

# UNIVERSITE DE LIMOGES

Ecole doctorale Sciences de l'homme et de la société – 375

## FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

*Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques*

### THESE

pour l'obtention du grade de  
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES

### *DROIT PUBLIC*

*présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2006,  
par*

**Cédric GROULIER**

## *Norme permissive et droit public*

### *Membres du jury*

**Mme Hélène PAULIAT**, professeur à l'Université de Limoges, doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges,  
et **M. Jean GOURDOU**, professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour,  
directeurs de recherche

**Mme Aude ROUYERE**, professeur à l'Université Montesquieu, Bordeaux IV, rapporteur  
**M. Patrice CHRETIEN**, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, rapporteur  
**M. Jacques CHEVALLIER**, professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

*A ma grand-mère,*

*à Eline,*

*à Vanessa*

# REMERCIEMENTS

J'adresse mes très sincères remerciements à mes directeurs de recherche. A Mme le professeur Hélène Pauliat, pour ses conseils, sa disponibilité et sa présence. A M. le professeur Jean Gourdou, pour son sens de la remise en question, parfois perturbant, toujours constructif. Aux deux, en tout cas, pour leur compétence et la confiance qu'ils m'ont témoignée.

Et comme une thèse ressemble à un voyage, et que celle-ci s'est beaucoup écrite sur les rails, je remercie également les aiguilleurs bienveillants, les compagnons de voyage dont les lectures, les mots ou même les silences ont pu m'inspirer, les passagers croisés fortuitement, la tête dans les étoiles, les hôtes généreux, et tous ceux qui, patiemment, m'ont attendu sur le quai.

## ABREVIATIONS ET SIGLES

ADEF : Association des études foncières  
ADP : Archives de philosophie du droit  
AJDA : Actualité juridique – Droit administratif  
AJPI : Actualité juridique propriété immobilière  
Art. : article  
BJDU : Bulletin juridique de droit de l’urbanisme  
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation  
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation  
CA : cour d’appel  
CAA : cour administrative d’appel  
Cah. jur. coll. terr. : Cahiers juridiques des collectivités territoriales  
Cass civ. : Chambre civile de la Cour de cassation  
Cass. civ. 1 : Première chambre civile de la Cour de cassation  
Cass. civ. 3 : Troisième chambre civile de la Cour de cassation  
Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation  
Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation  
Cass. : Cour de cassation  
CC : Conseil constitutionnel  
CCC : Cahiers du Conseil constitutionnel  
CE Ass. : Assemblée du contentieux du Conseil d’Etat  
CE Sect. : Section du contentieux du Conseil d’Etat  
CE : Conseil d’Etat  
CEDH : Cour européenne des droits de l’homme  
CGCT : Code général des collectivités territoriales  
Chron. : chronique  
CJA : Code de justice administrative  
CJCE : Cour de justice des communautés européennes  
CJEG : Cahiers juridiques de l’électricité et du gaz  
CNDP : Commission nationale du débat public  
Coll. : collection  
Concl. : conclusions  
Cons. : considérant

CT : Collectivités territoriales  
 CT-I : Collectivités territoriales – Intercommunalité  
 CURAPP : Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie  
 D : Dalloz  
 DC : décision constitutionnelle  
 Déb. : débats  
 Dr. fiscal : Droit fiscal  
 Dr. soc. : Droit social  
 Éd. : édition  
 EDCE : Etudes et documents du Conseil d’Etat  
 FUSL : Facultés universitaires Saint-Louis  
 GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative  
 Gaz. Pal. : Gazette du Palais  
 GDCC : Grandes décisions du Conseil constitutionnel  
 Ibid. : ibidem  
 JCP : La Semaine juridique édition générale  
 JCP-A : La Semaine juridique édition administration et collectivités territoriales  
 JCP-N : La Semaine juridique édition notariale  
 JOAN : Journal officiel – Assemblée nationale  
 JOCE : Journal officiel des communautés européennes  
 JORF : Journal officiel de la République française  
 Lamy CT : Revue Lamy Collectivités territoriales  
 LGDJ : Librairie générale du droit et de la jurisprudence  
 LPA : Les Petites affiches  
 Obs. : observations  
 Op. cit. : opus citum  
 Préc. : précité  
 PU : Presses universitaires  
 PUAM : Presses universitaires Aix-Marseille  
 PUF : Presses universitaires de France  
 PUG : Presss universitaires de Grenoble  
 PULIM : Presses universitaires de Limoges  
 Quot. jur. : Quotidien juridique  
 RA : Revue administrative  
 RAE : Revue des affaires européennes  
 Rapp. : rapport  
 RDI : Revue de droit immobilier  
 RDP : Revue du droit public et de la science politique  
 RDUE : Revue du droit de l’Union européenne  
 Rec. CC : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel  
 Rec. CEDH : Recueil des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme  
 Rec. CJCE : Recueil des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes  
 Rec. t. : tables du Recueil des arrêts du Conseil d’Etat  
 Rec. : Recueil des arrêts du Conseil d’Etat  
 Rev. sc. crim. : Revue de science criminelle  
 RFAP : Revue française d’administration publique  
 RFDA : Revue française de droit administratif  
 RFDC : Revue française de droit constitutionnel  
 RGA : Revue générale d’administration et de droit administratif  
 RGCT : Revue générale des collectivités territoriales

RIDComp. : Revue internationale de droit comparé  
RJC : Recueil de jurisprudence constitutionnelle  
RJE : Revue juridique de l'environnement  
RJOI : Revue juridique de l'Océan indien  
RMCUE : Revue du marché commun et de l'Union européenne  
RRJ : Revue de la recherche juridique  
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil  
RTDC : Revue trimestrielle de droit communautaire  
RTDCom : Revue trimestrielle de droit commercial  
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen  
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme  
S : Sirey  
T. : tome  
TA : tribunal administratif  
TC : Tribunal des conflits  
TGI : tribunal de grande instance  
TPI : Tribunal de première instance  
TUE : Traité sur l'Union européenne  
UE : Union européenne  
Vol. : volume

# SOMMAIRE

## **PREMIERE PARTIE – L’IDENTIFICATION DE LA NORME PERMISSIVE DANS LE DROIT PUBLIC**

### TITRE PREMIER – LA CARACTERISATION DU PHENOMENE

Chapitre 1 – La recherche d’une définition générique

Chapitre 2 – Une catégorie polymorphe

### TITRE SECOND – L’AUTONOMIE DE LA NOTION

Chapitre 1 – Un possible affranchissement de la notion d’obligation

Chapitre 2 – La résistance à une approche classique de la normativité

## **SECONDE PARTIE – LES IMPLICATIONS DE LA NORME PERMISSIVE SUR LE DROIT PUBLIC**

### TITRE PREMIER – IMPLICATIONS QUANT AU RAPPORT AU DROIT

Chapitre 1 – Un facteur incertain d’érosion de la contrainte normative

Chapitre 2 – La source d’une « compétence permissive » de l’administration

### TITRE SECOND – IMPLICATIONS QUANT A L’ADAPTABILITE DU DROIT

Chapitre 1 – L’accompagnement permissif de l’émancipation locale : adaptation et autonomie

Chapitre 2 – Les risques dus à la flexibilité du droit permissif



*« Il y a deux manières de concevoir le droit. La plus répandue consiste à y voir seulement un ensemble de règles contraignantes, assemblage plus ou moins cohérent d'ordres, d'interdictions, de permissions, de tolérances, si bien qu'indépendamment du plaisir que certains trouvent dans la transgression, la tranquillité, sinon le bonheur, n'existe sur Terre que lorsqu'il ne se manifeste pas. Vision empreinte d'une crainte de son austérité.*

*Une grande équivoque est à la base de cette mentalité. Et comme une illusion consistant à penser que le droit régissant un groupe social a besoin de se manifester en termes de contraintes. Sans doute – et c'est un des fléaux de notre temps – la multiplication de prescriptions en tous domaines favorise cette impression et une réaction de rejet. Mais on oublie que, bien compris, le droit ne se réduit aucunement à un amas de règles, de gênes et de barrières. Par-delà ces exigences, il existe, dans le monde civilisé, un principe supérieur suivant lequel « tout ce qui n'est pas défendu est permis ». C'est lui qui domine tout et non cette « norme fondamentale », issue d'on ne sait où et dont tout découlerait, étage par étage, par effet de cascade. »*

François Terré, *Le droit*, Dominos, Flammarion, 1999, p. 15-16

# INTRODUCTION

1. Oxymore. Cette figure de rhétorique, qui consiste à rapprocher deux mots désignant des réalités contradictoires ou fortement contrastées<sup>1</sup>, semble parfaitement illustrée par la notion de norme permissive. Comme l'« obscure clarté » de Corneille<sup>2</sup>, les « nains géants » de Victor Hugo<sup>3</sup>, le « noir lumière » des polyptyques de Pierre Soulages<sup>4</sup>, la formule crée un paradoxe, une image surprenante, qui donne à la pensée un tour saisissant. Seulement, la notion de norme permissive ne vise ni à créer une nouvelle réalité poétique<sup>5</sup>, ni à frapper les esprits<sup>6</sup> ; elle n'est pas employée à des fins rhétoriques mais vise simplement à rendre compte d'un objet du droit, d'une manifestation de la normativité juridique<sup>7</sup>.

La contradiction *in adjecto*<sup>8</sup> proviendrait de la prétendue impossibilité qu'une norme juridique, exprimant par principe la contrainte, puisse être permissive, c'est-à-dire ne pas adresser un ordre, positif ou négatif, à son destinataire, mais lui laisser, au contraire, une certaine liberté. Pour la majorité des juristes, la norme, c'est l'impératif. Le droit n'est-il pas la sublimation de la violence, une force institutionnalisée<sup>9</sup> ? L'Etat, réduit au droit<sup>10</sup>, se voit

---

<sup>1</sup> Ou *oxymoron*, du grec *ὀξύμωρος* : *oxumôron* (de *ὀξύς* : *oxus* « aigu, pénétrant » et *μωρός* : *môros*, « émoussé, sot »). Egalement dénommée *alliance de mots* (*Trésor de la Langue française informatisé*, ATILF (INALF-CNRS et LANDISCO-Nancy II), <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>)

<sup>2</sup> V. *Le Cid*, Acte IV, scène 1, Don Rodrigue : « cette obscure clarté qui tombe des étoiles ».

<sup>3</sup> V. le poème « Je sais bien qu'il est d'usage », in *Les contemplations*, Livre II, *L'âme en fleur*, 1856.

<sup>4</sup> V. not. Annie Mollard-Desfour, *Le Noir. Dictionnaire des mots et expressions de couleur XX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, préface de Pierre Soulages, CNRS éd., 2005 ; Jean-Louis Andral, « Pierre Soulages : black light », *Atelier international*, n° 829, Tokyo, août 1996 ; Michel Faucher (entretien avec), « Le noir c'est la lumière », *Artistes*, n° 53, février 1995.

<sup>5</sup> Tel cet oxymore de Charles Baudelaire, dans « Le désir de peindre », in *Le spleen de Paris* (repris sous le titre *Petits poèmes en prose*, 1864) : « [...] Je la comparerais à un soleil noir, si l'on pouvait concevoir un astre noir versant la lumière et le bonheur, mais elle fait plus volontiers penser à la lune qui sans doute l'a marquée de sa redoutable influence [...] ».

<sup>6</sup> Par exemple, l'expression « carcan libéral », employée à propos de la construction européenne : v. Bernard Cassen, « Naissance de l'Europe SA », *Le monde diplomatique*, juin 2000, p. 14 ; Jean-Michel Djian, « La diplomatie culturelle de la France à vau-l'eau », *Le monde diplomatique*, juin 2004, p. 28 ; Lionel Jospin, intervention du 28 avril 2005 sur France 2, lors de l'émission *Question directe* : « Ce terme de carcan libéral n'a aucun sens. L'Europe n'est pas libérale parce qu'elle offre un cadre ».

<sup>7</sup> Certains oxymores sont cependant plus discrets : ils correspondent simplement à la création d'une catégorie verbale décrivant une réalité qui ne possède pas de nom spécifique. Entrés dans le langage courant, ils sont peu remarquables en tant que tels. Ainsi les noms composés tels que *clair-obscur* (de l'italien *chiaro oscuro*) ou *aigre-doux*, *doux-amer*, sont nés de l'application de ce procédé.

<sup>8</sup> V. Zygmunt Ziemiński, « Norms of competence as norms of conduct », in *Archivum Juridicum cracoviense*, 1970, III, p. 23-31. V. Francesca Poggi, *Norme permissive*, Giappichelli, Turin, 2004, p. 16.

<sup>9</sup> Les notions de notions de force publique, puissance publique ou encore exécution forcée sont éloquentes.

<sup>10</sup> V. not. Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant, 1997, p. 235-244.

reconnaître le monopole de la contrainte légitime et la souveraineté constitue son pouvoir de commander sans être susceptible d'être lui-même commandé. La notion d'ordre juridique est d'ailleurs marquée par une ambiguïté sémantique : elle se rapporte autant à l'ordre comme ordonnancement de normes juridiques, qu'à l'ordre comme commandement. Le registre de la contrainte irrigue même le domaine de la compréhension des normes juridiques : pour le juriste, l'indicatif grammatical vaut par principe impératif<sup>11</sup>. « Toute règle est contrainte, elle gêne, irrite ou lèse » ; par ces mots, le Professeur Ardant exprime donc bien le climat de contrainte qui caractérise le droit<sup>12</sup>. Or, la norme permissive, la norme qui permet, est étymologiquement celle qui donne licence, qui laisse libre<sup>13</sup>. Le contraste est net. Prétendre à l'existence de normes permissives revient à considérer à la fois que ce qui impose et exprime la contrainte légitime puisse ne rien imposer, ne pas contraindre. Il convient toutefois de mieux circonscrire les deux termes de la notion.

2. La définition de la norme constitue sans nul doute le nœud gordien de la philosophie du droit<sup>14</sup>. D'ailleurs, envisager une seule définition semble illusoire tant les positions doctrinales sur la question sont diverses. Chaque définition ne semble valoir que toute chose égale par ailleurs, dans le cadre d'une construction intellectuelle donnée, mais peut parfaitement entrer en contradiction avec une autre définition – tel est sans doute l'intérêt des constructions théoriques sur le droit, même si le pluralisme en la matière peut représenter un certain obstacle à la connaissance.

Examiner l'ensemble de ces définitions excéderait sans doute le cadre du présent propos, tant la question est riche et le flot des réponses abondant. La réflexion sur les normes permissives appelle tout au plus une approche élémentaire de la notion de norme, qui peut être construite sur un certain nombre de points de convergences de la doctrine en la matière.

3. Un premier cadrage de la notion de norme juridique suppose de distinguer deux acceptions essentielles du terme *norme*. Ce dernier peut d'abord se rapporter à *ce qui est* (*Sein*), à la description d'une réalité, qu'elle soit biologique, physique, économique ou encore sociale. La norme est alors ce qui apparaît comme régulier, constant, qui témoigne d'une habitude ou d'une uniformité. Une part importante de la sociologie repose ainsi sur

---

<sup>11</sup> Michel Villey, « De l'indicatif dans le droit », *APD* t. 19, 1974, Sirey, p. 33-61.

<sup>12</sup> Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 17<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 67.

<sup>13</sup> L'ancien verbe *loisir*, dont est dérivé *licence*, provient du latin *licere*, et signifie *être permis* ; v. « loisir » in Emile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 3, éd. Encyclopaedia Britannica Inc., Chicago, 1991.

<sup>14</sup> V. Francesca Poggi, *Norme permissive*, *op. cit.*, p. 6.

l'identification de ces normes, qui participent à la description et à la compréhension de la société. Sont ainsi qualifiées d'anormales, les conduites déviantes de certains acteurs sociaux. Les économistes ont également pour tâche de décrire les mécanismes micro et macro-économiques, monétaires, etc. La détermination de « lois du marché »<sup>15</sup> vise à rendre compte de paramètres d'évolution utiles à l'explication des réactions des marchés et à leur anticipation par les acteurs économiques. La mise en évidence des « cycles de Kondratieff »<sup>16</sup> participe également de l'identification de normes gouvernant la vie économique mondiale. Les sciences dites dures, également investies dans l'analyse de ce qui est, en l'occurrence les « lois du vivant » ou les « lois de la nature »<sup>17</sup>, sont elles aussi amenées à découvrir<sup>18</sup> des normes, qui constituent autant une fin qu'une ressource de la recherche expérimentale. L'une des plus citées est celle déterminant qu'à 100°C, l'eau bout. De la même manière qu'en sciences sociales, l'anomalie caractérise ce qui n'est pas dans la norme, qui s'écarte de la régularité qu'elle constate en exprimant *ce qui est*.

4. Les normes juridiques, au contraire, ont pour objet d'exprimer *ce qui doit être (Sollen)* ; elles ne sont pas descriptives mais prescriptives. Elles constituent des normes éthiques, comme les normes morales ou religieuses. Elles ne décrivent pas la réalité, ne mettent pas au jour une constance, une régularité, mais imposent à la réalité d'atteindre un certain état de choses. Ainsi, ce qui n'est pas conforme à la norme n'apparaît plus comme une exception, une anomalie, mais comme une transgression ou une violation de cette norme. Droit administratif et science administrative pourraient ainsi être distingués par leur conception de la norme : le premier l'appréhende essentiellement comme un *devoir-être* obligatoire, la seconde davantage comme un *être*. L'obligation faite aux administrés d'accomplir une action *a* constitue l'objet de la norme – prescriptive – du droit administratif, tandis que la mise en évidence de la bonne exécution de cette obligation se rapporte à une norme – descriptive – de la science administrative. Le non-accomplissement de l'obligation imposée sera appréhendé par le droit administratif comme une violation, tandis qu'il sera perçu comme une exception à une

---

<sup>15</sup> Cette expression rend également compte de l'usage particulier du mot *loi* dans le domaine des sciences, usage sans lien avec l'acception juridique du terme, qui fait de la loi l'acte voté par le Parlement (approche organique) dans les matières de l'article 34 de la Constitution (approche matérielle). Néanmoins, la catégorie juridique se trouve aujourd'hui perturbée par l'apparition d'acte normatifs dénommé *lois* (du pays) n'en présentant pas nécessairement les caractères traditionnels : organiquement, ces lois ne sont plus les actes du Parlement, mais ceux d'assemblées locales. Plus grave encore, certaines de ces « lois » s'avèrent dotées d'une simple valeur d'acte administratif.

<sup>16</sup> V. not. Eric Bosserelle, *Le cycle Kondratieff : théories et controverses*, Masson, 1994.

<sup>17</sup> Ces expressions courantes constituent d'autres usages non-juridiques du mot *loi*.

<sup>18</sup> Telle est sans doute l'une des différences essentielles entre la loi au sens juridique, qui s'édicte, se vote, s'adopte, et la loi des scientifiques, qui se découvre, se met en évidence. La première est un acte de volonté, la seconde un acte de connaissance.

normalité éventuellement constatée – si la norme rencontre peu de résistances –, dans le cadre de la science administrative. L'exécution d'une norme juridique peut donc parfaitement être l'objet d'une norme analytique, telles les normes des sciences sociales.

Partant, la norme juridique, comme toute norme éthique, n'est pas susceptible d'être juste ou fautive ; elle ne présente aucune valeur de vérité<sup>19</sup>. En indiquant comment les choses doivent être, elle ne peut commettre d'erreur sur l'état des choses telles qu'elles sont, qui n'est pas son objet. Certes, la norme juridique peut prescrire un *devoir-être* moralement condamnable – comme les lois nazies –, mais elle n'en demeurera pas moins ni vraie ni fautive<sup>20</sup>. Cela explique pourquoi le droit n'a pas besoin de recourir, en principe, à la méthode expérimentale : ses normes expriment un *devoir-être* qui n'a pas à être vérifié empiriquement<sup>21</sup>.

5. Pour autant, ces deux acceptions de la norme ont en commun la capacité référentielle : la réalité pourra être appréciée, évaluée, à l'aune de leur contenu. C'est ainsi que se détermine ce qui est ou non conforme à la *régularité identifiée* par la norme analytique, ce qui est *normal*, et ce qui est ou non conforme à la *régularité imposée* par la norme éthique, en l'occurrence juridique, et qui ne saurait être qualifié de normal – l'adjectif *valable* pourrait être retenu, même si le langage courant lui préfère *régulier* ou *conforme*, termes ambigus susceptibles de se rapporter à l'une ou l'autre des acceptions de la notion de norme. La *normativité* de la norme juridique se distingue donc de la *normalité* incarnée par l'autre acception de la norme.

Le norme juridique se présente donc comme un modèle, un étalon permettant d'évaluer la conformité de la réalité à la volonté exprimée par le droit. Pour M. Celano, il s'agit d'« une affirmation qui établit un standard de comportement sur la base duquel évaluer les faits, et non [d']une affirmation dont les standards d'évaluation seraient les faits »<sup>22</sup>. Ce modèle

---

<sup>19</sup> Cette absence de valeur de vérité permet aussi de différencier la norme des propositions que sont les prédictions, les prévisions (qui peuvent être vérifiées *a posteriori*). Toutefois, les normes éthiques n'ont pas l'exclusivité de l'absence de valeur de vérité : un jugement de valeur, qui n'est pas une norme, ni dans l'un ni dans l'autre cas, est dépourvu, lui aussi, de valeur de vérité.

<sup>20</sup> D'ailleurs, ce n'est pas en terme de vérité mais en terme de validité qu'ont été appréhendées des normes jugées illégitimes (par ex., les lois adoptées sous le régime de Vichy).

<sup>21</sup> En introduisant le mécanisme expérimental dans le droit, le législateur mêle à la logique des normes éthiques des préoccupations analytiques étrangères à l'action de produire du droit, *stricto sensu*. Cette méthode expérimentale vise d'ailleurs, de manière révélatrice, à évaluer l'effet produit de la norme juridique sur la réalité (efficacité du dispositif retenu, pertinence des moyens par rapport aux buts assignés, etc), ce qui constitue normalement l'objet des sciences sociales.

<sup>22</sup> « [...] un'affermazione che stabilisce uno standard di comportamento in base al quale valutare i fatti, e non un'affermazione il cui standard di valutazione siano i fatti » ; Bruno Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, Giappichelli, Turin, 1994, p. 297.

s'impose comme référence commune à tous les sujets de droit soumis à l'ordre normatif dans lequel la norme est insérée<sup>23</sup>, l'originalité de l'ordre normatif juridique étant qu'il s'impose même à ceux qui ne souhaitent pas y adhérer<sup>24</sup>. Ainsi, la norme juridique exprime donc un *devoir-être* constituant un modèle de référence obligatoire pour toute situation entrant dans son champ d'application.

6. En tant que telle, la norme juridique présente par ailleurs la spécificité d'être immatérielle – comme toute norme éthique. Elle doit ainsi être distinguée de l'énoncé normatif<sup>25</sup>. Ce dernier consiste en l'énonciation de la norme, par le biais de différents supports. En règle générale, l'énoncé normatif est incarné par une disposition écrite du droit positif, qu'il s'agisse d'une disposition de la Constitution, d'un texte législatif, d'un règlement, ou d'une stipulation d'un contrat. Une loi n'est donc pas une norme ; il s'agit d'un abus de langage. En revanche, elle en contient – au moins – une. Cette distinction élémentaire du support et du fond de la norme, qui est pourtant méconnue par de nombreux juristes<sup>26</sup>, est encore plus nette s'agissant des normes énoncées oralement ou qui ne supposent aucune forme d'énoncé. La norme coutumière naît de la répétition d'un précédent tenu pour règle obligatoire ; or, ni le précédent, ni sa répétition, ni *l'opinio juris* ne sont la norme. Celle-ci se dégage de la conjonction de ces éléments, elle en est la signification, et ne saurait être réduite à ces éléments. D'ailleurs, la répétition du précédent constitue déjà une forme d'application de cette norme. De même, le geste effectué par un agent de la circulation à un automobiliste exprime une norme : il lui prescrit quel doit être son comportement. Si l'automobiliste méconnaît cet ordre, il pourra être sanctionné pour transgression de la norme exprimée par l'agent de police. En aucun cas, toutefois, le bras tendu de ce dernier ne sera considéré comme constituant la norme ; le sera au contraire la signification donnée à ce geste.

---

<sup>23</sup> V. cette définition de la norme : « énoncé impératif ou prescriptif appartenant à un ordre ou système normatif, et obligatoire dans ce système » ; « norme » (sens 1) in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

<sup>24</sup> De manière générale, toute norme éthique s'impose aux sujets soumis à l'ordre-système dans lequel elle s'inscrit : qu'il s'agisse d'un ordre religieux ou moral, les sujets qui y adhèrent (en vertu de leur conviction religieuse par exemple), tiendront pour modèles de référence les normes de cet ordre. Si l'ordre juridique s'impose en principe obligatoirement à tous les sujets de droit se trouvant dans son champ d'application, les autres ordres ne s'imposent qu'à ceux qui y consentent : c'est en cela que le droit incarne une contrainte, qui implique que même les individus qui n'adhèrent pas (dans leur esprit) à l'ordre juridique sont néanmoins atteints par ses normes, et peuvent, en cas de violation de ces dernières, être sanctionnés par le droit. Au contraire, nul n'est tenu de suivre une règle morale. De même, l'adhésion à un système de normalisation technique est volontaire.

<sup>25</sup> V. « norme » (sens 2) in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit.

<sup>26</sup> Comme le remarque M. Ricardo Guastini, « Interprétation et description de normes », Paul Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 94.

Les normes sont donc ce qu'expriment les énoncés normatifs<sup>27</sup>. Comme l'écrit M. Auby, « la norme, ce n'est pas l'énoncé lui-même, ce n'est pas le texte lui-même, c'est le sens que cet énoncé, que ce texte tire de l'interprétation qui est faite de lui »<sup>28</sup>. M. Amselek a particulièrement insisté sur la consistance purement mentale des normes<sup>29</sup>. Le mot trouve son origine dans le latin *norma*<sup>30</sup>, qui désignaient, avec la *regula* (qui donnera *règle*<sup>31</sup>), « des outils matériels, physiques, des équerres ou des réglettes donnant la mesure de la droiture, rectilinéarité ou rectangularité, et permettant de tracer des lignes droites ou des angles droits, ou encore de vérifier la rectitude de tracés déjà effectués »<sup>32</sup>. Une double fonction référentielle ressortissait donc à ces instruments : une fonction d'outil d'évaluation et une fonction de modèle pour l'action. « Par extension métaphorique », *norma* et *regula* servent désormais à désigner des « outils de texture purement mentale, idéale, des outils constitués de purs contenus de pensée »<sup>33</sup> : les normes et règles éthiques, notamment juridiques.

7. Elles servent donc de référence de ce qui *doit être* et permettent de guider et d'évaluer les comportements et les actions de leurs destinataires. Toutefois, il n'existe pas une unité de vue doctrinale à l'égard du contenu de la norme juridique : certains auteurs considèrent ainsi que les normes juridiques prescrivent nécessairement des commandements, dont le non-respect est sanctionné<sup>34</sup>. Cette approche impérativiste confère au droit une dimension contraignante très nette. Au contraire, d'autres auteurs ont proposé une approche plus neutre, impersonnelle, de la norme juridique, en soulignant sa fonction de modèle, d'étalon, pouvant autant articuler un impératif qu'une simple permission. Ainsi, pour M. Amselek, elle définit une « marge de possibilité ou latitude à l'intérieur de laquelle doit se tenir la conduite à suivre ou déjà effectivement suivie pour avoir valeur de ligne droite, régulière [...] Cette marge de possibilité est de degré 0 dans le cas des règles d'interdiction, qui défendent de faire telle chose dans telles circonstances ; elle est de degré maximal, de degré 1 (ce qui correspond en même temps à un degré 0 d'impossibilité) dans le cas des règles d'obligation qui imposent de

---

<sup>27</sup> V. Pierre-André Côté, « Le mot "chien" n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 279-296.

<sup>28</sup> Jean-Bernard Auby, « Prescription juridique et production juridique », *RDP* 1988, p. 673 et s., spéc. p. 680.

<sup>29</sup> Paul Amselek, « Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 79, 1993, p. 311-320.

<sup>30</sup> Il s'agissait de l'équerre du maçon ou du charpentier. V. aussi le mot grec *gnomon*, désignant un instrument formé d'une tige verticale projetant l'ombre du soleil ou de la lune sur un écran horizontal et permettant ainsi de mesurer leur hauteur au-dessus de l'horizon. Vitruve met en évidence l'utilité de cet outil dans l'activité des architectes et urbanistes de l'Antiquité (*Les dix livres d'architecture*, Errance, 1999, Livre IX).

<sup>31</sup> V. n° 9.

<sup>32</sup> Paul Amselek, « La teneur indécise du droit », *RDP* 1991, p. 1129-1216, spéc. p. 1200.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Sur cette approche impérativiste, v. n° 296 et s.

faire telle chose dans telles circonstances ; et de degré intermédiaire dans le cas des règles de permission qui offrent, par définition même, aux intéressés, la latitude de faire ou de ne pas faire ce qui est permis »<sup>35</sup>. La conception de la norme juridique comme modèle a également été retenue par M. Jeammaud<sup>36</sup>. Une telle approche rend sans doute mieux compte de la variété des énoncés normatifs qui n'expriment pas toujours des normes de caractère impératif ; pourtant, l'idée de contrainte demeure dominante en doctrine, et le droit continue d'être caractérisé par cet attribut.

8. Toutefois, si la norme juridique entretient des liens étroits avec l'énoncé normatif qui l'exprime, ce dernier ne révèle pas toujours, de lui-même, sa signification normative effective. La dimension subjective des normes a été soulignée : n'étant que du sens, elles sont ce que les sujets de droit comprennent des énoncés normatifs qui les expriment<sup>37</sup>. Plus radical encore, M. Troper considère que seule l'interprétation des énoncés normatifs crée la norme ; il n'existe pas de signification des énoncés normatifs avant qu'ils soient interprétés<sup>38</sup>. Partant, l'interprétation donnée à un énoncé normatif par un texte n'est pas susceptible d'être juste ou fautive, puisqu'elle constitue un acte de volonté. Il s'ensuit qu'il ne saurait y avoir d'interprétation *contra legem*<sup>39</sup>. Même manifestement contraire au sens commun ou à l'avis des experts les plus qualifiés, l'interprétation authentique s'impose car elle est la seule, indépendamment de sa valeur de vérité, à laquelle l'ordre juridique confère des effets<sup>40</sup> : « elle

---

<sup>35</sup> Paul Amselek, « La teneur indéterminée du droit », *op. cit.*

<sup>36</sup> Antoine Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D* 1990, chron., p. 199-210.

<sup>37</sup> Paul Amselek, « La teneur indéterminée du droit », *op. cit.*, p. 1202-1203. V. aussi Henri R. Pallard, « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique », *RRJ* 1998, p. 211-242, spéc. p. 221 : « L'aspect normatif n'est pas un caractère en soi de la proposition mais une signification, constituée non seulement à partir du sujet, c'est-à-dire dans une perspective subjective, mais aussi à partir du milieu social, c'est-à-dire dans une perspective intersubjective ».

<sup>38</sup> A cet égard, seuls les énoncés normatifs, les textes, sont susceptibles d'interprétation, pas les normes, puisqu'elles sont le produit de cette interprétation.

<sup>39</sup> Pour M. Troper, il n'y a pas de sens réductible à l'intention du législateur ; Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, 2001, p. 72.

<sup>40</sup> L'interprète authentique est toute autorité compétente pour donner cette interprétation. « Il s'agit naturellement tout d'abord des juridictions suprêmes. Mais il y a en outre bien d'autres autorités ayant la compétence pour donner des interprétations authentiques. Celles qui, bien que non juridictionnelles, peuvent donner une interprétation incontestable devant une juridiction quelconque » (Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat, op. cit.*, p. 80). Le Président de la République est ainsi interprète authentique des dispositions de l'article 16 de la Constitution. De même, qui d'autre que le peuple souverain, titulaire du pouvoir constituant, est susceptible d'être l'interprète authentique des dispositions de l'article 89 alinéa 5 de la Constitution, imposant le respect de la « forme républicaine du Gouvernement » ? Le Conseil constitutionnel a décliné sa compétence en la matière : v. not. la décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* (*Rec. CC*, p. 293) ; Marguerite Canedo, « L'histoire d'une double occasion manquée », *RDP* 2003, p. 767 et s.



est la décision de conférer un sens à un énoncé ou à un fait et une décision ne peut être ni vraie ni fausse, mais seulement valide ou non valide dans un ordre normatif donné »<sup>41</sup>.

La *norma* des anciens se trouve donc doublement dématérialisée dans la pensée juridique : instrument de référence abstrait, la norme des juristes ne s'incarne même pas dans les textes qui composent le droit positif. Elle est réductible au seul sens dans lequel ces derniers sont interprétés, à une signification, même si l'interprète authentique livre ce sens dans un écrit : bien qu'énonçant logiquement une norme, celui-ci ne doit pas être considéré comme un énoncé normatif, mais bien comme la norme elle-même<sup>42</sup>.

9. De la même manière, la *regula*, à laquelle est plus volontiers rattachée la *règle* juridique, n'est pas plus matérielle. La règle n'est pas un texte, mais le sens de ce texte. Elle ne diffère pas de la norme puisqu'elle peut être considérée comme une variété de norme<sup>43</sup> : celle qui est dotée d'un caractère général. La norme n'est associée à aucune idée de généralité<sup>44</sup>, si ce n'est de généralité. Elle est la notion qui désigne l'ensemble des manifestations du *devoir-être* juridique : normes générales (les règles)/normes individuelles, normes unilatérales/normes conventionnelles, etc. La généralité de la règle n'est toutefois pas nécessairement liée au nombre de ses destinataires et tiendrait davantage à leur vocation à s'appliquer de manière durable et répétée, c'est-à-dire à leur généralité quant à l'occasion<sup>45</sup>. Constitueraient par exemple des règles les normes exprimées par l'article 6 de la Constitution (« *Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct* ») ou l'article 2279 du Code civil (« *En fait de meuble, possession vaut titre* »). Au contraire, n'est pas une règle la norme contenue dans un permis de construire autorisant un administré à réaliser une construction donnée<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat, op. cit.*, p. 79-80.

<sup>42</sup> D'ailleurs, l'interprétation qui peut être faite d'une décision de justice n'est pas normative, mais au contraire purement analytique, susceptible d'être vraie ou fausse, ou tout au moins pertinente ou plus contestable. Tel est le lot de l'interprétation de l'arrêtiériste.

<sup>43</sup> Néanmoins, les deux termes sont fréquemment employés comme équivalents : v. not. Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ* 2004, p. 233-259 ; Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, 1997 ; Laurence Boy, « Les normes », p. 1, consultable sur le site du Réseau européen Droit et Société, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/boy1.pdf>

<sup>44</sup> V. not. Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983, p. 211.

<sup>45</sup> V. Georg Henrik Von Wright, « L'analyse des normes », trad. Olivier Taviot, en collaboration avec Jean-Paul Delville, *RRJ* 2003-1, p. 19 et s., se référant à Austin, *The Provinces of Jurisprudence Determined* (1832), première conférence, dans la section intitulée « laws or rules ».

<sup>46</sup> L'article L421-1 du Code de l'urbanisme exprime cependant une norme qui est une règle en disposant que « *quiconque désire entreprendre ou implanter une construction à usage d'habitation ou non, même ne comportant pas de fondations, doit, au préalable, obtenir un permis de construire sous réserve des dispositions*

L'intérêt d'une étude des normes permissives réside donc dans sa portée plus large qu'une réflexion sur les seules règles permissives ou dispositions permissives du droit positif. Il reste toutefois à préciser le sens à donner à l'adjectif *permissif*.

**10.** Ce néologisme, construit à partir du verbe *permettre*, appartient au registre courant, mais connaît également des significations spécifiques<sup>47</sup>, comme en droit. Selon le sens commun, est qualifié de permissif ce qui « accroît dans une société la marge de liberté, surtout celle des mœurs ; se dit (souvent avec une connotation péjorative) d'une loi qui autorise ou admet plus libéralement ce qui était jusqu'alors interdit ou restreint »<sup>48</sup>. De manière générale, est permissif tout comportement particulièrement tolérant, peu dirigiste, voire laxiste. C'est d'ailleurs dans ce sens que le terme peut apparaître dans certaines décisions de justice, non pas dans la motivation ou le dispositif de celles-ci, mais dans les termes de la requête. Ainsi, a-t-on pu mettre en avant « l'orientation permissive » d'un schéma départemental des carrières<sup>49</sup> ou relever que le ministre de l'environnement se montrait permissif en matière de convoyage de clientèle dans les refuges de haute montagne<sup>50</sup>. L'adjectif renvoie au substantif *permissivité*. Dans un même sens, il s'agit d'une « non-directivité radicale impliquant la suppression de toute autorité, de toute contrainte »<sup>51</sup>.

Mais ainsi entendu, *permissif* et *permissivité* correspondent à un jugement de valeur, à une appréciation personnelle ou commune à un ensemble d'observateurs. Il s'agit rarement d'un simple constat objectif d'une situation ; apprécier le caractère permissif d'une chose suppose une démarche comparatiste plus ou moins consciente, une mise en perspective. La permissivité apparaît comme un concept relatif : une chose est permissive par rapport à un état antérieur de cette chose – une législation, par exemple –, par rapport à un état plus rigoriste, restrictif de cette chose, voire par rapport à une norme au sens non-juridique.

---

*des articles L422-1 à L422-5. Cette obligation s'impose aux services publics et concessionnaires de services publics de l'Etat, des régions, des départements et des communes comme aux personnes privées »* (al. 1).

<sup>47</sup> Est ainsi dénommé *bloc permissif*, dans le domaine ferroviaire, un signal qu'il est possible de franchir dans certains cas. En linguistique, les *verbes permissifs* correspondent à une classe de verbes comprenant notamment *autoriser*, *permettre* (« donner la permission de ») et *pouvoir* (« avoir la permission de »), et qui ont le sens de « X fait en sorte que Y ait la possibilité de faire quelque chose » (v. « permissif » in *Trésor de la Langue française informatisé*).

<sup>48</sup> « Permissif » in Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2000.

<sup>49</sup> CAA Nancy, 28 février 2005, *Société GSM*, n° 02NC01300.

<sup>50</sup> CAA Marseille, 24 novembre 2003, *Préfet des Hautes-Alpes*, n° 99MA00760.

<sup>51</sup> « Permissivité » in *Trésor de la langue française informatisé*. Le mot dérive de l'anglais *permissiveness*.

Ces diverses formes de relativité peuvent d'ailleurs se superposer à travers l'idée de permissivité. Par exemple, la législation ayant autorisé l'interruption volontaire de grossesse<sup>52</sup> a pu paraître permissive au sens où elle levait un interdit légal<sup>53</sup>, mais également en ce qu'elle se montrait tolérante à l'égard d'un comportement jugé anormal par certains, et en tout cas provoquant un déroulement anormal de la grossesse. L'instauration du pacte civil de solidarité (PACS)<sup>54</sup> peut également être perçue comme une expression de la permissivité du législateur, en ce que cette institution rend possible et fait produire des effets juridiques – même si ce n'est pas son seul but – à la communauté de vie de partenaires homosexuels, mais également en ce qu'elle constitue, pour certains, une expression licencieuse du droit à l'égard d'une orientation sexuelle minoritaire, contraire à la « norme sociale » de l'hétérosexualité. L'autorisation du mariage entre personnes du même sexe pourrait *a fortiori* et pour des raisons similaires, être taxée de permissivité.

Ainsi entendue, une norme permissive serait donc un *devoir-être* exprimé par le droit positif présentant les caractères de la permissivité en tant que jugement de valeur. Cette acception ne saurait pourtant être retenue ; elle intéresse davantage le sociologue que le juriste. Surtout, le débat théorique en la matière ne porte pas sur cette manifestation de la permissivité dans le droit, trop fuyante et propre à celui qui tient le discours : il y aurait autant de définitions de la permissivité normative que d'observateurs du système juridique, se distinguant par des opinions et des jugements forcément variés.

*II.* Les termes *permissif* et *permissivité* connaissent des acceptions plus spécifiques, plus techniques<sup>55</sup>. En droit, la permissivité peut ainsi être appréhendée dans un sens technique : c'est alors le « caractère de ce qui est permis, par absence d'empêchement normatif – c'est-à-dire une prohibition ou une obligation – qui fasse obstacle à une action ou à une abstention, ou la réduise »<sup>56</sup>. Pour la logique déontique, c'est-à-dire la logique qui se rapporte aux normes

---

<sup>52</sup> Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *JORF* 18 janvier 1975 ; v. aussi la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF* 7 juillet 2001, p. 10823.

<sup>53</sup> L'art. 2 du titre 1<sup>er</sup> de la loi de 1975 dispose qu'« est suspendue pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du code pénal lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un médecin dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L176 du code de la santé publique ».

<sup>54</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* 16 novembre 1999, p. 16959.

<sup>55</sup> Not. en virologie, avec la notion de permissivité cellulaire : v. par ex. Paul Becquart, *Etude de la permissivité des cellules transformées aux parvovirus autonomes*, thèse, Lille 1, 1993.

<sup>56</sup> « Permissivité » (sens 1) in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*

juridiques<sup>57</sup>, la permissivité correspond à la « possibilité normative de faire quelque chose et de s'abstenir de le faire (permission bilatérale) »<sup>58</sup>. Cette acception déontique sera donc retenue dans le cadre de cette recherche. Elle permet d'identifier plus objectivement la norme permissive dans le droit et exclut toute appréciation en termes de jugement de valeur.

