. La Constitution dispose en son article 34 : « La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. » Une première transformation s'est opérée en 1971, par laquelle le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent pour interpréter les droits fondamentaux, privant de cette manière le Parlement de sa

21. Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La sécurité juridique, le point de vue du juge constitutionnel », dans CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006*, Documentation française, [En ligne] : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000245/0000.pdf>> ; voir aussi Bertrand MATHIEU, « Constitution et sécurité juridique », *Rapport Français*, XV^e table ronde internationale, A.I.J.C. 1999.165.

22. Une loi de validation est un acte législatif confirmant de manière rétroactive un acte administratif qui a été annulé par le juge administratif.

23. On peut toutefois arguer de la proportionnalité implicite de la rétroactivité *in mitius* puisqu'elle est favorable aux condamnés et décidée par la représentation populaire.

compétence originelle. Cette assertion est partiellement correcte. En effet, le Conseil constitutionnel énonce d'ailleurs qu'en matière de droits fondamentaux, il « ne porte pas la même appréciation que le Parlement ». On serait donc en présence d'un partage de compétence entre juge constitutionnel et Parlement. Cette compétence est à nouveau complétée, voire partagée entre Parlement et juge judiciaire puisque l'article 66 alinéa 2 de la Constitution dispose : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

Un double constat est en ce cas introduit. D'un point de vue théorique, la concrétisation des droits fondamentaux incombe au final au juge judiciaire, son interprétation authentique étant la norme, et non l'autorité qui a formulé l'énoncé normatif, le partage de compétence se fait donc à son profit, car même s'il est soumis à des conditions, il peut les interpréter et choisir la signification et, *in fine*, la produire. De plus et par exemple, une loi de validation²⁴ censée revenir sur cette interprétation en y adjoignant des conditions qui, selon une approche minimaliste seront différentes, ou qui dans une optique maximaliste seront opposées, se voit elle-même soumise à des conditions énoncées par le juge. Pour illustration, on peut retenir la formulation des motifs d'intérêt général.

Quid alors de la réserve de la loi²⁵, c'est-à-dire de la compétence législative en matière de droits fondamentaux ? La lutte contre le procédé des lois de validation a pour conséquences corrélées le renforcement de la compétence du juge et la soustraction de celle du législateur. Au reste, toutes choses étant égales par ailleurs, l'interdiction des lois de validation n'est pas explicite dans la Constitution française. Hormis, encore une fois, l'hypothèse de la loi pénale qui sanctionne, aucune mention n'est faite concernant les autres lois. Leur restriction est le fruit d'un travail jurisprudentiel issu aussi

24. Voir Cons. const. 19 nov. 1997, décision 97-390 DC, RJC I-717 et le commentaire de Bertrand Mathieu, « La Décision 97-390 DC, un renforcement des exigences constitutionnelles en matière de validations législatives », R.F.D.A., 1998.148-157 ; ainsi que Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 27, p. 407 et s. L'intérêt général, notion vague et indéterminée, est usitée comme standard. Sa détermination est casuistique. Pour exemple, un intérêt financier est un motif insuffisant d'intérêt général.

25. En droit constitutionnel français, l'organe chargé de concrétiser les droits fondamentaux énoncés dans la Constitution est traditionnellement le Parlement. Seul ce dernier est supposé à même de créer des droits.

bien de la Cour européenne des droits de l'homme²⁶, du Conseil constitutionnel que du juge administratif²⁷. Le but avoué de ce travail est la protection de l'autorité de la chose jugée, garantie de l'effectivité de l'office du juge et donc de sa compétence. La justification des restrictions aux lois de validation demeure donc dans la protection d'une compétence. Celle-ci s'effectue par l'entremise du travail juridictionnel soit la compétence elle-même. Il y a donc ici une affirmation de la souveraineté puisque l'habilitation est protégée au nom et par l'habilitation. Il convient toutefois de nuancer ce propos, car un bémol y est apporté, l'intérêt général. Toujours est-il que l'on assiste à un double renversement : du régime de permission du principe des lois de validations, il y a aujourd'hui régime d'exception de celles-ci ; et d'une compétence générale d'attribution du législateur en matière de droits fondamentaux, celle-ci n'est plus que résiduelle. De manière réciproque, le juge d'une compétence ponctuelle accède à la compétence par défaut. Cette compétence est aujourd'hui confortée par un arrêt récent dans lequel une loi de validation prise sans motif d'intérêt général suffisant ou impérieux donne droit, pour le requérant, à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État²⁸ et à indemnisation de son préjudice.

La seconde observation, de moindre importance, est le changement de signification du terme « autorité judiciaire » qui inclut désormais le juge administratif²⁹. La raison de cette modification est fondée sur la transformation structurelle du contentieux administratif. Le juge a été amené par l'acceptation du contrôle de conventionnalité³⁰ à jouer le rôle de premier interprète de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³¹. D'un juge du droit, il a par la suite accédé au statut de juge des droits. Quelques réformes sont venues lui adjoindre des pouvoirs, de manière à lui permettre d'assurer l'effectivité de la protection de ces droits : référés, astreintes, injonctions sont autant d'outils venant renforcer l'arsenal juridique du juge administratif qui, jusqu'alors, lui faisait défaut.

26. C.E.D.H. 28 octobre 1999, *Zielinski et autres*, requêtes jointes n^{os} 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

27. Cons. d'Ét. Ass. 27 mai 2005, *M. Provin*, req. n^o 277975.

28. Cons. d'Ét. Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*.

29. T.C. 12 mai 1997, *TGI de Paris c. Préfet de Police*, comm. J.C.P. 1997.282-289.

30. Cons. d'Ét. 20 octobre 1989, *Nicolo, Rec. Lebon*, p. 190, comm. G.A.J.A. 13^e éd., n^o 102.

31. C.E.D.H. 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, req. n^o 25088.

La sécurité juridique trouverait donc des fondements constitutionnels. Toutefois cette émergence due à certaines évolutions du droit positif s'effectue également au prix de réécritures. Or, une fois les fondements admis, la question du manque de définition demeure irréductible.

B. Un manque de définition irréductible

Le catalogue de mesures décrit précédemment mis à part, la doctrine a peu recherché les contours d'une définition de la notion. Les tentatives sont d'ailleurs rares et non nécessairement satisfaisantes. Une autre définition de la sécurité juridique, généralement acceptée par la doctrine³², la pose comme « la situation où est assurée sans surprise la bonne exécution des obligations et exclue l'incertitude dans la réalisation du droit »³³. Dans une approche cognitive, la question porte alors sur l'emploi des termes choisis. Comment caractériser juridiquement les termes « surprise » ou « bonne exécution » ?

La surprise peut revêtir ici le synonyme d'imprévu. On retrouve donc ici la démarche fonctionnelle puisque le but affiché est la lutte contre les éléments imprévisibles du droit. Mais alors n'y a-t-il pas redondance dans la définition entre imprévisibilité et incertitude ? N'est-il pas permis de penser que la condition « imprévisible » est nécessairement et suffisamment « incertaine ». La réciproque ne l'est-elle pas également ? Autrement dit, n'y a-t-il pas identité des deux termes ?

Par ailleurs, l'expression « bonne exécution » comporte un jugement de valeur. En effet, il est scientifiquement impossible de déterminer une bonne ou une mauvaise exécution. La description est ici subjective. Soient deux individus A et B liés par des obligations juridiques. Il se peut très bien que A soit satisfait d'une situation et considère qu'il y a bonne exécution du droit, alors que B est, pour sa part, insatisfait et s'estime lésé dans l'exécution du droit. Il n'existe alors que deux moyens de vérifier le caractère de bonne exécution du droit. Soit on leur demande à tous deux leur opinion sur la situation, et sous réserve qu'aucun des deux ne mente, on obtiendra deux réponses contraires et donc un résultat qui ne permet pas de tirer une conclusion scientifique, soit on confie la résolution de la

32. Pour exemple A.L. VALEMBOSIS, *op. cit.*, note 7, p. 16.

33. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1997.