**12.** Toutefois, cela ne signifie pas qu'il ne puisse y avoir correspondance entre l'acception déontique de la notion de norme permissive et sa conception comme jugement de valeur. Bien au contraire, le jugement du caractère permissif d'une législation est susceptible de prendre prise sur la nature – déontique – permissive de certaines normes exprimées par cette législation. En disposant que le représentant de l'Etat peut autoriser l'immersion des navires en mer, dans le respect des traités et accords internationaux en vigueur<sup>59</sup>, par dérogation avec l'article L218-43 du Code de l'environnement : « *L'immersion de déchets ou d'autres matières, telle qu'elle est définie à l'article 1<sup>er</sup> du protocole du 7 novembre 1996 à la convention de Londres de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, est interdite* », le législateur édicte des dispositions exprimant des normes permissives sur le plan technique, mais qui pourront également être jugées ainsi d'un point de vue extra-normatif – sur le plan écologique par exemple. Néanmoins, la présente étude ne portera que sur l'acception déontique de la notion, ce qui en restreint nécessairement le domaine. En effet, les deux approches impliquent logiquement des objets d'étude distincts : des normes impératives – adressant une obligation ou une interdiction à leur destinataire – pourraient parfaitement être considérées comme permissives d'un point de vue non déontique<sup>60</sup>.

**13.** L'antilogie prétendue de la notion de norme permissive ne semble donc pas exclure l'existence de telles normes dans le droit. En réalité, l'opposition des termes pourrait n'être qu'une vérité d'ordre analytique, c'est-à-dire fondée sur la seule signification donnée aux termes qui la composent<sup>61</sup>. Autrement dit, c'est parce que la norme juridique est majoritairement définie par recours à l'idée de contrainte, en raison du fait qu'elle doit exprimer un *devoir-être* obligatoire, qu'elle ne semble pas pouvoir être de nature permissive.

---

<sup>57</sup> V. n° 30.

<sup>58</sup> *Ibid.* (sens 2).

<sup>59</sup> Art. L218-44 du Code de l'environnement.

<sup>60</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* (JORF, 5 avril 2006) a ainsi élevé l'âge requis pour qu'une femme puisse contracter mariage. En effet, l'article 144 du Code civil prévoyait que l'homme pouvait se marier dès ses dix-huit ans révolus, la femme dès ses quinze ans révolus. Cette règle impérative avait pu, du fait de l'évolution de la société et de la nécessité de protéger les jeunes mineures, être jugée excessivement permissive.

<sup>61</sup> Francesca Poggi, *Norme permissive*, *op. cit.*, p. 16.

Ainsi se dessine le cadre conceptuel dans lequel la notion de norme permissive doit trouver place : un fonds théorique dominé par une conception contraignante du droit, un système de pensée délibérément construit sur l'axiome de *l'imperium* du droit, particulièrement prégnant en droit public<sup>62</sup>.

14. Or, c'est précisément dans ce contexte que la présente recherche se propose d'appréhender la notion de norme permissive. S'interroger sur celle-ci dans le seul domaine du droit public implique de réduire le champ d'une réflexion qui pourrait porter sur la norme permissive dans le droit, en général. Le droit privé est un lieu de manifestation évident de cette catégorie de norme : l'autonomie de la volonté, les liens de la matière civile avec les questions de mœurs sont prétextes à une telle réflexion. De même, la question de la peine – notamment des mécanismes alternatifs aux peines les plus coercitives<sup>63</sup> – ou encore la prostitution<sup>64</sup> et la toxicomanie<sup>65</sup> offrent au pénaliste l'occasion de s'interroger sur la norme permissive.

15. Il n'en demeure pas moins que la question apparaît particulièrement féconde en droit public. Certes, la doctrine publiciste ne se distingue pas pour avoir particulièrement honoré la notion de sa réflexion. Cependant, l'intérêt de la norme permissive pourrait être apparu sous la plume d'un des plus illustres publicistes, et pourtant paradoxalement père de l'École de la puissance publique<sup>66</sup>. Le doyen Maurice Hauriou est en effet le premier, en 1913, à avoir relevé l'existence, en droit administratif, de dispositions pouvant être qualifiées de permissives, par emprunt au droit privé<sup>67</sup>. En rompant avec la vision monolithique de la matière, le doyen de Toulouse témoignait d'une vision pluraliste, qui ne saurait être remise en cause aujourd'hui. Néanmoins, durant tout le XX<sup>e</sup> siècle, la notion de norme permissive est restée en sommeil dans la doctrine, à peine distinguée comme une objection – classique – à la

---

<sup>62</sup> D'où la question, posée par M. Jacques Chevallier : « Droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 68.

<sup>63</sup> V. not. ENM, CESDIP et CIRAP-ENAP, *Poursuivre et punir sans emprisonner : les alternatives à l'incarcération*, Bruxelles, La Charte, 2006 ; Christophe Cardet, *Le placement sous surveillance électronique*, L'Harmattan, 2004 ; Gérard Lorho, *Peines de substitution, peines alternatives : régime juridique*, ENM, Bordeaux, 2000.

<sup>64</sup> Lucille Ouvrard, *La prostitution : analyse juridique et choix de politique criminelle*, L'Harmattan, 2000 ; Jacques-Charles Lemaire, *La prostitution : pour ou contre la légalisation ?*, Bruxelles, Espace de libertés, 2004.

<sup>65</sup> Renaud Colson (dir.), *La prohibition des drogues : regards croisés sur un interdit juridique*, PU Rennes, 2005 ; Michel Ghysel, *Entre répression, tolérance et permissivité : la politique des Pays-Bas en matière de toxicomanie*, Rapport, Assemblée nationale, 1996.

<sup>66</sup> Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966, p. 81 et s.

<sup>67</sup> Maurice Hauriou, note sous CE, 26 janvier 1912, *Blot*, S 1913, p. 17.

théorie de la décision exécutoire<sup>68</sup>. Il n'est guère que la doctrine en droit de l'urbanisme qui ait fait usage de la notion pour qualifier certains dispositions du Règlement national d'urbanisme<sup>69</sup>, reconnaissant un pouvoir d'appréciation à l'autorité compétente pour délivrer les autorisations d'urbanisme, à la différence des dispositions impératives, liant sa compétence.

Ce n'est que récemment que deux auteurs en ont fait l'objet exclusif de quelques réflexions de portée plus générale. Le propos est certes limité à l'exercice de l'article de doctrine, mais il a le mérite d'avoir sorti de l'ombre une notion délaissée par les positivistes. M. Février est ainsi l'auteur, en 1998, de « Remarques sur la notion de norme permissive »<sup>70</sup>, reprenant et approfondissant des réflexions qu'il avait menées sur la notion dans sa thèse consacrée au contentieux administratif du sursis à exécution<sup>71</sup>. Il réexamine d'une part la question des rapports de la norme permissive avec la théorie de la décision exécutoire<sup>72</sup> et propose une solution de conciliation qui constitue sans doute l'intérêt majeur de l'article. D'autre part, il conclut à l'absence d'autonomie conceptuelle de la notion par rapport à la norme impérative, et ne lui reconnaît qu'une existence purement fonctionnelle, en ce qu'elle permet de clore l'ordre juridique et de rendre compte des mutations de la figure étatique et des instruments de la régulation juridique. En 2004, un article de Mme Barthe-Gay, traitant des normes permissives en droit administratif français<sup>73</sup>, est venu renforcer la doctrine sur la question : l'auteur souligne l'hétérogénéité de ces normes – du point de vue de leurs destinataires et de leurs effets – et considère leur spécificité du point de vue de la faculté conditionnée qu'elles ouvrent et des effets obligatoires de leur mise en œuvre pour leurs destinataires et les tiers. L'intérêt de cet article est d'élargir la conception des normes permissives retenue par M. Février – qui ne les envisageait qu'à destination des particuliers – en montrant qu'elles sont autant les vecteurs de facultés pour les administrés qu'une modalité du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

---

<sup>68</sup> Sur cette théorie, v. not. Jean-Marc Février, « Sur les fondements de l'autorité des décisions exécutoires », *RRJ* 1999, p. 871 ; Gilles Darcy, « La décision exécutoire, esquisse méthodologique », *AJDA* 1994, p. 663 ; Christian Laviolle, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, LGDJ, 1974.

<sup>69</sup> V. not. Robert Savy, *Droit de l'urbanisme*, PUF, coll. Thémis Droit, 1981, p. 590.

<sup>70</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *D* 1998, chron., p. 271-274.

<sup>71</sup> V. Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2000, p. 46 et s.

<sup>72</sup> M. Chapus mentionne d'ailleurs l'article de M. Février dans la bibliographie qu'il propose à la suite de ses développements sur la notion de décision exécutoire ; René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 673.

<sup>73</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*

Ces deux contributions, qui dressent un rapide portrait de la notion en droit administratif, n'épuisent cependant pas l'ensemble des questions que pose la norme permissive pour les publicistes ; par ailleurs, l'approche théorique qu'ils se proposent de suivre ne rend pas compte de l'intérêt que présentent certaines conceptions non-impérativistes de la norme juridique au regard d'une telle notion<sup>74</sup>, que leurs conclusions réductionnistes tendent à relayer au rang de notion superflue ou présentant une spécificité très limitée<sup>75</sup>.

16. Cependant, au travers de ces deux études, une relation entre la norme permissive et les droits et libertés des citoyens a pu être mise en évidence ; retenant que la doctrine établit un « lien implicite entre norme permissive et faculté ouverte à un particulier »<sup>76</sup>, les deux auteurs permettent d'inscrire la réflexion sur la norme permissive dans le champ du droit des libertés publiques. Ceci est d'ailleurs directement lié à l'examen de la question en droit administratif. Cependant, sont laissées en suspens un certain nombre d'interrogations relatives à la portée des facultés ouvertes aux administrés au regard des notions de droit et liberté. Or, ces questions sont essentielles pour mieux percevoir le rôle de ces normes dans l'expression et dans la garantie des droits, d'autant qu'elles sont présentées comme illustrant une conception moins autoritariste de la puissance publique, plus encline à promouvoir les droits et libertés.

Par ailleurs, le droit constitutionnel, autant lié à la matière administrative qu'au droit des libertés publiques, n'a jamais été le cadre de réflexions sur la notion de norme permissive. Si l'ancrage de cette dernière s'y conçoit à l'égard des déclarations de droit, il est également possible d'appréhender un certain nombre de prérogatives des autorités constitutionnelles au travers du prisme de la permissivité normative. Les dispositions de la Constitution qui se limitent à permettre, sans contraindre, les autorités du pouvoir exécutif ou législatif à exercer les prérogatives qui leur sont attribuées justifient l'étude des normes permissives dans la matière. D'ailleurs, nul ne contesterait que la question de la permissivité ou de l'impérativité du droit ait pu constituer un enjeu dans l'application de la Constitution, lors de la première cohabitation. La signature des ordonnances de l'article 38 par le Président de la République a

---

<sup>74</sup> Il semble en effet que la conception de la norme juridique comme modèle présente un intérêt pour l'appréhension d'un objet normatif non construit *a priori* sur l'impératif juridique (v. n° 338 et s.).

<sup>75</sup> Soit les normes permissives sont censées pouvoir être reformulées en corrélats de normes impératives (la permission accordée à X de faire *a* revient à l'absence d'interdiction pour X de faire *a* ou à l'interdiction adressée aux tiers d'empêcher X de faire *a*), soit elles secrètent de toute façon une forme d'impérativité qui réduit leur particularisme : par exemple, le titulaire d'un permis de construire (qui exprime une norme permissive), est tenu de se conformer à un ensemble de règles impératives (réglementation de l'urbanisme, droit de la construction ou encore fiscalité).

<sup>76</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 272 ; Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 233.

révélé la distance qu'il peut y avoir entre la lettre et la pratique de la Constitution, c'est-à-dire entre l'énoncé normatif constitutionnel et la norme qu'en décide son interprète authentique.

Enfin, M. Février a mis en exergue un aspect particulièrement intéressant de la permissivité normative, sans toutefois développer son propos. L'auteur indique que la catégorie des normes permissives serait instrumentalisée dans les discours sur les mutations de l'Etat et du droit, pour rendre compte d'une certaine érosion de la contrainte normative. Une telle remarque appelle à l'évidence un examen plus approfondi de la question, d'autant que le droit public est, d'une part, réputé être l'archétype d'un droit unilatéral et impératif, et d'autre part, effectivement travaillé par des forces de transformation : démocratisation de l'élaboration des normes juridiques, essor des relations conventionnelles, transferts de compétences et de responsabilités entre les divers échelons territoriaux, etc<sup>77</sup>. Si ces mutations intéressent au premier chef l'Etat, elles soulignent aussi ses relations avec les deux pôles institutionnels entre lesquels il s'inscrit : les institutions communautaires, qui agissent comme une force centripète sur le droit des Etats de l'Union, et les collectivités territoriales, qui traduisent au contraire une dynamique centrifuge. Si la norme permissive est mise en avant pour illustrer ces évolutions<sup>78</sup>, elle devrait donc logiquement révéler sa présence et ses effets tant en droit communautaire qu'en droit des collectivités territoriales. Or, s'agissant de ce dernier, les évolutions impulsées par la révision constitutionnelle sur *l'organisation décentralisée de la République*<sup>79</sup> constituent un cadre qui pourrait permettre d'apprécier le rôle et l'importance de la norme permissive dans l'approfondissement de la décentralisation.

**17.** Ces diverses branches du droit public présentent donc un intérêt pour la conduite d'une réflexion sur la norme permissive. Cet élargissement du contexte d'analyse de la notion vise surtout à saisir ses diverses manifestations et à rendre compte de son caractère générique. En effet, qu'il s'agisse de la reconnaissance de facultés aux sujets de droit – facultés dont il faut préciser les liens avec les notions de droits et libertés – ou de la dévolution d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration ou aux autorités constitutionnelles, un mécanisme normatif similaire est à l'œuvre : l'expression d'un norme qui ne contraint pas et laisse son destinataire

---

<sup>77</sup> Pour une réflexion générale sur ses évolutions en droit administratif, v. les études réunies par Fabrice Melleray, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004.

<sup>78</sup> « La catégorie des normes permissives doit illustrer les mutations de l'Administration tendues vers un modèle d'action moins contraignant, axé sur la participation et le protectorat social », Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 271.

<sup>79</sup> Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 (*JORF* 29 mars 2003). V. not. le dossier du Sénat (<http://www.senat.fr/dossierleg/pj102-024.html>) et de l'Assemblée nationale (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/0200240203.asp>), et *L'organisation décentralisée de la République*, coll. « Aux sources de la loi », Les éditions des journaux officiels, 2003.



libre de faire ou non ce qui lui est simplement permis. La notion de norme permissive apparaît ainsi susceptible d'appréhender comme une unité un ensemble de phénomènes qui, d'ordinaire, sont étudiés de manière fragmentée ; il s'agira, certes, d'une unité relative, mais qui permettra de mettre en évidence les liens existant entre des manifestations hétérogènes du droit pourtant animées par des ressorts normatifs communs.

**18.** Deux dernières remarques doivent cependant être faites quant au domaine retenu pour l'étude des normes permissives. En premier lieu, l'examen de la notion en droit administratif, qui est le cadre choisi par les auteurs des deux articles évoqués, portera également sur certaines branches spécialisées de la matière. En particulier, le droit de l'urbanisme – et les disciplines qui y sont étroitement liées, comme le droit de l'environnement – sera souvent sollicité, en raison de la place qu'y occupent les normes permissives : non seulement la doctrine et la jurisprudence reconnaissent expressément de telles normes<sup>80</sup> – ce qui distingue nettement le droit de l'urbanisme des autres disciplines –, mais surtout, leur régime juridique permet d'apprécier les particularismes de la permissivité normative, notamment sur le plan contentieux. De même, le droit des collectivités territoriales, en raison de ses développements récents, témoigne de la vigueur de la permissivité normative en la matière. Aussi constituerait-il un terrain d'analyse particulièrement fréquent de la notion de norme permissive.

En second lieu, le droit international public sera exclu du cadre d'analyse de la notion, pour deux raisons essentielles. D'une part, la discipline présente une trop grande spécificité, qui justifierait davantage une thèse à part entière sur les liens entre la notion de norme permissive et le droit international public. La place qu'occupent le volontarisme étatique et le concept de souveraineté dans cette matière est telle qu'elle conduirait à des solutions trop particulières pour s'intégrer dans une réflexion globale ; ces dernières risqueraient de fausser l'appréhension de la permissivité normative, en imposant des schémas qui restent marginaux en droit. D'autre part, l'intérêt d'une recherche sur les normes permissives réside essentiellement dans l'étude de la liberté juridique à l'intérieur d'un cadre normatif où cette liberté n'est pas absolue. Or, en dépit d'évolutions en la matière<sup>81</sup>, le règne de la souveraineté étatique définit un contexte normatif où l'intérêt des normes permissives est limité : quelle peut être la nécessité d'édicter de telles normes là où la liberté juridique est quasiment totale

---

<sup>80</sup> La terminologie de disposition permissive est ainsi parfaitement installée dans la jurisprudence administrative. V. par ex. CE, 21 novembre 1986, *Ministre de l'urbanisme et du logement*, n° 57741 ; CAA Bordeaux, 7 avril 1994, *Commune de Serignan*, n° 93BX00556 ; CAA Douai, 25 septembre 2003, *Association SAVE*, n° 00DA00657 ; CAA Paris, 28 mars 2006, *Commune de Vincennes*, n° 02PA03113.

<sup>81</sup> V. Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Précis, 6<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 271-273.

et où le pouvoir des sujets de droit est presque absolu ? Par ailleurs, le droit secrété au niveau international vise en général, non pas à aménager la liberté des sujets – qui préexiste –, mais à créer des contraintes, de l'impératif juridique, dont l'effet est de porter atteinte à l'exercice de la souveraineté<sup>82</sup>. Si des mécanismes normatifs permissifs peuvent être prévus, ils n'ont à l'évidence qu'un caractère secondaire.

**19.** Ainsi délimité le domaine de la recherche sur la norme permissive, il reste à préciser qu'elle portera essentiellement sur les manifestations de la notion en droit public positif. Si d'abondantes réflexions ont été menées sur le sujet en théorie et en philosophie du droit, une approche positiviste générale n'a pas encore été proposée. Il s'agit donc d'apporter une contribution à l'appréhension de la notion de norme permissive qui permette d'en renouveler la problématique et d'en révéler l'intérêt en droit positif.

Les théoriciens et philosophes du droit sont les auteurs de nombreux travaux sur la norme permissive, principalement à l'étranger. La doctrine italienne propose ainsi la plus récente réflexion sur la notion, avec l'ouvrage de Francesca Poggi, *Norme permissive*, publié en 2004<sup>83</sup>. L'auteur développe et réexamine des thèmes classiques de l'appréhension des normes permissives en théorie du droit : l'autonomie du concept, son utilité pratique, ses fonctions normatives et ses liens avec les notions de pouvoir et de droit. D'autres travaux de théorie du droit ont pour objet principal la norme permissive (en langues italienne<sup>84</sup>, espagnole<sup>85</sup> ou

---

<sup>82</sup> Et non limiter cette souveraineté, ce qui n'aurait pas de sens. En effet, limiter ce qui est par essence absolu revient à nier l'idée même d'absolu. La souveraineté est ou n'est pas. Cependant, l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946 recourt à cette expression. Néanmoins, l'idée de limitation de souveraineté n'existe pas dans les décisions du Conseil constitutionnel, qui recourt à celle d'atteinte aux conditions (essentielles) d'exercice de la souveraineté. V. not. les décisions n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne* (Rec. CC, p. 55) ; n° 97-304 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes* (Rec. CC, p. 344) ; n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 7 (Rec. CC, p. 173) ; n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, cons. 3 (Rec. CC, p. 142). V. Alain Pelet, commentaire de la décision relative au Traité d'Amsterdam, CCC n° 4, 1998, p. 113 et s. ; Jean Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 47-58.

<sup>83</sup> *Op. cit.* Cet ouvrage est issu de sa thèse *Norma permissiva*, soutenue à L'Università degli Studi di Milano. V. aussi, de cet auteur : « "Obbligatorio" implica "permesso" », Paolo Comanducci et Riccardo Guastini, *Analisi e diritto 2000*, Giappichelli, Turin, 2001, p. 195-215 ; « Diritti d'agire, permessi e garanzie », *Analisi e diritto 2002 - 2003*, Giappichelli, Turin, 2004, p. 241-274 ; « I permessi nel diritto », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 34, n° 1, 2004, p. 147-187 ; « Sobre las normas permissivas », *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco* (Chili), V, 2004, p. 11-32.

<sup>84</sup> V. not. Ricardo A. Guibourg et Daniel Mendonça, « Permesso, garanzie e libertà », *Analisi e diritto* 1995, p. 269-301 ; Tecla Mazzarese, « Permesso forte et permesso debole : note a margine », *Analisi e diritto* 2000, p. 113-131 ; l'article italien de l'espagnol Eugenio Bulygin, « Norme permissive e sistemi normativi », Antonio A. Martino et Fiorenza Socci Natali, *Analisi automatica dei testi giuridici*, Giuffrè, Milan, 1988, p. 285-294.

<sup>85</sup> V. Carlos E. Alchourrón et Eugenio Bulygin, « Permessos y normas permissivas », *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 215-238 ; Manuel Atienza et Juan Ruiz Manero, « Sobre permisos en el derecho », *Doxa*, 15-16, p. 815-843 ; José Juan Moreso et Pablo Eugenio Navarro, « Normas

anglaise<sup>86</sup>), auxquels il convient d'ajouter des recherches plus générales qui consacrent une place significative à la notion<sup>87</sup>, notamment les études de logique déontique. Toutefois, s'agissant du fonds francophone, force est de constater qu'il est beaucoup plus limité et que la question de la permissivité normative n'y est abordée que dans le cadre de réflexions plus globales sur les normes juridiques<sup>88</sup>. Néanmoins, le contraste est éloquent entre la richesse du questionnement sur les normes permissives en théorie du droit et la carence de la doctrine positiviste. L'appréhension de la notion par cette dernière se limite aux quelques remarques des administrativistes, dont certains, d'ailleurs, finissent par emprunter la voie de la théorie du droit<sup>89</sup>.

**20.** Dans ce contexte, soit l'étude des normes permissives en droit public positif ne présente véritablement que peu d'intérêt, et auquel cas le quasi-*vide doctrinal* constaté se justifie ; soit, au contraire, cette étude est susceptible d'apporter un éclairage sur l'état et l'évolution du droit positif, et il s'avère nécessaire de combler la lacune existante. La première branche de l'alternative ne saurait évidemment être retenue. Elle s'appuie sur une supposition que rien ne vérifie : l'absence d'intérêt de l'étude des normes permissives en droit positif. Pour conforter cette idée, encore faut-il qu'une recherche positiviste sur la question mette en évidence cette

---

permissivas, sistemas jurídicos y clausura normativa », *Theoria*, Segunda época, vol. 7, p. 1079-1110 ; Pablo Eugenio Navarro et Maria Cristina Redondo, « Permissiones y actitudes normativas », *Doxa*, 7, p. 249-256.

<sup>86</sup> John Gardner, « Concerning Permissive Sources and Gaps », *Oxford Journal of Legal Studies*, 8, p. 457-461 ; David Lewis, « A Problem about Permission », in Saarinen Esa et a. (eds.), *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, D. Reidel, Dordrecht/Boston/London, p. 163-175 ; David Makinson, « Stenius' Approach to Disjunctive Permission », *Theoria. A Swedish Journal of Philosophy*, 50, 1984, p. 138-147 ; Ronald Moore, « Legal permissions », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LIX, 3, 1973, p. 327-346 ; Philip Mullock, « The Permissiveness of Power », *Ratio*, 16, 1974 ; Kazimierz Opalek et Jan Wolenski, « On Weak and Strong Permission », *Rechtstheorie*, 4, 1973, p. 169-182 ; des mêmes auteurs, « On Weak and Strong Permission Once More », *Rechtstheorie*, 17, 1983, p. 83-88 ; et « Normative Systems, Permission and Deontic Logic », *Ratio Juris*, 4, 1991, p. 334-348 ; Kornél Solt, « Permissions and Deontically Perfect Worlds », *Logique et Analyse*, 1987, 30, p. 177-179 ; Zygmunt Ziebiński, « On So-Called Permissive Norms », *Archivum Juridicum Cracoviense*, IX, 1976, p. 169-178.

<sup>87</sup> V. not. Rafael Hernández Marín, *El derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984 ; *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 2<sup>ème</sup> éd., 1989 ; « Double Pairs », traduction anglaise M. Navarro del Río, in *Ratio Juris*, 6, 1993, p. 305-323 ; *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998 ; *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, PPU, Barcelone, 1989. V. aussi Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, Althone Press, Londres, 1970 ; Wesley Newcomb Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning. I », *Yale Law Journal*, 23, 1913, p. 16-59 et « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning. II », *Yale Law Journal*, 26, 1917, p. 710-770 ; Georg Henrik von Wright, « On the logic of negation », *Societas Scientiarum Fennica Commentationes Physico-Mathematicae*, Helsinki, 1959, XXII, 4, p. 89-107 ; *An essay in deontic logic and the general theory of action*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1968, fasc. 21 ; *Norm and action, a logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley, 1977.

<sup>88</sup> V. not. Georges Kalinowski, « Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit », *APD* t. 26, 1981, p. 331-343 ; Paul Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit, essai de phénoménologie juridique*, thèse, Paris, 1962, LGDJ, 1964, not. p. 278 et s.

<sup>89</sup> M. Février, dans ses « Remarques sur la notion de norme permissive » (*op. cit.*), se livre à un examen théorique de la notion.

absence d'intérêt. Or, c'est déjà là reconnaître un intérêt à une réflexion sur la norme permissive en droit positif.

Par ailleurs, un renoncement, d'emblée, ferait fi des fonctions pouvant être reconnues à la doctrine<sup>90</sup>. D'abord, une fonction pédagogique : face à la minceur des contributions positivistes sur la norme permissive, *a fortiori* en droit public, il semble nécessaire d'exposer et expliquer à quoi correspond cette nature de norme, que le langage courant peut trop vite faire passer pour autre chose qu'elle même. Ensuite, la doctrine a pour fonction de critiquer : critiquer l'insuffisance doctrinale en la matière, mais surtout, critiquer ce qui a été écrit sur la question, d'autant plus si les travaux en cause sont peu nombreux. Enfin, la doctrine doit remplir une fonction prospective : anticiper, proposer... Il s'agit sans doute de la mission la plus difficile à assumer, mais n'est-ce pas ce que la seconde branche de l'alternative commande de faire ? Proposer un regard, une analyse, qui permette d'appréhender plus finement l'état et les évolutions du droit positif.

**21.** Dans une telle perspective, une réflexion sur la norme permissive en droit public positif apparaît donc pleinement justifiée. Elle vise d'abord à identifier la notion au sein du *corpus* normatif et à rendre compte de ses manifestations au travers des cloisonnements internes du droit public. Cela requiert un premier travail de définition de la notion, qui implique l'adoption d'un critère d'identification pertinent de la permissivité normative. Ensuite, ce sont les caractères de la norme permissive qu'il faut déterminer ; la comparaison avec la norme impérative paraît inévitable. Or, réside dans cette confrontation tout le sens du questionnement sur la norme permissive en théorie du droit. Autant dire qu'en dépit d'une approche positiviste, l'économie de l'examen des principales positions théoriques sur la question ne pourra pas être faite. D'ailleurs, l'idée, avancée par M. Février, que la norme permissive serait instrumentalisée pour rendre compte de l'érosion de la contrainte normative, des mutations de l'Etat et du droit, suppose elle aussi de préciser la notion de normativité. Certes, l'appréciation de cette prétendue érosion normative ne peut se faire qu'à travers l'examen du droit positif, mais encore faut-il s'accorder sur ce que peuvent être les facteurs d'érosion de la contrainte normative : déclin du droit comme commandement, défaut de caractère prescriptif de la norme, développement d'instruments normatifs non-obligatoires, remise en cause du monopole d'élaboration du droit par les autorités publiques ? Autant de

---

<sup>90</sup> Sur ces fonctions, qui dépassent le seul cadre du droit administratif, v. Didier Truchet, « Remarques sur la doctrine en droit administratif », *Mélanges Paul Amselek*, *op. cit.*, p. 769-777.

pistes possibles qui imposent, pour en apprécier la pertinence, de clarifier la signification de l'impératif, de la prescription, ou encore de l'obligation dans la pensée juridique.

Au demeurant, si cette nécessité conduit à examiner des thèmes propres à la théorie du droit, force est de reconnaître que le droit positif n'y est pas complètement fermé. Son élaboration suscite même, aujourd'hui, un vif débat qui fait entrer le questionnement sur la normativité dans le champ du droit positif. Exiger que la loi ait une portée normative<sup>91</sup>, vilipender le droit infra-normatif, le droit mou, étranger à la contrainte<sup>92</sup>, ou encore faire de l'impérativité une condition du recours contentieux contre les circulaires administratives<sup>93</sup> sont des illustrations de l'intérêt que présente une définition plus assurée des concepts liés à la normativité juridique. Si, ensuite, la norme permissive a quelque rôle à jouer dans le déficit de contrainte du droit, il sera plus évident à comprendre et expliciter, ou au contraire à réfuter.

22. Toutefois, ce rôle sera apprécié pour lui-même et supposera, le cas échéant, un examen des conséquences qui en découlent, notamment sur le plan du rapport au droit. Cela signifie que contrairement à la démarche théorique la plus souvent suivie, la mise en évidence du rôle, des fonctions reconnues à la norme permissive, ne servira pas uniquement à juger de l'opportunité qu'il y a à retenir un concept de norme permissive pour décrire le droit. Cette approche utilitariste considère moins la norme permissive comme un objet du droit que comme un instrument du discours sur le droit<sup>94</sup>. Telle ne saurait être la perspective d'une recherche portant sur le droit positif.

Certes, l'identification des fonctions de la norme permissive est utile à la compréhension de la dynamique interne de l'ordre normatif. Mme Poggi relève ainsi un certain nombre d'effets de la norme permissive, d'un point de vue essentiellement logique<sup>95</sup>. Cependant, sa démarche

---

<sup>91</sup> V. le projet de loi constitutionnelle n° 1832, *tendant à renforcer l'autorité de la loi*, présenté par Jean-Louis Debré, le 5 octobre 2004 (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1832.asp>)

<sup>92</sup> V. Conseil d'Etat, « De la sécurité juridique », *Rapport public 1991*, Etudes et documents, n° 43, La Documentation française, p. 32 et s. ; « Sécurité juridique et complexité du droit », *Rapport public 2006*, Etudes et documents n° 58, La Documentation française, p. 361-362.

<sup>93</sup> Sur le critère de l'impérativité dégagé par le Conseil d'Etat à propos des circulaires administratives (CE Ass., 28 juin 2002, *M. Villemain* et CE Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères* ; v. n° 328).

<sup>94</sup> Le fait de considérer la notion de norme permissive comme un instrument du discours sur les transformations de l'Etat et du droit procède d'une même intention.

<sup>95</sup> V. Francesca Poggi, *Norme permissive*, *op. cit.*, p. 107 et s. La norme permissive a ainsi pour effet d'abroger des impératifs préalables (p. 107-149), de permettre de déroger à des impératifs de principe en raison de l'application du principe *lex specialis* (p. 150-153), de limiter la compétence normative des autorités hiérarchiquement inférieures sur la base du principe *lex superior* (p. 153-155) et de déterminer le statut normatif d'un comportement non réglé expressément par le droit (il s'agit de la *fonction indicative* (« funzione indicativa ») de la norme permissive ; p. 155-158). A cela, il convient d'ajouter la fonction d'assurer la clôture

visé à prendre position sur la question de l'autonomie du concept de norme permissive : relevant que certains effets ne pourraient être produits par des normes exclusivement impératives, elle en déduit l'utilité d'un concept de norme permissive en théorie du droit. Or, la question des effets de la norme permissive est susceptible d'être traitée sous un angle autre que celui de la logique des normes ou de l'utilitarisme. Plusieurs questions relatives aux implications de la norme permissive en droit positif demeurent en effet en suspens. Tels pourraient être les termes d'un renouvellement de la problématique liée à la norme permissive, qui renforcerait l'intérêt de l'approche positiviste.

Contrairement à la perspective théorique, l'existence de la norme permissive n'est plus une décision de l'observateur de l'ordre juridique, mais un constat qui s'impose à lui. En droit positif, la norme permissive *est*, elle peut être identifiée au moyen de critères de définition. Cette existence avérée n'exclut pas que soit examinée son utilité, mais non plus dans le cadre du discours sur le droit : l'utilité de la norme permissive doit être appréciée dans le droit lui-même, à l'aune de ses implications.

Si les effets dégagés par la théorie du droit ont été utilisés pour démontrer la pertinence d'un concept de norme permissive, certains d'entre eux peuvent néanmoins servir à une réflexion positiviste. Par exemple, l'effet dérogatoire de la norme permissive, au-delà de sa signification logique, pose une question tenant à l'effet de la multiplication de normes permissives dans un cadre normatif impératif édicté en vue de garantir, par exemple, la protection de l'environnement. Ce type d'interrogation est étranger aux travaux théoriques et analyses logiques menés sur les normes permissives. De même, la « fonction indicative » de ces dernières, tenant à la détermination du statut normatif d'un comportement non réglé expressément par le droit, présente un intérêt du point de vue du principe de sécurité juridique, préoccupation majeure de la doctrine positiviste.

**23.** D'autres effets de la norme permissive peuvent par ailleurs être identifiés, qui concernent spécifiquement le droit public. L'érosion de la contrainte normative constitue évidemment un effet majeur, s'il est vérifié, de l'édition de normes permissives dans le droit positif. Cette question est d'autant plus sensible que le droit public – particulièrement le droit administratif – est marqué du sceau de la contrainte, de la puissance, de l'autorité. De même, dans les relations des personnes publiques entre elles, le recours à l'instrument normatif permissif, qui

---

de l'ordre juridique (p. 50 et s. et p. 187 ; v. aussi Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive, *op. cit.*, p. 273-274).

permet de transférer des compétences à des autorités inférieures, tout en leur ménageant une marge d'appréciation, n'emporte-t-il pas des effets sur la répartition des responsabilités entre les différents niveaux institutionnels ? Au-delà de la dévolution de compétence, de la reconnaissance d'une liberté d'action, la norme permissive ne favorise-t-elle pas un transfert de la responsabilité de décider, *in fine*, à l'autorité subordonnée ? Autrement dit, la norme permissive est-elle de nature à brouiller la distinction mise en cause/mise en œuvre ? Partant, le contrôle juridictionnel de la mise en œuvre des normes permissives suppose-t-il une posture différente de la part du juge ? De même, comment ce dernier appréhende-t-il la question de la responsabilité liée à la mise en œuvre de normes qui n'imposent pas une conduite déterminée à leurs destinataires ? Ces questions portent sur le rapport au droit qu'impliquent les normes permissives : un rapport moins rigide, plus aléatoire, et qui, en fait de liberté, secrète une forme de responsabilisation.

**24.** Enfin, un des effets fondamentaux de la norme permissive est de n'introduire dans le droit positif que des virtualités. En ne contraignant pas, la norme permissive laisse par définition ses destinataires libres de faire ou non ce qu'elle prescrit. Ainsi, elle présente autant d'intérêt du point de vue de l'aménagement d'aires de liberté pour les sujets de droit que sur le plan de l'adaptation du droit à une réalité parfois marquée par la diversité et une propension à vite évoluer. La norme permissive incarne un droit flexible qui dote les acteurs du droit de ressources dans lesquelles ils pourront puiser s'ils le jugent opportun ou nécessaire.

Toutefois, cet intérêt d'ordre technique – puisqu'il favorise l'adaptabilité du droit aux faits – et politique – en ce qu'il permet à chacun de se déterminer – comporte son lot d'inconvénients. L'étude de ces derniers s'impose donc pour rendre compte de l'ambivalence de la permissivité normative : la flexibilité de la norme juridique n'impliquerait-elle pas aussi l'imprévisibilité de sa mise en œuvre ? De même, face à une norme n'imposant pas l'unité dans son application, n'existe-t-il pas un risque d'effritement de l'égalité entre les sujets de droit ? Ces questions, qui n'ont à l'évidence pas encore été examinées par la doctrine, revêtent pourtant une grande importance à l'heure où la qualité de la règle de droit s'impose comme un objectif fondamental dans la jurisprudence nationale et européenne, ainsi que dans l'action publique<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> De manière générale, la qualité tend à devenir un nouveau paradigme de l'action publique, qui dépasse la simple élaboration du droit. V. not. Hélène Pauliat (textes réunis par), *La qualité : une exigence pour l'action publique en Europe ?*, PULIM, 2004 ; Roselle Cros, *La qualité dans les collectivités territoriales*, Berger-

Enfin, une dernière question se pose : le droit permissif n'est-il pas en proie à un détournement plus probable que le droit impératif ? Ne donne-t-il pas prise à des déviations, volontaires ou non, dans l'usage de la règle de droit, d'autant plus inacceptables qu'elles sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt général ? Or, contrairement à la norme impérative, la norme permissive semble par nature démunie face à ces usages contestables : la liberté qu'elle implique fonde à la fois son intérêt et ses propres limites.

**25. Liberté.** Tel est sans doute le maître-mot d'une réflexion sur la notion de norme permissive, qui n'est autre que l'étude de la liberté positivement exprimée, voire assumée, par le droit, en l'occurrence le droit public. La permissivité normative ne saurait se réduire à la maxime selon laquelle *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*. Un tel axiome fait le jeu des représentations impérativistes du droit en réduisant la permissivité à l'implicite, au non-dit normatif. Or, non seulement le droit public positif n'est pas qu'impérativité, mais surtout, la liberté suppose plus d'égards de sa part qu'une ignorance prétendument respectueuse. Si, comme l'a écrit M. Eisenmann, « la liberté juridique, c'est l'absence de réglementation impérative »<sup>97</sup>, sans doute convient-il d'ajouter que ce n'est pas que cela. La notion de norme permissive, en révélant la complexité du droit et la richesse des schémas explicatifs qu'il suscite, tend à en rendre compte. Elle permet de mettre en exergue la pluralité normative trop ignorée du droit public, qui ne se réduit pas aux commandements autoritaires de la puissance publique ; elle permet aussi d'apprécier les forces qui travaillent la matière et en conditionnent l'évolution.

Première partie : L'identification de la norme permissive dans le droit public

Seconde partie : Les implications de la norme permissive sur le droit public

---

Levrault, 2001 ; Noëlle Rivero-Cabouat (dir.), *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Montchrestien, 2005.

<sup>97</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, 1983, *op. cit.*, p. 658.



## Première partie – L’identification de la norme permissive dans le droit public

26. La norme permissive est un phénomène<sup>98</sup> normatif. Elle apparaît dans le droit, se manifeste à la conscience des acteurs juridiques, sans qu’ils ne cherchent à en connaître les causes ou essaient d’en saisir les caractères. Elle est appréhendée de manière empirique, chacun faisant l’expérience d’un droit qui permet, qui laisse libre. Cette connaissance intuitive de la notion explique sans doute qu’elle soit en même temps mal connue sur le plan théorique<sup>99</sup>. Du moins, c’est ainsi que la norme permissive apparaît pour une partie de la doctrine, qui se contente de constater que certaines normes permettent, donnent licence, tout en admettant qu’une norme juridique puisse se définir comme un impératif dont la méconnaissance est sanctionnée.

A l’opposé, une partie de la doctrine tire au moins les conséquences de cette définition et considère que la norme permissive est un non-sens normatif : autrement dit, si le phénomène existe, la notion n’est pas autonome. La norme permissive serait, sur le plan théorique, un « mirage » dans le droit. Une telle approche est particulièrement enracinée en droit public où l’*imperium* de la puissance publique laisse augurer un droit empreint d’unilatéralisme, construit sur l’autorité : l’archétype du droit comme commandement.

Toutefois, c’est entre ces deux pôles qu’il faut visiblement entreprendre une identification de la norme permissive. Il convient de dépasser le simple constat des premiers et tenter un examen critique des thèses des seconds, pour finalement surmonter le paradoxe<sup>100</sup> de la permissivité dans le droit. La norme permissive se présente comme un phénomène du droit

---

<sup>98</sup> Dans le langage courant : Tout ce qui arrive, se produit, se manifeste et que l’on peut observer sans en connaître ou sans en rechercher obligatoirement la cause (« Phénomène » in *Le trésor de la langue française informatisé*).

<sup>99</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 271.

<sup>100</sup> André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 432.

public positif qu'il faut caractériser ; elle semble aussi constituer une notion, dont l'autonomie n'est pas inconcevable.

Titre premier – La caractérisation du phénomène

Titre second – L'autonomie de la notion

# TITRE PREMIER – LA CARACTERISATION DU PHENOMENE

27. La caractérisation de la norme permissive dans le droit public suppose de rechercher, au préalable, un critère d'identification qui rende possible une discrimination efficace du phénomène dans le *corpus* normatif et permette de surmonter le flou relatif de la doctrine. De la définition générique retenue, découleront les frontières du phénomène, les contours d'une notion de norme permissive, en d'autres termes *la* norme permissive, au-delà de ses multiples manifestations dans le droit public.

Chapitre 1 – La recherche d'une définition générique

Chapitre 2 – Une catégorie polymorphe

## **CHAPITRE 1 – LA RECHERCHE D’UNE DEFINITION GENERIQUE**

**28.** L’adoption d’une définition constitue un point de départ indispensable à l’appréhension de la notion de norme permissive dans le droit positif. D’elle, dépendent en effet l’identification de l’ensemble des manifestations de la permissivité normative, ainsi qu’une efficace discrimination entre cette dernière et d’autres notions tenues, souvent à tort, pour synonymes. La doctrine ne contribue guère à fournir une telle définition. Non qu’elle n’ait retenu quelques critères d’identification, mais principalement en raison de l’absence de véritable entreprise de définition de la notion et de justification des solutions retenues. La notion de norme permissive s’apparente ainsi à une évidence, que la doctrine ne fait que constater. Or, ce défaut de définition conduit à un risque de confusion entre la notion de norme permissive et d’autres notions qui pourraient être qualifiées de « faux amis normatifs ». Face aux apports limités du constat doctrinal (Section 1), il est donc nécessaire de rechercher, et surtout de justifier, un critère d’identification des normes permissives. L’ouverture d’une faculté d’action au profit du destinataire de ces normes pourrait être retenue dans la mesure où un tel critère se révèle suffisamment général et discriminant (Section 2).