mésentente à une tierce personne, disons un juge (qui pour les besoins de la cause sera ici un juge administratif français) et dont la fonction est de résoudre leur litige. La « bonne exécution » sera alors assimilée à sa décision, puisque, interprète authentique, il dira quelle est la norme applicable. Ceci dit, le juge peut donner tort ou raison à l'une des parties, mais non nécessairement sur les fondements invoqués. Il peut se saisir d'office d'une question d'ordre public et donner un résultat qui n'était pas pronostiqué au départ. De plus, il y a concurrence des méthodes d'interprétation (littérale, historique, systémique, téléologique) et comme il n'y a pas de priorité entre elles, les solutions peuvent être multiples. Peut-on, dans ces conditions, parler de bonne exécution du droit ? Ou plus exactement, peut-on parler, en pareil cas, d'exécution prévisible du droit ?

Les définitions proposées ne permettent donc pas jusqu'ici de décrire l'objet qu'elles se proposent d'étudier. Il nous faut donc avoir recours à une définition grammaticale. La sécurité juridique renvoie à la notion de sécurité appliquée au droit. La sécurité est « la situation ou les conditions qui écartent les dangers ou qui créent la confiance »³⁴. La sécurité juridique serait donc la situation juridique ou les conditions mises en place par le système juridique qui écartent les dangers ou qui créent la confiance. La préoccupation est alors la part irréductible d'idéologie que contient la définition. Il est évoqué les « dangers » ou encore la « confiance ». Il convient d'identifier ces deux dénominations en essayant de les confondre avec les réalités auxquelles elles renvoient : celles du sentiment, du subjectif et des impressions.

« Danger » peut endosser deux acceptions. Un sens faible et général, *ibid.* est les risques liés aux sociétés organisées ou même à l'Homme ; et un sens fort et restreint qui concerne les périls factuels résultant des prescriptions émises par le système juridique. Dans les deux cas, il s'agit d'un projet politique. Selon la première signification, la mission d'un ordre juridique ou plutôt de celui qui en a le monopole d'édiction, l'État, est de bannir toutes les menaces qui pèsent sur la société et les êtres qu'il régit et, éventuellement, dans le cas de la survenance de celles-ci, de jouer le rôle d'assureur final. Au sens fort, l'accent est mis sur les risques liés à des difficultés engendrées par le système juridique. Celui-ci serait notamment source de désordres. Mais de quelle nature sont les désordres évoqués ?

34. *Dictionnaire Littré*, éd. 2007.

Désordres sociaux ? L'analyse ne serait alors pas juridique mais sociologique. Désordre dans la norme ? D'un point de vue formel, la seule éventualité d'un désordre dans la norme ou dans le système juridique résiderait dans la possibilité qu'une norme soit prescrite selon des conditions autres que celles qui relèvent de sa validité. Elle ne serait alors pas une norme. De manière analogue, si une norme est une norme et qu'elle remplit donc les conditions de sa validité, la question de savoir si elle est correctement rangée est étrangère à une préoccupation juridique, car par définition, si elle est une norme, alors elle est acceptée par le système juridique. Au surplus, on pourrait ajouter que cette fonction est occupée par le contrôle de légalité et de conformité des normes de rang inférieures à celles de rang supérieur. Or, on le verra par la suite, le discours sur la sécurité juridique a pour incidence une modification substantielle des modalités de ce contrôle, au point de remettre en question son exercice traditionnel.

De même, le terme « confiance » est problématique en ce qu'il décrit une réalité non juridique. La confiance décrite est celle des citoyens, titulaires de droit, dans leur système politique et juridique. Or, s'ils sont maîtres du premier volet par l'entremise du vote, ils sont en revanche soumis au second volet. Nul ne saurait se soustraire au système juridique car ce dernier prévoit non pas seulement la sanction, mais aussi la possibilité de la sanction, et ce, indépendamment de la réalisation matérielle et effective de la sanction. L'obligation de respect du système juridique par chacun n'est donc pas conditionnée par la confiance que l'on y place de manière individuelle ou collective. De nouveau, la question n'est pas juridique mais politique.