### **SECTION 1 – LES APPORTS LIMITES DU CONSTAT DOCTRINAL**

**29.** La notion de norme permissive prend les traits d’une évidence pour une grande partie de la doctrine, qui aborde la notion sans considérer nécessaire d’en donner une définition précise. Certaines normes ordonnent, d’autres défendent, d’autres encore permettent. A cet égard, les enseignements de la logique des normes – la logique déontique – constituent un socle élémentaire de connaissance de la notion de norme permissive (§ 1). Cependant, il ne saurait être suffisant, d’autant que l’appréhension de la notion dans la doctrine juridique se révèle incertaine (§ 2).

#### **§ 1 – LE SOCLE ELEMENTAIRE DE LA LOGIQUE DEONTIQUE**

**30.** La logique déontique a jeté les bases d’une lecture systémique du droit. La recherche des dynamiques intrinsèques de la discipline, de sa structure fondamentale, a suscité, sur plus de deux-cents ans, l’émergence d’une logique des normes (A), favorisant notamment

l'identification du *permis bilatéral* dans le droit, auquel peut être associée la permissivité normative (B).

## A – L'EMERGENCE D'UNE LOGIQUE DES NORMES

**31.** Si la discipline juridique relève traditionnellement des humanités, son annexion par la science a connu de fervents partisans, qui, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, n'ont eu de cesse d'affirmer le caractère scientifique de la discipline. Cette approche s'inscrit dans un courant de pensée initié par les Lumières, ayant pour principal dessein de découvrir des lois en tout, la rationalité inhérente de toute entité. Ainsi, Descartes dépeignait-t-il un fonctionnement purement mécanique du corps de l'homme et de celui de l'animal<sup>101</sup>. L'âge de la Modernité a démystifié le monde, la Raison supplantant peu à peu le divin, et la science prétendant tout saisir et tout expliquer. Le droit, qui n'a pas échappé à ce mouvement, en porte notamment la trace dans le développement des théories jus-positivistes.

Mais cet esprit scientifique, cherchant « les lois de la Loi », se manifeste aussi par la rencontre du droit avec une autre discipline, plus nettement scientifique : la logique. Cette science du raisonnement, née dans l'Antiquité, doit beaucoup à Aristote, qui fut le premier à lui donner la forme scientifique, qu'elle conserve aujourd'hui<sup>102</sup>.

**32.** Ce n'est véritablement qu'au XX<sup>e</sup> siècle, que la logique et le droit ont été rapprochés, même si les prémices d'un tel travail peuvent être attribués à Leibniz. En effet, dès la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, le philosophe allemand démontre que les questions de droit sont indissociables de la philosophie et de la logique en tant qu'elles sont deux formes de discours universel<sup>103</sup>. Il identifie notamment quatre grandes formes « prescriptives », ou normatives, que renferme le discours juridique : l'obligatoire, l'interdit, le permis (entendu comme ce qu'il est possible de faire), le facultatif (ce qu'il est possible de ne pas faire), qu'il nomme respectivement le *debitum*, l'*injustum*, le *justum* et l'*indebitum*. Plus exactement, Leibniz opère un rapprochement entre celles-ci et les quatre grandes formes « assertoriques » dégagées par Aristote : l'universelle affirmative, l'universelle négative, la particulière affirmative, et enfin la particulière négative. Elles sont représentées dans une figure, le Carré d'Aristote<sup>104</sup>, qui exprime les relations de l'universel et du particulier dans l'ordre assertorique, c'est-à-dire

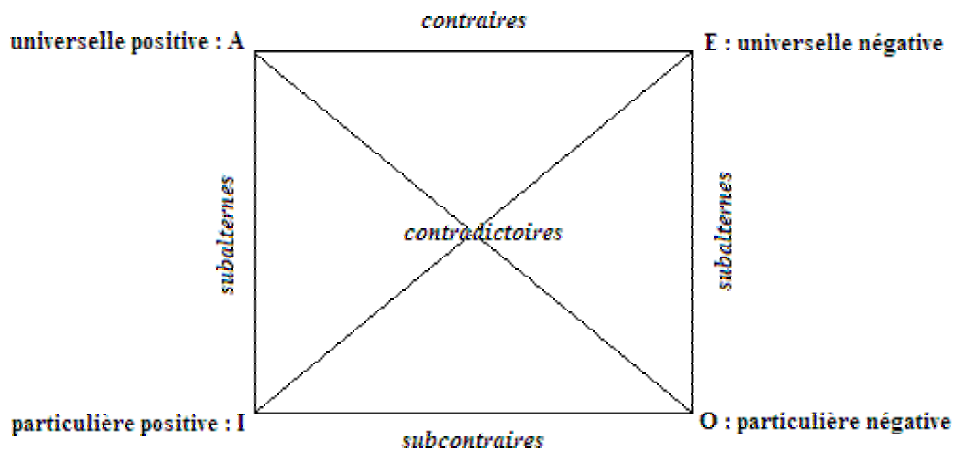
<sup>101</sup> V. par ex. René Descartes, *Discours de la méthode*, Partie V, Hatier, 1999.

<sup>102</sup> V. *La Grande Encyclopédie*, H. Lamirault et Cie éd., 1961, t. 22, p. 421.

<sup>103</sup> *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum*, 1664. Cité par Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, PUF, 1990, p. 37-70.

<sup>104</sup> Ou Carré d'Apulée.

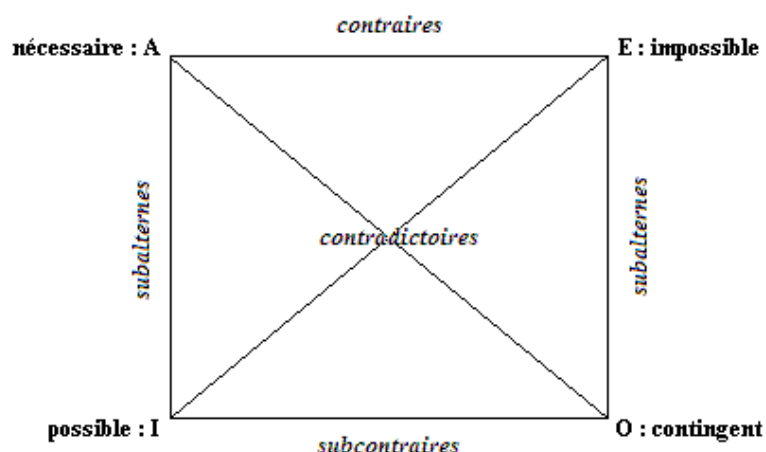
l'ordre de ce qui relève de la vérité de fait, en dehors de tout jugement. En logique, l'ordre assertorique est celui dans lequel une affirmation – ou une négation – est vraie, et non-nécessaire ; par exemple, la proposition « la Terre tourne sur elle-même » relève de l'ordre assertorique.



Selon Leibniz, il est donc possible de rapprocher respectivement les quatre formes prescriptives de ces quatre formes assertoriques : ainsi, l'obligatoire est associé à l'universelle positive ; l'interdit à l'universelle négative ; le permis à la particulière positive ; enfin, le facultatif à la particulière négative.

Par ailleurs, Aristote avait distingué, dans l'*Hermeneia*<sup>105</sup>, quatre formes modales, exprimant les relations du nécessaire et du contingent. Cet ordre modal est représenté dans une figure analogue au premier carré.

<sup>105</sup> V. Jules Barthélémy-Saint-Hilaire, *Logique d'Aristote*, vol. 1 « Les catégories et l'Herménéia », Ladrance, 1839-1844.



Suivant une démarche parallèle à la première, Leibniz a donc associé ces formes modales et les quatre formes prescriptives. Il suit de là que l'on peut rapprocher ce qui est obligatoire de ce qui est nécessaire, et respectivement pour chacune des trois autres formes.

Ainsi, en établissant un rapport entre normes et « assertions » et entre normes et modalités, Leibniz posait les bases de la logique des normes. Cette mise en parallèle de l'ordre assertorique, de l'ordre modal et de l'ordre normatif lui a valu d'être considéré, bien qu'assez tardivement, comme un précurseur de la logique des normes<sup>106</sup>, ou encore « un logicien déontique avant la lettre »<sup>107</sup>. La contribution du philosophe allemand a en effet fortement inspiré les auteurs en logique déontique, à commencer par le français Jean Ray, au début du XX<sup>e</sup> siècle.

**33.** Dans son *Essai sur la structure logique du Code civil français*, de 1926<sup>108</sup>, ce dernier entend mettre au jour l'armature logique du droit civil, ses divers éléments et leurs relations. Il remarque d'abord que le Code civil renferme deux types distincts de propositions : des « propositions simplement énonciatives » et des « propositions qui prennent la forme de prescriptions », ou encore des « propositions indicatives et des propositions normatives »<sup>109</sup>. Parmi ces dernières, il convient de distinguer l'obligation de son équivalent négatif, l'interdiction. Cependant, le Code n'envisage pas uniquement ce dualisme normatif, puisqu'il

<sup>106</sup> Georges Kalinowski, *Etudes de logique déontique*, préface de Robert Blanché, LGDJ, 1972, et *La logique des normes*, PUF, 1972, *in fine*.

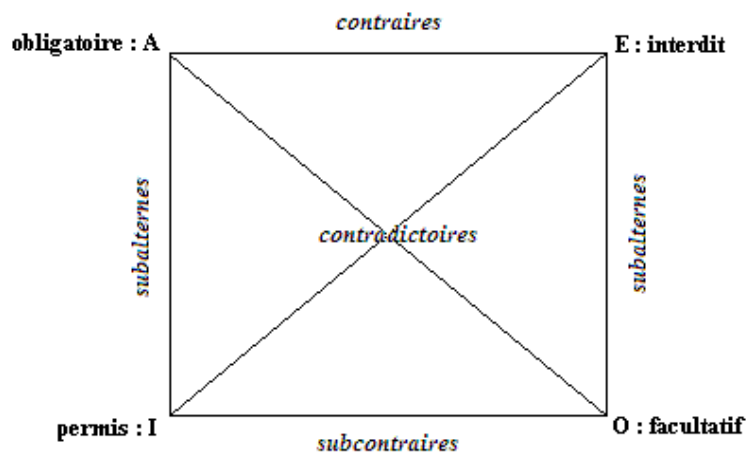
<sup>107</sup> Patrice Bailhache, « G. W. Leibniz : un logicien déontique avant la lettre », *Archiv für Rechts und Sozial-Philosophie*, 1965, p. 269-274.

<sup>108</sup> Ed. F. Alcand, 1926.

<sup>109</sup> Cité par Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, *op. cit.*, p. 146.

est amené « à délimiter le champ de ce qui reste permis » : le verbe *pouvoir* est alors le plus fréquemment employé, avec ses équivalents : *a droit de* (art. 697), *être admis* (art. 341, 343, 430), etc. De même, « comme l'obligation a sa forme négative (l'interdiction), le permis a une forme négative : la permission de ne pas faire », que M. Ray appelle le *facultatif* et qui s'exprime dans des formules telles que *n'est pas tenu de* (art. 775), *être dispensé de* (art. 427) »<sup>110</sup>.

L'auteur identifie ainsi les « quatre types fondamentaux de formes sous lesquelles s'exprime la volonté législative »<sup>111</sup> : l'obligatoire, l'interdit, le permis et le facultatif, et les rapproche des quatre formes modales, de la même manière que l'avait fait Leibniz auparavant. Il établira ensuite un « carré » des quatre formes prescriptives, par analogie avec le carré des quatre formes modales d'Aristote<sup>112</sup>.



Selon M. Ray, chaque terme (A, E, I et O, respectivement l'obligatoire, l'interdit, le permis et le facultatif) de cette figure entretient avec les trois autres six relations, dont chacune peut s'exprimer par quatre propositions différentes. En multipliant les six relations par quatre - le nombre de termes -, on obtient vingt-quatre propositions que l'auteur rassemble dans un

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Robert Blanché souligne d'ailleurs que le Carré d'Aristote est une forme logique première, une « structure algébrique » susceptible de recevoir maintes interprétations (*Structures intellectuelles, essai sur l'organisation systématique des concepts*, Vrin, 1966).



tableau synthétisant les « rapports logiques entre les prescriptions »<sup>113</sup>. Ce tableau, qui s'applique au Code civil, dont il a contribué à découvrir le « système »<sup>114</sup>, a manifestement une portée plus large, comme en atteste cette formule de M. Jean-Louis Gardies : « l'ensemble de ces propositions forme le squelette logique de toute législation »<sup>115</sup>. Effectivement, ce travail allait permettre de mettre en relief les types essentiels de normes juridiques et les relations logiques qu'ils entretiennent ; il va de soi que cette armature a vocation à se retrouver dans tout ordre normatif.

**34.** L'identification de ces éléments et l'étude de leurs connexions constituent justement l'objet d'une véritable discipline<sup>116</sup> : le logique des normes, ou logique déontique (du grec *to déon*, *tou déontos*, « l'obligation »<sup>117</sup>). Celle-ci appartient au versant de la logique que l'on appelle la *logique de la pratique* et qui s'oppose à la *logique de la théorie*. La logique de la pratique est notamment composée de la *logique des valeurs*, la *logique des normes* et la *logique juridique*<sup>118</sup>.

La logique déontique est véritablement née dans les années 1950, des recherches d'un hollandais et d'un français. Le premier, Georg Henrik von Wright, est logicien, disciple et successeur de Wittgenstein. Il publie deux ouvrages en 1951 : *Deontic logic* et *An essay in modal logic*, et est le premier à parler de logique déontique. Le second auteur, Georges Kalinowski, est juriste et philosophe du droit. Il présente pour sa part une logique des *normes* dans sa *Théorie des propositions normatives*, publiée en 1953<sup>119</sup>. Outre une distinction d'ordre terminologique, qui n'emporte d'ailleurs pas de conséquence notable<sup>120</sup>, les chercheurs suivent une démarche différente : M. von Wright s'appuie sur sa discipline

---

<sup>113</sup> Jean Ray, *Essai sur le structure logique du Code civil français*, *op. cit.*, p. 50-56 ; v. aussi Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>114</sup> Paul Dubouchet, *op. cit.*, p. 149. Il sera notamment question de ce « système » dans l'ouvrage de André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, 1973, 182 p.

<sup>115</sup> Jean-Louis Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, LGDJ, 1972, p. 54.

<sup>116</sup> Les jalons posés par Leibniz et leur exploitation par Jean Ray, aussi précieux soient-ils, n'entrent pas à proprement parler dans une discipline. Il faudrait plutôt voir dans la contribution de ces auteurs la « préhistoire » de la logique déontique.

<sup>117</sup> En dépit d'une telle étymologie, la logique déontique intéresse les normes en général, qu'elles posent des obligations, des prohibitions (ce qui est proche) ou des permissions. Cette imprécision provient du fait que la *norme* est de manière persistante incarnée dans l'*obligation*, bien que cela soit, à bien des égards, contestable. V. *infra*.

<sup>118</sup> Paul Dubouchet, *op. cit.*, p. 155-156.

<sup>119</sup> V. *Théorie des propositions normatives*, 1953, in *Etudes de logique déontique*, 1953-1969, LGDJ, 1972.

<sup>120</sup> Selon Paul Dubouchet, « logique déontique » et « logique des normes » recouvrent le même champ d'investigation, à savoir celui des « propositions normatives » que l'on peut aussi appeler « propositions déontiques », *ibid.*, p. 157.

majeure, la logique, dont il entend consacrer un domaine inédit, celui de la *normativité* ; tandis que M. Kalinowski, en tant que juriste, ambitionne de découvrir les fondements logiques réels du droit, la structure du discours juridique. Il s'inscrit à ce titre dans la continuité de M. Ray, mais dans une perspective plus universaliste. D'autres auteurs vont également apporter leur contribution à la logique déontique, en s'appuyant notamment sur les travaux de logiciens. Toutefois, le résultat ne donne pas à la logique déontique le caractère d'un ensemble monolithique : si certaines conclusions sont communes à la plupart des auteurs, il demeure quelques disparités. C'est donc dans la diversité qu'une première esquisse des normes permissives peut être tracée.

## B – LE *PERMIS BILATERAL*, EXPRESSION DE LA PERMISSIVITE NORMATIVE

**35.** MM. Kalinowski et Gardies sont des auteurs majeurs de la logique déontique. Ils se sont notamment appuyés sur les travaux du logicien français Robert Blanché. Celui-ci a mis en évidence que chaque terme du Carré d'Aristote est relié aux trois autres par une relation : d'implication (subalternes), d'alternative (contradictaires), d'incompatibilité (contraires) et de disjonction (subcontraires).<sup>121</sup>

A titre d'exemple, l'universelle affirmative (notée A), selon laquelle *tout S est P*, implique la particulière affirmative (I) selon laquelle *certaines S sont P*, alors qu'elle est incompatible avec l'universelle négative (E) posant qu'*aucun S n'est P*, et contradictoire avec la particulière négative (O) : *certaines S ne sont pas P*.

**36.** Partant de là, M. Blanché va compliquer la figure aristotélécienne en y ajoutant deux nouveaux termes. Un premier terme U, correspondant à la disjonction de A et E : *tout S est P ou aucun S n'est P*, notée U ( $A \vee E$ )<sup>122</sup> ; et un second terme Y, correspondant à la conjonction de I et O : *certaines S sont P et certaines S ne sont pas P*, notée Y (I.O).

---

<sup>121</sup> Robert Blanché, *Introduction à la logique contemporaine*, Colin, 1987, p. 55.

<sup>122</sup> Selon la notation logique dite de Peano-Russell, employée ici :

~ négation

∨ disjonction (ou)

. conjonction (et)

⊃ implication

≡ équivalence

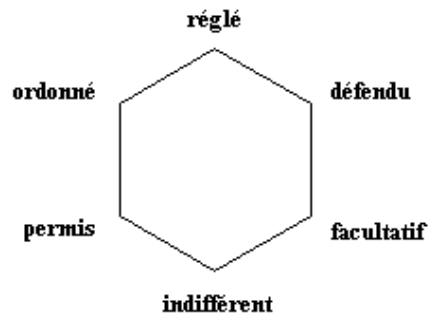
I incompatibilité (~.)

∧ rejet (~∨ ou binégation)

∨∨ alternative (trilemme ou disjonction exclusive)

Il aboutit à une figure hexagonale, traduisant sa « théorie hexagonale des oppositions »<sup>123</sup>. Or, celle-ci a donné lieu à une interprétation normative par MM. Kalinowski et Gardies : U, disjonction de A et E, représente logiquement ce qui est obligatoire *ou* interdit. C'est le « foncteur<sup>124</sup> de l'obligation soit de faire soit de ne pas faire »<sup>125</sup>. Quant à Y, conjonction de I et O, représente ce qui est permis *et* facultatif, c'est le « foncteur de la permission bilatérale d'agir selon ce qu'on juge convenable », par opposition au « foncteur de la permission unilatérale de faire » (le permis) et au « foncteur de la permission unilatérale de ne pas faire » (le facultatif)<sup>126</sup>. U correspond aussi à ce qu'on appelle le *réglé* (ou le *réglementé*) et Y l'*indifférent*.

L'hexagone « déontique » est ainsi le suivant :



M. Ray avait, à partir des six relations des quatre termes du Carré d'Aristote, développé vingt-quatre propositions prescriptives. Avec les quinze relations des six termes de l'hexagone de M. Blanché, il est possible de dégager soixante propositions normatives. Toutefois, ce tableau général des propositions normatives va apparaître trop grossier, et surtout inutilement complexe, pour identifier les fondements logiques réels du droit. La *logique de la pratique* s'applique à la réalité ; un peu comme la recherche appliquée se distingue de la recherche fondamentale, cette logique-là ne peut évoluer dans un pur monde idéal. Aussi, afin de satisfaire pleinement son objet, ce tableau des propositions normatives doit-il être détaché de

<sup>123</sup> Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, op. cit., p. 162.

<sup>124</sup> Le terme *foncteur*, utilisé en logique déontique, est dérivé des mathématiques. Il s'agit, en quelque sorte, d'un opérateur, qui, articulé à l'énoncé d'un comportement ou d'une action [l'ensemble constituant la norme], indique si ce comportement ou cette action est obligatoire, défendu, permis ou facultatif. V. Jerzy Wroblewski, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et Société*, n° 8/1988, consultable en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds008/ds008-03.htm>

<sup>125</sup> V. Georges Kalinowski, *La logique des normes*, PUF, 1972, p. 26.

<sup>126</sup> Op. cit., p. 25.

sa source et adapté : « ... il faut le modifier, le préciser, l'affiner en fonction du langage normatif et plus précisément du langage juridique »<sup>127</sup>.

37. C'est à cette tâche que va se livrer M. Gardies dans ses *Principes d'une algèbre déontique*<sup>128</sup>. Il considère que parmi les deux termes introduits par M. Blanché, le terme U, qui correspond à la disjonction des termes A et E (soit tout S est P *ou* aucun S n'est P), doit être abandonné dans la démarche déontique. Certes, il correspond à ce que l'on a pu appeler le *réglé* ou le *réglementé*, mais si l'on retenait cette disjonction, elle épuiserait à elle seule la totalité des relations normatives possibles. Une chose serait ou bien obligatoire, ou bien interdite. Dans cette hypothèse, le permis (I), le facultatif (O) et l'indifférent (Y) s'évanouiraient. M. Gardies estime que ce terme U « n'a guère de réalité psychologique »<sup>129</sup>. Au demeurant, il semble possible d'imaginer un système de normes réduit à la disjonction de l'obligatoire et de l'interdit ; toutefois, « l'univers éthique qu'il engendrerait serait un peu étouffant, le système juridique auquel il correspond définissant un univers politique concentrationnaire, dans lequel tout serait « ou obligatoire, ou interdit », dans lequel rien ne serait « permis, ni facultatif » et où la liberté individuelle disparaîtrait »<sup>130</sup>. La mise à l'écart du terme U semble trahir un présupposé de la pensée de M. Gardies : un ordre juridique comporte nécessairement, à côté d'obligations et d'interdictions, une aire de relative liberté organisée par le droit – il ne s'agit pas, dès lors, de non-droit. Dans cette perspective, soit l'auteur ne considère que les Etats dits libéraux, soit il porter à considérer que même l'ordre juridique d'un Etat totalitaire offre davantage que l'unique alternative entre l'obligatoire et l'interdit – et qu'un système purement concentrationnaire n'existe pas.

Quoiqu'il en soit, M. Gardies accueille d'une toute autre manière le terme Y, traduisant, en langage normatif, la conjonction du permis (I) et du facultatif (O), c'est-à-dire ce qu'il est indifféremment possible de faire ou de ne pas faire. L'auteur considère en effet que « les cas où *droit de* et *droit de ne pas* coexistent sont les seuls où ces deux termes aient quelque réalité psychologique. Un *droit* qui n'est pas accompagné du *droit de ne pas* se confond avec l'obligation ; et inversement, si j'ai le *droit de ne pas* faire quelque chose, sans avoir en même

---

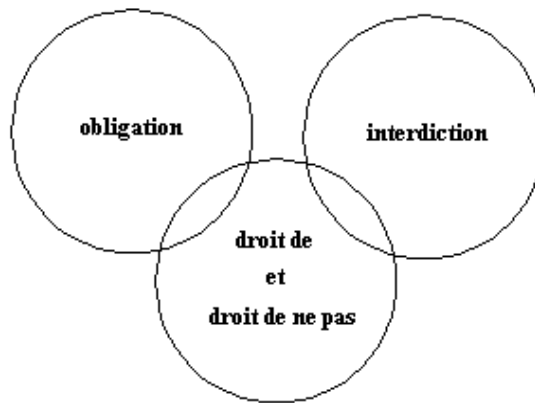
<sup>127</sup> Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, op. cit., p. 165.

<sup>128</sup> Première partie de son *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, op. cit., p. 52-152. L'expression « algèbre déontique » ne trompe pas quant à la démarche logico-mathématique qui va être mise en œuvre. La découverte des termes irréductibles de tout ordre normatif se fera au prix de simplifications, de factorisations, bref du recours à une syntaxe algébrique – étant entendu, toutefois, que la vocation *réaliste* du droit et de la logique déontique justifiera qu'on écarte les solutions purement théoriques.

<sup>129</sup> Op. cit., p. 66.

<sup>130</sup> Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, op. cit., p. 166.

temps le *droit de* le faire, c'est qu'il m'est interdit de le faire. Bref, *droit de* et *droit de ne pas* n'ont l'un et l'autre aucune existence séparée : ou bien ils se confondent l'un avec l'obligation, l'autre avec l'interdiction, ou bien ils fusionnent l'un avec l'autre »<sup>131</sup>. Pour M. Dubouchet, « non seulement [ce terme] est entièrement justifié, mais en plus c'est lui qui doit entraîner l'économie des deux autres »<sup>132</sup>. Autrement dit, il semble indiqué de substituer ce « droit bilatéral » au permis et au facultatif envisagés séparément. La finalité réaliste de la logique déontique conforte d'ailleurs cette nécessité, de même qu'elle justifiait précédemment l'exclusion du terme U, trop théorique. Un système juridique organise ainsi la coexistence de trois sphères irréductibles les unes aux autres, mais complémentaires en ce qu'elles façonnent le champ du possible.



L'hexagone de M. Blanché cède donc la place, en logique des normes, à une nouvelle figure : le triangle déontique, qui se compose de trois termes : A, ce qui est obligatoire ; E, ce qui est interdit ; et Y, le « droit bilatéral de faire et de ne pas faire », selon M. Gardies.

**38.** D'autres auteurs ont mis en évidence ce droit bilatéral. M. Kalinowski relève ainsi parmi les expressions du langage du droit, un « permis », signifiant qu'« il n'est ni obligatoire de faire, ni défendu de faire... », qui s'exprime par le foncteur propositionnel normatif « ... peut faire et ne pas faire... »<sup>133</sup>. Cependant, il précise qu'une norme peut établir « une obligation ou une permission (unilatérale ou bilatérale) de faire ou (et) de ne pas faire »<sup>134</sup>. Il ne semble donc pas adhérer à la conception nécessairement bilatérale du permis, à la différence de M. Amselek, selon qui, « il n'y a pas de possibilité unilatérale ; le *facultatif* et le *permis* se

<sup>131</sup> *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique, op. cit.*, p. 67.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, LGDJ, 1965, p. 54.

<sup>134</sup> *Op. cit.*, p. 82.

confondent dans une seule et même catégorie [...] intermédiaire [et qui] ne se conçoit que comme « bilatérale » dans son principe même »<sup>135</sup>. De la même manière, M. von Wright ne semble pas considérer que le permis soit nécessairement bilatéral. En effet, cet auteur distingue des normes d'obligation (*obligation-norms*, de caractère *ought* : *doit*) et des normes permissives (*permissive norms*, de caractère *may* : *peut*)<sup>136</sup>, et fait du foncteur déontique P (le permis) le terme primitif de son système, en ce sens que l'obligation (O) ou l'interdiction (F, pour *forbidden*) sont définies par référence au permis : par exemple, en notation logique, *a* étant une action,  $Fa = \sim Pa$  (l'interdiction de faire *a* équivaut à la négation de la permission de faire *a*<sup>137</sup>). Or, M. von Wright identifie un foncteur I, exprimant la possibilité simultanée de faire et de ne pas faire quelque chose, noté :  $Ia = (Pa) \ \& \ (P\sim a)$ <sup>138</sup>. Un foncteur déontique similaire est d'ailleurs fréquemment retenu par d'autres auteurs, exprimant, à côté du permis, un droit bilatéral de faire et de ne pas faire. Ainsi, M. Anderson utilise-t-il quatre symboles de constantes représentant les foncteurs normatifs : F, il est défendu que ; I, il est indifférent que ; O, il est obligatoire que ; P, il est permis que. Pour sa part, M. Castañeda recourt à des termes équivalents : K pour obligatoire ; F pour défendu ; P pour permis ; L pour il est indifférent ou il est libre<sup>139</sup>.

**39.** Ainsi, outre un manque d'homogénéité au sein des foncteurs utilisés et de leur notation, on doit déplorer l'absence d'unité de vue parmi les logiciens déontiques. Coexistent ainsi quatre entités : tout d'abord, le *permis* correspond à ce qui n'est ni obligatoire, ni prohibé. Dans une acception plus précise, il s'agit de ce qu'il est possible de faire, dans un sens positif. A ce titre, le *permis* s'oppose au *facultatif* – ce qu'il est possible de ne pas faire – et en constitue en même temps le complément. Pour certains auteurs, ces *permis* et *facultatif* doivent être réunis car ils n'ont aucune teneur envisagés séparément. Cette situation « mixte », que l'on peut nommer *droit bilatéral* a finalement la même définition que ce que certains auteurs appellent l'*indifférent* ; néanmoins, ce faisant, ils continuent à employer le *permis* individuellement et n'opèrent pas la simplification qui semble s'imposer.

<sup>135</sup> Paul Amsselek, « Ontologie du droit et logique déontique », *RDP* 1992, p. 1017.

<sup>136</sup> V. Georg Henrik von Wright, « L'analyse des normes », trad. Olivier Taviot, en collaboration avec Jean-Paul Delville, *op. cit.*, p. 19 ; et Georg Henrik von Wright, *Norm and action, a logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley, 1977, p. 71.

<sup>137</sup> On notera que le mot *illicite* est formé à partir de terme latin *licitum*, participe passé de *licere*, signifiant « être permis » ; v. Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p. 190.

<sup>138</sup> V. également André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 430, note 2.

<sup>139</sup> V. Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, *op. cit.*, p. 85 et s.

40. Dans ce contexte, les normes permissives, bien souvent rattachées au *permis*, par une évidente filiation terminologique, ne doivent pas être associées à son acception restrictive – la possibilité de faire. Cette solution se révélerait sans doute réductrice, car plus que le *permis*, ces normes expriment le *permissif*, qui implique l'ensemble de ces distinctions : l'absence d'obligation et d'interdiction, le droit de faire, celui de ne pas faire, en un mot une certaine liberté. Le terme *permissivité* provient d'ailleurs du latin *permittere*, qui signifie « faire aller jusqu'à un but », c'est-à-dire laisser libre<sup>140</sup>. Au surplus, la plupart des auteurs en logique déontique ne reconnaissent que trois types de normes, *prescriptives* (au sens de normes à édictant une obligation), *prohibitives* et *permissives*<sup>141</sup>, alors même que certains d'entre eux poussent loin les distinctions entre foncteurs déontiques. Ni le *droit bilatéral*, ni ce que certains appellent l'*indifférent*, pas plus que le *facultatif*, ne sont rattachés à une catégorie distincte de ces trois types fondamentaux. Or, à l'évidence, ils ne peuvent entrer dans la « composition » des normes prescriptives ou prohibitives. La catégorie des normes permissives a donc vocation à les englober en tant qu'éléments constitutifs du *permissif*.

41. La logique déontique inscrit donc les normes permissives au sein de la structure élémentaire de tout ordre normatif. Toutefois, si cette structure est tripartite, il faut reconnaître que les normes permissives s'apparentent à un *complexe*, au sens où elles réunissent deux composantes déontiques. C'est à partir de ces éléments que la doctrine juridique semble les appréhender, sans toutefois lever certaines ambiguïtés.

## § 2 – UNE APPREHENSION DOCTRINALE AMBIGUË

42. De prime abord, l'appréhension de la notion de norme permissive par la doctrine semble acquise. Aux bases établis par les logiciens, celle-ci ajoute ses propres grilles de lecture du droit, qui tend à isoler la catégorie des normes permissives parmi les diverses manifestations de la normativité juridique (A). Toutefois, des distinctions incertaines viennent ternissent l'appréhension doctrinale de la notion de norme permissive (B).

---

<sup>140</sup> « Permissivité » in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.* L'auteur précise notamment qu'« en logique déontique, (la permissivité est la) possibilité normative de faire quelque chose et de s'abstenir de le faire (permission bilatérale) ».

<sup>141</sup> V. notamment Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, *op. cit.*, p. 60 : « les normes se divisent précisément en prescriptives, prohibitives et permissives » ; Georg Henrik von Wright, *Norm and action, a logical enquiry*, *op. cit.*, p. 15 : « As prescriptions we count commands, permissions, and prohibitions » ; de même, dans *L'analyse des normes*, trad. Olivier Tavio, en collaboration avec Jean-Paul Delville, *op. cit.*, p. 20 : « Le contenu d'une prescription, en particulier, est ainsi la chose prescrite (commandée, permise, prohibée) ». Enfin, en dehors de la logique déontique, la doctrine juridique admet aussi très largement la « triade » normes prescriptives, normes prohibitives, normes permissives (v. *infra*).

## A – DES GRILLES DE LECTURE COMPLÉMENTAIRES DU DROIT

43. La première grille de lecture retenue par la doctrine ne fait que prolonger les enseignements de la logique déontique, et propose une lecture binaire du droit, au travers de laquelle normes permissives et normes impératives s'opposent (1). Une seconde approche s'attache aux finalités possibles des normes juridiques, et met ainsi en évidence celles d'entre elles qui permettent (2).

### *1 – Une lecture binaire du droit*

44. Les trois types de normes identifiés en logique déontique sont largement admis par la doctrine juridique, qui ne nie pas ce qui prend les traits d'une évidence. Ainsi, la plupart des auteurs mentionnent-ils cette « triade » normative comme une vérité que l'on ne saurait discuter. M. Raucant précise ainsi qu'une règle de droit se compose notamment d'un « dispositif, qui est l'énoncé d'un effet juridique : un ordre, une interdiction, une permission »<sup>142</sup>. M. Arnaud exprime la même idée en écrivant : « on peut distinguer [...] selon le comportement qui doit avoir lieu, les normes qui obligent, celles qui interdisent, celles qui permettent »<sup>143</sup>.

Toutefois, à cette vision ternaire, la doctrine combine volontiers une autre approche du droit. Partant de la constatation que ce qui est obligatoire et ce qui est interdit procèdent d'une même intention normative : imposer, la doctrine les regroupe au sein de la catégorie plus générique des normes impératives. Celles-ci, dont la caractéristique majeure est d'ordonner – positivement une obligation, négativement une prohibition –, s'opposent aux normes permissives. Cette lecture binaire du droit, qui distingue entre des normes qui contraignent leurs destinataires et d'autres qui leur laissent une certaine liberté, souligne l'une des caractéristiques majeures des normes permissives. Ces dernières n'apparaissent plus comme un type de norme parmi trois autres, mais comme élément d'une alternative entre deux natures possibles des normes juridiques : impératives ou non.

---

<sup>142</sup> Léon Raucant, *Pour une théorie critique du droit*, Duculot, Gembloux, 1975.

<sup>143</sup> André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 406. Voir aussi Guy Héraud, « La validité juridique », *Mélanges Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 485 ; « Norme », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2003, p. 1079 et s. ; Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* *op. cit.*, p. 157 : « ... la manière – juridique – d'encadrer l'action des individus ou des institutions, en leur offrant divers moyens de mobiliser des règles à leur guise, se traduit forcément par la prescription, l'autorisation, l'interdiction » ; Antoine Jammaud, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.* : « ... il n'est guère contesté que toute règle juridique a pour objet une conduite, par là même imposée, interdite, ou permise ».



45. La terminologie doctrinale relative à cette distinction appelle cependant quelques précisions. Si la distinction essentielle s'établit entre des normes permissives et des normes impératives, la qualification de ces dernières peut varier sensiblement selon les auteurs. Parmi les équivalents usités, la notion de normes *prescriptive* est commune. Le verbe *prescrire* provient du latin *praescribere*, signifiant « écrire en tête, mettre en avant (comme prétexte) », pre-scrire. Selon M. Cornu<sup>144</sup>, il est possible de distinguer entre deux sens de ce terme. D'abord, *prescrire* peut signifier « établir une règle » ; édicter, disposer ou prévoir en sont des synonymes. M. Cornu précise que ce terme est ainsi employé à propos de la loi ou d'autres sources écrites de droit (décret, arrêté), mais peu à l'égard des usages ou de la coutume. Toutefois, l'usage commun de ce terme, tend à affaiblir « la référence instrumentale à l'écriture »<sup>145</sup>, que ce soit en droit comme dans d'autres domaines d'ailleurs<sup>146</sup>. Partant de cette définition, *prescrire* est assimilé à *poser une règle*, quelle que soit la teneur de celle-ci – obligation, prohibition, permission<sup>147</sup>. Toutefois, il va de soi que la règle posée doit avoir un caractère normatif, une « densité normative »<sup>148</sup>. Ainsi, lorsque le législateur introduit dans la loi des dispositions plus proches de considérations politiques ou de pétitions de principes, que de véritables dispositions juridiques, la doctrine dénonce-t-elle des dispositions non-prescriptives<sup>149</sup>. Il en résulte qu'en assimilant *normatif* et *prescriptif*, les auteurs concernés semblent sous-entendre que l'expression *norme prescriptive* est nécessairement tautologique.

46. Mais M. Cornu relève un second sens, plus restreint, du verbe *prescrire* : il s'agit d'« édicter une obligation de faire (par opposition au caractère négatif de l'interdiction) ; rendre obligatoire, positivement, l'accomplissement d'un acte ». Prescrire est ici le contraire de prohiber, ou encore de proscrire : les deux termes sont très proches mais fondamentalement différents. Cet usage est assez courant en doctrine, du fait de l'assimilation de l'adjectif

---

<sup>144</sup> « Prescrire », in Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> On peut ainsi mentionner l'exemple de la médecine : il faut en effet distinguer l'acte écrit par lequel le médecin prescrit à son patient la prise de certains médicaments, qui porte le nom d'*ordonnance*, de la *prescription* qu'il lui fait, dans la mesure où celle-ci dépasse le simple établissement de ce document, et peut comprendre des recommandations orales faites au patient. Le caractère originellement et exclusivement écrit de la prescription est donc remis en cause : c'est l'ordonnance qui formalise la prescription. Par ailleurs, le terme même d'*ordonnance* n'est pas le plus adéquat puisque le médecin ne donne d'ordre à personne, sauf à considérer qu'il enjoint au pharmacien de délivrer lesdits médicaments au patient ; ce faisant, on peut aussi considérer qu'il *permet* au pharmacien de lever la prohibition de délivrance de telles substances sans prescription médicale.

<sup>147</sup> Simone Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Librairie Klincksieck, 1972, p. 97 : « toute norme juridique est une prescription et jamais une constatation... ».

<sup>148</sup> Sur cette notion, v. Charles-Albert Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999.

<sup>149</sup> V. not. Anne Bertrand, *Les dispositions législatives non prescriptives. Contribution à l'étude de la normativité*, thèse, Toulouse, 2000 ; Nicolas Molfessis, « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTDCiv.* 1999, p. 729 ; Conseil d'Etat, « De la sécurité juridique », *Rapport public 1991*, Etudes et documents, n° 43, p. 32 et s. ; Jean-Bernard Auby, « Prescription juridique et production juridique », *RDP* 1988, p. 673 et s.

*prescriptif* à celui d'*impératif*. La norme prescriptive est alors celle qui impose une obligation, positive ou négative ; *prescriptif* est ici employé dans un sens fort, par opposition au sens faible. Ainsi, M. Eisenmann distingue-t-il deux sortes de règles : « l'une prescriptive, "impérative", l'autre simplement habilitante, "permissive" »<sup>150</sup>. De la même manière, selon Mme Rouyère, quand une norme « n'octroie pas un droit, mais crée une *obligation positive ou négative*, à la charge de son destinataire... [c'est] *une norme prescriptive*, et non une norme permissive »<sup>151</sup>. Dans cette perspective, la norme prescriptive s'oppose à la norme permissive, c'est-à-dire non impérative. Une telle confusion ne facilite donc pas l'appréhension de ces notions.

Dans cette deuxième approche, normes permissives et normes prescriptives / impératives s'opposent quant aux effets qu'elles produisent à l'égard de leurs destinataires, et plus précisément quant à leur caractère contraignant. L'impérativité de la norme implique en effet une contrainte sur les sujets de droit : ces derniers sont tenus de se conformer strictement à son contenu, et ne peuvent s'y soustraire sans encourir une sanction. A la violation de l'impératif pénal le droit répond ainsi par la peine. Lorsque l'autorité administrative refuse de prendre un acte que lui impose la loi, en prévoyant une situation de compétence liée, elle encourt l'annulation de cet acte, par le juge administratif. Au contraire, la norme formulée sous la forme permissive n'induit aucune contrainte sur ses destinataires, qui restent libres de s'y conformer ou pas.

47. Cette absence de contrainte n'avait pas échappé à Maurice Hauriou qui, dans une note de jurisprudence de 1913, soulignait la coexistence de dispositions impératives et permissives dans le droit positif<sup>152</sup>. Plus particulièrement, c'est en droit civil que cette distinction était parfaitement établie ; le doyen de Toulouse proposait de l'étendre au droit administratif : « rien n'empêche et tout conseille de faire la même distinction »<sup>153</sup>, écrivait-il. En effet, l'affaire dont avait eu à connaître le Conseil d'Etat concernait un décret du 28 mai 1895, portant règlement sur le service des armées en campagne, et plus précisément son article 106, prévoyant que pour fournir des détachements, un tour de service était établi, dans chaque corps de troupe, entre les bataillons, escadrons, compagnies, batteries. Or, l'autorité militaire de commandement n'avait pas suivi strictement ce tour, ce qui semblait constituer une

---

<sup>150</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983, p. 443.

<sup>151</sup> Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse, Bordeaux IV, 1993, p. 126 (italiques dans le texte).

<sup>152</sup> Maurice Hauriou, note sous CE, 26 janvier 1912, *Blot*, *op. cit.*.