L'explication de cette impossibilité de distinguer de manière claire et non équivoque un concept juridiquement pur de la sécurité juridique se niche dans sa nature profonde. Si on considère que le droit n'est qu'un moyen et non une fin, alors la sécurité juridique est étrangère au droit. Elle constitue une finalité du droit, ce vers quoi un système juridique apparaîtrait *souhaitable* et *désirable*. Les discours portant sur la sécurité juridique relèvent du *sollen sein* et non du *sein*. La confusion entretenue par la doctrine est destinée à produire des changements dans le droit positif. Discours méta-juridique ou plus exactement politique, les justifications avancées sur sa nature pour ancrer le concept dans le droit positif témoignent de cet état. Principe « polysémique » et « matriciel », à même de produire

d'autres principes constitutionnels³⁵, pour B. Mathieu³⁶, il est à la fois dans et hors du système juridique. Construction conceptuelle agrégée à partir de principes constitutionnels épars, la sécurité juridique ne peut se situer juridiquement au-dessus de la norme fondamentale. Elle est ainsi hors du droit. En revanche, utilisée par le juge, la sécurité juridique est un instrument de transformation de son office.

II. UN INSTRUMENT DE TRANSFORMATION DE L'OFFICE DU JUGE

Par le truchement de la lutte contre l'imprévisibilité des normes, le juge opère une transition. D'administrateur formel négatif, il devient un administrateur formel positif (A). Ce passage est corrélé à celui d'une administration matérielle (B).

A. Une transition vers un administrateur formellement positif

La démonstration se déroulera dans cette partie en deux temps. Il s'agira en premier lieu d'approcher une modélisation théorique du contrôle objectif en conformité, puis de voir en quoi il s'applique au juge administratif français.

Hans Kelsen, dans un célèbre article³⁷ décrit d'un point de vue théorique le mécanisme de contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle Autrichienne. Il se penche notamment sur le contrôle *a posteriori*.

Lorsque le juge annule un acte qu'il déclare non conforme à la Constitution, alors, par définition, il répute celui-ci comme n'ayant jamais pu exister et n'ayant jamais pu produire d'effets de droit. Ce faisant, il exprime dans les faits qu'un acte qui jusqu'alors était considéré comme du droit et avait produit des effets, n'est en réalité pas du droit et n'a jamais pu être du droit. Le juge constitutionnel vient détruire un acte législatif, reconnu jusqu'à sa décision comme valide. Comme, par parallélisme des formes et des procédures, seul un législateur peut modifier une loi existante, l'habilitation confiée

35. Une interrogation se pose alors : comment un principe de rang constitutionnel peut-il produire des principes dérivés (et donc inférieurs puisque simples conséquences induites) de même valeur ?

36. *Loc. cit.*, note 21, 165.

37. « La garantie juridictionnelle de la Constitution », R.D.P. 1929.197 et s.

au juge constitutionnel de contrôle de la validité des lois a pour incidence de le placer dans une situation de législateur. Toutefois, comme il ne peut qu'annihiler l'acte à sa création, son rôle de législateur est négatif.

Le deuxième cas décrit dans cet article est l'anéantissement de l'acte à la date du jugement. En pareille espèce, le juge fait fi de la rétroactivité intrinsèque à l'annulation et énonce que ce qui a été du droit a été valide mais ne le sera plus. La destruction est temporellement partielle, les effets déjà produits par l'acte sont confirmés, mais ce même acte ne sera plus apte à en produire d'autres dans le futur. Ici, le juge devient un législateur positif par opposition au cas précédent, en ce qu'il abroge l'acte litigieux, valide les effets passés et empêche, neutralise ceux futurs.

Ce raisonnement est ici transposable au juge administratif car comme dans l'hypothèse décrite par Kelsen, son contrôle de légalité est effectué *a posteriori*. L'analogie impose malgré tout une réserve : le juge administratif ne peut annuler des actes de valeur au plus réglementaire, des actes issus de l'exécutif, le terme « administrateur » se substituera donc à celui de « législateur ». La rétroactivité de la jurisprudence dans le cadre d'un contrôle de légalité est, comme le souligne R. Odent une « fiction nécessaire »³⁸. Elle est une fiction car les actes annulés ont produit des effets, mais une fois le jugement rendu, il est fait comme si ces actes n'en avaient jamais produit. Ainsi, en matière de fonction publique, une sanction administrative, prise à l'encontre d'un fonctionnaire, et qui se voit annulée pose l'obligation pour l'administration de procéder à une reconstitution de carrière et de reverser à celui-là les traitements qu'ils auraient perçus en y incluant fictivement des promotions auxquelles ils auraient eu droit et qu'il n'a pas dans les faits obtenues³⁹. La rétroactivité est toutefois nécessaire dans le cadre d'un contrôle de légalité dans la mesure où l'arrêt se rattache à l'acte pris auparavant. Si ce dernier est illégal, il l'est soit dès sa formation soit à partir du moment où des circonstances de droit⁴⁰ ou de faits l'ont rendu caduc. Dans les deux cas, sans la rétroactivité de la décision, aucune sanction de l'administration ne pourrait être prononcée. Le juge déclarerait l'acte administratif illégal, à compter de sa décision, il abrogerait alors simplement l'acte, mais les effets passés

38. Concl. sous Cons. d'Ét. 27 mai 1949, *Véron Réville*.

39. Cons. d'Ét., 26 décembre 1925, *Rodière*.

40. Cons. d'Ét. Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia, rec.*, p. 44, comm au G.A.J.A. n° 101.

seraient maintenus et l'administration fautive resterait impunie. D'autre part, il y aurait incohérence dans le système juridique qui tolérerait une norme fautive, donc une non-norme. La question qui se pose alors est de comprendre la modulation dans le temps des effets d'une décision. Par un arrêt de 2004⁴¹, le Conseil d'État se reconnaît la possibilité de n'annuler une décision administrative que pour l'avenir. En d'autres termes, le juge se reconnaît la compétence pour abroger une décision administrative et donc ne plus simplement l'annuler. Il se substitue donc d'un point de vue formel à l'administrateur, puisqu'en théorie seul l'administration peut abroger les actes qu'elle édicte.

Cette solution a été justifiée par des circonstances factuelles et sociologiques⁴². En l'espèce, il s'agissait d'un acte réglementaire fixant les conditions de bénéfice de l'assurance chômage. Si le juge avait annulé la décision, alors nombre de chômeurs auraient dû rembourser les allocations qu'ils avaient déjà perçues. Il a donc décidé de maintenir l'acte pour les effets déjà produits, mais de le détruire à partir de la date du jugement. L'interrogation porte ici non pas sur la qualité de la décision, mais sur la méthode employée. Pourquoi créer une technique nouvelle alors qu'une technique existante aurait permis de parvenir au résultat ? Le juge aurait très bien pu avoir recours à la notion d'annulation conditionnelle⁴³, par laquelle il laisse un délai d'action à l'administration pour corriger l'acte. Il ne se serait ainsi pas formellement substitué à l'administrateur.

B. Vers une administration matérielle corrélée ?

Le juge se dote ainsi d'un nouvel outil dont il va peu à peu étendre l'application aux revirements de jurisprudence. Si, dans un premier temps, le juge administratif refuse d'abroger sa propre jurisprudence⁴⁴, il a récemment fini par l'accepter⁴⁵, assumant

41. Cons. d'Ét. Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, rec. 197.

42. Bertrand SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », dans B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, 2006, p. 23.

43. Cons. d'Ét. 25 juin 2001, *Association Toulouse Football Club*, req. n° 234363. Par cette technique, le juge sursoit à statuer et donne un délai à l'administration pour régulariser la situation juridique. À l'expiration du délai, si l'administration a régularisé, alors l'acte est maintenu, sinon il est annulé. Le juge permet donc, d'une part, le maintien de l'acte dans l'ordre juridique et, d'autre part, à l'administration de purger l'acte de ses vices.