<sup>153</sup> *Ibid.*

irrégularité au regard de la disposition en cause. Le Conseil d'Etat considéra cependant que cet article établissait une règle d'ordre général et que l'autorité supérieure, investie des droits du commandement, était compétente pour y déroger. Selon Maurice Hauriou, « la disposition de l'article 106 du décret du 28 mai 1895 était d'une telle espèce qu'elle ne pouvait pas être violée, qu'elle constituait une simple disposition indicative ou permissive, et non pas impérative pour l'administration »<sup>154</sup>. Plusieurs remarques s'imposent.

Tout d'abord, force est de reconnaître que le doyen de Toulouse n'avait pas une vision uniquement impérativiste du droit et notamment du droit administratif ; cette note de jurisprudence témoigne que le tenant de la « puissance publique » fut l'un des premiers à parler de disposition *permissive* en la matière. Cela étant, il est clair que la dimension normative qu'il accorde à cette disposition est bien faible : une « simple » disposition indicative, « d'une telle espèce qu'elle ne pouvait être violée ». Autrement dit, cette disposition ne posant aucune obligation, mais se contentant de proposer un modèle d'action, d'être un guide pour l'autorité de commandement, ne pouvait en aucun cas se trouver méconnue, « violée », quand bien même l'indication qu'elle apportait n'aurait pas été suivie. Ce type de disposition aurait ainsi la particularité de ne pas assimiler son non-respect à sa violation.

Enfin, les mots d'Hauriou permettent d'esquisser un premier portrait des dispositions permissives. S'il semble opérer une distinction entre disposition indicative et disposition permissive, ce n'est apparemment que dans le but d'éclairer le lecteur. En effet, Hauriou réemploie l'adjectif *permissive* dans sa note, en faisant des dispositions permissives l'opposé des dispositions impératives. L'idée essentielle de la distinction reste la présence ou l'absence de contrainte sur le destinataire de la norme ; indicative, une disposition permissive l'est dans la mesure où elle peut proposer un comportement ou une solution, et dans celle où elle ne fait que proposer. Permissive, elle renvoie à l'idée de faculté, d'autorisation, voire de licence, qui confèrera à son titulaire la liberté de s'écarter du modèle proposé.

**48.** La distinction entre normes impératives et normes permissives est également retenue en droit de l'urbanisme, à l'égard des dispositions du Règlement national d'urbanisme (RNU), opposables aux demandes d'autorisations d'urbanisme (comme le permis de construire)<sup>155</sup>, en

---

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> Sur la réforme des autorisations d'urbanisme, v. l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 *relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme* (JORF 9 décembre 2005 p. 18997).

l'absence de plans locaux d'urbanisme<sup>156</sup>, ou dans certains cas, malgré l'existence de tels documents, dès lors que les règles en cause sont dites d'ordre public car elles ne sauraient souffrir aucune dérogation compte tenu des intérêts essentiels qu'elles garantissent (sécurité publique, salubrité publique...). Ces règles générales s'imposent aux autorités compétentes pour délivrer les autorisations d'urbanisme. Cependant, elles n'impliquent pas toutes une contrainte juridique identique sur ces autorités.

En effet, la doctrine a relevé que certaines posent des prescriptions catégoriques<sup>157</sup>. Ces dispositions sont qualifiées d'impératives. Au contraire, d'autres dispositions du RNU laissent l'administration libre de prendre une certaine décision ou non. L'article R111-3-1 du Code de l'urbanisme, dispose par exemple que « *le permis de construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions sont de nature, en raison de leur localisation, à être exposées à des nuisances graves, dues notamment au bruit* ». Cette disposition permet à l'autorité compétente de refuser le permis de construire pour ce motif, ou bien de conditionner son octroi à l'observation de prescriptions propres à parer aux inconvénients qui sont visés (obligation de respecter des normes de protection acoustique, par exemple), mais elle ne l'y contraint pas. Pour la doctrine, une telle règle est « permissive (car) elle donne à l'administration la possibilité de prendre une décision déterminée, mais sans jamais l'y contraindre : l'autorité compétente reste libre de ne pas user de la faculté que lui confère ainsi le droit »<sup>158</sup>. Selon M. Savy, « on reconnaît les dispositions permissives à l'emploi de l'auxiliaire « pouvoir » : le texte dispose que, dans telle circonstance, le permis de construire *peut* être refusé, ou accordé »<sup>159</sup>. Si cette remarque ne se vérifie pas nécessairement dans les disciplines autres que le droit de l'urbanisme, elle a au moins le mérite d'établir une présomption formelle de permissivité, tout à fait conforme aux enseignements de la logique déontique.

---

<sup>156</sup> Ces documents de planification locale remplacent, depuis la loi du 13 décembre 2000, *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, les plans d'occupation des sols (POS).

<sup>157</sup> Par exemple, l'article R111-9 du Code de l'urbanisme : « *Les lotissements et les ensembles d'habitation doivent être desservis par un réseau de distribution d'eau potable sous pression et par un réseau d'égouts évacuant directement et sans aucune stagnation les eaux usées de toute nature* ».

<sup>158</sup> Robert Savy, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 590. Le qualificatif *permissif* est unanimement admis au sein de la doctrine du droit de l'urbanisme : voir notamment : Jean-Bernard Auby et Hugues Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> édition, 2004, n° 571 : les dispositions du RNU à « caractère "permissif" [...] ouvrent à l'administration la possibilité de refuser le permis de construire ou de ne l'accorder que conditionnellement en présence de certaines circonstances à apprécier ». V. aussi Henri Jacquot et François Priet, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Précis, 5<sup>ème</sup> éd. 2004, n° 287 ; Jean-Pierre Lebreton, *Droit de l'urbanisme*, PUF, 1993, p. 129 ; Jean-François Inserguet, *La spécificité du régime juridique des actes administratifs en droit de l'urbanisme : l'exemple du POS*, thèse, Limoges, 1997, 457 p., p 96 : référence à un « article permissif du RNU ».

<sup>159</sup> *Ibid.*

49. Une distinction est donc clairement établie en doctrine entre les normes impératives et les normes permissives. Il semble que cette division touche d'ailleurs à une caractéristique du droit souvent mise en avant : celle d'imposer. Or, les normes permissives semblent s'inscrire en faux contre cette conception. Le système normatif serait donc dual, formé d'un ensemble de prescriptions se divisant en normes impératives, contraignantes, et en normes permissives.

Mais si la qualification de norme permissive caractérise une alternative à la contrainte dans les modalités d'expression de la règle de droit, elle renvoie également, chez certains auteurs, aux finalités que celle-ci peut remplir.

## 2 – Une approche finaliste du droit

50. La vocation première du droit est de régir les rapports sociaux, c'est-à-dire de réguler les relations qu'entretiennent les personnes entre elles ou à l'égard des choses qui les entourent. Cette fonction générale de régulation se décline en diverses fonctions plus spécifiques : classiquement prohiber, ordonner, permettre. La doctrine classique de l'anthropologie sociale<sup>160</sup> avance d'ailleurs que ces fonctions seraient apparues progressivement, à mesure que l'évolution des sociétés humaines les rendait nécessaires.

Les premières normes sociales à dimension juridique auraient ainsi été constituées par des interdictions, visant à assurer un minimum d'organisation et les conditions d'une coexistence pacifique au sein des groupes<sup>161</sup>. Un des premiers interdits fut sans doute la prohibition de l'inceste. Les obligations auraient ensuite été introduites, pour formaliser des règles morales et répondre à certaines nécessités pratiques. Cette structure de base s'est ensuite étoffée, à mesure que les rapports sociaux se complexifiaient<sup>162</sup>. Le permis a pu, durant un certain temps, n'être que le produit d'une absence d'interdit et d'obligation, sans toutefois s'identifier au non-droit (puisque'en faisant ce qui est permis, il fallait tout de même respecter ce qui est

---

<sup>160</sup> Sur cette question, v. not. Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève-Paris, 1979, p. 50-54 ; Sigmund Freud, *Totem et tabou*, Payot, Petite bibliothèque, 2<sup>ème</sup> trad., 1965, spéc. p. 189 et s., cité par Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 199 et s. ; Eugène Enriquez, *De la horde à l'Etat. Essai de psychanalyse du lien social*, Gallimard, 1988 ; du même auteur, « Du crime au groupe, du groupe à l'Etat », *Pouvoirs* 1979, 11, p. 41 ; Pierre Legendre, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*, Fayard, 1989.

<sup>161</sup> André-Jean Arnaud considère que la coexistence est « une fonction de base recherchée à travers les prohibitions » (« Prohibition » in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 483). V. Nicolas Molfessis, évoquant le « réflexe juridique primaire, qui consiste à obliger en posant un interdit » ; « La distinction du normatif et du non-normatif », *op. cit.*, p. 730.

<sup>162</sup> Outre la coexistence, les systèmes normatifs développés doivent promouvoir « la coopération, pour laquelle il est nécessaire d'établir des obligations et en particulier des « permis » qui instaurent des pouvoirs et des sphères de permissivité » (André-Jean Arnaud, *ibid.*)

interdit et ce qui obligatoire), mais peu à peu, de véritables normes l'ont positivement exprimé. Ces diverses fonctions socio-normatives ont donc été incarnées dans les normes juridiques.

51. Aujourd'hui, cet arsenal normatif est complexe : aux fonctions de base s'en ajoutent de nouvelles, qui trouvent une expression dans les règles juridiques contenues dans le droit positif : recommander, inciter... Or, si la diversification des fonctions a suscité celle des règles de droit, elle pourrait également expliquer la variabilité de leur teneur normative. Ce lien entre la fonction et la teneur normative de la règle de droit est d'ailleurs sous-jacent dans l'étude qu'a faite Mme Thibierge sur les « textures » du droit : selon cet auteur, le droit positif serait composé de dispositions à la densité normative plus ou moins forte. Ainsi, « aux deux extrémités, les certitudes réconfortantes de la logique binaire : incontestablement obligatoires, les règles prohibitives et prescriptives, et *a fortiori* les règles indérogeables ; à l'inverse, certainement non obligatoires, les expressions de grands principes déclaratoires, les objectifs et orientations du droit dit « proclamatoire » ou « déclamatoire », parfois avec quelque dérision. Entre les deux, une frange indéterminée de règles permissives, qui autorisent bien plus qu'elles n'obligent, de règles incitatives, telles que les incitations du droit fiscal, de recommandations qui proposent sans imposer : entre l'obligatoire et le déclaratoire, maintes nuances, telles que le permis, l'encouragé, le recommandé, le conseillé... »<sup>163</sup>.

52. La règle de droit peut donc être l'expression d'une fonction, qu'une approche fonctionnaliste<sup>164</sup> de la matière vise à mettre en évidence<sup>165</sup>. Une approche fonctionnaliste, voire finaliste, dans la mesure où cette démarche, fondée sur les fonctions, ne peut méconnaître les finalités assignées aux règles étudiées<sup>166</sup>. Il existe donc un cheminement logique conduisant de la finalité d'une norme à sa nature<sup>167</sup>, en passant par la fonction qu'elle se propose d'assurer pour servir cette fin.

---

<sup>163</sup> Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTDCiv.*, 2003, p. 618. Cette conception va d'ailleurs à l'encontre d'une lecture purement binaire du droit (impératif/permisif) ou de la présentation traditionnellement tripartite des normes (obligatoire, interdit, permis).

<sup>164</sup> Pourquoi pas *fonctionnelle*.

<sup>165</sup> « Au lieu d'ériger le droit en pure structure de normes, en hiérarchie rigide qui ne s'accorde pas avec la complexité de la réalité juridique, (l'approche fonctionnelle) classifie la règle juridique d'après la fonction qui lui est propre dans l'ordre juridique » ; Henri R. Pallard, « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique », *op. cit.*, 211, p. 230.

<sup>166</sup> Henri R. Pallard souligne d'ailleurs ce lien : « Cette activité de classification a une orientation téléologique puisque l'attitude fonctionnelle est motivée par le but inhérent à la règle », *op. cit.*, p. 230-231.

<sup>167</sup> Pallard : p. 231 : « la fin de la « règle » – « permission », qualification, interdiction ou commandement – détermine sa nature ».

La doctrine a donc pu considérer les normes permissives au gré d'une telle démarche, en mettant ainsi en évidence leur rôle dans le tissu normatif, et partant, dans la société ; de l'octroi d'une permission ponctuelle et identifiée, à la reconnaissance d'une aire de permissivité, générale et permanente, l'approche fonctionnelle des normes permissives est marquée par le large spectre qu'elles couvrent. Un élément est toutefois constant : les normes permissives délimitent un *pouvoir-faire*, plus ou moins précis et limité, et excluent ainsi tout *devoir*.

53. Mme Goyard-Fabre propose justement une classification des normes juridiques fondée sur leur fonction. Cette « typologie fonctionnelle » recense trois espèces possibles de normes : les normes injonctives, qui correspondent à ce que la majorité de la doctrine appelle normes impératives, les normes habilitantes<sup>168</sup> et les normes permissives. Concernant ces dernières, l'auteur en voit une illustration dans l'article 544 du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

Selon elle, « l'article 544 se présente comme un énoncé PERMISSIF [en majuscules dans le texte] : il détermine la sphère d'action, effective ou virtuelle, que le législateur reconnaît au propriétaire. Une règle de ce type est PERMISSIVE dans l'exacte mesure où elle autorise un sujet de droit à accomplir tels actes, dès lors estimés juridiquement LICITES »<sup>169</sup>. La qualification de norme permissive a donc bien trait ici à sa fonction et sa finalité. Selon M. Pallard, « l'examen de la fin de la norme, son « motif » – « permettre » une certaine action ou une série d'actions – détermine le type de règle : l'article 544 est une norme permissive car il confère un certain pouvoir au propriétaire »<sup>170</sup>. Ce n'est donc pas la manière de prescrire mais le sens de ce qui est prescrit qui importe dans cette démarche.

54. Le domaine des libertés publiques, qui se caractérise par le contenu *permissif* de ses prescriptions – des droits, des libertés, des autorisations, des permissions... – se présente *a priori* comme une terre d'élection des normes permissives. Pour autant, la doctrine n'y a pas développé un usage important de l'expression *normes permissives* ; néanmoins, elle recourt fréquemment à l'adjectif *permissif*, ce qui fait nécessairement référence à l'existence de telles normes et à leur fonction, leur finalité.

---

<sup>168</sup> Il faut préciser que l'auteur considère que ces normes confèrent à leur destinataire un pouvoir d'action assorti d'un devoir d'exercice. Cette conception très marginale ne semble pas admissible (v. n° 65).

<sup>169</sup> Simone Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, op. cit., p. 93.

<sup>170</sup> Op. cit., p. 231. Il considère de manière générale que la règle permissive « crée un pouvoir-faire ».

55. Il en est ainsi à propos des décisions administratives qui accordent des autorisations aux administrés ; cette hypothèse s'inscrit dans le cadre d'un régime préventif d'exercice des libertés publiques<sup>171</sup>, dans lequel l'autorisation préalable a précisément cette fonction de permettre au pétitionnaire d'user d'une liberté. Cette décision administrative est tantôt qualifiée d'*acte permissif*, qui « confère aux administrés des droits ou des facultés : permis de chasse, licence d'exploitation d'un débit de boissons, autorisation d'occuper une parcelle du domaine public, permis de construire »<sup>172</sup>, tantôt de *décision permissive*, consacrant « au profit d'un particulier une faculté ou un avantage »<sup>173</sup>. D'ailleurs, la racine du verbe *permettre* est présente dans la dénomination d'un très grand nombre d'autorisations administratives : permis de construire, permission de voirie, permis de stationnement, permis de conduire, permis de démolir...

C'est sans doute pour cette raison qu'un auteur a été amené à faire de l'adjectif *permissif* un véritable *leitmotiv* de sa thèse consacrée au procédé de l'autorisation préalable<sup>174</sup>. Ainsi, donne-t-il pour synonyme de régime préventif l'expression « régime permissif »<sup>175</sup>, et évoque-t-il le « système permissif »<sup>176</sup>, le « procédé permissif »<sup>177</sup>, ou encore la « technique permissive »<sup>178</sup>. L'ensemble de la procédure relative à l'autorisation préalable (demande du pétitionnaire, examen et réponse par l'administration) est, de même, qualifié de « procédure permissive »<sup>179</sup>, l'administration se livrant à une « intervention permissive »<sup>180</sup>. Enfin, si cet auteur reprend la terminologie d'acte permissif, il parle également de « réponse individuelle permissive »<sup>181</sup>.

Ainsi, bien qu'il n'évoque pas véritablement la *norme* permissive en tant que telle, il y fait implicitement référence, dans la mesure où les autorisations administratives constituent des

---

<sup>171</sup> Sur la distinction régime préventif / régime répressif : Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Collin, 6<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 175 et s. ; Patrick Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 4<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 283 et s. ; Jean-Jacques Israel, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, p. 247 et s.

<sup>172</sup> Jacques Moreau, *Droit administratif*, PUF, 1989, p. 207.

<sup>173</sup> Jean Rivero, « Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives », *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, tome 2, p. 379. Voir aussi Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, DES, Droit public, 1953-54, Les Cours de Droit, 1954, p. 280.

<sup>174</sup> Pierre Livet, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, LGDJ, 1974, 334 p.

<sup>175</sup> *Op. cit.*, p. 8.

<sup>176</sup> *Op. cit.*, p. 9.

<sup>177</sup> *Op. cit.*, p. 9.

<sup>178</sup> *Op. cit.*, p. 10.

<sup>179</sup> *Op. cit.*, p. 8 et 190.

<sup>180</sup> *Op. cit.*, p. 7 et 13.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 186-187.



normes<sup>182</sup>. En l'occurrence, celles-ci permettent l'exercice d'une liberté publique, que le législateur avait subordonné à l'examen d'une autorité administrative. Le procédé de l'autorisation préalable renferme donc potentiellement une norme permissive, si l'examen de la demande d'autorisation s'avère favorable au pétitionnaire, l'autorité administrative levant l'interdiction d'user de la prérogative en cause. Là encore, la finalité de la norme permissive est donc clairement de reconnaître un *pouvoir-faire*, la légitimité de mettre effectivement en œuvre un droit, une liberté.

**56.** Cette approche fonctionnelle du phénomène normatif permet, enfin, de révéler la fonction des normes permissives dans l'aménagement des relations entre le pouvoir politico-administratif et ce que l'on peut appeler, à la suite de M. Arnaud, la sphère de liberté privée ou sociale. Cet auteur développe, en effet, une réflexion autour de la fonction des permissions dans les rapports entre ces deux pôles de la société. Si l'usage de la notion dans le domaine des libertés publiques peut laisser à penser que la permissivité normative ne profite qu'aux individus – octroi d'autorisations, mais aussi reconnaissance de libertés de nature variée<sup>183</sup> – il convient de reconnaître que le pouvoir politique lui-même, a besoin, pour s'exercer de manière significative, de normes permissives<sup>184</sup>. Ceci s'explique par le fait qu'à l'un ou l'autre de ces pôles, les normes attribuant des pouvoirs ont une même fonction essentielle : « donner des facilités pour la réalisation d'actions personnelles, sociales ou politiques »<sup>185</sup>. Toutefois, ces deux facettes sont intimement liées, à la manière de vases communicants, dans la mesure où la garantie d'une aire importante de permissivité pour les gouvernés ne se conçoit que si le pouvoir politique ne connaît pas une latitude d'action aussi large<sup>186</sup>. Pour autant, ce dernier ne pourra être totalement privé de toute latitude, dans la mesure où cette situation serait la négation même de l'idée de pouvoir.

---

<sup>182</sup> Ces autorisations constituent d'ailleurs des permissions, que A. J. Arnaud définit ainsi : « énonciation d'une norme, par quelqu'un qui a l'autorité (légale) pour ce faire, par laquelle il est permis à une personne ou à un groupe de personnes de réaliser un certain type d'acte » (André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 430-431).

<sup>183</sup> A cet égard, André-Jean Arnaud relève que les permissions peuvent notamment « garantir des espaces d'immunité personnelle » (liberté de croyance), « des espaces libres d'action sociale » (libertés associative, syndicale), ou encore d'action « économique » (liberté du commerce) ; *op. cit.*, p. 434-435.

<sup>184</sup> C'est notamment en ce sens que André-Jean Arnaud précise que les permissions peuvent notamment « établir des pouvoirs publics discrétionnaires », comme la faculté, pour le Parlement, d'approuver des traités internationaux ; *ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> « ... les libertés sociales et privées sont à la fois le pouvoir vu et ressenti du côté des gouvernés, et la sujétion et le manque de compétence du côté des gouvernants, tout comme le pouvoir politique étatique est la liberté du prince qui établit la sujétion du peuple » (*ibid.*).

L'approche finaliste du droit ne manque donc pas de révéler l'existence de normes permissives indispensables à l'organisation de la société. Attribuant des pouvoirs privés et publics, reconnaissant des libertés et aménageant leur exercice, ces normes apparaissent comme une composante nécessaire du tissu normatif.

57. La qualification de norme permissive apparaît donc comme une certaine évidence dans la doctrine : systématisée par la logique déontique, présentée comme alternative à la norme impérative, et confortée par une lecture finaliste du droit, elle s'impose à l'observateur. Toutefois, ce constat n'est pas sans présenter certaines ambiguïtés s'agissant de la distinction entre la notion de norme permissive et des notions relativement proches.

## B – DES DISTINCTIONS INCERTAINES

58. Faute d'être définie avec suffisamment de précision et de constance dans la doctrine, la notion de norme permissive se trouve parfois mal distinguée d'autres qualifications qui ne visent pourtant pas les mêmes réalités normatives. Ainsi en est-il s'agissant des notions de norme supplétive (1) et de norme d'habilitation (2).

### *1 – Norme permissive et norme supplétive*

59. La doctrine semble largement admettre que le discours normatif s'exprime selon les modes opposés que sont l'impératif et le permissif ; les normes impératives – obligations ou prohibitions – imposent à leur destinataire un certain comportement ou une certaine action, tandis que les normes permissives les leurs proposent comme des facultés. Cette distinction pourrait s'imposer invariablement si un autre sens n'était pas conféré au terme *impératif* par une partie de la doctrine. En effet, un certain nombre d'auteurs, notamment civilistes, emploient cet adjectif dans un autre sens, et ne l'opposent alors plus à *permissif*, comme cela paraissait acquis.

60. Cette autre acception d'*impératif* ne renvoie plus à la force contraignante de la norme en tant qu'ordre, mais à sa force en tant que règle de droit indérogeable. M. Cornu en donne cette définition : « auquel la volonté individuelle ne peut déroger (C. civ., a. 6) ; se dit d'un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté

contraire que les particuliers auraient exprimée dans un acte juridique<sup>187</sup> ». L'alternative s'établit ici entre *impératif* et *supplétif*. Or, norme permissive et norme supplétive<sup>188</sup> ne semblent pas synonymes : cette dernière notion qualifie une règle dont le contenu s'applique s'il n'a pas été décidé, par la volonté législative ou individuelle, d'y substituer une autre norme, légale ou plus fréquemment conventionnelle<sup>189</sup> – ces règles sont d'ailleurs dites supplétives de volonté<sup>190</sup>. Ce mécanisme est très fréquent en droit civil ; par exemple, le Code civil propose la communauté de biens réduite aux acquêts comme régime matrimonial de base, que les époux peuvent préférer écarter pour établir un contrat de mariage. Le régime légal, prévu par le législateur, est donc supplétif, en ce qu'il ne s'appliquera que si la volonté individuelle n'y déroge pas contractuellement.

*Supplétif* est donc l'adjectif idoine pour qualifier ces normes qui visent à *suppléer* à l'absence d'autres normes, bien qu'elles préexistent de fait aux éventuelles normes conventionnelles ou légales pouvant leur être préférées. Cependant, il est permis de douter du caractère approprié de la distinction entre ces normes et les normes impératives, d'autant que se pose alors la question de la pertinence de la qualification de norme permissive.

**61.** Il convient d'abord de s'interroger sur l'emploi de l'adjectif *impératif* pour qualifier des normes dont la force obligatoire ne fait aucun doute puisqu'elles ne peuvent être éludées par les sujets de droit. Dans la définition de M. Cornu, les règles impératives ont un contenu d'ordre public, qui explique leur inconditionnalité. Or, selon le même auteur, est dite d'ordre public une « norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement

---

<sup>187</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* La notion de commandement, que l'on trouve dans la racine latine (*imperativus*, de *imperare* : commander) vaut autant pour le contenu de la norme (en tant qu'ordre) que la norme elle-même (comme instrument de législation).

Le droit international public semble connaître un tel emploi de l'adjectif *impératif*. Le *jus cogens*, constitué de normes que les Etats ne sauraient méconnaître au travers de leurs traités, est constitué de *normes impératives du droit international général*. L'article 53 de la Convention de Vienne indique qu'une telle norme est une « norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère » (V. Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, *op. cit.*, n° 271-273).

<sup>188</sup> Pour une étude de la notion, v. Cécile Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, thèse, Paris I, 2003 ; LGDJ, 2004.

<sup>189</sup> Supplétif, ive : « *Adj.* – Lat. médiév. *suppletivus*, de *supplere*.

Qui remplace, s'applique à défaut de..., comble une lacune.

1 – Se dit d'une règle applicable à défaut d'autres dispositions (légales ou conventionnelles). Ex. coutume supplétive, applicable dans le silence de la loi.

2 – Sous-entend souvent « volonté individuelle » ; se dit alors d'une loi, d'une coutume applicable, dans le silence des parties, c'est-à-dire, sauf stipulation expresse des intéressés et par extension, sauf usages (conventionnels, tacites) contraires. »

<sup>190</sup> On rencontre aussi la dénomination de règle *interprétative* ou encore *dispositive*.

des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle) »<sup>191</sup>. Autrement dit, une norme d'ordre public se trouve au fondement de l'organisation sociale, et c'est précisément pour cette raison qu'elle implique une stricte sujétion ; son non-respect risquerait de mettre en péril le fonctionnement harmonieux de la société. On remarquera par ailleurs que cette acception de l'ordre public excède même la conception la plus extensive de la notion en droit administratif<sup>192</sup>.

Les normes impératives intéressant l'ordre public, pourquoi ne pas avoir retenu cette seconde terminologie pour les qualifier sans risque de confusion ? C'est d'ailleurs la solution retenue par la doctrine du droit de l'urbanisme à propos du Règlement national d'urbanisme (RNU)<sup>193</sup>. En effet, elle distingue au sein de ce corps de règles de base de l'urbanisme entre des dispositions d'ordre publiques et des dispositions supplétives. Ces dernières ne s'appliquent que si les autorités locales n'ont pas adopté une réglementation locale de l'urbanisme<sup>194</sup>. Les premières, au contraire, ne peuvent être méconnues, même par les autorités locales, qui doivent les respecter dans leurs documents locaux de planification ; ces règles d'ordre public garantissent une urbanisation répondant aux exigences fondamentales de la société en la matière<sup>195</sup>. Or, la doctrine ajoute que ce RNU renferme en même temps deux catégories opposées de règles : impératives et permissives. La distinction recouvre alors celle qui est dérivée de la logique déontique et qu'une majorité de la doctrine retient. Les unes comme les autres appartiennent, par ailleurs, indifféremment à la catégorie des dispositions d'ordre public ou à celle des règles simplement supplétives. A travers cette approche, la qualification de règle impérative est donc totalement distincte de celle de règle d'ordre public.

---

<sup>191</sup> *Op. cit.*

<sup>192</sup> Si le droit administratif a longtemps assimilé la notion d'ordre public à la « trilogie traditionnelle » *sécurité – tranquillité – salubrité publiques*, il semble qu'il faille y inclure aujourd'hui le *bon ordre moral* et la *protection des individus contre eux-mêmes* (v. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 903 et s.). Voir aussi la notion d'esthétique publique, not. Jessika Makowiak, *Esthétique et droit*, thèse, Limoges, 2000, LGDJ, 2004, 402 p.

<sup>193</sup> V. not. Henri Jacquot et François Priet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, *op. cit.*, n° 286-287 ; Jean-Pierre Lebreton, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>194</sup> V. art. R111-1 du Code de l'urbanisme.

<sup>195</sup> Sécurité publique, salubrité publique, prise en compte de l'environnement, ensoleillement et autres règles de prospect.

62. En ne retenant pas cette grille de lecture, certains auteurs nourrissent donc l'ambiguïté<sup>196</sup> en continuant à conférer deux significations à la notion de norme impérative<sup>197</sup>. D'ailleurs, la confusion croît encore lorsqu'il est écrit que figurent parmi ces « lois qui ne peuvent en aucune façon être écartées par les sujets de droit [...], les règles qui gouvernent le *mariage* et le *divorce*, ou celles qui imposent *repos hebdomadaire* et *congés payés* pour les salariés, ou encore celles qui définissent le droit de construire sur un terrain (*permis de construire*, *règlement d'urbanisme*, etc.) »<sup>198</sup>. Non seulement certaines de ces règles sont, au contraire, supplétives – comme certaines règles relatives aux régimes matrimoniaux<sup>199</sup>, ou de nombreuses dispositions du RNU –, mais elles ont manifestement un caractère permissif : ainsi, les normes contenues par le permis de construire, si elles ne peuvent être écartées par le bénéficiaire de cette autorisation administrative, sont permissives en ce qu'elles confèrent avant tout la permission d'édifier une construction ; cette simple permission laisse son titulaire libre d'exécuter ou non lesdits travaux. De même, un certain nombre de règles du RNU sont permissives, qu'elles soient supplétives ou d'ordre public.

63. Un autre élément paraît enfin justifier la remise en cause de la notion de norme impérative pour désigner une norme non-supplétive. L'article 6 du Code civil lui-même ne l'emploie pas quand il dispose : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Cet article, qui pose le principe de l'existence de règles supplétives<sup>200</sup>, fait référence à deux notions, l'ordre public et les bonnes mœurs. Il impose l'idée que certaines règles législatives ne sauraient être écartées par des normes conventionnelles ou d'autres normes légales, en raison de leur lien avec l'ordre public et les bonnes mœurs. Elles servent à sauvegarder ces intérêts supérieurs. La considération de la *forme* de leur contenu paraît indifférente : qu'il s'agisse d'un contenu de type impératif, qui

---

<sup>196</sup> Ambiguïté d'autant plus dommageable qu'elle se développe dans les ouvrages d'introduction au droit, conseillés aux étudiants de première année. V. not. Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> édition, 2000, p. 15 et p. 86-87 ; Rémy Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, 2003, p. 10 et s.

<sup>197</sup> Un auteur indique même que les normes impératives (au sens de non-supplétives) peuvent être qualifiées de *prohibitives* ; Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 86-87.

<sup>199</sup> L'article 1387 du Code civil dispose ainsi que « *la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* » (les articles suivant énoncent cependant un ensemble de dispositions auxquelles on ne peut déroger : droits et devoirs résultant du mariage, règles de l'autorité parentale, ordre légal des successions...).

<sup>200</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, Thémis, PUF, 27<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 237 : « Un très grand nombre de lois civiles, au contraire, sont susceptibles de dérogations par conventions privées. L'article 6 montre clairement que les lois n'ont pas toutes la même force obligatoire. De ce texte se déduit une distinction capitale entre les *lois impératives* ou d'*ordre public*, d'une part, et d'autres, les lois simplement *interprétatives* ou *supplétives de volonté* ».

impose un *devoir faire*, ou au contraire d'un contenu de type permissif, qui reconnaît un simple *pouvoir faire*, ne concerne en rien le caractère ou non supplétif de la norme posée par le législateur. La difficulté provient de l'existence d'un *pouvoir faire* sur deux plans : celui lié à la permissivité et celui lié à la supplétivité. Au premier, s'oppose l'impérativité, au second, une hypothèse bien comprise mais mal nommée, et d'ailleurs difficilement nommable : la qualifier d'indérogeable serait sans doute mal venu puisque l'idée de dérogation entretient des liens avec l'impératif normatif. Par prudence, vaut-il mieux simplement qualifier les normes concernées de normes d'ordre public (comme la doctrine d'urbanisme et dans l'esprit de l'article 6 du Code civil) ou, avec encore plus de précaution, de normes non-supplétives.

**64.** Quant au lien entre norme permissive et norme supplétive, il serait tentant de considérer la seconde comme un type particulier de la première : elle laisse ses destinataires libres de retenir ou d'écarter les prescriptions qu'elle contient. Il s'agit d'une liberté d'une nature simplement différente de la liberté en général conférée par les normes permissives, tenant à l'application ou non de normes juridiques préalables et, par conséquent, à l'exercice ou non de la liberté conventionnelle. La frontière est donc extrêmement ténue entre les deux notions. D'ailleurs, lorsque le doyen Hauriou indiquait qu'« en droit civil, on distingue bien des dispositions de lois impératives, et des dispositions qui sont simplement permissives »<sup>201</sup>, il cultivait malgré lui l'ambiguïté : les normes permissives qu'il évoque ne seraient-elles pas que des normes supplétives ? Les données de l'espèce en cause ne sont d'ailleurs pas très éclairantes à cet égard<sup>202</sup>.

En conclusion, si les notions de norme permissive et de norme supplétive peuvent se recouper, il convient toutefois de rejeter leur assimilation totale, toute norme permissive n'étant pas nécessairement supplétive. Il en résulte que la lecture binaire du droit proposée par la doctrine trouve une sérieuse limite : elle pâtit de la polysémie de l'adjectif *impératif* qui ne permet pas de bien distinguer les couples permissivité/impérativité et supplétivité/non-supplétivité, et ne rend pas compte des rapports entre norme permissive et norme supplétive.

Une certaine confusion existe également entre norme permissive et norme d'habilitation.

---

<sup>201</sup> Maurice Hauriou, note sous CE 26 janvier 1912, *Blot* (préc.).

<sup>202</sup> Le Conseil d'Etat considéra que le texte qui lui était déféré établissait une règle d'ordre général, et que l'autorité supérieure, investie des droits du commandement, était compétente pour y déroger. Quant à Maurice Hauriou, il écrivait que la disposition en cause « était d'une telle espèce qu'elle ne pouvait pas être violée, [...] c'était une simple disposition indicative ou permissive, et non pas impérative pour l'administration » (*ibid.*). La frontière entre norme permissive et norme supplétive est ici relativement ténue, d'autant que les dispositions en cause n'étaient pas rédigées dans une formulation expressément permissive, du type : « *L'autorité de commandement peut...* ». Les deux interprétations sont donc parfaitement soutenables.

## 2 – Norme permissive et norme d’habilitation

65. A lire certains auteurs, norme permissive et norme d’habilitation – ou habilitante – entretiennent une certaine proximité qui peut causer une confusion des deux notions. De prime abord, un rattachement des normes habilitantes aux normes permissives semblerait envisageable dans la mesure où habiliter quelqu’un consiste à lui conférer une *faculté de faire*, d’accomplir certains actes<sup>203</sup> ; la même idée domine dans les définitions juridiques du terme *habilitation*. Ainsi, s’agit-il, pour M. Cornu, de la « collation d’un pouvoir d’agir », d’une « investiture légale ou judiciaire en vertu de laquelle une personne reçoit le pouvoir d’accomplir un ou plusieurs actes juridiques, soit en son nom personnel, soit par représentation d’autrui »<sup>204</sup>. L’auteur en fait même un synonyme d’autorisation, en précisant toutefois que « ce dernier terme évoque plutôt la source de l’accroissement de pouvoir et l’habilitation, l’acquisition du pouvoir »<sup>205</sup>. Ces éléments de définitions paraissent donc conformes à l’idée d’une norme dont la fonction est d’attribuer un pouvoir, de permettre un comportement ou une action, comme le font les normes permissives<sup>206</sup>. Ainsi, il semblerait qu’il soit, *a priori*, inconcevable d’assimiler une habilitation à une norme imposant un devoir à son destinataire, qualifiée d’impérative.

66. La confusion entre norme permissive et norme d’habilitation est d’ailleurs fréquente, dès lors qu’il s’agit de distinguer ces deux notions de celle de norme impérative. M. Eisenmann assimile manifestement norme permissive et norme d’habilitation lors qu’il distingue deux formes de règles : « l’une prescriptive, "impérative", l’autre simplement habilitante, "permissive" »<sup>207</sup>. L’ambiguïté demeure lorsqu’il considère, après les normes impératives, « les dispositions qui portent permission, autorisation, faculté, pouvoir, droit de se comporter d’une certaine façon ou d’obtenir quelque chose, – toutes dispositions de la forme « vous pouvez... », « vous avez le droit de... », « vous avez le pouvoir de... », « vous êtes libres

---

<sup>203</sup> Selon le *Trésor de la Langue Française*, le verbe *habiliter* signifie « rendre (quelqu’un) habile, conférer la capacité juridique de (faire quelque chose) ». En particulier, l’usage du terme au passif, correspondrait à « autoriser (quelqu’un) à (faire quelque chose) comme étant l’une de ses attributions ».

<sup>204</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> Sur le plan étymologique, *habilitation* provient du latin médiéval *habilitio*, de *habilitare* : rendre apte, habile. L’idée de capacité est donc fondamentale dans ce mot. Gérard Cornu ajoute qu’en droit public, l’habilitation est le « nom souvent donné, en doctrine et en pratique, à la procédure par laquelle une autorité publique en autorise une autre à faire quelque chose que sans cette permission elle ne pourrait pas faire. Ex. les lois d’habilitation par lesquelles le Parlement autorise le gouvernement à prendre des décrets ou ordonnances ayant certains caractères législatifs », *ibid.*

<sup>207</sup> *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 443.

de... », etc., – en bref : les dispositions permissives, ou habilitantes ou tributives »<sup>208</sup>. C'est même l'émission qui prévaut, puisqu'il semble impossible d'attribuer un effet spécifique et exclusif à chacune de ces normes : si les dispositions tributives se restreignent à conférer le droit d'obtenir quelque chose, les permissions, autorisations, facultés, pouvoirs et autres droits de se comporter d'une certaine manière ne sont pas l'apanage exclusif soit des normes permissives, soit des normes habilitantes.

Mme Barthe-Gay semble également associer norme permissive et norme habilitatrice lorsqu'elle écrit que « les règles permissives qui ouvrent une faculté à l'administration se présentent fréquemment comme des normes habilitatrices, c'est-à-dire des normes qui confèrent le pouvoir de produire du droit en édictant des actes juridiques »<sup>209</sup>. La norme d'habilitation serait ainsi une sous-catégorie de norme permissive, caractérisée par la capacité normative qu'elle confère.

**67.** La liaison des deux notions, outre l'économie des concepts qu'elle implique et la proximité qu'elle entretient avec le langage juridique ordinaire<sup>210</sup>, serait d'ailleurs un moyen de conforter la thèse de l'existence de normes permissives. M. Tusseau, dans sa thèse consacrée aux normes d'habilitation<sup>211</sup>, montre ainsi que la volonté de rendre compte des énoncés habilitants permet, pour certains auteurs, l'admission de la notion de normes permissives<sup>212</sup> ; de même, les habilitations pourraient constituer une illustration d'un concept autonome de norme permissive<sup>213</sup>. L'approche permissiviste de ces auteurs<sup>214</sup> n'est pourtant pas totalement satisfaisante ; une distinction entre norme d'habilitation et norme permissive pourrait en effet permettre une lecture plus fine du droit positif.

---

<sup>208</sup> *Op. cit.*, p. 509.

<sup>209</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ* 2004, p. 233-259, spéc. p. 233.

<sup>210</sup> C'est d'ailleurs cette proximité qui rend si malaisée la distinction entre norme permissive et norme d'habilitation.

<sup>211</sup> Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, thèse, Paris X-Nanterre, 2004, 712 p. – Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. n° 60, 813 p.

<sup>212</sup> Ainsi, renvoie-t-il à Carlos E. Alchourron, Eugenio Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, Oficina latinoamericana de investigaciones jurídicas y sociales, 1979, p. 57 ; Tecla Mazzaresè, « Permesso forte e permesso debole : note a margine », *op. cit.*

<sup>213</sup> Tel est le cas de M. von Wright, qui assimile norme permissive et normes attribuant des compétences d'ordre supérieur (*Norm and Action. A logical enquiry*, *op. cit.* p. 189-297). Pour une présentation de la position de cet auteur, v. Francesca Poggi, *Norme permissive*, *op. cit.*, p. 212-216 ;

<sup>214</sup> Pour une présentation complète, v. Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 134 et s.



68. Plusieurs auteurs posent ainsi les bases d'une différenciation<sup>215</sup>. Ainsi, Hans Kelsen écrit-il qu'« à la permission, l'on fait correspondre un « avoir le droit de » (*Dürfen*); à l'habilitation, enfin, un « pouvoir » (*Können*) »<sup>216</sup>. Cette distinction transparait également dans les quatre fonctions qu'il assigne aux normes juridiques : commander, habiliter, permettre et abroger<sup>217</sup>. M. Chevallier considère, pour sa part, que la règle de droit « peut être permissive, en autorisant certains comportements, ou habilitatrice, en conférant une capacité d'action »<sup>218</sup>. Selon ce point de vue, la norme permissive semble donc se cantonner à lever, ponctuellement ou non, certaines interdictions qui pèsent sur la liberté de conduite des sujets de droit ; son champ d'action semble davantage matériel que les normes habilitatrices, qui paraissent reconnaître une véritable puissance juridique et matérielle. M. Tusseau montre de même qu'une approche constitutiviste de la notion d'habilitation permet de séparer nettement celle-ci des notions de prescription et de permission<sup>219</sup>, c'est-à-dire du contenu possible de l'habilitation.

La notion d'habilitation peut en effet se concevoir de manière distincte de ce qu'elle prescrit – au sens large. Pour cela, il convient de reprendre la définition couramment admise de l'habilitation, qui implique la *collation*<sup>220</sup> *d'un pouvoir d'agir*, l'*investiture*<sup>221</sup>, le fait de *rendre capable*. L'erreur fréquemment commise est de lire cette définition comme reconnaissant nécessairement un pouvoir de faire ou de ne pas faire quelque chose. Or, l'habilitation ne confère qu'un pouvoir de faire. Cela ne signifie pas qu'il n'est pas nécessaire d'habiliter quelqu'un pour qu'il puisse ne pas faire un acte qui, par hypothèse, s'imposerait à lui. Cela sous-entend simplement que la faculté conférée par l'habilitation n'est pas de la même nature que celle liée à la norme permissive. Cette dernière reconnaît une faculté

---

<sup>215</sup> Parmi ceux-ci, il convient cependant de distinguer Mme Simone Goyard-Fabre, qui considère que la norme permissive confère un simple pouvoir, et que la norme d'habilitation implique « un pouvoir qui est tout ensemble un devoir » (*Essai de critique phénoménologique du droit*, *op. cit.*, p. 97). La singularité de cette thèse et sa distance par rapport à la réalité du droit positif invitent à en faire simplement mention.

<sup>216</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, La pensée juridique, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 13.

<sup>217</sup> Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 125-150. V. aussi M. André-Jean Arnaud, relevant qu'à côté des normes qui obligent, prohibent ou permettent, « certains auteurs conçoivent une quatrième catégorie, distincte de celle des normes permissives, les normes qui habiliter » ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 406.

<sup>218</sup> Jacques Chevallier, « Droit, ordre, institution », *Droits*, n° 10, 1989, p. 19.

<sup>219</sup> Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 151 et s.

<sup>220</sup> « Lat. médiév. *collatio*, de *collatus*, part. pass. de *conferre* : porter ensemble. b / Action de conférer à quelqu'un un titre, de l'investir d'un pouvoir ; acte d'investiture » (Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*).

<sup>221</sup> « Dérivé du v. investir, lat. *investire* : propr. revêtir. Action de conférer à quelqu'un une fonction ou un titre par élection ou nomination ; par ext. celle de conférer à quelqu'un une mission ou une charge par convention » (*ibid.*).

déontique – liée à l’encadrement du comportement du destinataire de la norme – tandis que l’habilitation reconnaît une faculté constitutive – liée à la reconnaissance d’une compétence<sup>222</sup>. Le *pouvoir faire* de la permissivité et le *pouvoir faire* de l’habilitation ne sont pas du même ordre. Mme Poggi explique que si l’on peut toujours faire une action qui n’est pas permise – au sens déontique –, on ne peut jamais prendre un acte pour laquelle on n’est pas compétent : si matériellement cet acte est édicté, il n’a pas de validité sur le plan juridique. L’action commise sans permission ne sera pas considérée comme non-valide, nulle, mais simplement illicite<sup>223</sup>.

**69.** Apparaissent alors les termes dans lesquelles il faut concevoir la notion d’habilitation : élément extérieur à un sujet de droit, elle vise à lui conférer une aptitude juridique – le rendre capable, *habile* – à accomplir une action, que celle-ci soit pour lui une obligation ou une faculté. Elle lui confère une qualité, qui est un préalable indispensable à l’exercice d’un pouvoir plus ou moins discrétionnaire ou d’une compétence liée – pouvant aller jusqu’à l’édiction de normes<sup>224</sup>. Or, conférer un pouvoir juridique, une capacité d’action, ne préjuge pas des modalités de ce pouvoir. L’habilitation se borne à donner qualité pour agir, que cette action soit impérative ou facultative. Dans cette perspective, la norme d’habilitation ne peut se confondre avec la norme permissive : elle est distincte d’elle, n’a pas le même objet. Partant, une habilitation peut être permissive ou impérative, selon qu’elle contraint ou non le sujet de droit qu’elle investit à réaliser une certaine action<sup>225</sup>.

**70.** Très fréquemment, l’habilitation est permissive. Le droit positif en fournit de multiples illustrations. Par exemple, le mécanisme d’habilitation attaché aux ordonnances de l’article 38 de la Constitution investit le Gouvernement de la capacité d’intervenir, pour un objet et une durée limités<sup>226</sup>, dans le domaine législatif ; la loi d’habilitation votée par le Parlement lève

---

<sup>222</sup> Sur la distinction, v. Francesca Poggi, *Norme permissive*, *op. cit.*, p. 209-212 et 220.

<sup>223</sup> *Op. cit.*, p. 216. L’auteur renvoie à l’étude menée par Jordi Ferrer Beltrán, *La normas de competencia*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Político y Costitucionales, Madrid, 2000, p. 64 et s.

<sup>224</sup> Pour M. de Béchillon, l’habilitation est la « technique par laquelle [l’Etat] investit officiellement telles personnes ou telles catégories de personnes d’une « existence », voire directement d’un pouvoir normatif proprement juridique. Dans tous les cas – les formes peuvent varier, mais l’esprit reste homogène –, l’habilitation tend à « reconnaître » comme juridique l’action d’un sujet extérieur à l’organigramme de l’Etat. Au minimum, elle aboutit à attribuer à cette personne une sorte de carte d’identité juridique ; au maximum, à lui déléguer directement le pouvoir d’édicter du droit » (*Qu’est-ce qu’une règle de droit ? op.cit.*, p. 97-98).

<sup>225</sup> V. Jordi Ferrer Beltrán, *La normas de competencia*, *op. cit.*, p. 158 et s. L’auteur considère que les normes attribuant des compétences expriment soit exclusivement une norme de compétence, soit à la fois une norme de compétence et une norme permissive.

<sup>226</sup> Le Gouvernement doit fixer précisément la finalité des mesures à prendre mais aussi leur domaine d’intervention : voir les décisions n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l’élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des ISSAS (JORF 13 janvier 1977, p. 343) et n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, Loi*

donc l'interdiction de principe qui empêche le pouvoir réglementaire d'empiéter sur les matières que l'article 34 réserve au législateur. Mais le Gouvernement demeure libre de ne pas prendre les ordonnances pour lesquelles il s'est fait habiliter<sup>227</sup>. De la même manière, l'article 74-1 de la Constitution habilite, de manière permanente, le Gouvernement à étendre, par ordonnance, l'application de certains textes métropolitains, aux collectivités d'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie, qui peuvent connaître un régime normatif distinct, en vertu du principe de spécialité législative. Or, le Gouvernement n'est pas tenu d'étendre systématiquement l'application des textes de la métropole à ces collectivités. Cette habilitation est permissive.

71. Toutefois, certaines dispositions habilitantes sont en même temps impératives. Chaque fois que le droit positif désigne une autorité administrative et lui prescrit d'accomplir impérativement une action déterminée, notamment de prendre certains actes – et la place dans une situation de compétence liée –, il y a lieu de constater une habilitation impérative : il y a habilitation en ce que l'administration se voit investie d'une capacité d'action – qui est souvent normative – et impératif du fait de l'absence de liberté reconnue à celle-ci. Par exemple, l'article L511-3 du Code de la construction et de l'habitation, relatif aux mesures concernant les immeubles menaçant ruine, dispose qu' « *en cas de péril imminent, le maire, après avertissement adressé au propriétaire, provoque la nomination par le juge du tribunal d'instance d'un homme de l'art qui est chargé d'examiner l'état des bâtiments dans les vingt-quatre heures qui suivent sa nomination.*

*Si le rapport de cet expert constate l'urgence ou le péril grave et imminent, le maire ordonne les mesures provisoires nécessaires pour garantir la sécurité et, notamment, l'évacuation de l'immeuble ».*

---

*autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (RJC I-254).* Par ailleurs, « la loi d'habilitation doit indiquer les dispositions d'ordre législatif sur lesquelles le gouvernement pourra intervenir et elle ne peut se contenter de renvoyer de manière générale aux rubriques de l'article 34 », *in* Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, p. 500-502.

<sup>227</sup> Même si entre 1984 et 2002, l'habilitation a toujours été utilisée par le Gouvernement, une « situation nouvelle » est apparue en 2002, puisque certaines mesures d'habilitation sont restées sans suite. V. le rapport du service des études juridiques du Sénat, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution*, janvier 2005, p. 19 ([http://www.senat.fr/ej/ej\\_ordonnance/ej\\_ordonnance.pdf](http://www.senat.fr/ej/ej_ordonnance/ej_ordonnance.pdf)). Bien que contestable et révélatrice d'un manque de rigueur dans le recours à l'article 38, cette situation semble toutefois conforme à l'esprit d'une disposition de la Constitution qui vise à autoriser des intrusions de l'Exécutif dans le domaine de la loi, mais ne saurait l'empêcher d'y renoncer, même s'il s'est fait habilité à cet effet. D'ailleurs, la souplesse du droit en la matière implique même qu'un changement de gouvernement ne prive pas d'effet l'habilitation accordée par une loi prise sur le fondement de l'art. 38 de la Constitution (pour une application récente de cette pratique constante motivée par le souci de continuité administrative : CE Sect., 5 mai 2006, *Schmitt*, *AJDA* 2006, p. 1362, chron. gén. jurisp. adm. fr., C. Landais et F. Lenica) ; *RFDA* 2006, p. 678, concl. Keller.

Le législateur habilite donc le maire à agir, mais le place dans une situation de compétence liée.

72. La distinction de l'habilitation et de la permissivité se reflète également dans le contentieux des actes administratifs édictés dans un tel cadre. Non habilitée, l'autorité administrative est incompétente ; si elle méconnaît une disposition permissive qui lui reconnaissait un certain pouvoir discrétionnaire en s'estimant liée, la jurisprudence reconnaît en général l'erreur de droit. Certes, la notion d'incompétence négative a pu être avancée à cet égard, notamment en doctrine, mais il s'agit de rendre compte ainsi du non-exercice plein et entier d'une compétence qui existe, et non de sanctionner l'absence de compétence<sup>228</sup>.

73. Norme d'habilitation et norme permissive semblent donc dissociables. Elles se situent sur deux plans distincts : celui de l'existence d'une compétence et celui de son exercice. En les confondant, la doctrine nuit à la compréhension du droit positif.

De manière générale, l'appréhension doctrinale de la notion de norme permissive souffre donc de lacunes non-négligeables. Partant des oppositions de formes prescriptives mises en évidence par la logique déontique, la doctrine propose une lecture binaire ou fonctionnaliste du droit qui ne cerne qu'en partie les contours de la permissivité normative : d'une part, la distinction entre norme impérative/norme permissive est troublée par la notion de norme supplétive et l'usage extensif fait de l'adjectif *impératif* ; d'autre part, norme permissive et norme d'habilitation se trouvent insuffisamment différenciées. Face aux limites de l'apport doctrinal, un travail de définition de la notion de norme permissive paraît s'imposer.

## **SECTION 2 – UNE DEFINITION CONSTRUITE SUR LA NOTION DE *FACULTE***

74. Une définition générique des normes permissives doit satisfaire à deux exigences essentielles, auxquelles les divers points de vue doctrinaux ne répondent pas toujours. D'une part, le critère d'identification de cette catégorie doit être suffisamment neutre et objectif pour conférer une valeur générique à la définition et saisir ainsi toutes les manifestations de la notion. D'autre part, il doit évidemment discriminer la permissivité au sein du tissu normatif, c'est-à-dire permettre d'isoler ce qui fait la spécificité des normes permissives.

---

<sup>228</sup> V. n° 550.

La notion de *faculté* semble apporter une réponse adaptée à ces exigences. Neutre et objective, elle confère à la définition avancée la généralité requise (§ 1). Par ailleurs, elle est pertinente au regard du concept de permissivité, qu'elle traduit efficacement (§ 2).

## § 1 – L'ADEQUATION DE LA NOTION DE *FACULTE* AUX EXIGENCES D'UNE DEFINITION GENERALE

75. La définition de la notion de norme permissive doit être suffisamment générale pour en saisir l'ensemble des manifestations possibles. C'est souvent sur ce point que les critères avancés en doctrine déçoivent. La *faculté* serait, au contraire, apte à satisfaire à cette exigence, dans la mesure où elle constitue un critère neutre (A) et unifiant (B).

### A – UN CRITERE NEUTRE

76. Cette neutralité contraste avec la plupart des critères ou éléments de définition employés par la doctrine pour caractériser la notion de norme permissive. Très fréquemment, en effet, il s'agit de termes attachés à une manifestation particulière, donc restrictive, de la notion de norme permissive. Or, l'élaboration d'une définition générale commande de ne pas recourir à des critères qui risqueraient, par leur sens et leur portée, de compromettre le dessein généraliste de l'entreprise. Il convient donc de privilégier le recours à la notion de *faculté* (2), et de rejeter les termes trop circonstanciés quelquefois proposés (1).

#### 1 – *Le rejet de termes trop circonstanciés*

77. Le terme le plus proche, sur le plan étymologique, de la notion de norme permissive, est évidemment celui de *permission*. La norme permissive pourrait être, par définition, et très logiquement, celle qui donne une permission à son destinataire. D'ailleurs, d'après le triangle déontique des logiciens, le *permis*, allié au *facultatif*, est à la base de l'idée de permissivité normative. En outre, les termes de *permission* et *permis* apparaissent dans la dénomination d'un bon nombre d'autorisations administratives, qui peuvent s'analyser comme des normes permissives<sup>229</sup> : ainsi en est-il de la permission de voirie, de la permission de sortir<sup>230</sup>, du

---

<sup>229</sup> V. not. Jacques Moreau, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 207 ; Jean Rivero, « Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives », *op. cit.*, p. 379 ; Pierre Livet, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>230</sup> « Autorisation donnée à un condamné de s'absenter d'un établissement pénitentiaire pour une période de temps déterminée (qui s'impute sur la durée de la peine en cours d'exécution), en vue de préparer sa réinsertion sociale, de maintenir ses liens familiaux ou de remplir une obligation qui exige sa présence » (art. 723-3 du Code de procédure pénale), v. « permission » in Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

permis de stationnement, du permis de construire, de démolir, du permis de chasser, du permis de circulation<sup>231</sup>, de conduire, de navigation, de pêche, ou encore du permis de communiquer<sup>232</sup> et du permis de citer<sup>233</sup>.

*Permis* et *permission* sont donc présents dans le vocabulaire administratif et la pratique judiciaire : M. Cornu donne d'ailleurs cette définition du permis, qui témoigne combien le terme est lié au procédé de l'autorisation administrative préalable : « autorisation d'accomplir un acte ou d'exercer une activité, donnée en général sur sa demande à une personne par l'autorité compétente »<sup>234</sup>. Il précise d'ailleurs que le permis désigne, par extension, le document attestant que l'intéressé a obtenu ladite autorisation ; le terme est alors synonyme de licence, certificat, visa, ou encore titre<sup>235</sup>. La dimension matérielle de la notion de *permis*, et le cadre de pensée administrativiste auquel renvoient *permis* et *permission* incitent donc à ne pas nécessairement les retenir comme éléments d'une définition générale de la norme permissive. En effet, la notion de norme permissive ne recouvre pas uniquement les normes accordant des permissions au sens administratif.

**78.** Le terme d'*autorisation*, très proche du précédent<sup>236</sup>, est également à proscrire, dans la mesure où il renvoie à cette même idée d'intervention ponctuelle d'une autorité<sup>237</sup>. Partant, l'autorisation est intimement liée au système préventif d'aménagement des libertés publiques :

---

<sup>231</sup> « Document annuel dont doivent être pourvus, au lieu et place du rôle d'équipage, les bateaux et engins assimilés (chalands, pontons), ainsi que les navires de plaisance, qui effectuent une navigation non professionnelle dans les eaux maritimes », *op. cit.*, sous *Permis*.

<sup>232</sup> Autorisation donnée par le juge d'instruction ou le parquet à un avocat, commis ou désigné, de s'entretenir avec son client détenu.

<sup>233</sup> Acte du juge autorisant un plaideur à citer son adversaire lorsque la procédure de conciliation préalable a échoué (art. 834 du NCPC).

<sup>234</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* Il donne d'ailleurs en exemple « (l') autorisation donnée par l'administration de se livrer à une activité ou à une opération matérielle déterminée (chasse, construction d'un immeuble, conduite automobile, inhumation d'un mort, communication avec un détenu, etc.) ».

<sup>235</sup> *Ibid.*

<sup>236</sup> Les deux mots peuvent ainsi être employés comme synonymes : V. « permission » (sens 2) in Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Collin, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, sous « Autorisation (- Libertés publiques) ». Cependant, une certaine nuance existe entre les deux termes : la *permission* évoque davantage le contraire de l'*interdiction* (*permis* et *interdit* sont d'ailleurs contradictoires dans le « carré des quatre formes prescriptives » de Jean Ray, tandis que l'*autorisation* fait une référence évidente à l'organe qui accorde cette permission – d'ailleurs, il convient de souligner la proximité étymologique d'*autorisation* et *auteur* : le verbe autoriser provient du latin médiéval *auctorizare*, lui-même dérivé de *auctor* : auteur).

<sup>237</sup> Autorisation (sens général) : « permission accordée par une autorité qualifiée (juge, parents, administration) à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule, soit en raison d'une incapacité d'exercice, soit en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence. Ex. autorisation parentale requise pour le mariage d'une fille mineure (C. civ. 148) ; autorisation judiciaire, pour un époux, d'accomplir seul un acte pour lequel il aurait besoin du consentement de son conjoint absent (C. civ. 217) ; autorisation gouvernementale donnée à une association de recevoir un legs (C. civ. 910) ». Sens 2 : « Acte par lequel une autorité administrative permet à un bénéficiaire d'exercer une activité ou de jouir de droits dont l'exercice ou la jouissance sont subordonnés à son obtention. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

l'exercice effectif des libertés est alors subordonné à l'autorisation d'un organe compétent pour lever une interdiction d'exercice préalable<sup>238</sup>. Dans ces conditions, définir la norme permissive comme la norme accordant à son destinataire une autorisation conduirait à préjuger du contexte d'édiction de ce type de norme : un contexte prohibitif, dans lequel la norme permissive n'interviendrait que pour lever une interdiction préalable. Or, cette conception n'est pas nécessairement exclusive<sup>239</sup>. Par ailleurs, le terme d'*autorisation* fait tout autant référence à l'intervention d'une autorité compétente qu'à l'élément qui en est nécessairement l'origine : une demande émanant d'un pétitionnaire. Hormis de rares exceptions<sup>240</sup>, les autorisations s'entendent d'interventions (et d'actes) trouvant leur fait générateur dans la demande d'un administré ou, de manière générale, d'une personne désireuse de voir lever l'interdiction qui entrave son action. A cet égard encore, le terme *autorisation* s'avère inapproprié pour qualifier le contenu de certaines normes permissives : le schéma de l'autorisation semble impliquer à la fois un contexte prohibitif pesant sur un pétitionnaire et un rapport inégal<sup>241</sup> entre celui-ci et l'autorité compétente pour autoriser. Cette « figure de l'autorisation » apparaît ainsi inadaptée à une norme comme celle contenue dans l'article 10 alinéa 2 de la Constitution : « [Le Président de la République] peut, avant l'expiration [du délai de promulgation de la loi], demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ces articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée ».

Manifestement permissive, puisqu'elle accorde au chef de l'Etat un pouvoir – et non une obligation – qu'il lui appartient de mettre en œuvre ou pas – en ce sens, il ne s'agit pas d'une norme impérative –, cette disposition ne peut pas être considérée comme une autorisation accordée au Président de la République : il s'agit d'un pouvoir permanent inscrit dans le texte

---

<sup>238</sup> La définition suivante du terme *autorisation* est d'ailleurs significative quant aux intentions des pouvoirs publics lorsqu'ils soumettent l'exercice de certaines activités à autorisation préalable : « procédure permettant à l'administration une surveillance particulièrement serrée de certaines activités. Elle impose que ces activités, examinées une à une, soient formellement acceptées par l'autorité », Raymond Guillien et Jean Vincent (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2003.

<sup>239</sup> V. n° 186 et s.

<sup>240</sup> Par exemple l'*autorisation de la loi* : « expression générique englobant plusieurs causes voisines d'irresponsabilité en vertu desquelles celui qui accomplit un acte, prescrit ou autorisé par la loi ou le règlement (ordre ou permission de la loi) ou commandé par l'autorité légitime est exonéré de toute responsabilité pénale sauf, dans le cas du commandement, si l'acte est manifestement illégal (C. pén. 122-4) ou s'il s'agit de crimes particulièrement graves (C. pén. 213-4, crimes contre l'humanité) », « autorisation » (sens 3) in Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* Voir aussi *permission de la loi*, « au sens strict, autorisation légale d'accomplir un acte qui, sans cela, serait illicite ; fait justificatif qui trouve sa source dans la loi », *op. cit.*, in « permission ».

<sup>241</sup> Cette inégalité résulte notamment de la position dominante de l'administration, disposant de l'expertise nécessaire à l'examen de la demande, et seule titulaire du pouvoir décisionnel.

constitutionnel de 1958. Nul contexte prohibitif, nulle sollicitation nécessaire de la part du bénéficiaire de ce pouvoir : on ne retrouve pas ici le schéma de l'autorisation<sup>242</sup>.

La doctrine recourt toutefois à ces termes afin de cerner au mieux le processus permissif. Ainsi, Mme Goyard-Fabre considère-t-elle que les pouvoirs du propriétaire n'existent « que par l'autorisation, la *permission* que confère la loi elle-même au sujet de droit » ; l'article 544 du Code civil est une règle « permissive dans l'exacte mesure où elle autorise un sujet de droit à accomplir tels actes, dès lors estimés juridiquement licites »<sup>243</sup>. Il est clair que par autorisation ou permission, l'auteur ne fait pas référence aux procédés administratifs évoqués précédemment, mais souligne la légitimation d'un comportement qu'opère l'édiction de la norme permissive. Toutefois, parce que certaines normes permissives, et seulement certaines, s'analysent comme des autorisations ou des permissions, et que tel n'est pas le cas pour bon nombre d'autres, l'emploi de ces termes demeure contestable.

**79.** La tentation serait alors grande de qualifier de permissives les normes reconnaissant un *pouvoir* à leur destinataire<sup>244</sup>. Pouvoir d'édifier une construction du bénéficiaire d'un permis de construire, pouvoir du Président de la République de dissoudre l'Assemblée nationale<sup>245</sup>, pouvoir du juge des référés d'ordonner la suspension de l'exécution d'un acte exécutoire<sup>246</sup>... autant de situations dans lesquelles une norme peut être qualifiée de permissive parce qu'elle confère à son destinataire une prérogative juridique, dont il est le seul à pouvoir user ou non.

Toutefois, le terme *pouvoir* est indéniablement connoté et renvoie à l'idée de puissance publique<sup>247</sup>. A la lutte, jadis, entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel, a succédé la

---

<sup>242</sup> Hormis celle donnée, sur un plan plus symbolique et théorique, par le pouvoir constituant. Notons toutefois que le terme d'*autorisation* est employé dans les hypothèses d'habilitation du gouvernement en vertu de l'article 38 de la Constitution, habilitation qui est en l'occurrence issue d'une sollicitation gouvernementale à cet égard. V. l'emploi systématique de l'expression « *le Gouvernement est autorisé...* », dans la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* (JORF 3 juillet 2003 p. 11192). V. aussi l'article LO 1113-1 du CGCT, issu de la loi organique n° 2003-704 du 1er août 2003 *relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales* (JORF 2 août 2003 p. 13217).

<sup>243</sup> Simone Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>244</sup> C'est d'ailleurs la conception retenue par Mme Goyard-Fabre, *op. cit.*

<sup>245</sup> Art. 12 de la Constitution.

<sup>246</sup> Art. L521-1 du CJA.

<sup>247</sup> Et ce, malgré un usage important du mot en droit privé : M. Cornu en donne notamment ces définitions : (sens 2) « Aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui [...] et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue (pouvoir d'administrer, de disposer, etc.) qui correspond en général, pour celui qui l'exerce, non seulement à un droit d'agir qui fonde son intervention (et rend l'acte par lui accompli obligatoire pour le représenté) mais à une mission (emportant soit obligation d'agir, soit au moins devoir de diligence, avec faculté d'appréciation) ; prérogative, fonction » ; (sens 3) « Par ext. écrit par lequel une personne confère à une autre mission de la représenter. Procuration » ; (sens 5) « Désigne aussi dans un sens neutre soit les attributs d'un droit subjectif, soit l'aptitude à exercer ses propres droits (ordinairement nommée capacité d'exercice) dans les cas où le titulaire des droits est membre d'une société (ou



séparation des pouvoirs de Montesquieu, mais toujours le terme *pouvoir* a marqué le droit public : le droit constitutionnel<sup>248</sup>, logiquement, mais aussi le droit administratif, riche lui aussi d'expressions renfermant ce terme : pouvoir réglementaire, pouvoirs publics, pouvoir discrétionnaire, pouvoir d'appréciation, excès de pouvoir, pouvoir disciplinaire ou encore pouvoir hiérarchique... L'une des conséquences de cet usage important du mot *pouvoir* en droit public, d'autant plus qu'il est toujours reconnu à un organe politique ou administratif – et jamais aux individus –, est qu'il implique un rapport d'autorité, de puissance. Celui à qui l'on reconnaît un pouvoir dispose, certes, d'une capacité d'action, mais surtout d'une puissance d'action<sup>249</sup>. Ainsi, en définissant la norme permissive comme reconnaissant un pouvoir à son destinataire, il faut craindre de favoriser la confusion de la norme permissive et de la norme d'habilitation, c'est-à-dire du pouvoir comme liberté (le pouvoir déontique) et du pouvoir comme capacité (le pouvoir constitutif).

Par ailleurs, une telle définition risque d'induire un présupposé qui pourrait conduire à une appréhension partielle de la notion de norme permissive. En effet, de nombreuses normes réputées comme telles par la doctrine accordent moins un pouvoir à leurs destinataires, qu'une *liberté*. Par exemple, les normes reconnaissant le droit de vote aux citoyens ou le droit d'ester en justice sont généralement appréhendées comme traduisant deux libertés individuelles. Toutefois, une même connotation nuit, avec le terme de *liberté*, à la généralité de la définition projetée.

Ces différents termes souffrent donc de ne pouvoir appréhender l'ensemble des normes permissives. C'est ainsi la catégorie qu'elles pourraient constituer qui éclate, au gré de définitions « partisans ». Au contraire, la notion de *faculté*, inscrite dans une démarche plus neutre, plus objective, justifie son recours.

---

assujetti à un régime matrimonial) dont les règles de fonctionnement lui attribuent ou lui laissent, sur ses biens personnels, certaines prérogatives », in *Vocabulaire juridique, op. cit.*

<sup>248</sup> Les expressions « pouvoir constituant », « pouvoir politique », ou « pleins-pouvoirs », en témoignent. Par ailleurs, ne désigne-t-on pas couramment comme « le Pouvoir », l'ensemble formé par les « dirigeants » et les institutions politiques ? De même, on retrouve bien l'idée de puissance et de responsabilité politiques à la source de l'expression « quatrième pouvoir », employée pour qualifier la presse et les médias.

<sup>249</sup> Voir cette définition donnée dans Raymond Guillien et Jean Vincent (dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.* : le pouvoir est une prérogative permettant à une personne de gouverner une autre personne publique ou privée (mandats politiques, autorité parentale, tutelle) ou de gérer les biens d'une autre personne pour le compte de celle-ci (dirigeants de sociétés, représentation légale, judiciaire ou contractuelle).

## 2 – *Le recours à la notion de faculté*

80. Comme les termes précédents, la *faculté* apparaît dans la doctrine. Certains auteurs y font ainsi référence pour exprimer le contenu des actes, décisions, plus généralement des normes, que l'on peut qualifier de permissives<sup>250</sup>. M. Février est à cet égard extrêmement clair : « le qualificatif « permissif » ne concerne [...] que les normes ouvrant une faculté »<sup>251</sup>. Pour autant, ces auteurs ne font pas la démonstration de l'intérêt d'un tel critère.

81. Déjà, une trace de ce terme avait été observée en logique déontique, sous la forme d'un des quatre foncteurs normatifs identifiés par Leibniz et M. Ray : l'*obligatoire*, l'*interdit*, le *permis* et le *facultatif*. Dans ce contexte, les normes exprimant le *permis* – entendu comme le droit de faire quelque chose – se distinguent de celles reconnaissant une *faculté*, précisément le droit de ne pas faire quelque chose. Or, les développements ultérieurs de la discipline allaient vite gommer cette distinction artificielle entre *permis* et *facultatif* ; cette partition théorique ne correspondait aucunement à la réalité, *permis* et *facultatif* constituant nécessairement les deux revers d'une même médaille, l'un n'ayant de teneur réelle qu'associé à l'autre. La *faculté* apparaît donc comme consubstantielle à la permissivité ; ce lien « originel » conforte le choix d'en faire le critère d'identification de la norme permissive, comme d'ailleurs les définitions qu'en donnent plusieurs ouvrages de référence.

82. Sur le plan étymologique, d'abord, le terme *faculté* provient d'une part du latin *facultas*, qui signifie « aptitude », « capacité », « talent », « ressources » ou « possibilité », et d'autre part, du latin archaïque *facul*, « facilement » et de *facere*, « faire »<sup>252</sup>. Ces éléments permettent de percevoir la richesse de ce terme, qui évoque autant des qualités intrinsèques, naturelles, que des latitudes d'action – *facere* – conférées par un tiers, souvent une autorité légale.

---

<sup>250</sup> Jacques Moreau, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 207 : « l'acte... permissif [...] confère aux administrés des droits ou des facultés... » ; Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif, DES, Droit public, 1953-54*, *op. cit.*, p. 280 ; Jean Rivero, « Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives », *op. cit.*, p. 379 et 380 : « ... les décisions permissives, celles qui consacrent au profit d'un particulier une faculté ou un avantage, se sont multipliées avec les interventions du pouvoir dans les domaines des professions, de l'économie, et au premier chef, de l'urbanisme. [...] Le particulier se voit donc conférer la faculté [...] de choisir librement entre l'action et l'abstention » ; Robert Savy, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 590 ; Alain Sériaux, *Le droit, une introduction*, *op. cit.*, p. 253 ; Lino Di Qual, *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 88 ; Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. Michel Guéret, avec la collab. de Christophe Agostini, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 148 : la tâche des normes permissives « est spécifiquement celle d'attribuer des facultés » ; v. aussi p. 149.

<sup>251</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, not. p. 272 ; du même auteur, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, *op. cit.*, not. p. 18 (note 21), 55, et 79.

<sup>252</sup> Voir « Faculté », in *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, t. 3, Dictionnaire Le Robert – VUEP, 2001.

Cette dualité d'approche se retrouve dans les définitions actuelles du terme : « possibilité naturelle ou légale (de faire quelque chose) »<sup>253</sup>, « droit qu'a un individu (de faire quelque chose) »<sup>254</sup>, « moyen, pouvoir, droit de faire quelque chose »<sup>255</sup>, « liberté naturelle ou légale, droit que possède un individu de faire quelque chose »<sup>256</sup>, ou enfin « possibilité, permission de faire quelque chose »<sup>257</sup>. De la même manière, les synonymes qui lui sont donnés rappellent cette ligne de partage : moyen, possibilité, d'une part, et droit, liberté, pouvoir, latitude ou privilège, d'autre part<sup>258</sup>.

**83.** En droit, une faculté s'apparente donc à un droit d'action, conféré par voie d'autorité juridique, que celle-ci procède d'un contrat, du règlement ou de la loi<sup>259</sup>. A la différence des termes trop connotés, écartés préalablement, celui de *faculté* recèle donc une dimension objective apte à exprimer une multitude de manifestations contingentes de la norme permissive ; sa neutralité en ferait un matériau de définition malléable. La définition de ce terme figurant dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* d'André Lalande<sup>260</sup> semble illustrer cette idée : « Faculté : Pouvoir ou liberté de faire quelque chose ». Plutôt laconique, la formule n'en est pas moins précieuse pour le présent propos : elle indique très clairement que le terme *faculté* englobe autant la notion de pouvoir que celle de liberté.

Les deux versants pressentis de la norme permissive se trouvent réunis sous ce vocable, dont la portée générale se vérifie. A la limite, il permet même de viser toute la gamme des contenus possibles des normes permissives, d'une permissivité active, positive, à une permissivité passive, négative<sup>261</sup>, plutôt émancipatrice<sup>262</sup>. Selon le pôle considéré, la norme permissive *dote* ou *consent*. D'une certaine manière, s'affirment tantôt l'un ou l'autre de ses composants

---

<sup>253</sup> Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit.

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> Emile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 3, éd. Encyclopaedia Britannica Inc., Chicago, 1991.

<sup>256</sup> *Grand Larousse de la langue française*, op. cit.

<sup>257</sup> Lexis, *Larousse de la langue française*, Larousse/VUEF, 2002.

<sup>258</sup> Voir Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit. et *Grand Larousse de la langue française*, op. cit.

<sup>259</sup> Cf. cette définition de Raymond Guillien et Jean Vincent (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit. : « Une faculté est une possibilité d'option en vue d'une situation juridique. Accordée par la loi ou par la convention elle permet à son bénéficiaire de choisir entre plusieurs partis et de faire naître, ou d'empêcher de naître, une situation juridique ».

<sup>260</sup> Vol. I : A-M, PUF, 1999, p. 332. Le recours à cet illustre ouvrage consacré au vocabulaire philosophique constitue un complément utile à notre démarche de définition ; tout travail notionnel, ressortissant en partie à la théorie du droit, interpelle nécessairement la philosophie.

<sup>261</sup> Il ne s'agit pas, ici, d'un jugement de valeur. Nous faisons référence à cet adjectif pour caractériser certains comportements que peuvent autoriser les normes permissives, comme la faculté de s'abstenir de voter. Il s'agit alors en l'occurrence d'une négativité dans l'action.

<sup>262</sup> On peut parler d'*aire de permissivité*, pour qualifier cet espace normatif constitué de libertés privées, dont l'effectivité exige la non-intervention des pouvoirs publics.

déontiques, le *permis* ou le *facultatif*. Mais, entre les deux, réside le « lot commun » de la permissivité, les normes qui accordent des autorisations, des permissions, ou reconnaissent des libertés, mais sans que ne soient en jeu l'exercice d'un pouvoir politique ou le bénéfice d'un laxisme conscient ou inconscient.

A titre complémentaire, il convient de noter que M. Cornu fait également référence aux notions de liberté et de pouvoir dans sa définition de la *faculté* : « Dans un sens générique (vague) synonyme de liberté, incluant le droit de faire ou celui de ne pas faire (par opposition à obligation). [...] Parfois synonyme de pouvoir »<sup>263</sup>.

L'aptitude du terme *faculté* à contenir les diverses « qualités » de permissivité (pouvoir, autorisation, liberté, licence...) semble donc avérée, et son objectivité préserve de l'écueil partisan. La neutralité du critère retenu est alors assurée, ce qui conforte la pertinence d'une définition de la norme permissive construite autour de la notion de *faculté*. Ces éléments sont par ailleurs corroborés par le caractère unifiant de la notion.

## B – UN CRITERE UNIFIANT. L'EXEMPLE DES BENEFICIAIRES DE FACULTES

**84.** Les définitions de la norme permissive reposant sur des critères trop partiels, circonstanciés, ne permettent pas d'avoir une vision globale du phénomène normatif de la permissivité. Loin de dessiner un ensemble homogène, ces critères cloisonnent des normes qu'il est pourtant possible d'appréhender comme une catégorie relativement unitaire. Au contraire, la notion de *faculté* permet que s'agrègent diverses dispositions pouvant être analysées comme autant d'éléments d'un tout, de variations sur un même thème : la norme permissive. Le caractère unifiant de la notion de *faculté* semble donc conforter sa vocation à constituer le critère d'identification des normes permissives, ce qui se vérifie, notamment, à l'égard des bénéficiaires possibles de facultés dans le droit positif, tant personnes privées (1) que personnes publiques (2).

### 1 – Les personnes privées

**85.** Le droit positif accorde un nombre important de facultés aux personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales. De nombreux aspects de la vie juridique des particuliers, des entreprises, des associations, etc., sont d'ailleurs concernés. Ne sera cependant pas dressé ici

---

<sup>263</sup> « Faculté » in *Vocabulaire juridique*, op. cit.

le tableau exhaustif des facultés pouvant être ouvertes à leur profit ; leur multitude rendrait la tâche trop hasardeuse. Toutefois, il est possible d'en esquisser les contours.

**86.** Un premier ensemble de facultés compose ce qu'il est possible d'appeler une *aire de permissivité*<sup>264</sup>, c'est-à-dire un espace juridique dans lequel s'exercent les libertés civiles. Selon M. Cornu, la liberté civile est une « faculté innée, inhérente à la personne, reconnue à tout individu de se déterminer par sa seule volonté dans sa vie personnelle (privée ou professionnelle) »<sup>265</sup>. Il mentionne, à titre d'exemple, la liberté de choisir sa religion, son mode de vie, le lieu de sa résidence, ou encore sa profession. Certains auteurs vont même jusqu'à considérer que « la liberté juridique ou civile consiste dans le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi. Elle se présente comme une prérogative ouvrant à son bénéficiaire, lorsqu'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques qui se situent dans le cadre de cette liberté »<sup>266</sup>. Cet espace permissif est ainsi l'expression du libéralisme juridique, qui garantit à chacun la libre conduite de ses relations affectives, familiales<sup>267</sup>, économiques<sup>268</sup> ou sociales<sup>269</sup>. Cette aire constituée de facultés inclut donc des libertés de nature civile mais aussi les libertés publiques qui impliquent la jouissance de facultés : liberté d'expression, liberté d'aller et venir, droit de vote, etc., et enfin des facultés-garanties visant à protéger les droits et les libertés de chacun<sup>270</sup> – certaines facultés sont d'ailleurs autant des garanties que des libertés fondamentales, comme le droit d'ester en justice.

**87.** Pour autant, obligations et prohibitions n'en sont pas totalement exclues, car bien qu'elles ne jouent pas un rôle constitutif comme les facultés précédentes, elles conservent une

---

<sup>264</sup> André-Jean Arnaud parle de « sphères de permissivité » pour caractériser les espaces définis par les permissions dans le droit, et qui permettent notamment de « garantir des espaces d'immunité personnelle » (liberté de croyance), « des espaces libres d'action sociale » (liberté d'association et liberté syndicale) ou encore de sauvegarder une sphère de liberté privée ou sociale ; voir not. « permissivité » in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 434, § 5.

<sup>265</sup> « Liberté » in *Vocabulaire juridique*, op. cit.

<sup>266</sup> Raymond Guillien et Jean Vincent (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., sous *Liberté civile (droit civil)*.

<sup>267</sup> Le droit reconnaît ainsi la faculté de se marier, de vivre en union libre, de conclure un Pacte civil de solidarité (PACS), de reconnaître ou non un enfant, d'adopter, mais aussi de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, de divorcer. Par ailleurs, toutes ses facultés de base sont complétées par d'autres facultés, comme celle de choisir son régime matrimonial, les modalités de son divorce, etc.

<sup>268</sup> Par ex., la faculté de se lier par convention, d'acquérir des biens, de les administrer (par exemple les louer) et d'en disposer (les vendre, les hypothéquer...). La constitution de sociétés, l'embauche, le licenciement, le droit de grève, et de manière générale la liberté du commerce et de l'industrie, procèdent également de facultés reconnues aux personnes privées en matière économique.

<sup>269</sup> Par ex., la liberté d'association, la liberté de réunion, la liberté syndicale.

<sup>270</sup> Le droit à la légitime défense, qui reconnaît la faculté d'« agresser » son agresseur de manière proportionnée, dans l'urgence, et dans le seul but de se défendre, constitue un exemple significatif. Toutefois, ces facultés-garanties peuvent notamment être très techniques, comme le droit de délaissement qui confère au propriétaire d'un immeuble objet d'une opération d'aménagement, d'expropriation, ou d'autres sujétions d'intérêt général, la faculté d'exiger que la collectivité publique l'acquière (v. art. L230-1 et s. du Code de l'urbanisme).

indéniable dimension structurante, notamment parce qu'elles bornent cet espace et assurent un exercice paisible et harmonieux des facultés reconnues<sup>271</sup>. A cet égard, M. Arnaud considère que « les systèmes normatifs développés doivent non seulement promouvoir la coexistence – qui est une fonction de base recherchée à travers les prohibitions –, mais aussi la coopération, par laquelle il est nécessaire d'établir des obligations et en particulier des « permis » qui instaurent des pouvoirs et des sphères de permissivité »<sup>272</sup>.

L'existence de cette aire permissive est donc essentielle à l'épanouissement des individus et au fonctionnement social et concentre un nombre important des facultés que le droit reconnaît aux personnes privées.

**88.** Toutefois, cette manifestation « libertaire » des facultés n'exclut pas nécessairement la médiation des pouvoirs publics dans la mise en œuvre de certaines d'entre elles. D'une manière générale, le droit positif enferme l'exercice des facultés pouvant nuire à des intérêts publics essentiels – sécurité publique, salubrité publique, etc. – dans des procédures d'autorisations préalables, qui garantissent un contrôle *a priori* de l'administration, qui s'assure ainsi de la conciliation de l'usage de la faculté en cause avec les intérêts protégés. Par exemple, le droit de propriété immobilière, qui confère la faculté d'édifier des constructions sur son fonds, ne permet cependant pas de mettre en œuvre cette faculté sans se conformer aux règles en la matière, notamment à celle de l'obtention d'un permis de construire, qui permet à l'autorité compétente de s'assurer du respect des prescriptions urbanistiques, environnementales, architecturales, etc. De la même manière, la faculté de conduire un véhicule automobile procède de l'obtention du permis de conduire, qui sanctionne le respect de conditions d'aptitude imposées par l'exigence de sécurité publique.