44. Cons. d'Ét. 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, req. n° 278220.

45. Cons. d'Ét. Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. n° 291545.

ainsi pleinement son rôle d'administrateur positif. Assurément, si le juge acceptait la rétroactivité comme axiome de son contrôle, c'est parce qu'il considérerait qu'il présentait le droit tel qu'il devait avoir toujours été. Il se refusait donc, pour des motifs idéologiques et politiques tout pouvoir de création de norme. Le cas des revirements de jurisprudence est en ce sens révélateur du changement de fonctionnement du Conseil d'État⁴⁶. La méthode traditionnelle consistait dans la technique de censure virtuelle. Le juge faisait évoluer la norme en posant des critères nouveaux et différents, tout en refusant de l'appliquer au cas d'espèce pour des raisons de faits. À présent, il peut procéder à des revirements *pro futuro*, à savoir affirmer que le plaideur a certes raison sur le fond et consacre la solution qu'il a proposée, tout en refusant de lui en faire application. Les deux procédés sont équivalents en termes de résultat : le plaideur est débouté ; mais la méthode de justification est très contrastée. Dans le premier cas, le plaideur est débouté parce que le droit n'est pas pour lui dans son contentieux, alors que dans le second le plaideur est débouté pour des raisons de sécurité juridique à raison des contentieux qui lui sont externes, pour des motifs de bonne administration de la justice. La question qui demeure dans cette nouvelle hypothèse est la suivante : l'administré qui porte son litige au contentieux désire-t-il la résolution de son cas ou bien une refonte partielle du système juridique ? Aux fins de clarification, le juge, par cette méthode, ne s'éloigne-t-il pas de sa fonction primaire de juger, au profit d'une autre : administrer ?

La difficulté ne réside pas ici dans l'obligation de droit transitoire posée par le Conseil en se fondant sur la sécurité juridique. En tant que juge de la légalité, l'ajout d'une condition de validité de l'acte administratif est de sa compétence. L'embarras porte plutôt sur les modifications importantes que le juge apporte de lui-même à l'ordre juridique.

Il sera pris exemple sur une procédure en référé récente⁴⁷. Dans cette espèce, une mairie refuse la location d'une salle à l'Église de Scientologie pour une fête religieuse. Un référé-liberté est alors demandé par cette dernière afin de suspendre la décision de la collectivité locale. Par une ordonnance, le mouvement obtient gain de cause et le Conseil d'État ordonne la délivrance d'une salle, mettant

46. David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », A.J.D.A. 2007.1626, notamment une éclairante analyse sur « la nouvelle approche des effets du jugement ».

47. Cons. d'Ét. ord. 15 mars 2007, *Ville de Lyon*, req. n° 304053.

fin au litige. La question de droit ne porte pas réellement sur l'atteinte à la liberté religieuse, mais plutôt sur la manière dont a été résolu le cas. Le référé est une mesure temporaire, dont les effets sont la suspension de la décision administrative dans l'attente d'une décision du juge de la légalité. L'article 521-2 du Code de justice administrative dispose : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. » Dans cette espèce, le juge ne prescrit pas de mesures temporaires, mais ordonne une mesure définitive. Le juge du provisoire se substitue au juge du droit. On pourrait justifier la décision par l'approche pragmatique et utilitariste, puisqu'il y avait une atteinte à la liberté d'exercice du culte, aisément identifiable et donc un doute grave sur la légalité de la décision administrative, voire une certitude quant à l'illégalité de cette dernière. De plus, les exigences de délai raisonnable des procédures et l'inflation du contentieux suffiraient à justifier pareille décision. Mais alors il convient de remarquer le fait suivant : le juge, qui dans une ordonnance précédente, avait reconnu le caractère fondamental de la libre administration des collectivités locales⁴⁸, et qui se substitue à l'une d'elles, se posant ainsi en autorité de tutelle dans une France décentralisée, ne modifie-t-il pas la structure du système ? Faut-il comprendre par cette décision que la libre administration des collectivités n'a plus de caractère fondamental malgré son caractère constitutionnel⁴⁹ ?

La sécurité juridique n'est certes pas la cause de la mutation de l'office du juge mais, si ce n'est un symptôme, un phénomène concomitant sur lequel il s'appuie afin de modifier son fonctionnement.

48. Cons. d'Ét. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, req. n° 229247.

49. Art. 72 de la Constitution.