Si les motivations du contrôle administratif diffèrent selon les autorisations demandées – conformité d'une construction avec les règles de l'art, prise en compte de l'environnement, possession des connaissances théoriques et de l'aptitude physique nécessaires à la conduite automobile – la faculté préexiste toujours, à l'état de potentialité, plus précisément dans la liberté civile ou fondamentale qui y est attachée. Par exemple, la faculté de conduire des

---

<sup>271</sup> A titre d'exemple, si l'exercice des libertés civiles vient à occasionner un dommage, l'article 1382 du Code civil, qui pose le principe de la responsabilité civile délictuelle, obligera le responsable à réparer le préjudice causé – l'obligation joue alors un rôle régulateur. De la même manière, à la faculté de devenir propriétaire d'une chose, l'article 2279 du Code civil impose sa formule impérative « *En fait de meubles, la possession vaut titre* », afin de résoudre les conflits pouvant se lier au sujet de l'appropriation et de la possession de biens meubles.

<sup>272</sup> Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 325, sous « prohibition », p. 481.

automobiles procède de la liberté d'aller et venir qui, en principe, n'exige pas de contrôle préventif pour être prise en œuvre. En revanche, ce sont les modalités d'exercice de cette liberté, et spécifiquement l'octroi de la faculté d'aller et venir au volant d'une automobile, et les risques que cela fait peser sur autrui, qui justifient la procédure d'autorisation.

**89.** L'ampleur de l'aire de permissivité, qui assure aux personnes privées la jouissance de libertés majeures et la libre conduite de leurs affaires personnelles, révèle la multitude de situations juridiques que la notion de *faculté* permet d'appréhender comme un tout – la catégorie des normes permissives. Ce caractère unifiant se confirme avec les normes ouvrant des facultés au profit des personnes publiques.

## ***2 – Les personnes publiques***

**90.** Traditionnellement, le terme de *faculté* n'est guère employé à l'égard de l'administration ; lorsque le droit positif consent une certaine latitude d'action aux autorités administratives, la doctrine parle plus volontiers de pouvoir discrétionnaire. *A fortiori*, la notion de norme permissive n'est quasiment pas usitée<sup>273</sup>, si ce n'est en droit de l'urbanisme, à propos de certaines dispositions du Règlement national d'urbanisme. Pour autant, la définition de la norme permissive adoptée conduit à considérer comme telle, toute norme conférant une faculté à son destinataire, et le recensement des facultés dans le droit positif amène naturellement à constater que les autorités administratives en sont d'incontournables bénéficiaires.

**91.** La loi leur ouvre notamment des facultés lorsqu'elle leur attribue un pouvoir de dérogation. La dimension *facultative* de la dérogation a fort bien été mise en relief par Mme Rouyère dans sa thèse consacrée à la notion<sup>274</sup>. En effet, si l'on permet ainsi à l'autorité administrative d'écarter l'application d'une règle impérative, rien ne la contraint à le faire ; elle reste libre dans son appréciation et dans sa décision. L'administration peut également, et

---

<sup>273</sup> Or, des normes permissives, découle pour les autorités administratives, une « compétence permissive », fortement marquée par la notion de pouvoir discrétionnaire.

<sup>274</sup> « Le processus de dérogation est composé d'un pouvoir de dérogation instauré par le dispositif normatif initial et par lequel une autorité reçoit la faculté de mettre à l'écart la norme de principe » ; *Recherche sur la dérogation en droit public, op. cit.*, p. X de l'introduction. L'auteur renvoie notamment à plusieurs décisions juridictionnelles qui emploient le terme *faculté* à l'égard des dérogations : v. par ex. CE, 28 janvier 1972, *Commune de Merly-le-Roi*, RDP 1972, p. 1542 ; et CE, 25 novembre 1988, *Ministre de l'Équipement, du Logement, de l'Aménagement du territoire et des Transports c/ Stauffer*, AJDA 1989, p. 264. Cette tendance se vérifie également dans la doctrine : Jérôme Chapuisat, « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », AJDA 1974, p. 48 : « faculté de dérogation » ; Pierre Soler-Couteaux, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Cours, 3<sup>ème</sup> éd., 2000, n° 104. Sur la notion de dérogation, voir aussi Pierre-André Lecocq, *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, thèse, Lille, 1971.

cela semble constituer une prérogative moindre que la précédente, mais tout aussi significative de la permissivité du droit pouvant déterminer ses pouvoirs, adapter certaines dispositions juridiques en vigueur. Ainsi, la faculté d'apporter des adaptations mineures aux prescriptions d'un plan local d'urbanisme, sur certaines parcelles à l'intérieur d'une zone définie par le règlement, en constitue-t-elle une illustration<sup>275</sup>. Il s'agit, en l'occurrence, d'éviter que l'administration ne soit contrainte de refuser des autorisations d'urbanisme pour des projets, dont les caractéristiques du terrain d'assise ne permettent pas un parfait respect des prescriptions du plan local de l'urbanisme. Toutefois, selon le Code de l'urbanisme et la jurisprudence, l'adaptation doit apparaître indispensable<sup>276</sup> et être justifiée par l'un des trois motifs suivants : la nature du sol, la configuration de la parcelle ou le caractère des constructions avoisinantes – la décision administrative devra être expressément motivée. Par ailleurs, pour que l'adaptation soit considérée comme « mineure », l'écart entre le projet et la règle devra être de très faible importance<sup>277</sup>.

**92.** Dans le domaine du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*<sup>278</sup>, ouvre au représentant de l'Etat la faculté de déférer au juge administratif certains actes, délibérations et conventions de ces collectivités<sup>279</sup>. Le Conseil constitutionnel, saisi de cette loi, indiquait d'ailleurs qu'« *en donnant au représentant de l'Etat la faculté de soumettre au contrôle juridictionnel tous les actes dont il s'agit, les articles 3, 46 et 69 de la loi [du 2 mars 1982] n'ont pas restreint la partie de l'article 72 (alinéa 3) de la Constitution* »<sup>280</sup>, qui lui confère la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois<sup>281</sup>. Cette analyse sera d'ailleurs confortée par la position du Conseil d'Etat,

---

<sup>275</sup> Art. L123-1 du Code de l'urbanisme.

<sup>276</sup> CE, 23 novembre 1988, *Commune de Bezu-Saint-Eloi c/ Consorts Tourny*, in *Adaptations mineures*, Jurisprudence administrative illustrée, décembre 1989, Ministère de l'Equipement, des Transports et de la Mer, Direction de l'Aménagement et de l'Urbanisme, p. 10.

<sup>277</sup> V. TA Besançon, 30 novembre 2000, *Société SMCI c/ Ville de Besançon*, req. n° 99642 ; *BJDU* 4/2001, p. 244.

<sup>278</sup> *JORF* 3 mars 1982, p. 730.

<sup>279</sup> Voir les articles 3, 46 et 69 de la loi du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés, des communes, des départements et des régions*.

<sup>280</sup> Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* (RDP 1982, p. 1288).

<sup>281</sup> Evoquant également une *faculté*, voir Laurent Touvet, Jacques Ferstenberg, Claire Cornet, *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz, 1999, n° 31, observations, § 1.



indiquant bien que le préfet n'est aucunement, pour l'exercice du déféré, dans l'obligation d'agir<sup>282</sup>.

**93.** La notion de faculté n'est donc pas étrangère aux personnes publiques, et constitue même un trait important de certaines de leurs prérogatives. Elle est indéniablement facteur d'unité, dans la mesure où elle offre un même angle d'approche pour des réalités juridiques bien distinctes. Ce caractère unifiant permet même d'analyser certaines prérogatives du juge comme procédant de normes permissives. Toutefois, comme pour les autorités administratives, l'importance quantitative des facultés que lui ouvre le droit ne permet pas, ici, d'en dresser un inventaire exhaustif, qui aurait, d'ailleurs, un intérêt bien relatif. Les illustrations suivantes concernent donc le seul juge administratif.

**94.** Le référé-suspension, introduit par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000<sup>283</sup> et le décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000<sup>284</sup>, s'est substitué à l'ancien sursis à exécution. L'article L521-1 du Code de justice administrative dispose ainsi : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

Comme le sursis à exécution, le référé-suspension vise à prévenir les inconvénients pouvant résulter du caractère non suspensif des recours devant le juge administratif. Il permet de suspendre temporairement l'exécution d'un acte dont la légalité est contestée devant le juge, afin qu'il ne produise pas, pendant le délai de jugement au fond, des effets ruinant toute portée pratique de ce dernier. Cependant, le référé-suspension se distingue notamment de l'ancien instrument sur deux plans.

**95.** D'abord, il ouvre la possibilité de demander la suspension de décisions « positives » comme de décisions de rejet, alors que le sursis à exécution n'était pas admis pour ces dernières par le Conseil d'Etat – notons toutefois, que celui-ci reviendra sur sa jurisprudence

---

<sup>282</sup> CE Sect., 25 janvier 1991, *M. Brasseur*, RFDA 1991, p. 593 ; CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Belcodène*, RFDA 1989, p. 941. V. Jacques Caillosse, « Un déféré préfectoral pour quoi faire ? », *Pouvoirs locaux*, Les Cahiers de la décentralisation, n° 44, 1/2000, p. 52-58, spéc. p. 56.

<sup>283</sup> Loi relative au référé devant les juridictions administratives (JORF 1<sup>er</sup> juillet 2000, p. 9948).

<sup>284</sup> Décret pris pour l'application de la loi no 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le code de justice administrative (JORF 23 novembre 2000, p. 18611)

juste avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions législatives<sup>285</sup>. Autre point de divergence par rapport au sursis à exécution, dont l'octroi supposait l'existence d'un moyen sérieux de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué, et de conséquences difficilement réparables de son exécution<sup>286</sup>, le référé-suspension est admissible si « *l'urgence le justifie* » et s'il « *est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

En dépit de ces éléments de distinction, comme celle du sursis, la procédure du référé-suspension confère par principe<sup>287</sup> au juge administratif la *faculté* de faire échec au caractère exécutoire d'une décision administrative. Cette faculté est d'abord induite par la rédaction de l'article L521-1 du Code de justice administrative : « *le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution...* » ; l'emploi du verbe *pouvoir* en est un premier indice. Mais surtout, le Conseil d'Etat semble maintenir, pour le référé-suspension, une jurisprudence extrêmement protectrice du pouvoir discrétionnaire du juge développée en matière de sursis à exécution : la décision d'Assemblée du 13 février 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles*<sup>288</sup>, avait ainsi reconnu au juge le droit de ne pas accorder le sursis, quand bien même les deux conditions de fond (existence d'un moyen sérieux et préjudice difficilement réparable) se trouvaient réunies. Sa décision du 15 juin 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*<sup>289</sup>, ne sanctionnant pas une « non-suspension », réaffirme donc le caractère pleinement facultatif du prononcé de la mesure.

---

<sup>285</sup> V. CE, 20 décembre 2000, *M. Ouatah* (AJDA 2001, p. 146 ; RFDA 2001, p. 371 ; LPA 19 mars 2001, n° 55, p. 8), qui met un terme à la jurisprudence antérieure, refusant le sursis à exécution des décisions de rejet, sauf si ces dernières entraînaient une modification dans la situation de droit ou de fait des intéressés telle qu'elle existait antérieurement : CE Ass., 23 janvier 1970, *Ministre d'Etat chargé des Affaires sociales c/ Sieur Amoros et a.* (Rec. p. 51). Cette solution, qui se justifiait surtout par l'interdiction faite au juge administratif d'adresser des injonctions de faire à l'administration, s'était cependant trouvée fragilisée par la loi du 8 février 1995, dotant le juge administratif d'un pouvoir d'injonction pour l'exécution de ses décisions.

<sup>286</sup> Conditions posées dans la décision CE, 12 novembre 1938, *Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions* (Rec. p. 840), et reprises et explicitées par le décret du 30 juillet 1963. L'inconvénient majeur du « moyen sérieux » sera son assimilation trop fréquente, par les juges, au moyen fondé.

<sup>287</sup> Existents toujours les mécanismes de suspension de droit, dès lors qu'est fait état d'un « doute sérieux » quant à la légalité de l'acte attaqué. Ces régimes spéciaux de suspension concernent, pour moitié, les relations de l'Etat avec les collectivités territoriales : ils s'articulent avec le déféré préfectoral (v. art. L 554-1 à 5 du CJA : not. la suspension d'actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (art. 554-1), en distinguant toutefois les actes relatifs à l'urbanisme, aux marchés ou aux délégations de services publics (art. L554-2), et ceux « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle » (art. L554-3). Concernant la récente procédure de référendum local : art. LO 1112-3, alinéa 3 à 5 du CGCT). L'autre moitié ouvre la possibilité de suspension « facilitée » à diverses autorités publiques (art. L554-6 à 10 du CJA), mais aussi aux justiciables, invoquant la méconnaissance d'une obligation d'étude d'impact (art. L554-11 du CJA et L122-1 et s. du Code de l'environnement) ou d'enquête publique (art. L554-12 du CJA et L123-12 du Code de l'environnement) lors des décisions publiques en matière d'aménagement.

<sup>288</sup> Rec. p. 100.

<sup>289</sup> N° 230637. Cette position avait toutefois suscité des critiques au sein de la doctrine, notamment dans l'affaire de la centrale nucléaire de Cattenom (TA Strasbourg, 8 septembre 1986, *Association pour la sauvegarde de la vallée de la Moselle*, Rec. p. 318).

Toutefois, la jurisprudence récente précise que le pouvoir de rejet des demandes de suspension dont les conditions sont réunies doit satisfaire à des « considérations d'intérêt général », et n'être utilisé qu'« à titre exceptionnel »<sup>290</sup>.

**96.** Une autre hypothèse peut également être relevée, dans laquelle le juge administratif de cassation est le destinataire d'une faculté concernant le règlement des litiges au fond. En cas d'annulation du jugement qui lui est déféré, le Conseil d'Etat<sup>291</sup> peut en effet « *soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction [...], soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie* »<sup>292</sup>. Le juge de cassation dispose donc de la faculté, sauf en cas de second pourvoi en cassation où il y est contraint<sup>293</sup>, de se comporter en juge d'appel, de se substituer à la juridiction de renvoi. La condition posée de « l'intérêt d'une bonne administration de la justice », relativement souple, confère aux magistrats toute latitude d'appréciation, qui ne peut que renforcer la faculté reconnue – comme le souligne M. Chapus, « elle ne restreint en rien la liberté de choix du juge, ce qui s'accorde d'ailleurs avec les travaux préparatoires de la loi, dans lesquels le souhait que la faculté de statuer au fond soit aussi souvent que possible exercée »<sup>294</sup>.

Au vu des décisions rendues, il semblerait qu'à « l'intérêt d'une bonne administration de la justice »<sup>295</sup>, correspondent notamment les hypothèses dans lesquelles le litige peut être réglé au fond par la mise en œuvre directe et immédiate de la solution de cassation, sans avoir à réexaminer les faits<sup>296</sup> ; de même, les cas où, bien qu'il faille reconsidérer les faits, le litige appelle une solution rapide<sup>297</sup> ou, de part sa gravité, et pour des raisons sans doute plus

---

<sup>290</sup> V. CE, 15 juin 2001, *Société Robert Nioche*, n° 230637, et CE, ord., 12 février 2001, *Association France Nature Environnement*, LPA mars 2001, n° 46.

<sup>291</sup> Egalement la Commission spéciale de cassation des pensions.

<sup>292</sup> Art. L821-2 du CJA.

<sup>293</sup> Art. L821-2 du même code, al. 2. Pour une application : CE, 27 octobre 1997, *Delmas*, Rec. p. 374.

<sup>294</sup> *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 1198. L'engorgement des cours administratives d'appel explique ainsi qu'aujourd'hui, près de quatre-vingt pour cent des affaires jugées en cassation donnent lieu à règlement au fond par le Conseil d'Etat, pour éviter d'accroître le nombre d'affaires pendantes devant le juge d'appel de droit commun.

<sup>295</sup> Olivier Gabarda, « "L'intérêt d'une bonne administration de la justice". Etude de droit du contentieux administratif », RDP 2006, n° 1, p. 153-184.

<sup>296</sup> CE, 31 juillet 1996, *Fonds de garantie automobile*, CJEG 1997, p. 149 ; RFDA 1996, p. 1041 ; CE, 17 février 1992, *Aniform*, Rec. p. 71.

<sup>297</sup> Concernant une procédure d'urgence : CE, 6 mars 1991, *Commune de Roquevaire*, RDP 1992, p. 557 ; RFDA 1991, p. 502 ; CE Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, RFDA 1994, p. 726 ; AJDA 1994, p. 502. Sur des procédures en cours depuis un nombre d'années important : CE, 11 décembre 1991, *Administration Assistance publique à Paris*, RDP 1993, p. 252 ; CE, 30 juin 1999, *Foucher*, RFDA 1999, p. 1210.

politiques, justifie l'intervention de la Haute juridiction<sup>298</sup> ; enfin, le Conseil d'Etat peut, par ce biais, fixer les bases d'une nouvelle solution jurisprudentielle<sup>299</sup>.

97. La notion de *faculté*, par sa neutralité et son caractère unifiant, constitue donc un critère adapté aux exigences inhérentes à un travail de définition générale. Pour autant, ce critère doit permettre l'identification et la caractérisation de la permissivité normative dans le droit, c'est-à-dire d'en saisir la spécificité.

## § 2 – LA PERTINENCE DE LA NOTION DE *FACULTE* AU REGARD DU CONCEPT DE PERMISSIVITE NORMATIVE

98. Définir un objet demande d'en saisir et d'en exprimer les particularités, les contours les plus spécifiques. Un critère de définition doit ainsi révéler ces qualités, et surtout, isoler l'objet à définir au sein de son environnement. Définir, c'est donc autant décrire, que distinguer. En un mot, il s'agit de discriminer, en l'occurrence, le caractère permissif de certaines normes. La notion de *faculté*, dont le caractère discriminant n'est guère discutable (A), tire également sa pertinence de son aptitude à traduire un aspect propre à la permissivité normative : le concept d'indifférence (B).

### A – UN CRITERE DISCRIMINANT

99. Le caractère discriminant du critère de *faculté* tient au fait que ce dernier exprime sans ambiguïté la dimension potestative des normes permissives (2), au contraire du terme *droit*, non-susceptible de traduire exclusivement la permissivité (1).

#### 1 – *Le rejet du terme droit*

100. Un lien est fréquemment établi, en doctrine, entre norme permissive et norme octroyant un droit<sup>300</sup>. Certes, le mot vient immédiatement à l'esprit lorsque l'on aborde l'idée de

---

<sup>298</sup> Dans l'affaire du sang contaminé : CE Ass., 9 avril 1993, *G..., D..., Ep. B..., Rec.* p. 110 ; *AJDA* 1993, p. 334 ; *JCP* 1993, n° 22110.

<sup>299</sup> Sur les nouvelles règles gouvernant le retrait des décisions explicites créatrices de droit : CE Ass., 26 octobre 2001, *Ternon, AJDA* 2001, p. 1034.

<sup>300</sup> V. not. : Jacques Moreau, *Droit administratif, op. cit.*, p. 207 ; Georg Henrik Von Wright, *Norm and action. A logical enquiry, op. cit.*, p. XX (à propos des développements sur *right* et *claim*) ; Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public, op. cit.*, p. 126 ; Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 220 (*a contrario*) ; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction de Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 13 (« à la permission, l'on fait correspondre un « avoir le droit de » (*Dürfen*) »). Les logiciens déontiques recourent également à ce terme pour définir le *permis* (droit de ) et le *facultatif* (droit de ne pas), et évoquent un *droit bilatéral*. Sur cette question en théorie du droit, v. Francesca Poggi, *Norme permissive, op. cit.*, p. 225 et s.

permission – à laquelle est souvent réduite la norme permissive –, d’autant qu’il faut bien admettre que les normes permissives ne font peser sur leur destinataire aucune obligation, aucun devoir, deux notions antinomiques du mot *droit*. Néanmoins, ce dernier ne semble pas devoir être retenu comme critère de définition de la norme permissive.

**101.** De prime abord, l’usage du terme *droit* se rapporte pourtant à des prérogatives facultatives reconnues aux sujets de droit. La question de l’obéissance hiérarchique des fonctionnaires fournit une illustration d’un tel usage du terme *droit*. Plus précisément, c’est la désobéissance légitime des fonctionnaires qui met en relief l’alternative droit/obligation. La loi du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*<sup>301</sup>, reprenant la solution dégagée par le Conseil d’Etat en 1944<sup>302</sup>, prescrit ainsi que le fonctionnaire « *doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l’ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* »<sup>303</sup>. Seul l’exigeant cumul de ces deux conditions, somme toute « rigoureuses »<sup>304</sup>, légitime donc la désobéissance à l’ordre donné. Mais plus que légitimer, la réunion de ces conditions impose au fonctionnaire de désobéir<sup>305</sup>.

**102.** Toutefois, la loi et la jurisprudence ont été amenées à admettre la désobéissance légitime du fonctionnaire indépendamment de la réunion de ces conditions strictes, et reconnaissent d’ailleurs dans ces cas, non pas un *devoir*, mais un *droit* de désobéir. Tout d’abord, les dispositions de l’article 6 de la loi du 13 juillet 1983, issues de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992<sup>306</sup>, disposent que les subordonnés sont en droit de ne pas céder aux « agissements de harcèlement » auxquels se livrerait leur supérieur hiérarchique, dont les ordres, menaces, contraintes, pressions, viseraient à obtenir, pour lui ou pour un tiers, des « faveurs de nature sexuelle ».

Par ailleurs, le Conseil d’Etat a reconnu le droit de désobéir d’un agent public auquel le supérieur enjoignait de reprendre son travail, alors qu’il participait à une grève licite<sup>307</sup> : il faut préciser ici que l’ordre du supérieur hiérarchique méconnaissait le principe à valeur

---

<sup>301</sup> Loi n° 83-634 (*JORF* 14 juillet 1983).

<sup>302</sup> CE Sect., 10 novembre 1944, *Langneur*, *Rec.* p. 288 ; *D* 1945, p. 87 ; *JCP* 1945, n° 2852 ; *GDDA*, p. 448.

<sup>303</sup> Art. 28 de la loi du 13 juillet 1983.

<sup>304</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 294 et s.

<sup>305</sup> Arrêt *Langneur*, préc., et CE, 21 juillet 1995, *Bureau d’aide sociale de Paris*, *JCP*, 1996, II, n° 22616.

<sup>306</sup> Loi relative à l’abus d’autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale (*JORF* 4 novembre 1992).

<sup>307</sup> CE, 26 juin 1996, *Commune de Grand-Bourg-de-Marie-Galante*, *Rec.*, p. 979.

constitutionnelle du droit de grève, et que le juge ne pouvait exiger, pour légitimer la désobéissance de l'agent, la réunion des deux conditions de la jurisprudence *Langneur*<sup>308</sup>.

Enfin, le Tribunal administratif de Besançon a également admis un droit à désobéissance au bénéfice d'un agent communal étant en mesure d'invoquer le *droit de retrait*, qui lui permettait de se « *retirer d'une situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé* »<sup>309</sup>. Cette solution a ensuite été étendue aux fonctionnaires territoriaux par le décret du 16 juin 2000 *relatif à l'hygiène et à la sécurité dans la fonction publique territoriale*<sup>310</sup>.

Ces différentes hypothèses ouvrent donc aux subordonnés un *droit* de désobéissance, impliquant donc, logiquement, autant la possibilité de se soustraire à l'ordre illégal (car constitutif d'abus d'autorité en matière sexuelle, contraire au principe à valeur constitutionnelle du droit de grève, ou exposant l'agent à un danger pour sa vie ou sa santé), que d'y déférer. Cela se comprend aisément avec le droit de grève, qui, par nature, est à la disposition de son titulaire, le travailleur. De même, il n'appartient qu'à l'agent d'apprécier s'il entend prendre un risque éventuellement vital en exécutant l'ordre d'un supérieur. Pour autant, l'idée d'un droit de refuser un ordre relevant du harcèlement sexuel, et donc de s'y soumettre, paraît incongrue, tant on peut douter du fait que cette dernière possibilité constitue un droit ; pourtant il est bien dans la nature d'un droit d'être bilatéral ! Quoiqu'il en soit, ces différentes solutions peuvent se rapporter à des normes que l'on pourrait qualifier de permissives ; le *droit* fonde à l'évidence cette nature, tandis que le *devoir* identifie un impératif, en l'occurrence, celui de la désobéissance légitime.

**103.** Pour autant, un certain nombre d'objections invitent à mettre en doute l'efficacité d'une définition de la norme permissive fondée sur la notion de *droit*. Celle-ci excède le seul champ de la permissivité normative ; certaines dispositions, bien qu'accordant un droit, semblent difficilement qualifiables ainsi.

---

<sup>308</sup> Sauf à considérer que l'ordre reçu, contrariant le principe à valeur constitutionnelle du droit de grève, était de ce simple fait « *manifestement illicite et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». Mais un tel raisonnement n'est guère probable, le juge se livrant plutôt, à l'occasion des litiges de cette nature, à une appréciation *in concreto*.

<sup>309</sup> TA Besançon, 10 octobre 1996, *Glory c/ Commune de Chatenois-les-Forges*, LPA juillet 1997, n° 88 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1034. En l'espèce, l'agent communal pouvait refuser d'installer des illuminations de Noël à partir d'une échelle et d'un godet de tracteur levé à 4 mètres du sol. Le juge administratif considère que le droit de retrait est un principe général du droit dont s'inspire l'article L231-8-1 du Code du travail.

<sup>310</sup> Décret n° 2000-542 modifiant le décret n° 85-603 du 10 juin 1985 *relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale* (JORF 20 juin 2000).

L'ambivalence du mot *droit* a notamment été soulignée par le doyen Rivero, dans le domaine des libertés publiques. Selon lui, il conviendrait de distinguer entre deux acceptions du terme, révélatrices d'une certaine dualité<sup>311</sup>. Or, cette distinction est propre à éclairer le propos relatif aux normes permissives. Selon l'auteur, la notion de *droit* se déclinerait en « droits de », et en « droits à »<sup>312</sup>. Les premiers constituent des droits de faire, des droits d'action, auxquels se rattachent une catégorie de droits et de libertés, parmi lesquels figurent la liberté d'expression, la liberté de croyance ou le droit de vote. Leur exercice suppose, en vertu d'une vision libérale héritée de la révolution, la non-ingérence des pouvoirs publics. Les autres, les « droits à », sont aussi qualifiés de « droits-créance », et correspondent à une conception plus sociale des droits fondamentaux<sup>313</sup> ; leur effectivité implique une intervention, une prestation, des pouvoirs publics. Y sont notamment inclus le droit à l'éducation, le droit à la sécurité sociale, etc.

Outre l'écart idéologique entre ces deux acceptions de la notion de *droit*, la dimension active du « droit de » s'oppose nettement à la passivité du « droit à », dont le titulaire n'est pas pleinement maître de la mise en œuvre. Rapportée à la question des normes permissives, cette distinction s'avère déterminante. D'un point de vue étymologique, le verbe *permettre*, sur lequel est formé l'adjectif *permissif*, fait indubitablement référence à l'idée d'action, que l'on envisage les racines latines *permittere*, « faire aller jusqu'à un but », d'où « laisser libre »<sup>314</sup>. Or, seul le « droit de » – faire quelque chose – correspond à cette approche. Le « droit à » relève d'une conception tributive du *droit*, qui fait d'ailleurs écho aux classifications établies

---

<sup>311</sup> Cette « partition » n'est pas sans rappeler la notion de *générations* de droits : v. Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 5<sup>ème</sup> éd. 2005, p. 62-63 ; pour une critique, v. Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 6<sup>ème</sup> éd. refondue, 2003, n<sup>os</sup> 21, 66 et 69.

<sup>312</sup> Il parle également de « pouvoir d'agir » (associer au « droit de ») et de « pouvoir d'exiger » associé au « droit à ». Jean Rivero et Hugues Moutouh, *Libertés publiques*, t. 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, n<sup>o</sup> 129.

<sup>313</sup> Selon Gilles Lebreton, le terme de *liberté* n'est pas approprié pour ces « droits à » ; d'où l'emploi de l'expression « droits-créances ». En effet, les libertés sont toujours, selon lui, des « libertés-résistances », auxquelles nous rattachons les « droits de ». Par suite, serait une fausse classification des libertés publiques, celle opposant « libertés-résistances » et « libertés-créances », car seules les premières peuvent être qualifiées de libertés publiques. *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>314</sup> V. le latin *permittere* : « faire aller jusqu'à un but », d'où « laisser libre » (André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 431).

par M. Eisenmann<sup>315</sup>. M. Février exclut d'ailleurs de la catégorie des normes permissives les normes conférant des créances sur les personnes publiques<sup>316</sup>.

Ces premières remarques relativisent donc fortement l'intérêt d'une définition des normes permissives construite sur le terme, pourtant consensuel, de *droit*, auquel le droit positif recourt d'ailleurs pour ouvrir des facultés<sup>317</sup>.

**104.** Un autre grief peut, en outre, être adressé au mot *droit* ; il provient de son utilisation dans l'expression *droit acquis*, utilisée en droit administratif, et qui semble entretenir des liens ambigus avec ce qu'il est possible d'identifier comme des actes permissifs. En effet, il est malaisé de savoir quand un acte est ou non créateur de droit, le Conseil d'Etat « procédant souvent plus par affirmation que par démonstration »<sup>318</sup>. Ainsi, les autorisations de police, ou celles d'occupation privative du domaine public, ne créent-elles pas de droit<sup>319</sup>. Or, est-il possible de nier à une permission de voirie un caractère permissif ? De la même manière, en vertu d'une jurisprudence constante, les actes réglementaires ne sont pas créateurs de droits<sup>320</sup>. Mais là encore, il n'est pas exclu qu'un règlement présente une dimension permissive.

Certes, il est des hypothèses, assez nombreuses, où la qualification d'acte créateur de droit coïncide avec le caractère permissif d'un acte. Tel est le cas, par exemple, pour les permis de construire, de démolir<sup>321</sup>, l'autorisation d'exploiter une carrière<sup>322</sup>, ou le permis de

---

<sup>315</sup> L'auteur oppose en effet aux normes impératives, les normes permissives, habilitantes et tributives (Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 509). Voilà qui peut remettre en cause la classification binaire *impérativité/permissivité*, mais conforte, en tout cas, l'idée que les normes accordant des droits n'ont pas toute la même nature.

<sup>316</sup> Il se fonde essentiellement sur le caractère obligatoire de ces normes pour le débiteur, caractère qui anéantit, selon lui, l'idée de permissivité. Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 272 et 273.

<sup>317</sup> Cf. not. ces articles de la Constitution : art. 17 « *Le Président de la République a le droit de faire grâce* », et art. 44 « *Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement* ». Sur le caractère purement facultatif des amendements, notamment en raison de l'absence d'obligation d'en retenir dans le texte finalement adopté : v. note sur la décision n° 2003-468 DC du Conseil constitutionnel du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, CCC n° 15, p. 20 et s.

<sup>318</sup> Gilles Zalma, « *Patere regulam quam fecisti* ou l'administration liée par ses propres actes unilatéraux », *RDP* 1980, p. 1112.

<sup>319</sup> Au nom de l'intérêt général, l'autorité administrative peut y mettre fin à tout moment. V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, *op.cit.*, n° 612 et s. V. également, à propos du décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 *relatif aux concessions de plage* (*JORF* 28 mai 2006, p. 7981) : Christine Maugué, « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », *AJDA* 2006, p. 1496-1506.

<sup>320</sup> V. not. CE Sect., 5 mai 1972, *Mlle Noyer*, *Rec.* p. 342 ; CE, 10 mars 1995, *Association des pilotes professionnels*, *Rec.* p. 645.

<sup>321</sup> CE, 6 octobre 1982, *Crédit Lyonnais*, *DA* 1982, n° 372.

<sup>322</sup> CE, 3 décembre 1982, *Société continentale de promotion immobilière*, *Rec.* p. 409 ; *D* 1984, IR, p. 106, obs. F. Moderne et P. Bon.



conduire<sup>323</sup>. En revanche, sont créatrices de droits certaines décisions qui ne peuvent se rattacher à la catégorie des actes permissifs : ce sont notamment les décisions récognitives (décision accordant une décoration, relevé de notes d'examen, décision de délimitation du domaine public naturel, décisions pécuniaires<sup>324</sup>, décisions fixant le montant de dommages-intérêts, etc.) ; il faut également noter que certaines décisions défavorables peuvent créer des droits au profit de tiers<sup>325</sup>. Ainsi, comme l'indique M. Chapus, « il ne faut croire, ni qu'une décision crée des droits dès lors qu'elle est une décision favorable (accordant un avantage, satisfaisant une demande), ni qu'une décision défavorable est insusceptible d'en créer »<sup>326</sup>.

Au regard de ce qui vient d'être exposé, la catégorie des actes créateurs de droits emprunte donc autant à celle des actes accordant un *droit à* que celle de ceux conférant un *droit de*. Or, seuls ces derniers peuvent, semble-t-il, avoir un caractère permissif.

Le terme retenu, *faculté*, exprime donc non seulement l'acception active de la notion de *droit*, tout en exprimant un trait important de la norme permissive, sa dimension potestative.

## ***2 – La dimension potestative de la faculté***

**105.** MM. Gardies et Kalinowski identifient un *droit bilatéral* de faire ou de ne pas faire quelque chose, qui exprime le concept de permissivité normative. Cette bilatéralité implique donc que le destinataire d'une norme permissive se voie reconnaître une liberté d'appréciation et que le sens dans lequel sera mise en œuvre ladite norme ne procède que de sa volonté. C'est à cet égard que la notion de *faculté* paraît indiquée, recelant cette nécessaire dimension potestative.

**106.** Parmi les déclinaisons du mot *faculté*, l'adjectif *facultatif* exprime sans doute le mieux ce caractère. Est ainsi facultatif, ce « qui laisse la faculté ; qu'on peut faire, employer, observer... ou non »<sup>327</sup> ; c'est encore ce « qu'on a la liberté de faire ou de ne pas faire ; [ce] qui n'est pas obligatoire »<sup>328</sup>, ou ce qui est « laissé au gré d'un intéressé »<sup>329</sup>.

---

<sup>323</sup> CE, 10 mai 1995, *Abbal*, *Rec.* p. 644 ; *DA* 1995, n° 519.

<sup>324</sup> Ces décisions reconnaissent d'ailleurs davantage un *droit à* qu'un *droit de*.

<sup>325</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1346 et s.

<sup>326</sup> *Op. cit.*, p. 1140.

<sup>327</sup> *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, t. 3, *op. cit.*

<sup>328</sup> *Grand Larousse de la langue française*, t. 3, *op. cit.* Voir aussi *Lexis, Larousse de la langue française, op. cit.* : « Facultatif/ve : Se dit d'une chose qu'on a la possibilité légale (ou la permission) de faire ou de ne pas faire ».

<sup>329</sup> « Facultatif » in Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

L'adjectif possède cependant un sens plus précis en logique déontique. Le *droit bilatéral*, troisième point de la figure formant le triangle déontique – opposé à l'*obligatoire* et à l'*interdit* – est la synthèse de deux foncteurs distincts : le *permis* et le *facultatif*. Si ces derniers ne peuvent être logiquement envisagés séparément, ce qui justifie leur conjonction, il convient tout de même de rappeler qu'au *permis* correspond classiquement un droit de faire, et au *facultatif*, un droit de ne pas faire. En d'autres termes, cela signifie que la nature de l'impératif auquel ces deux foncteurs visent à faire échec diffère sensiblement : logiquement, le *permis* s'oppose à une interdiction, c'est-à-dire un obstacle normatif, qui constitue une forme négative de l'impératif (X ne doit pas..., il est interdit de..., telle action est prohibée...), tandis que le *facultatif* tend à écarter une obligation, forme cette fois-ci positive de l'impératif (X doit..., telle action est obligatoire...). Selon le type d'impératif auquel la norme permissive fait exception, le sujet de droit se verra autorisé un comportement plutôt permis ou plutôt facultatif.

Cependant, à peine saisie la nuance, force est de reconnaître son caractère purement théorique, voire artificiel. Le terme *faculté* lui-même, en dépit de sa filiation terminologique avec l'adjectif *facultatif*, ne concerne pas moins les deux hypothèses, leur point de rencontre inéluctable, précisément incarné par l'idée de droit bilatéral<sup>330</sup>. En outre, l'impératif, qu'il soit vu positivement ou négativement, se rapporte à l'idée plus générale de contrainte normative, à laquelle la norme permissive s'oppose, et le caractère potestatif de cette dernière dépend essentiellement de l'alternative qu'elle offre : se soumettre à un impératif, quel qu'il soit, ou s'en affranchir, que ce soit par un comportement permis ou facultatif.

**107.** Par ailleurs, cette libre détermination recèle à l'évidence une dimension subjective, et caractérise la place essentielle que tient le destinataire de la norme permissive, dans l'écriture, *in fine*, de la règle de droit ; posée par le droit positif, la norme permissive ouvre deux « chemins » normatifs, deux voies de concrétisation, qui dépendent du choix qu'opèrera son destinataire. En cela, ce type de norme souffre d'une certaine indétermination normative. Le choix de ce dernier, le jeu de sa volonté, détermine donc la portée effective de la règle de droit : son contenu demeurera-t-il virtualité ou donnera-t-il lieu à une action positive ? Or, cette dimension subjective réside bien dans la notion de *faculté*, qui, à la fois donne la mesure

---

<sup>330</sup> Même l'acception sociologique de la permissivité ne nous autorise pas à privilégier l'un des deux aspects : est, en effet, permissive, la tendance à ne pas interdire, comme celle visant à éroder les formes de contrainte.

de ce qui est possible<sup>331</sup>, et caractérise une capacité à la seule disposition de son titulaire. Ce dernier point marque d'ailleurs la césure entre *faculté* et *habilitation*.

L'habilitation correspond en effet à une investiture, à la collation, par une autorité extérieure, d'une capacité qui ne préjuge d'ailleurs pas de la nature de la compétence – liée ou discrétionnaire – reconnue à l'habilité. Un agent peut ainsi être tenu d'exercer une compétence qu'il tient d'une habilitation. Au contraire, non seulement la faculté n'est pas nécessairement un élément exogène du sujet de droit<sup>332</sup>, mais surtout, elle lui confère toujours une liberté d'appréciation, une option. Il reste d'ailleurs à expliquer, pour conclure, pourquoi ce dernier terme ne semble pas substituable à celui de *faculté*, en dépit de sa signification non équivoque.

**108.** En effet, le verbe *opter* provient du latin *optare*, qui signifie « souhaiter » et d'*optio*, « choix », « libre volonté »<sup>333</sup>. Selon M. Cornu, il s'agit de la « faculté de choisir entre divers partis (accepter ou refuser, payer en nature ou en argent, prendre un bien ou un autre, etc.) conférée [...] soit par la loi (option successorale), soit par la convention (option du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente), soit par un testament »<sup>334</sup>. Sa dimension potestative n'est donc pas contestable, et l'on pourrait envisager de définir la norme permissive comme toute norme ouvrant une option à son destinataire. *Faculté* et *option* semblent synonymes<sup>335</sup>. Toutefois, *option* est un terme essentiellement technique, exprimant l'alternative, mais moins nettement les notions de liberté et de pouvoir, indissociables de la définition de la norme permissive. Par ailleurs, l'*option* désigne autant la faculté offerte que le choix effectué<sup>336</sup>. L'*option* correspondrait davantage au temps du choix du permissionnaire, de la mise en œuvre de la norme, tandis que la faculté relève du moment de son édicition, et intéresse sa définition préalable.

---

<sup>331</sup> Cela se confirme dans les autres acceptions du terme *faculté* : les facultés mentales d'une personne, les facultés physiques d'un corps, ou les facultés financières, renvoient toutes à l'idée de possibilité.

<sup>332</sup> Certaines libertés, inhérentes à l'être humain en tant que droits naturels, lui appartiennent nécessairement, du fait de sa qualité d'être humain ; les facultés qu'elles impliquent ne lui sont reconnues par aucune autorité extérieure.

<sup>333</sup> V. « Option » in *Grand Larousse de la langue française*, t. 5, *op. cit.* et *Lexis, Larousse de la langue française, op. cit.*

<sup>334</sup> « Option » in *Vocabulaire juridique, op. cit.*

<sup>335</sup> En témoigne l'emploi récurrent, par M. Cornu, du terme *faculté*, dans la définition qu'il donne des diverses formes d'options du droit positif. *Ibid.*

<sup>336</sup> V. not. « Option » (sens 2) in *Grand Larousse de la langue française*, t. 5, *op. cit.* : « Solution choisie dans un cas donné, en particulier prise de position d'ordre général, qui comportera des conséquences précises ». Pour un sens similaire en matière juridique : Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, sous « Option », (sens 2).

A l'indétermination normative de la norme permissive correspond donc la dimension potestative du critère que constitue la *faculté*. La pertinence de ce dernier semble d'ailleurs renforcée par son aptitude à exprimer ce qui fait, avec le caractère potestatif, la spécificité de la permissivité normative, rencontré notamment en logique déontique, sous le nom d'indifférence.

## B – UNE TRADUCTION DU CONCEPT D'INDIFFÉRENCE

**109.** La définition de la norme permissive comme norme ouvrant à son destinataire une simple faculté est susceptible de rendre compte d'un concept apparaissant en logique déontique : l'indifférence (1). Cependant, si celle-ci semble être un corollaire logique de la notion de faculté, et caractériser la permissivité normative, un certain réalisme invite à relever que cette indifférence n'est pas absolue : l'auteur de la norme permissive est moins indifférent à l'égard des facultés qu'il ouvre que ne l'est abstraitement le discours déontique (2).

### *1 – Un concept issu de la logique déontique*

**110.** L'hypothèse d'une norme accordant une faculté à son destinataire ne se conçoit que si celui-ci dispose d'une liberté d'option concernant la mise en œuvre de cette faculté. Cela implique logiquement que l'ordre juridique lui ouvre cette faculté sans préjuger du choix qui devrait être fait : pour reprendre les mots employés par M. Héraud à propos de la notion de compétence, la faculté confère un « ensemble de virtualités juridiques dont le droit ne dit pas, et ne « sait » pas, quel usage (correct) en sera fait par le sujet »<sup>337</sup>. Le droit est en quelque sorte *indifférent* au choix du bénéficiaire de la faculté, en ce sens qu'il l'ignore, et surtout qu'il ne l'influence pas.

C'est donc naturellement que le concept d'*indifférence* apparaît en logique déontique, à propos de la notion de droit bilatéral, expression du permis normatif : « la permission d'accomplir *q* a pour implication que le destinataire est libre d'accomplir ou de ne pas accomplir *q*. Le système standard analyse ceci comme une conjonction de deux permissions :  $Pq \ \& \ P-q$  [et] utilise le concept d'indifférence, avec pour symbole « I », pour représenter le jugement normatif suivant :  $Iq$  est équivalent à  $Pq \ \& \ P-q$  »<sup>338</sup>. Ainsi, si la lettre I n'est pas

---

<sup>337</sup> Guy Héraud, « La validité juridique », *op. cit.*, p. 484.

<sup>338</sup> André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 430, § 2. Compar. Antoine Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, p. 199 : « Dans son champ de validité, tout ordre juridique répartirait les actions humaines en licites (prescrites, positivement permises, ou

toujours employée – notamment pour d'évidentes raisons linguistiques<sup>339</sup> –, la majorité des logiciens déontiques identifie ce foncteur caractéristique de la permissivité.

**III.** Sur le plan normatif, le choix du permissionnaire importe donc peu : il est « juridiquement sans importance »<sup>340</sup>. La situation est toute autre lorsque le droit énonce une norme impérative, obligation ou prohibition : en effet, le destinataire de la norme n'a alors d'autre choix que de se conformer au discours normatif, sous peine de violer la norme et de défier l'ordre juridique. Comme le rappelle M. Rivero, la violation d'une obligation ou d'une interdiction remet en cause l'harmonie sociale, perturbe l'ordre public ; au contraire, « l'autorité de l'Etat n'est pas mise en cause par le comportement du titulaire [d'une] autorisation, et pas davantage l'intérêt général : la permission signifie que l'acte projeté ne lui est pas contraire, mais non pas qu'il le sert »<sup>341</sup>. Et d'ajouter : « celui qui renonce à bâtir, alors même qu'il s'y est fait autoriser, ne désobéit pas à l'administration, et ne cause aucun tort à la collectivité »<sup>342</sup>.

C'est également le concept d'indifférence qui pouvait faire dire à M. Hauriou, à propos d'une disposition qu'il qualifiait de simplement « indicative ou permissive », qu'elle « était d'une telle espèce qu'elle ne pouvait pas être violée »<sup>343</sup>. Il faut comprendre par là que l'on ne peut méconnaître une règle qui, n'imposant rien, confère au contraire la liberté de s'en affranchir. En ce sens, la qualification de norme *permissive* se trouve doublement justifiée : sur le plan technique, par la faculté qu'une telle disposition ouvre, et sur un plan davantage éthique, par l'inclination précisément permissive du tissu normatif.

**II2.** Par ailleurs, une illustration assez pertinente de la notion d'indifférence normative existe dans le Règlement national d'urbanisme. Certaines de ses dispositions sont dites permissives en ce qu'elles attribuent à l'autorité compétente en matière de délivrance des autorisations d'urbanisme, la faculté de refuser ces dernières si certains motifs prévus expressément le justifient. Par exemple, l'article R111-2 du Code de l'urbanisme dispose que « *le permis de*

---

indifférentes) et illicites (actions prohibées ou abstentions d'accomplir ce qui est prescrit) » ; l'indifférence semble correspondre chez cet auteur au non réglé licite, c'est-à-dire aux permissions faibles.

<sup>339</sup> M est quelquefois employé (notation polonaise, G. Kalinowski), ainsi que L, faisant référence à « il est libre de... » (Castañeda) : V. Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, op. cit., p. 85 et s.

<sup>340</sup> Rudolf Laun, *Le pouvoir discrétionnaire*, Annuaire de l'Institut international de droit privé, 1935, p. 130, cité par Lino Di Qual, concernant le cas où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire : *La compétence liée*, op. cit., p. 80.

<sup>341</sup> Jean Rivero, « Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives », op. cit., p. 380.

<sup>342</sup> *Ibid.* Cette distinction justifie d'ailleurs, selon le Pr. Rivero, le caractère exécutoire des décisions impératives de l'administration.

<sup>343</sup> Maurice Hauriou, note sous CE, 26 janvier 1912, *Blot*, op. cit., p. 17.

*construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions, par leur situation ou leurs dimensions, sont de nature à porter atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique ».*

Deux hypothèses peuvent alors se présenter : soit les conditions du refus ne sont pas réunies (en l'occurrence, la construction projetée ne porte pas atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique, que ce soit en raison de sa situation ou de ses dimensions), et l'autorité instructrice pourra accorder l'autorisation ou bien la refuser pour d'autres motifs<sup>344</sup> ; soit les conditions de refus sont réunies, et l'autorité compétente pourra dans ce cas refuser l'autorisation, sur le fondement de la condition légale de refus<sup>345</sup>, ne l'accorder que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales<sup>346</sup>, mais aussi, dans l'absolu, l'accorder purement et simplement<sup>347</sup>. Autrement dit, le droit reconnaît à l'autorité compétente la faculté d'octroyer l'autorisation alors même que les conditions de refus seraient réunies. Si l'édition de prescriptions spéciales revient à prendre en considération la réunion des causes possibles de refus, l'autorisation pure et simple caractérise à l'évidence une situation d'indifférence normative. Une position jurisprudentielle similaire existe d'ailleurs en matière de référé-suspension, dans la continuité du sursis à exécution<sup>348</sup>.

Ainsi, tant que le destinataire de la norme permissive – en l'occurrence une autorité administrative – demeure dans les bornes délimitées par l'exercice de la faculté, et quand bien même certains usages de celle-ci seraient critiquables sur un plan politique, éthique, etc., il n'est pas possible au juge de censurer le choix effectué, du moins tant qu'il ne relève pas l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. L'indifférence normative fait donc la part belle à l'opportunité et témoigne véritablement d'une attitude permissive de l'autorité

---

<sup>344</sup> La construction envisagée pourrait en effet, en s'en tenant à des motifs tirés du droit de l'urbanisme, porter atteinte à une perspective monumentale (application de l'article R111-21 du Code de l'urbanisme), ou encore ne pas respecter les obligations relatives à l'alimentation en eau potable et à l'assainissement (article R111-8 du même code).

<sup>345</sup> V. CE, 5 juin 1987, *Ministre de l'Équipement c/ Roussel*, RDI 1987, p. 341 ; CAA Nancy, 24 octobre 2002, *Commune de Riedwihr*, n° 98NCO2508 ; CE, 5 décembre 2001, *M. Bordier*, n° 205816.

<sup>346</sup> Ces prescriptions ont vocation à limiter les inconvénients pouvant survenir d'une autorisation en dépit de la réunion des conditions qui auraient pu justifier un refus. Il pourrait s'agir, par exemple, d'imposer au constructeur le choix ou l'adaptation d'un mode d'assainissement, afin de garantir la qualité d'une nappe alimentant une source d'eau potable ; v. pour l'absence de toute prescription spéciale, et ainsi la commission d'une erreur manifeste d'appréciation : CE, 25 juillet 1986, *De Talhouet*, CJEG 1987, p. 772.

<sup>347</sup> Toutefois, l'idée d'absolu est tempérée par la limite que constitue l'erreur manifeste d'appréciation. Toutefois, ont été autorisées l'installation d'une cheminée malgré la gêne occasionnelle de ses fumées (CE, 27 mai 1991, *Commune de Mably*, n° 112798), ou la construction d'un silo pour copeaux de bois en bordure de parcelle sans aucune prescription particulière (CE, 16 octobre 1992, *Mme Nouy*, n° 105508).

<sup>348</sup> CE Ass., 13 février 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles* ; CE, 15 juin 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, précités.

normatrice. Indifférence normative et caractère potestatif de la mise en œuvre de la règle de droit apparaissant ainsi comme particulièrement liés<sup>349</sup>.

**113.** Une telle indifférence n'est, semble-t-il, pas étrangère à ce que la doctrine dénomme la *soft law*. Dans ce droit souple, ou mou<sup>350</sup>, fait de déclarations, recommandations, ou autres incitations, l'attitude du destinataire de la norme à l'égard de ce qu'elle « prescrit » est indifférente ; en d'autres termes, l'existence de la norme, son effectivité et son respect ne sont pas liés au comportement du sujet de droit<sup>351</sup>. Quand bien même celui-ci ne se conformerait pas à une recommandation, il ne violerait pas la norme qui la porte. Il est dans la nature de ces règles de droit souple d'être ou non suivies, comme il est dans la nature des normes permissives d'autoriser indifféremment un comportement ou son contraire.

Pour autant, ce point de rencontre entre les normes permissives et le droit souple ne doit pas conduire à assimiler totalement les deux catégories ; la notion de faculté permet notamment la distinction. La plupart du temps, les normes de droit souple n'ouvrent guère de facultés aux sujets de droits : conseils, recommandations, déclarations, etc. ne modifient bien souvent pas la situation juridique de ces derniers. Ils ne créent pas un champ de licéité qui n'existait pas. Il faut toutefois mettre à part les règles incitatives ; à l'évidence, une incitation ouvre bien une faculté, en ce qu'elle subordonne le bénéfice d'un avantage à un certain comportement du destinataire de la norme. Il s'agit en quelque sorte d'un encouragement. Mais, même si le propre d'une règle incitative est d'être orientée, finalisée, il ne faut pas perdre de vue qu'elle ouvre une simple faculté, et se trouve ainsi régie par le concept d'indifférence, nul ne pouvant être tenu de suivre une incitation. A ce titre, il est parfaitement concevable que les incitations entrent dans la catégorie des normes permissives.

---

<sup>349</sup> En philosophie, d'ailleurs, indifférence et liberté sont souvent assimilées. V. « Indifférence » in André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 494 : sens B : « Indétermination : Liberté d'indifférence [...] est presque toujours synonyme de libre arbitre au sens C. » sens C = « puissance « de choisir ou de ne pas choisir un acte », telle qu'on en fait « l'épreuve dans les choses où il n'y a aucune raison qui nous penche d'un côté plus que de l'autre ». Bossuet, *Traité du Libre Arbitre*, I et II ».

Et aussi, p. 76, sous « Arbitre (libre) » : « Descartes avait déjà fait remarquer que le mot *Indifférence*, en parlant de la liberté, pouvait recevoir deux sens opposés [...] [dont, selon certains, mais pas forcément lui *a priori*] « ... faculté positive que nous avons de nous déterminer à l'un ou l'autre de deux contraires », faculté qui s'exerce non seulement dans les cas de choix arbitraire, mais même dans ceux où nous avons une raison d'agir évidente, qui ne laisse place à aucune hésitation. (Résumé d'une *lettre à Mersenne*, du 27 mai 1641. Ad. et Tann., tome III, p. 378-381) – Dans les *Principes*, il accepte lui-même ce second sens et se sert d'*Indifférence* comme synonyme de liberté au sens le plus large ».

<sup>350</sup> V. Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », op. cit., p. 599 et s.

<sup>351</sup> A la différence des normes impératives.

114. Ce détour par le droit souple permet ainsi de saisir les contours du concept d'indifférence. Il s'agit d'un jugement exclusivement normatif : est indifférente, la norme juridique qui, adressée à un sujet de droit, n'est pas violée par le comportement de celui-ci à l'égard de son contenu. Toutefois, l'univers du droit n'est pas fait que de normes abstraites ; comme elles ont des destinataires, les normes ont nécessairement un auteur. Or, s'il est possible de parler d'indifférence normative à l'égard des normes permissives, cela s'avère moins catégorique pour leur auteur, d'où la relativité du concept.

## 2 – *Un concept relatif*

115. Si, d'un point de vue déontique, la notion de faculté implique celle d'indifférence, il ne va pas de soi qu'en pratique, reconnaître une faculté suppose une totale indifférence quant au choix, *in fine*, de son bénéficiaire. L'indifférence normative n'est pas l'indifférence des buts. Entre les assertions de la logique déontique et la réalité, existe un décalage considérable.

L'exemple du droit souple est, à cet égard, révélateur. S'il existe dans ce cas une certaine indifférence sur le plan normatif, la raison d'être de ces normes trahit combien leurs auteurs étaient tout, sauf indifférents, lors de leur édicition. Parce qu'ils recommandent, incitent, conseillent ou encore déclarent solennellement, ils ne peuvent être taxés d'indifférence. Au contraire, le droit souple compense sa faible densité normative par un affichage clair de ses intentions<sup>352</sup>.

Il semble en être de même pour les normes permissives : les facultés que le droit reconnaît aux individus, aux personnes morales ou aux diverses autorités publiques, traduisent souvent une intention, normative et/ou politique, plus ou moins évidente, qui constitue une première limite à la prétendue indifférence attachée aux normes permissives. La promotion des libertés, qui passe par l'instauration d'un nombre considérable de facultés à l'attention des personnes privées<sup>353</sup>, s'inscrit dans un projet politique libéral et démocratique. De même, certaines dispositions permissives du Code de l'urbanisme n'ont-elles d'autre but que celui de doter les autorités compétentes du pouvoir d'empêcher la réalisation de constructions contrevenant à la

---

<sup>352</sup> Norberto Bobbio considère que contrairement à la norme permissive, le conseil ne place pas son destinataire dans une véritable situation d'indifférence – le conseil pourrait constituer une catégorie intermédiaire entre le commandement et le permis, impliquant une « quasi-liberté », une « quasi-obligation » ; *Essais de théorie du droit*, trad. Michel Guéret, avec la collab. de Christophe Agostini, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 148-149.

<sup>353</sup> Par exemple la faculté de se réunir, celle de constituer des associations, ou encore celle des électeurs d'une collectivité territoriales d'exercer leur droit de pétition (article 72-1 de la Constitution).



politique de protection du patrimoine naturel et culturel<sup>354</sup>, ou de l'environnement<sup>355</sup>. Selon qui se voit octroyer une faculté, selon quelles possibilités d'action elle offre, et selon les conditions dans lesquelles elle peut être mise en œuvre, le droit trahit les buts auxquels aspire l'auteur de la norme permissive en cause.

**116.** Pour autant, un point est commun à tous les types de facultés introduits dans le droit : en permettant une action, l'auteur d'une norme permissive détermine nécessairement les champs respectifs du licite et de l'illicite<sup>356</sup> ; les adjectifs *permis* et *licite* entretiennent en effet des liens d'ordre étymologique<sup>357</sup>. Ce qui n'est pas permis – ce qui est interdit – est nécessairement illicite, et ce qui est licite est, au *minimum*, permis, et éventuellement obligatoire<sup>358</sup>. Plus précisément, ce qui est permis correspond à ce que l'auteur de la norme permissive estime juste, par référence à l'idée de *juste positif*<sup>359</sup>.

Ainsi, contrairement à ce que l'usage courant laisserait entendre, la permissivité normative ne saurait s'identifier au non-droit<sup>360</sup>. Elle s'inscrit donc nécessairement *dans* le droit et est par essence licite. L'indifférence de la norme permissive trouve donc une deuxième limite : son auteur ne consent qu'une liberté balisée. L'alternative entre le droit de faire et celui de ne pas faire est forcément pré-déterminée<sup>361</sup> et le droit positif court donc peu de risques à laisser les destinataires des normes permissives disposer des facultés qu'elles confèrent ; même permissives, les normes demeurent un « futur réglé »<sup>362</sup>.

Ainsi, que des époux décident d'établir un contrat de mariage ou se cantonnent au régime de la communauté légale n'est indifférent au droit qu'autant que l'une ou l'autre des options ne

---

<sup>354</sup> Art. R111-21.

<sup>355</sup> Art. R111-14-2.

<sup>356</sup> « La règle permissive fait, en soulignant le permis, implicitement surgir l'interdit » : la formule de G. Héraud est particulièrement éloquente ; « La validité juridique », *op. cit.*, p. 485.

<sup>357</sup> V. Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.*

<sup>358</sup> Cette conception est confortée par la classification élaborée par M. Garcia Máynez, qui opère une distinction entre les actions réglées (J) et non-réglées par le droit. Au sein des premières, les actions illicites (I) (ou défendues) s'opposent aux actions licites (L), elles-mêmes déclinées en actions ordonnées (L1) et actions permises (L2). Eduardo Garcia Máynez, *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica*, Mexico, Imprenta Universitaria, 1953, et *Libertad como derecho y como poder*, Compañía General Editora, 1941, cité par Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, *op. cit.*, p. 110-111.

<sup>359</sup> Le *juste positif* correspond à ce que le jurislature estime juste, ce que les parties déclarent juste dans leurs relations contractuelles, etc., c'est-à-dire à ce qui apparaît comme juste dans le droit positif. Cette notion s'oppose à celle de *juste naturel* (ne pas voler, ne pas calomnier, etc., c'est-à-dire le juste en vertu de la morale), qui repose, elle, sur l'idée de droit naturel. V. Georges Kalinowski, « Trois notions de droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 45.

<sup>360</sup> La classification de M. Garcia Máynez insère bien les actions permises dans l'ensemble des actions réglées par les normes juridiques. Par ailleurs, M. Cornu souligne que la permissivité est la « tendance à la libéralisation d'un système de droit » (italiques ajoutées) : « Permissivité » in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

<sup>361</sup> Sur le concept de pré-détermination du droit, v. Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, PUF, 1991.

<sup>362</sup> V. Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, *op. cit.*, p. 21.

contrevient pas à la légalité. De même, lorsque l'autorité administrative décide d'octroyer une dérogation à l'application d'une règle impérative, elle n'exerce qu'une faculté prévue par le législateur et de surcroît conditionnée par la jurisprudence<sup>363</sup>.

**117.** Par ailleurs, indifférence ne signifie pas inconséquence : si le choix du destinataire d'une norme permissive est libre, il a nécessairement des conséquences d'ordre juridique, social ou politique. S'agissant du droit de dissolution de l'Assemblée nationale, reconnu au Président de la République, il est évident que son usage – ou son non-usage – permet d'abord l'exercice du jeu politique<sup>364</sup>. Sur le plan juridique, la dissolution implique le déroulement de nouvelles élections législatives entre vingt et trente jours suivant la dissolution ; en outre, l'Assemblée nationale se réunira de plein droit le deuxième jeudi qui suivra son élection ; enfin, la dissolution gèle la possibilité de remettre en œuvre ce droit durant l'année suivant l'élection de la nouvelle assemblée<sup>365</sup>. De même, en matière d'urbanisme, le choix du titulaire d'un permis de construire, de réaliser ou non les constructions autorisées, emporte également des conséquences sur le plan juridique, puisqu'il peut résulter de la réalisation de l'ouvrage un dommage pour les tiers, qui seront en droit d'en obtenir réparation devant le juge civil<sup>366</sup>.

**118.** Le droit ne reconnaît donc pas de faculté gratuitement, et il y a matière à douter que l'auteur d'une norme permissive soit réellement indifférent au choix que sera en mesure d'effectuer son destinataire : parce que ce choix n'est pas inconséquent, qu'il peut être au service d'un droit finalisé, et qu'il n'est concevable qu'enclos par les bornes de la légalité, le concept d'indifférence doit être entendu restrictivement. Implication logique de la notion de faculté, il concourt à la détermination de la permissivité sur le plan déontique, mais ne doit pas masquer certains caractères importants des normes permissives dans le droit positif. Sous l'indifférence, se cache souvent la préférence.

---

<sup>363</sup> V. les conditions posées par la jurisprudence *Ville de Limoges* à l'égard des dérogations d'urbanisme (n° 627). Elles démontrent que la faculté de dérogation ne peut licitement s'exercer que dans un cadre déterminé par référence à une proportion entre l'intérêt général présenté par la dérogation et l'intérêt général attaché à la règle impérative écartée.

<sup>364</sup> Le droit de dissolution a pu jouer très diversement dans l'histoire de la V<sup>e</sup> République : mode de régulation des crises institutionnelles pour le Général de Gaulle, il est devenu, avec François Mitterrand, le moyen d'accorder la majorité parlementaire à la couleur politique de l'Élysée. Jacques Chirac, désireux de conforter sa majorité à la veille d'élections européennes, sera cependant pris en défaut par les électeurs, qui, saisissant l'occasion, appelleront aux affaires une opposition qui ne constituait pourtant pas une réelle menace pour le gouvernement en place.

<sup>365</sup> Art. 12 de la Constitution.

<sup>366</sup> Les autorisations d'urbanisme sont en effet délivrées sous réserve des droits des tiers (CE Sect., 18 mars 1983, *Siefert*, *AJDA* 1983, p. 437, concl. Labetoulle), comme doit le rappeler la décision de l'autorité compétente (article A421-6-1 du Code de l'urbanisme). V. Hugues Périnet-Marquet, « Les méandres du contentieux civil de l'urbanisme », *LPA* 17 juillet 1996, n° 86, p. 45.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

*119.* Les enseignements de la logique déontique permettent d'appréhender la permissivité normative comme un droit bilatéral de faire et de ne pas faire. Une même idée ressort de la doctrine qui oppose classiquement norme impérative et norme permissive. Toutefois, les incertitudes de l'appréhension doctrinale de la notion justifient de construire une définition de la norme permissive autour du critère de la faculté. La norme permissive peut ainsi être définie comme toute norme juridique ouvrant une faculté d'action à son destinataire – personne publique ou privée –, ce dernier bénéficiant d'une liberté de détermination qui rend son choix indifférent sur le plan normatif.

L'application de cette définition permet de mettre en évidence le caractère polymorphe de la permissivité normative.

## CHAPITRE 2 – UNE CATEGORIE POLYMORPHE

**120.** Le terme *faculté* englobe une pluralité de manifestations particulières de la permissivité normative, que cette faculté s'analyse en une liberté, un pouvoir ou encore une permission. De cette variété découle un certain polymorphisme de la notion de norme permissive. En effet, d'une part, l'ouverture d'une faculté procède de manifestations normatives contrastées : de l'énoncé normatif expressément permissif à l'interprétation du silence du droit positif en faveur de la reconnaissance d'une faculté implicite, existent un ensemble de situations qui révèlent l'inconstance formelle liée à la permissivité normative (Section 1). D'autre part, cette hétérogénéité se manifeste également sur un plan substantiel, dans la mesure la faculté ouverte est susceptible de se rapporter à un ensemble de prérogatives juridiques plus ou moins protégées et autonomes (Section 2).

### SECTION 1 – UNE INCONSTANCE FORMELLE

**121.** La quête d'une prétendue *forme permissive* est, autant le dire d'emblée, vaine. La remarque emporte avec elle tout espoir de déduire la signification profonde d'une norme du simple examen formel de la disposition qui l'exprime. La logique déontique et la démarche essentiellement formaliste qu'elle sous-tend connaissent nécessairement des limites (§ 1). Par ailleurs, cette question de la forme interpelle la distinction élémentaire, suscitée par la doctrine, entre normes permissives expresses et normes permissives tacites (§ 2).

#### § 1 – LES LIMITES D'UNE APPROCHE FORMALISTE

**122.** « Il ne faut pas s'arrêter au vêtement, il faut voir le corps. Ce qui compte, ce n'est pas la forme grammaticale ; c'est la pensée ; c'est le sens de la proposition, c'est le fond de la disposition »<sup>367</sup>. Le conseil de M. Eisenmann trouve un écho certain s'agissant de la notion de norme permissive. L'approche induite par les logiciens déontiques demeure excessivement formaliste. La « traque aux foncteurs » conduit à se fier aveuglément à des signes, à déduire le sens d'une norme à la seule apparence de l'énoncé normatif qui s'y attache. Or, l'emploi du verbe *pouvoir* n'implique pas nécessairement une norme permissive (A) qui, d'ailleurs, peut quelquefois revêtir l'habit de l'impérativité (B).

---

<sup>367</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 267.

## A – LE VERBE *POUVOIR*, UN INDICE PEU FIABLE

**123.** L'association du verbe *pouvoir* et de la permissivité est un poncif de l'analyse des normes. Dans nombre de définitions, la norme permissive est celle qui indique que le sujet de droit « peut faire » quelque chose et qu'il « peut ne pas » le faire également. Certes, il faut bien reconnaître qu'une majorité de normes permissives est introduite par le verbe *pouvoir*<sup>368</sup>. Cependant, cette démarche peut conduire à une association abusive, tant ce verbe n'engendre pas toujours la permissivité. Il n'implique d'ailleurs pas nécessairement la normativité.

Comme le précise M. Kalinowski, *pouvoir* peut être utilisé dans son acception normative, déontique, ou dans son acception modale aléthique<sup>369</sup>. Cette dernière recouvre les cas où le verbe *pouvoir* introduit une proposition vraie ou fausse, ou indéterminée. Par exemple, dans les phrases : « le temps change, il peut pleuvoir d'un instant à l'autre », ou « je peux parler trois langues », le verbe *pouvoir* est utilisé dans son acception aléthique. Au contraire, le *pouvoir* déontique relève de l'ordre de ce qui doit être, du *Sollen*, car il exprime une norme<sup>370</sup>. Ainsi en est-il de cette disposition du Code de l'environnement : « *Toute association ayant pour objet la protection de la nature et de l'environnement peut engager des instances devant les juridictions administratives pour tout grief se rapportant à celles-ci* » (article L142-1).

Cette disposition confère au verbe *pouvoir* une dimension normative, puisqu'elle reconnaît aux associations écologistes un droit d'ester en justice qui n'existait pas auparavant et emporte diverses conséquences juridiques, comme celle de pouvoir bénéficier de l'aide juridictionnelle.

**124.** Mais la frontière n'est pas toujours nette entre *pouvoir* aléthique et *pouvoir* déontique. Dans le cas du permis de conduire, si l'automobiliste peut conduire, c'est autant parce qu'il en a la capacité physique et technique, le savoir, puisqu'il a reçu un apprentissage théorique et pratique, que parce qu'à l'issue d'un examen, une autorité administrative l'y a autorisé. M.

---

<sup>368</sup> A l'égard des dispositions permissives du Règlement national d'urbanisme, Robert Savy peut ainsi écrire que l'« on reconnaît les dispositions permissives à l'emploi de l'auxiliaire « pouvoir » : le texte dispose que, dans telle circonstance, le permis de construire peut être refusé, ou accordé » ; Robert Savy, *Droit de l'urbanisme*, op. cit., p. 590.

<sup>369</sup> Georges Kalinowski, « Trois notions de droit », op. cit., p. 44.

<sup>370</sup> La distinction mode aléthique / mode déontique vaut également pour le verbe *devoir* : ainsi que le souligne Henri R. Pallard, « le verbe "devoir" revêt deux sens fondamentaux : il peut marquer soit la nécessité, soit la normativité » ; et « il existe deux sens fondamentaux à « pouvoir » – l'un signifiant la permission, l'autre la possibilité ». Par ailleurs, l'auteur ajoute que « le "devoir" d'obligation est analogue au "pouvoir" de permission. En ce sens, affirmer qu' "a doit être fait ou est obligatoire" signifie la même chose que "non-a ne peut pas être fait ou n'est pas permis" » ; Henri R. Pallard, « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique », op. cit., p. 218 et 220.

von Wright distingue ainsi deux sens au terme anglais « ability » : ce peut être : « the mastership of a technique » (la maîtrise d'une technique), « a skill » (un talent), ou bien « a capacity », c'est-à-dire une capacité au sens juridique<sup>371</sup>.

A cet égard, la distinction entre *pouvoir* déontique et *pouvoir* aléthique en appelle une autre, entre *pouvoir* déontique et *pouvoir* employé à l'égard des normes d'habilitation. En disposant que telle autorité administrative *peut* refuser un permis de construire lorsque certaines conditions sont remplies, le droit positif exprime, au travers du verbe *pouvoir*, deux facultés qu'il convient de distinguer : l'une constitutive – qui habilite l'autorité administrative à agir – et l'autre déontique, qui lui laisse la liberté de l'action ou de l'inaction. Ces facultés n'ont pas la même nature, mais elles ont en commun de correspondre à un usage normatif du verbe *pouvoir*. Aussi semble-t-il plus pertinent de retenir une opposition entre *pouvoir* aléthique et *pouvoir* normatif, ce dernier ne se résumant pas à la permissivité normative<sup>372</sup>.

**125.** Néanmoins, le *pouvoir* aléthique peut figurer dans l'énoncé d'une norme ; il est, certes, extra-normatif, mais pas nécessairement extra-juridique, c'est-à-dire en dehors du discours juridique, de ce que dit le droit. En témoignent les dispositions de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution : « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon* ».

L'emploi du verbe *pouvoir* ne semble pas avoir une portée déontique, en ce sens que les compétences visées sont celles qui, selon les données locales, l'expérience, et d'autres circonstances factuelles, seront plus efficacement mises en œuvre au niveau local. Chercher un sens déontique à *pouvoir* semble inapproprié, encore qu'il soit évident que cet article, application du principe de subsidiarité, n'autorise une prise en charge locale de ces compétences qu'autant qu'elles peuvent être mieux mises en œuvre à cet échelon. Il y a en quelque sorte interpénétration des modes aléthique et déontique, ce qui traduit la vanité d'une lecture purement formaliste d'une telle disposition<sup>373</sup>.

De même, lorsque l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur la liberté d'association déclare : « *Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni*

---

<sup>371</sup> « Je peux » se traduit alors soit par « [I] know how to do » (je sais comment faire), soit par « [I] can do » (je peux faire) ; Georg Henrik von Wright, *Norm and Action. A logical enquiry*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>372</sup> Néanmoins, l'emploi du verbe *pouvoir* à l'égard d'une norme habilitatrice semble nécessairement impliquer le caractère permissif de l'habilitation consentie. Au contraire, le *pouvoir* déontique, expression d'une norme permissive, ne s'accompagne pas nécessairement d'une habilitation.

<sup>373</sup> Sur la portée juridique de cette disposition, en dehors de la discussion sur l'emploi du verbe *pouvoir*, v. n° 748 et s.

*déclaration préalables... »*, le verbe *pouvoir* exprime autant la permission que la possibilité, l'occasion, de faire quelque chose, ce qui fait dire à M. Pallard qu'« il n'y a aucune structure grammaticale qui distinguerait de façon *a priori* un énoncé descriptif d'un énoncé normatif »<sup>374</sup>. Cette remarque est d'autant plus pertinente qu'aujourd'hui, le législateur, comme d'ailleurs les autres auteurs du droit, tendent à « mélanger les genres », à introduire dans les normes des éléments non prescriptifs<sup>375</sup>, non déontiques. Or, le Conseil constitutionnel a rappelé, à l'occasion de l'examen de la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, qu'« *il résulte de [l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen] comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » (cons. 12) ; et de déplorer la « *portée normative incertaine* » d'une disposition de cette loi organique (cons. 15)<sup>376</sup>.

**126.** Enfin, en toute logique, le verbe *pouvoir*, employé à la forme négative, ne saurait introduire une norme permissive : une telle formulation permet, en effet, d'exprimer bon nombre de prohibitions. Ainsi, sur les dix emplois du verbe dans la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003 *relative au référendum local*<sup>377</sup>, quatre se rapportent à des interdictions<sup>378</sup>, et une à un énoncé restrictif<sup>379</sup>.

Si le verbe *pouvoir* peut fréquemment aider à identifier les normes permissives, il ne saurait être un signe suffisant, et encore moins l'unique marqueur de la permissivité dans le droit. En témoigne l'existence de normes que l'on peut qualifier de permissives, en dépit de l'apparente impérativité de l'énoncé normatif auquel elles sont rattachées.

---

<sup>374</sup> « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 221.

<sup>375</sup> V. sur cette question : Jean-Bernard Auby, « Prescription juridique et production juridique », *op. cit.*, p. 673 et s. ; Anne Bertrand, *Les dispositions législatives non prescriptives. Contribution à l'étude de la normativité*, *op. cit.* ; Nicolas Molfessis, « La distinction du normatif et du non-normatif », *op. cit.*, p. 729.

<sup>376</sup> Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, *RFDC* 2004, p. 798-803, note L. Philip.

<sup>377</sup> Loi organique n° 2003-705 (*JORF* 2 août 2003, p. 13218).

<sup>378</sup> V. les art. LO 1112-3 et LO1112-6 du CGCT (al. 1, 2 et 4 : « *Une collectivité territoriale ne peut organiser plusieurs référendums locaux portant sur un même objet dans un délai inférieur à un an* »).

<sup>379</sup> V. les art. LO1112-10 al. 2 : « *Chaque élu ou candidat ne peut se rattacher qu'à un seul parti ou groupement politique* ». V. aussi les formulations à la fois restrictives et permissives des art. LO1112-2 : « *L'exécutif d'une collectivité territoriale peut seul proposer à l'assemblée délibérante de cette collectivité de soumettre à référendum local...* », et LO1112-11 : « *Seuls peuvent participer au scrutin les électeurs de nationalité française inscrits (...) sur les listes électorales de la collectivité territoriale...* ».

## B – LES NORMES PERMISSIVES PROCEDANT D'ENONCES NORMATIFS IMPERATIFS

**127.** Croire à une concordance systématique du foncteur déontique et du fond de la norme conduit à d'inévitables écueils. Il n'existe, pour l'heure, aucune Règle – au sens monastique – guidant l'édiction du droit<sup>380</sup>, et celui-ci s'exprime encore sous des formes multiples<sup>381</sup>. Ceux qui invoquent une « forme prétendument canonique des propositions normatives »<sup>382</sup> ne prennent pas acte de la réalité. Le tissu normatif est autant fait de règles à la teneur incertaine, que de normes conformes aux standards déontiques. Non seulement existent des formes d'impérativité trompeuses (1), mais également des impératifs défaillants (2).

### *1 – L'impérativité trompeuse*

**128.** Le droit positif fournit un nombre important d'exemples de dispositions dont la rédaction impérative pourrait laisser penser qu'elles posent des obligations ou des interdictions. Pourtant, il n'est guère besoin de se livrer à un travail très approfondi d'interprétation pour déceler en elles des normes permissives. Il s'agit de dispositions qui énoncent bien un impératif, mais ce dernier semble constituer l'accessoire d'une faculté, exprimée, elle, de manière implicite. Par exemple, l'article 72 de la Constitution dispose, en son premier alinéa : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* ». La seconde phrase prescrit – au sens fort – que toute nouvelle collectivité territoriale est créée par le législateur ; mais à l'analyse, deux normes distinctes, et complémentaires, apparaissent : 1° *la loi peut* créer de nouvelles collectivités territoriales (norme permissive), et 2°, *seule la loi peut* le faire, ou la création d'une nouvelle collectivité *doit* être le fait de la loi, exclusivement (ce qui s'analyse en une habilitation exclusive du législateur).

---

<sup>380</sup> La légistique, science qui a vocation à étudier l'élaboration du droit au sens large, n'a pas encore modélisé l'« art de faire les lois ». Sur cette question, V. not. Charles-Albert Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999 ; Dominique Rémy, *Légistique : l'art de faire les lois*, Romillat, 1994.

<sup>381</sup> Au delà des normes écrites, le droit peut s'exprimer par des signes (par exemple, ceux d'un agent de police réglant la circulation), des pictogrammes (emplacements de stationnement réservés aux personnes handicapées) ou encore des éléments sonores (sifflet du contrôleur donnant au conducteur d'un train la permission de démarrer).

<sup>382</sup> Antoine Jemmaud, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, p. 201.



Les articles 35 et 36 de la Constitution procèdent de la même façon, le premier en disposant que « *la déclaration de guerre est autorisée par le Parlement* », et le second que « *l'état de siège est décrété en Conseil des ministres* ». L'une et l'autre de ces institutions se voient reconnaître une faculté, mais en sont les seules titulaires possibles. Sous les traits d'une disposition impérative se dissimule une habilitation permissive.

**129.** Il est également possible d'identifier des normes permissives au sein des dispositions impératives assorties de conditions, et recourant, de manière générale, à une structure grammaticale composée (proposition principale et proposition circonstancielle). L'article 26 alinéa 2 de la Constitution prévoit ainsi qu' « *aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du Bureau de l'assemblée dont il fait partie* ». Si les bureaux des assemblées peuvent donner aux autorités judiciaires l'autorisation – acte permissif – de prendre ces mesures à l'encontre d'un parlementaire, ce n'est bien qu'une faculté qui leur est reconnue, de lever, et surtout de ne pas lever, l'immunité dont jouissent les députés et sénateurs.

En l'occurrence, cette faculté est introduite par la formule exclusive « *ne... que...* ». L'alinéa 3 du même article poursuit d'ailleurs : « *La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert* ». Là encore, sous couvert de rédaction impérative, et à la faveur d'une proposition conditionnelle, la Constitution ouvre une faculté à l'Assemblée nationale et au Sénat.

D'un manière analogue, la compréhension de la disposition qui énonce que « *le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité* »<sup>383</sup>, suppose de ne pas s'en tenir à la proposition principale. Comme un auteur l'a souligné, « si le présent de l'indicatif retenu pour « *défère* » implique, habituellement du reste en langage législatif, un impératif qui serait même au cas d'espèce un impératif catégorique, les termes « *qu'il estime contraires à la légalité* » peuvent laisser place à l'appréciation subjective du préfet »<sup>384</sup> ; autrement dit, la

---

<sup>383</sup> Art. L2131-6 du CGCT.

<sup>384</sup> Pierre Brunelli, *Le contrôle de légalité*, LGDJ, 1998, p. 36. Sur cette question, v. Jean-Christophe Duchon-Doris, concl. sur CAA Marseille, plénière, 21 janvier 1999, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent et a.*, *RFDA* 1999, p. 1032. Si la thèse de l'obligation de déférer a, un temps, été soutenue, le Conseil d'Etat l'a désavouée dans son arrêt du 16 juin 1989, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Belcodène* (Rec. p.t. p. 855), puis dans l'arrêt de section *M. Brasseur* du 25 janvier 1991 (Rec. p. 25, concl. Stirn). Le Conseil

proposition relative vient changer la nature normative qu'induisait l'emploi du verbe *déferer* au présent de l'indicatif, c'est-à-dire, en droit, à la tournure impérative. Le sens d'un énoncé normatif ne saurait donc se réduire à un verbe et au mode auquel il est conjugué ; ce sens résulte, comme tout langage, d'un *complexe*, dont la compréhension suppose la syntaxe des divers éléments.

**130.** D'une manière générale, les dispositions normatives recourent à l'ensemble des formes grammaticales pour exprimer les normes juridiques. Aussi, une faculté est-elle susceptible d'être ouverte par un énoncé normatif faisant la légation d'une obligation ou d'une interdiction. L'article L2112-2 du Code général des collectivités territoriales en fournit l'illustration : « *Les modifications aux limites territoriales des communes et le transfert de leurs chefs-lieux sont décidés après enquête dans les communes intéressées sur le projet lui-même et sur ses conditions.*

*Le représentant de l'Etat dans le département prescrit cette enquête lorsqu'il a été saisi d'une demande à cet effet soit par le conseil municipal de l'une des communes, soit par le tiers des électeurs inscrits de la commune ou de la portion de territoire en question. Il peut aussi l'ordonner d'office.*

*L'enquête n'est pas obligatoire s'il s'agit d'une fusion de communes [...] ».*

La dernière phrase de cet article ouvre donc au représentant de l'Etat la faculté de ne pas réaliser d'enquête en cas de fusion de commune, quand bien même il aurait été saisi d'une demande à cet effet par le conseil municipal ou le tiers des électeurs inscrits, de l'une ou l'autre des communes en question. Hors hypothèse de fusion de communes, l'alinéa 1<sup>er</sup> prescrit bien la tenue obligatoire d'une telle enquête, le préfet pouvant même l'ordonner d'office et se passer de la demande des conseils municipaux ou des électeurs en cause. Cependant, le caractère permissif du dernier alinéa, n'empêche pas le préfet de faire réaliser une enquête même en cas de fusion de communes.

**131.** Par ailleurs, une exception introduite au sein d'une norme impérative – prohibitive ou obligatoire – peut générer une faculté. Ainsi, dans la prescription : « *Accès interdit sauf riverains* », l'exception à la prohibition n'est pas de nature impérative, mais exprime bien une

---

constitutionnel retiendra finalement une « *faculté* de soumettre au contrôle juridictionnel » au profit du préfet ; décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* (préc.).

norme permissive. En effet, l'exception introduit une faculté de circuler aux riverains de la voie dont l'accès est, *a priori*, interdit, mais certainement pas une obligation. Une disposition impérative peut donc exprimer partiellement une norme permissive. Cependant, il ne s'agit pas, ici, d'une dénaturation de l'impératif : il faut plutôt y voir la combinaison d'une norme impérative et d'une norme permissive, cette dernière étant entièrement comprise dans les mots « *sauf riverains* ». C'est la formulation elliptique de la faculté<sup>385</sup> qui pourrait faire penser que cette disposition exprime une norme purement impérative.

**132.** Toutefois, certaines normes permissives sont issues de dispositions entièrement impératives. Il y a, dès lors, une véritable dénaturation de l'impératif, qui est utilisé, non pour ordonner, mais pour permettre. L'approche formelle des normes trouve sans doute, ici, sa plus sérieuse objection. M. von Wright donne en exemple de ces *impératifs permissifs*<sup>386</sup>, l'indication « *cross now* » (traversez maintenant), adressée aux piétons, et leur signalant qu'ils peuvent traverser<sup>387</sup>. Comme le précise l'auteur, il ne s'agit que d'une forme elliptique de « *cross now, if you wish* » (traversez maintenant, si vous le souhaitez), la proposition conditionnelle constituant plus clairement l'expression de la permissivité.

Mais une telle « anomalie déontique » n'est pas vraiment exceptionnelle. Si l'indicatif a, en droit, valeur d'impératif – au sens grammatical –, la tournure impérative – au sens normatif, cette fois – exprime volontiers une faculté, de manière paradoxale.

---

<sup>385</sup> Toutefois, la norme permissive n'est que partiellement contenue dans la proposition « *sauf riverains* » : en effet, une part non négligeable de son intelligibilité passe par la référence implicite qui est faite aux termes de la proposition impérative de base « *Accès interdit...* ». Cette imbrication du permissif dans l'impératif est également nette dans cet article du Code de l'environnement, relatif à la chasse : art. L423-1 : « *Nul ne peut pratiquer la chasse s'il n'est titulaire et porteur d'un permis de chasser valable* ». Il exprime, d'abord, une norme impérative qui prohibe l'exercice de la chasse à tous, mais en même temps, une norme permissive, autorisant la chasse aux titulaires et porteurs d'un permis valable, et introduite par la proposition « *s'il n'est...* ».

<sup>386</sup> « *Permissive imperative* », dans le texte ; Georg Henrik von Wright, *Norm and Action. A logical enquiry*, op. cit., p. 97.

<sup>387</sup> En France, comme dans de nombreux autres pays, les feux signalétiques adressés aux piétons se résument à l'opposition de deux pictogrammes représentant des piétons, l'un rouge, interdisant le passage, et l'autre vert, permettant la traversée. Il convient de noter, par ailleurs, l'usage des couleurs fait, en matière de signalisation routière, pour signifier l'interdiction, l'obligation ou la permission. Le rouge est, sans équivoque, la couleur de l'interdit, reprise notamment sur les panneaux (en général circulaires) de sens interdit, de prohibition du stationnement, etc. Le rouge indique également l'arrêt (feu rouge, panneau *STOP*). C'est également la couleur du danger (panneaux triangulaires...), l'orange conseillant la prudence. Le bleu est notamment utilisé pour indiquer l'obligation (sens unique, piste cyclable, etc.) ou la réservation ou préférence aux attribution... (zone bleue de stationnement, emplacement de stationnement réservé aux personnes handicapées...). Enfin, le vert serait, quant à lui, plutôt associé à la permission (par ex., le feu vert). Ne dit-on d'ailleurs pas communément « *avoir le feu vert* » pour signifier « *avoir l'autorisation* » ?

Le droit pénal, et plus précisément les dispositions qui énoncent les peines associées aux infractions<sup>388</sup>, en apportent la preuve, comme ces articles relevés dans le Code pénal. L'article L221-1 dispose ainsi que « *le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle* » ; selon l'article L511-1 : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée* » ; enfin, l'article R623-2 énonce que : « *les bruits ou tapages injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité d'autrui sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 3<sup>e</sup> classe* ».

**133.** Ces exemples laissent donc perplexe quant à la pertinence d'une seule lecture formelle des normes. La permissivité pouvant surgir de l'impératif<sup>389</sup>, c'est finalement la forte relativité des catégories de normes qu'il convient de retenir. Pour M. Amselek, « peu importe que le législateur emploie les termes « doit », « peut », « ne peut pas » ; ce n'est pas la forme de l'énoncé qui est en cause, mais le contenu de la pensée énoncé et la fonction d'encadrement de la conduite qu'on lui fait jouer et qui amène à en tirer (ou essayer d'en tirer) des obligations, des prohibitions ou des permissions »<sup>390</sup>.

La norme pénale, qui détermine la peine qu'encourt un délinquant, s'adresse bien moins à ce dernier qu'au magistrat chargé de l'appliquer. L'emploi de l'impératif, ne s'explique sans doute que par l'effet dissuasif recherché par le législateur, et concevoir ces dispositions comme imposant aux juges d'infliger une amende de tel montant ou de prononcer une peine d'emprisonnement de telle durée, n'aurait pas de sens dans notre système judiciaire,

---

<sup>388</sup> Comme le souligne Hans Kelsen, la détermination des infractions pénales tend à se limiter, dans la législation contemporaine, à une juxtaposition de faits et de peines ; le mode de l'interdit péremptoire des Dix commandements n'est plus guère usité. *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, *op. cit.*, p. 62.

<sup>389</sup> L'article L121-5 du Code de l'urbanisme ouvre bien une faculté aux différentes associations qu'il mentionne, lorsqu'il prescrit que « *les associations locales d'usagers agréées dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ainsi que les associations agréées mentionnées à l'article L. 252-1 du code rural sont consultées, à leur demande, pour l'élaboration des schémas de cohérence territoriale, des schémas de secteur et des plans locaux d'urbanisme. Elles ont accès au projet de schéma ou de plan dans les conditions prévues à l'article ...* » ; l'emploi de l'impératif n'a d'autre but que d'obliger les autorités compétentes à faire droit à leur demande, mais cette dernière n'est qu'une éventualité.

<sup>390</sup> Et de poursuivre : « A cet égard, du reste, une disposition n'est pas, comme on le croit, ou impérative ou prohibitive ou permissive en fonction du type de verbe « foncteur » qu'elle utilise ; par exemple, la disposition selon laquelle « telle autorité publique *peut* prendre tel type de mesure après avis de tel organisme » n'est pas une disposition purement et simplement permissive puisque énoncée en « pouvoir » : en tant qu'elle fixe la marge de manœuvre de cette autorité, elle indique tout à la fois une possibilité (prendre ou ne pas prendre les mesures en question), une impossibilité (prendre des décisions d'une autre nature que celle prévue, ce qui correspond à l'obligation de ne prendre que des mesures de ce type) et une autre obligation (prendre l'avis de tel organisme avant d'édicter les mesures arrêtées, ce qui correspond à l'impossibilité d'édicter ces mesures sans avoir pris l'avis de cet organisme) » ; Paul Amselek, « Ontologie du droit et logique déontique », *op. cit.*, p. 1014-1015.

notamment au regard des principes de personnalité et de proportionnalité des peines<sup>391</sup>. Surtout, ces articles particuliers doivent être appréhendés au regard des dispositions générales du Code pénal relatives aux peines<sup>392</sup>, recourant plus systématiquement à une formulation permissive<sup>393</sup>, et au caractère comminatoire qui s'attache aux règles pénales<sup>394</sup>. La solennité des impératifs du droit pénal n'éluide donc pas complètement la permissivité existant en la matière, permissivité d'ailleurs indispensable à la mission de Justice.

**134.** La politique non plus, ne saurait se réduire à l'application servile de commandements. Certaines normes constitutionnelles connaissent ainsi une mise en œuvre distante des termes péremptoires de leur formulation. Là où l'impératif semblait s'imposer, une lecture permissive s'est instaurée, remettant une fois de plus en cause la concordance supposée de la lettre et du fond des dispositions juridiques.

L'exemple, bien connu, des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, est éloquent. Le Président de la République François Mitterrand, avait pris la décision, en 1986, de s'opposer aux ordonnances qu'entendait adopter le premier gouvernement de cohabitation, dirigé par M. Jacques Chirac. L'article 13 de la Constitution dispose, en effet, que « *le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres* ». De prime abord, cet article semble faire du chef de l'Etat un « greffier » qui se trouve dans l'obligation de signer les ordonnances préparées par l'équipe gouvernementale. Le Président Mitterrand aura toutefois une autre lecture de cette disposition, en en faisant un article permissif : en effet, il refusera ainsi de signer trois ordonnances<sup>395</sup>. Si « aucune procédure n'[est] prévue dans la Constitution pour apprécier le bien-fondé juridique de cette

---

<sup>391</sup> Béatrice Géninet, *Etude critique de la personnalisation de la peine*, thèse, Paris I, 2000, 499 p. ; Kyuhwa Lee, *La personnalisation de la sanction pénale : étude juridique et criminologique*, thèse, Aix-Marseille III, 1998, 288 p. ; Abderrachid Chakri, *L'adaptation de la sanction pénale à la personnalité du délinquant*, thèse, Paris I, 1993, 421 p.

<sup>392</sup> V. not., pour les peines dites alternatives, les articles L131-5 (jours-amende), L131-5-1 du Code pénal (stage de citoyenneté), ou L131-8 (travail d'intérêt général) ; pour les peines complémentaires, les articles L. 131-10, L131-16, L131-18 ; et pour les peines « restrictives ou privatives de droits », les articles L131-6, L131-14 du Code pénal.

<sup>393</sup> L'art. L 131-4, fixant l'échelle des peines d'emprisonnement, appréhende d'ailleurs chaque niveau de peine comme un plafond : « 1° Dix ans au plus » ; « 2° Sept ans au plus » ; [...] « 8° Deux mois au plus ».

<sup>394</sup> M. Carbonnier relève en effet que « toutes les lois pénales ont, en somme, un caractère comminatoire, en ce sens qu'il n'est jamais assuré qu'elles seront appliquées au maximum de leur rigueur » (*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 1995, p. 144, note 19).

<sup>395</sup> En matière de privatisation d'entreprises (ordonnance du 13 juillet 1986), de découpage des circonscriptions de l'Assemblée nationale (ordonnance du 2 octobre 1986), enfin d'aménagement du temps de travail (ordonnance du 17 décembre 1986). Toutefois, cette position présidentielle, posture politique, n'empêchera pas le Gouvernement de mener à bien ses projets, la voie parlementaire restant ouverte. V. Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 19<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 572.

conception »<sup>396</sup>, cette position présidentielle (et présidentialiste) illustre surtout une dissociation entre la norme en tant que discours énoncé et la norme en tant que discours perçu. La pratique a révélé un certain sens à l'article 13, qui ne pourra sans doute plus être remis en cause. Le « droit de veto » présidentiel, né contre la lettre du droit<sup>397</sup>, s'imposera, à moins qu'une autre pratique ne revienne sur cette faculté, ce qui est fort improbable.

En tout état de cause, ce glissement entre la lettre et la pratique de la Constitution confirme que la norme n'est que l'interprétation donnée à un énoncé normatif par son interprète authentique<sup>398</sup>. Le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'interprétation réalisée par le chef de l'Etat, c'est donc cette dernière qui s'impose et produit des effets dans le droit. Selon cette théorie réaliste de l'interprétation, il n'est donc illogique qu'une norme permissive puisse être tirée de dispositions impératives. Le décalage qui en naît peut certes paraître contestable, la norme qui apparaît n'en est pas moins valide.

**135.** Néanmoins, si l'interprétation de l'article 13 justifie des interrogations, dans la mesure où la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire n'était sans doute pas l'intention des rédacteurs de la Constitution<sup>399</sup>, d'autres dispositions de la Constitution n'en sont pas moins formellement impératives alors qu'il semble évident qu'elles ne peuvent être analysées que comme laissant une liberté d'appréciation à leur destinataire<sup>400</sup>. La nature particulière du texte constitutionnel, et surtout, la place que tient le chef de l'Etat dans l'édifice institutionnel de la V<sup>e</sup> République, expliquent sans doute qu'il faille expliquer l'usage fréquent de l'impératif par une recherche de solennité : la magistrature suprême appelle une formulation impérieuse. D'ailleurs, il ne s'agit pas moins d'insister sur le fait que les prérogatives reconnues au chef de l'Etat sont permissives, que de l'investir de pouvoirs, dont il usera avec la souveraineté que lui confère sa fonction, dans le respect de la Constitution.

---

<sup>396</sup> Louis Favoreu et a., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2003, n° 943.

<sup>397</sup> M. Simon-Louis Formery (*La constitution commentée article par article*, Hachette, 7<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 43) considère que la décision du Président Mitterrand « a permis de préciser par la pratique ce que le texte constitutionnel ne prévoyait pas clairement ». Sur la controverse et les différentes interprétations auxquelles a donné lieu l'article 13, v. Marie-Christine Steckel, « Réflexions autour de la notion de controverse constitutionnelle », *RDP* 2004, p. 415 et s.

<sup>398</sup> V. Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, *op. cit.*, p. 69 et s.

<sup>399</sup> Néanmoins, dans le cadre de la théorie réaliste de l'interprétation, il ne saurait y avoir d'interprétation réductible à la volonté de l'auteur de la disposition normative, ni, par suite, d'interprétation *contra legem*.

<sup>400</sup> V. art. 18 de la Constitution : « Le Président de la République communique avec les deux assemblées du Parlement par des messages qu'il fait lire et qui ne donnent lieu à aucun débat ». Cela est également évident dans le cadre de l'article 16, le Président étant seul juge de la mise en œuvre des « mesures exigées par (les) circonstances », en dépit des avis qu'il doit recueillir mais qui ne lient pas, et des conditions impératives de recours à ces pouvoirs de crise.

Le pouvoir de mettre fin aux fonctions du Premier ministre impose ainsi logiquement une lecture permissive de l'article 8 de la Constitution : « *Le Président de la République nomme le Premier Ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement* ». Si le Président de la République est libre de révoquer, de son propre chef, le Premier ministre, il convient de douter qu'il soit véritablement tenu de mettre fin à ses fonctions en cas de présentation de la démission du Gouvernement. Il peut, d'abord, différer son acceptation, en chargeant le chef du Gouvernement de l'expédition des affaires courantes<sup>401</sup>. En outre, la tradition républicaine conduit le Premier ministre à présenter la démission du Gouvernement après chaque nouvelle élection présidentielle, ou renouvellement de l'Assemblée nationale<sup>402</sup> ; or, le Premier ministre peut être reconduit dans ses fonctions<sup>403</sup>. Cette question est occultée, en doctrine, par celle de l'influence du Président sur la fin des fonctions du Premier ministre, sans doute en raison du caractère peu probable d'une telle situation<sup>404</sup> ; toutefois, elle montre combien la lettre du droit n'est pas sans équivoque<sup>405</sup>, et que la norme qui en est tirée est liée à la volonté de ses interprètes.

**136.** De toute évidence, et l'exemple politique abonde en ce sens, « c'est l'usage et le contexte qui déterminent le sens précis de « devoir » et de « pouvoir ». Le contexte n'est jamais quelque chose de purement objectif, mais dépend de la signification que lui apporte le sujet. L'idée de règle ne peut se définir par la seule référence à la proposition comme le voudrait la perspective objective »<sup>406</sup>. La pratique que génère une norme, son appréhension par ses destinataires, et notamment par le juge<sup>407</sup>, importent donc tout autant, sinon plus, que sa forme. Ainsi, le caractère mal défini d'un impératif, génère inévitablement une forme de permissivité : la vigueur de l'impératif, ou l'intensité de cette permissivité, sont tributaires de

---

<sup>401</sup> Ainsi, la démission présentée par Georges Pompidou le 5 octobre 1962 n'aura-t-elle été acceptée que le 28 novembre, par le Général de Gaulle. V. not. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 397 ; Hugues Portelli, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Hyper Cours, 4<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 222.

<sup>402</sup> V. not. Hugues Portelli, *op. cit.*, p. 221.

<sup>403</sup> Au lendemain des élections législatives de juin 2002, qui ont amené une majorité de droite à l'Assemblée nationale, le Premier Ministre Jean-Pierre Raffarin a ainsi présenté la démission de son gouvernement au Président de la République, qui l'a maintenu dans les fonctions qui étaient les siennes depuis l'élection présidentielle de mai 2002.

<sup>404</sup> Quel serait l'intérêt, pour le Président, de maintenir en fonctions, contre sa volonté, un Premier ministre ? L'intérêt de l'Etat impose, sans aucun doute, que les gouvernants souhaitent gouverner.

<sup>405</sup> Sur ces questions, v. not. Jean-Eric Gicquel, « La démission du Premier ministre après les élections nationales », *RA* n° 343, p. 5-17

<sup>406</sup> Henri R. Pallard, « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 221.

<sup>407</sup> « Les règles ne sont pas toujours très explicites. La frontière entre le « devra » et le « pourra », entre les règles « permissives » et les règles « catégoriques » est souvent difficile à tracer. Il faudra souvent que le juge trace lui-même cette frontière, et, qu'interprétant les volontés du législateur, il déclare l'obligation d'agir ou la non-obligation » ; Lino Di Qual, *La compétence liée*, *op. cit.*, p. 91.

l'interprétation qui sera faite d'une disposition, notamment de certaines notions mal définies, qu'elle peut contenir. C'est cette œuvre de « co-détermination »<sup>408</sup> qui achève le processus normatif, au-delà ou en deçà des intentions premières de l'auteur de la norme<sup>409</sup>.

Dans cette perspective, il est intéressant de considérer certaines normes, issues de dispositions formellement impératives, pour lesquelles la détermination de ce caractère ne fait, en principe, pas question. Impératives, elles seront mises en œuvre comme telles, ce qui signifie que le non-respect de leurs prescriptions entraînera leur violation et supposera une sanction. Or, et c'est là qu'un doute plane sur leur prétendue impérativité, soit cette sanction fait complètement défaut, par négligence ou délibérément, soit une sanction est bien prévue, mais trop modique pour être dissuasive.

## ***2 – L'impérativité défailante***

**137.** De telles normes, à la différence des précédentes, n'accusent pas un *défaut* d'impérativité, mais plutôt une impérativité *défailante* : le dispositif normatif impératif implique nécessairement un commandement assorti de la menace d'une sanction en cas de méconnaissance de ce commandement. La force de l'impératif réside dans l'existence et l'efficacité de la sanction, faisant figure d'Épée de Damoclès. Or, l'impérativité peut être jugée défailante lorsqu'elle ne contraint plus, ou lorsque rien n'en rend la violation suffisamment inconfortable et risquée ; le dispositif impératif souffre d'une véritable faiblesse structurelle. Le destinataire de la norme, au lieu de se sentir contraint, risque alors d'inscrire le « prix de la violation » dans une stratégie d'évitement de l'impératif : à l'obéissance se substituent le choix et une sorte de bilan entre les coûts et les avantages d'une violation de la norme. Le système normatif favorise alors une permissivité « souterraine », inavouée, dont le caractère fortuit reste bien souvent à prouver, notamment lorsque des sanctions existent, mais s'avèrent insuffisantes, symboliques, ou restent inappliquées<sup>410</sup>.

**138.** A titre d'exemple, l'institution du vote obligatoire aux élections sénatoriales en France, ou plus largement d'un vote obligatoire généralisé à l'ensemble des élections et des citoyens

---

<sup>408</sup> Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 127-128.

<sup>409</sup> L'interprétation du juge a ainsi porté les dispositifs de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à un degré tel qu'il outrepassa manifestement les intentions des États parties en 1950. V. Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 469 et s.

<sup>410</sup> Ne sera pas abordée ici la question du droit international public où exécution et sanction sont au cœur de débats doctrinaux conséquents qui mèneraient trop loin ; l'effectivité du droit international est à l'évidence tributaire de la souveraineté étatique, qui met bien souvent à mal l'impérativité apparente de certaines normes internationales. V. not. Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 26 et s.



dans certains Etats, pose la question de la vigueur normative d'un tel impératif. Les procédures mises en place ne présentent-elles pas une forme implicite de permissivité ?

Les grands électeurs sont en effet tenus de voter lors de l'élection des sénateurs<sup>411</sup>. Cette obligation interdit l'abstention qui, sans motif valable, entraîne la condamnation de l'abstentionniste à une amende. Or, que penser de la portée de cet impératif dans la mesure où le montant de cette amende est de quatre euros et cinquante-sept centimes ? Il semble qu'en dépit de cette obligation de voter, le législateur ait entendu ménager une certaine liberté, ne pas faire peser sur les grands électeurs un impératif qui, en France, semble aller à l'encontre d'une vision libérale du droit de vote<sup>412</sup>.

Quant au vote obligatoire instauré dans certains Etats<sup>413</sup>, un constat similaire s'impose parfois. Ainsi, l'amende encourue par les abstentionnistes non-excuses dans le canton de Schaffhouse, en Suisse, n'est que de trois francs suisses (soit environ deux euros), et de vingt francs suisses (près de treize euros) au Liechtenstein<sup>414</sup>. De même, les motifs pouvant justifier une abstention, prévus par les textes en vigueur, sont quelquefois assez souples pour permettre une soustraction à l'impératif électoral<sup>415</sup>.

---

<sup>411</sup> Art. L318 du Code électoral.

<sup>412</sup> Cependant, cette conception libérale d'un droit de vote appartenant exclusivement à son titulaire, qui serait libre de le mettre en œuvre ou non (voir notamment la théorie de *l'électorat-droit*, liée à la notion de souveraineté populaire), est concurrencée par une vision plus « socialisante », celle de *l'électorat-fonction*, en vertu de laquelle le droit de vote, appartenant à la Nation, est confié à certains citoyens qui sont appelés à former le corps électoral (cette approche est liée à l'idée de souveraineté nationale). Partant, une fonction leur serait dévolue, qui pourrait notamment justifier l'obligation de voter. Tel pourrait être le cas des grands électeurs. Sur ces deux théories, v. not. Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Armand Colin, 23<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 84.

<sup>413</sup> Le vote obligatoire a été supprimé aux Pays-Bas en 1970, mais reste en vigueur dans plusieurs Etats européens : Belgique (depuis 1883), Danemark, Grèce, Liechtenstein, Luxembourg, canton suisse de Schaffhouse (depuis 1876), Land autrichien de Vorarlberg. De même, l'Australie, mais aussi la Turquie, le Brésil et le Costa Rica ont instauré l'obligation de voter.

<sup>414</sup> Au contraire, l'obligation de voter est assortie de sanctions relativement dissuasives dans d'autres Etats. Ainsi, une amende d'un montant de cent à deux cent cinquante euros est prévu pour une première abstention au Luxembourg, et de cinq cents à mille euros en cas de récidive dans les cinq années suivant la première condamnation. En Belgique, des mesures administratives complètent le dispositif pénal : un abstentionniste non-excuse pourra ainsi voir son nom mentionné sur un tableau d'affichage, être radié des listes électorales pour dix ans (dès la quatrième récidive) et ne pourra bénéficier, pendant ce délai, d'aucune nomination, promotion ou distinction d'une autorité publique (article 210 du Code électoral suisse). V. *Le vote obligatoire*, Etudes de législation comparée, Sénat, mai 2003, consultable en ligne : <http://www.senat.fr/lc/lc121/lc121.html> ; v. aussi William Benessiano, « Le vote obligatoire », *RFDC* 2005, n° 61, p. 73-115.

<sup>415</sup> Si l'on trouve dans la plupart des législations des listes limitatives de motifs d'abstention (Land du Vorarlberg, Liechtenstein, Luxembourg, canton de Schaffhouse), l'article 207 du code électoral belge énonce que « les électeurs qui se trouvent dans l'impossibilité de prendre part au scrutin peuvent faire connaître leurs motifs d'abstention au juge de paix, avec les justifications nécessaires ». Quant à l'article 245 de la loi électorale australienne, il laisse à l'administration le soin d'apprécier le caractère valable et suffisant de la raison invoquée par l'abstentionniste (v. *Le vote obligatoire*, *op. cit.*)

**139.** Par ailleurs, le droit des installations classées pour la protection de l'environnement (Titre I du Livre V du Code de l'environnement) fournit un autre exemple de l'inadéquation de certaines sanctions prévues en cas de violation d'une règle impérative. Il résulte en effet de l'article L514-10 du Code de l'environnement, que le non-respect des arrêtés préfectoraux intervenant en cette matière, est simplement puni d'une contravention de police. Or, ces arrêtés jouent un rôle primordial dans le système mis en place par la loi du 19 juillet 1976<sup>416</sup> : que l'installation soit soumise à autorisation ou à simple déclaration, le préfet, en charge de la police spéciale des installations classées, est l'interlocuteur majeur des exploitants ; ses arrêtés, notamment les prescriptions techniques qu'ils contiennent, sont censés garantir une bonne application de la législation et les conditions d'une protection effective de l'environnement. C'est sur eux que repose l'édifice ; à l'évidence, « pour que les sanctions pénales soient en la matière dissuasives, il conviendrait de faire de la violation des arrêtés préfectoraux un véritable délit de pollution »<sup>417</sup>. Il est en effet fort probable que certains exploitants peu scrupuleux, prendront le risque – relatif, au regard de la sanction – de s'affranchir des prescriptions préfectorales, payant le prix d'une violation qui peut leur apparaître en définitive plus confortable.

**140.** Un raisonnement similaire a d'ailleurs pu être celui de certains partis politiques lors des dernières élections législatives, à propos de la loi « imposant » la parité entre hommes et femmes. Certes, le dispositif de cette loi relève de l'incitation, mais deux raisons en autorisent l'analyse dans ces développements.

En premier lieu, le mécanisme d'incitation adopté, s'apparente à un *quasi-impératif*<sup>418</sup>. En effet, si, généralement, les dispositions incitatives introduites dans le droit sont de nature positive, en ce qu'elles subordonnent l'octroi d'un avantage à l'accomplissement d'une action

---

<sup>416</sup> Loi n° 76-663 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (JORF 20 juillet 1976).

<sup>417</sup> Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, Précis, 5<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 718.

<sup>418</sup> Son caractère contraignant avait notamment fait débat. En effet, les sénateurs qui ayant saisi le Conseil constitutionnel, estimaient que les dispositions de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, qui a inséré le principe de la parité dans la Constitution (art. 3 alinéa 5), n'étaient « pas normatives, mais objectives » (au sens d'incitatives), et que par conséquent, elles n'autorisaient pas le législateur à adopter des mesures contraignantes ou pénalisantes en matière électorale. Ils s'appuyaient notamment sur le fait que la rédaction définitive du texte (« la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ») était moins impérative qu'une première version disant que « la loi détermine les conditions dans lesquelles est organisé l'égal accès... ». V. Jean-Eric Schoettl, note sous la décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* (AJDA 2000, p. 653). Le Conseil constitutionnel considérera que l'article 3, alinéa 5, de la Constitution, ne s'oppose pas à ce que le législateur prenne des mesures contraignantes ; v. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 33 bis.

ou à l'adoption d'un comportement positif, l'article 15 de la loi du 6 juin 2000<sup>419</sup> repose sur une incitation négative : « *Lorsque, pour un parti ou un groupement politique, l'écart entre le nombre de candidats de chaque sexe ayant déclaré se rattacher à ce parti ou groupement, lors du dernier renouvellement général de l'Assemblée nationale [...] dépasse 2% du nombre total de ces candidats, le montant de la première fraction qui lui est attribué en application des articles 8 et 9 [de la loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique] est diminué d'un pourcentage égal à la moitié de cet écart rapporté au nombre total de ces candidats* ». Autrement dit, il expose à des sanctions les partis ou groupements politiques ne respectant pas l'écart prévu entre le nombre de candidats et celui de candidates. Sa formulation ressemble plus à celle d'un texte pénal qu'à une incitation ; et l'on peut y voir un *quasi-impératif* en ce qu'il y aurait, d'une part, une sorte de prescription (le taux plafond), et de l'autre, une sanction, censée être dissuasive, et même ici, incitative. Or, tel ne semble pas être le cas.

En second lieu, en effet, le dispositif instauré n'a pas l'effet dissuasif (ou incitatif) escompté. Non que la réduction de l'aide publique encourue ne porte sur des sommes importantes<sup>420</sup>, mais parce que la pratique montre que les partis préfèrent subir des pénalités plutôt que de se conformer à l'exigence de parité, et ce pour des raisons politiques<sup>421</sup>. Le caractère permissif de ce texte ne réside peut-être pas dans son caractère simplement incitatif, mais dans les sanctions sur lesquelles s'appuie ce dispositif incitatif, et qui l'apparentent à un impératif juridique défaillant.

**141.** Une situation similaire apparaît dans le cadre de la loi du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*<sup>422</sup>, qui instaure un dispositif contraignant – et fort complexe – visant d'une part, à prélever sur les recettes fiscales des communes dans lesquelles le nombre de logements sociaux est inférieur à 20 % des résidences principales au 1<sup>er</sup> janvier de l'année précédente, une somme de 152,45 euros par logement manquant, ou égale à 20% du potentiel fiscal par habitant si celui-ci est supérieur à 762,25 euros, et d'autre

---

<sup>419</sup> Loi n° 2000-93, *tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* (JORF 7 juin 2000, p. 8560).

<sup>420</sup> Elle a ainsi été d'environ 4,2 millions d'euros pour l'UMP au lendemain des élections législatives de 2002, soit 30,07% du montant de la première fraction de l'aide publique auquel ses 8 633 582 voix lui donnaient droit. Source : Décret n° 2003-412 du 6 mai 2003 *pris pour l'application des articles 9 et 9-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique* (JORF 7 mai 2003, p. 7895-7896).

<sup>421</sup> Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, *Pourquoi la parité en politique reste-t-elle un enjeu pour la démocratie française ?* Rapport au Premier ministre, mars 2003, p. 13, consultable en ligne : <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr/BRP/034000109/0000.pdf>

<sup>422</sup> Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 *Relative à la solidarité et au renouvellement urbains* (JORF 14 décembre 2000, p. 19777).

part, à imposer dans certaines communes l'existence d'un parc de logements locatifs sociaux au moins égal à 20% des résidences principales<sup>423</sup>.

Il s'avère en réalité que le caractère insuffisamment dissuasif des sanctions prévues par le dispositif laisse plus à voir un mécanisme incitatif qu'un dispositif véritablement contraignant : pour certaines communes, en effet, le non-respect de ce seuil et la sanction financière qui s'ensuit (majoration du prélèvement prévu par l'article L302-7 du Code de la construction et de l'habitation) sont parfois perçus comme un risque acceptable face à celui, jugé plus sérieux, de perdre une partie des résidents de la collectivité et surtout de l'électorat de la majorité municipale. A ce titre, le dispositif semble induire une « faculté cachée » : cette relativité de l'obligation légale confère en réalité une certaine marge de manœuvre – monnayable, certes – aux communes concernées, et tant à lier l'efficacité de la politique sociale impulsées par la loi de 2000 à certains calculs d'opportunité.

**142.** Ces exemples traduisent donc l'idée que la détermination de sanctions est intimement liée à la portée que l'auteur d'un texte juridique entend donner à un impératif. Qu'ils soient motivés par des raisons philosophiques, éthiques ou politiques, ces dispositifs normatifs défailnants témoignent cependant que cet auteur n'a pas voulu reconnaître aux sujets de droit, par une norme ouvertement permissive, une liberté de choix ou d'action. C'est dans l'ombre d'une norme impérative que la permissivité se manifestera, au gré du jeu des sujets de droit eux-mêmes, des brèches ouvertes par le législateur et des positions du juge.

L'inconstance formelle des normes permissives impose donc de dépasser des apparences qui s'avèrent bien souvent trompeuses. Une *forme permissive* univoque n'existe manifestement pas. Mais le problème de la forme se dédouble, quand à cette question se mêle la distinction de l'explicite et de l'implicite.

## **§ 2 – LE CARACTERE EXPRES OU TACITE DES NORMES PERMISSIVES**

**143.** L'inconstance formelle des normes permissives ne se manifeste pas uniquement dans le discours juridique énoncé : une faculté semble pouvoir naître autant d'une norme expresse que d'une absence de norme. Cette distinction est connue sous les dénominations de « permission forte » et « permission faible », introduites par M. von Wright<sup>424</sup>. Il convient dès

---

<sup>423</sup> V. les dispositions de l'article L302-5 du Code de la construction et de l'habitation.

<sup>424</sup> En anglais : « strong permission » et « weak permission » ; Georg Henrik von Wright, « On the logic of negation », *op. cit.*

lors d'examiner les implications de ces deux concepts avec la notion de norme permissive (A). Cette dichotomie trouve par ailleurs un écho dans le principe selon lequel *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*, dont il faut apprécier la nature juridique et les liens avec la notion de norme permissive (B).

#### A – LA DISTINCTION ENTRE « PERMISSION FORTE » ET « PERMISSION FAIBLE »

**144.** L'opposition entre « permission forte » et « permission faible » est une déclinaison de la distinction plus générale entre « norme forte » et « norme faible », proposée par M. von Wright, à la faveur d'une réflexion sur la notion de négation<sup>425</sup>. Une norme dite faible naîtrait ainsi de l'absence de norme contraire au sein de l'ordre juridique ; il s'agit donc d'une norme implicite, définie par déduction. Au contraire, une norme est dite forte si elle détermine de manière expresse une règle d'action, une prescription juridique<sup>426</sup>.

Par suite, une « permission faible » consiste en l'absence de norme prohibitive contraire. Il s'agit d'un pendant de l'affirmation selon laquelle une permission, quelle qu'elle soit, peut être définie, selon les logiciens déontiques, par l'absence d'interdiction<sup>427</sup>. Parallèlement, il existe des « permissions fortes » qui ne procèdent pas d'une absence de norme, mais au contraire, de l'existence d'une norme permissive : « [an act] will be said to be permitted in the strong sense if it is not forbidden but subject to norm »<sup>428</sup>. Autrement dit, lorsqu'un acte est permis au sens fort, une autorité a nécessairement réglé son statut normatif, en *décidant* de le permettre.

Cependant, M. von Wright précise que cette autorité n'est pas nécessairement consciente d'avoir permis cet acte, qui peut n'être qu'une implication logique d'une autre norme qu'elle

---

<sup>425</sup> « La distinzione fra permesso forte e permesso debole [...] è tracciata da von Wright a conclusione di una complessa analisi incentrata sulla distinzione fra due tipi di negazione, negazione debole (« weak negation ») e negazione forte (« strong negation ») » (la distinction entre permission forte et permission faible [...] est esquissée par von Wright en conclusion d'une analyse complexe centrée sur la distinction entre deux types de négations, négation forte (« strong negation ») et négation faible (« weak negation ») ; Tecla Mazzarese, « Permesso forte e permesso debole : note a margine », *op. cit.*, p. 115.

<sup>426</sup> « The weak norms consist in the mere absence of the contrary norms. The strong norms 'positively' state rules of action » (les normes faibles consistent en la simple absence de normes contraires. Les normes fortes édictent « positivement » des règles d'action) ; Georg Henrik von Wright, *op. cit.*, p. 26. V. aussi André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 431, § 4 : « un acte est permis faiblement s'il n'est pas sujet à une interdiction. [...] il est permis fortement s'il n'est pas interdit mais sujet d'une norme donnée ».

<sup>427</sup> Mais, cette opinion n'est que partiellement tenable, dans la mesure où elle implique d'admettre que le simple constat d'une absence d'interdiction, c'est-à-dire une proposition de langage faite sur l'état de l'ordonnement juridique, se voit reconnaître le caractère d'une véritable norme juridique.

<sup>428</sup> Un acte sera dit permis au sens fort s'il n'est pas interdit mais soumis à une norme. *Ibid.*

aurait édictée<sup>429</sup>. Cette remarque est pour le moins paradoxale dans la mesure où il est difficile de décider sans avoir conscience de le faire. Ce qu'il faut semble-t-il retenir de cette précision, c'est qu'une permission forte, même si elle n'est qu'une implication logique d'une autre norme, est nécessairement subordonnée à une décision de permission, plus ou moins éloignée, et surtout qu'elle ne se définit pas simplement par une absence d'interdiction contraire. Par exemple, lorsqu'une autorité habilite une autorité inférieure à délivrer certaines autorisations, lui conférant un pouvoir discrétionnaire, cette autorité supérieure ne décide pas vraiment elle-même et n'a guère conscience des autorisations qui seront octroyées à des degrés inférieurs de la hiérarchie. Cependant, ces autorisations, bien que délivrées par l'autorité inférieure, procèdent de la décision d'habilitation initiale de l'autorité supérieure. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation de M. von Wright, d'autant que les autorisations ainsi délivrées ne peuvent, à l'évidence, s'analyser en de simples absences d'interdiction.

**145.** Les « permissions fortes » procèdent donc de normes positivement énoncées, tandis que les « permissions faibles », implicites, ne tirent leur existence que de l'absence de norme prohibitive, voire plus généralement de norme impérative. En effet, si la permission naît de l'absence d'interdiction, elle découle aussi, d'une certaine manière, de l'absence d'obligation<sup>430</sup> : si l'on peut faire quelque chose qui n'est pas interdit – cette chose est permise –, on peut ne pas faire quelque chose qui n'est pas obligatoire – cette chose sera alors facultative<sup>431</sup>. Cette distinction entre permissions forte et faible comporte donc une conséquence importante sur le plan de la théorie juridique. Si, faible, une permission n'est que l'implication d'une absence de norme impérative, elle ne constitue pas une catégorie normative autonome ; elle ne se définit que par référence à une autre catégorie de normes, impératives. Il est même possible de douter du caractère véritablement normatif d'une telle permission, dans la mesure où elle ne semble naître que de la formulation d'une proposition sur l'état de l'ordonnement juridique, c'est-à-dire d'une proposition descriptive, à laquelle n'est pas nécessairement reconnue de valeur normative. Au contraire, les « permissions fortes » ne se définissent pas par référence à une autre catégorie de norme : elles sont

---

<sup>429</sup> *Ibid.* « ... an act is permitted in the strong sense if the authority has considered its normative status and decided to permit it. But this must not be understood to mean that the authority is necessarily aware of having permitted the act. The permission may also be a logical consequence of other norms which he has issued » (... un acte est permis au sens fort si l'autorité a considéré son statut normatif et décidé de le permettre. Mais cela ne signifie pas que l'autorité soit nécessairement consciente d'avoir permis l'acte. La permission peut également être une conséquence logique d'autres normes qu'elle a édictées).

<sup>430</sup> Si la permission (faible) est communément assimilée à la seule absence d'interdiction, en logique déontique, la permission de faire une action  $q$  ( $Pq$ ) équivaut à la négation de l'interdiction de faire  $q$  ( $-Fq$ ) et à la négation de l'obligation de faire  $q$  ( $-Oq$ ).

<sup>431</sup> *Permis et facultatif* sont les deux facettes de la permissivité.

autonomes sur le plan normatif et correspondent à de véritables normes<sup>432</sup>. Dans le cas des « permissions faibles », l'absence d'impératif est une condition de leur existence ; avec les « permissions fortes », l'absence d'impératif est plutôt de l'ordre de la conséquence.

**146.** Cependant, en reposant sur l'existence ou l'absence de norme impérative, cette dichotomie est tributaire du sens exprimé par les énoncés normatifs, ou attribué par leurs interprètes authentiques. Dès lors, il semble qu'une « permission forte » puisse autant apparaître en présence d'un énoncé expressément permissif que dans l'hypothèse de l'interprétation (authentique) d'un énoncé formellement impératif dans un sens permissif. Parallèlement, une « permission faible » s'entendant de l'absence de norme impérative, elle ne peut s'envisager qu'à défaut d'interprétation authentique, dans un sens impératif, d'une absence d'énoncé impératif ; si l'interprétation authentique donnée de cette absence d'énoncé impératif reconnaît l'existence d'une faculté, il ne s'agira plus d'une « permission faible », mais précisément d'une « permission forte », car procédant d'une norme créée par l'interprétation. Ce n'est que si cette interprétation est dénuée de portée juridique – simple déclaration d'un sujet de droit de l'absence d'impératif – qu'elle laissera subsister une « permission faible ».

Ainsi, si toute norme permissive ouvre une faculté, toute faculté n'est pas le produit d'une norme permissive – mais dans ce cas, cette faculté ne semble pas présenter de caractère normatif. Il semble donc que la distinction entre « permission forte » et « permission faible » se rapporte essentiellement au caractère explicite ou tacite des *facultés* dans le droit, une véritable *norme* permissive ne pouvant être tacite. Néanmoins, il reste à examiner une maxime qui semble exprimer l'idée contraire : celle selon laquelle *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*.

## B – LA MAXIME *TOUT CE QUI N'EST PAS INTERDIT EST PERMIS*

**147.** Les développements qui précèdent permettent, d'abord, d'affirmer qu'une telle maxime<sup>433</sup> ne s'apparente pas une définition générale de la notion de permission. Certes, les

---

<sup>432</sup> Georg Henrik von Wright écrit à ce propos : « Weak permission is not an independent norm-character. Weak permissions are not prescriptions or norms at all » (la permission faible n'est pas un caractère normatif indépendant. Les permissions faibles ne sont pas des prescriptions ou des normes du tout) ; *Norm and Action. A logical enquiry*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>433</sup> Alors même que la formule semble connue de tout un chacun, elle ne figure pas parmi les adages recensés dans notre droit ; elle est ainsi absente de l'ouvrage de Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 1999.

« permissions faibles » doivent leur existence à une absence d'impératif, mais les « permissions fortes » ne résultent pas d'un tel vide, puisqu'elles sont avant tout expressément accordées par le droit, en vertu d'une norme permissive<sup>434</sup>. En revanche, il est intéressant de s'interroger sur la portée de cette maxime au plan normatif. S'il n'est pas exclu qu'elle soit reprise sous la forme d'une norme permissive (1), son intérêt essentiel est d'assurer la clôture de l'ordre juridique (2).

### *1 – Une norme permissive éventuelle*

**148.** Il existe essentiellement deux manières d'appréhender la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* : en tant que principe d'interprétation de l'ordonnement juridique ou en tant que véritable norme de ce dernier.

Selon la première approche, *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* est qualifié de principe de prohibition. Il s'agit d'une application du principe logique du tiers exclu<sup>435</sup>, en vertu duquel pour tout sujet *S* et tout prédicat *Y*, soit il est vrai que *S* est *Y*, soit il est vrai que *S* n'est pas *Y*. En l'occurrence, pour un comportement *p*, soit *p* est interdit, soit *p* n'est pas interdit. Cependant, deux versions du principe de prohibition sont proposées, se fondant sur la distinction entre « permission faible » et « permission forte » : une version faible, selon laquelle ce qui n'est pas interdit est simplement permis au sens faible, c'est-à-dire en vertu d'une absence d'interdiction ; une version forte, selon laquelle ce qui n'est pas interdit est permis au sens fort, c'est-à-dire par une norme permissive édictée dans l'ordre juridique.

Néanmoins, l'une comme l'autre, ces solutions ne constituent pas des normes juridiques, elles ne sont que des propositions méta-normatives<sup>436</sup>, vraies ou fausses, selon lesquelles l'absence d'interdiction est tenue pour « permission faible » – ce qui conduit à énoncer que tout ce qui n'est pas interdit n'est pas interdit – ou « permission forte ». *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* ne peut donc pas être considéré, dans ce cas, comme une norme permissive.

**149.** Au contraire, cette maxime peut être considérée comme une norme juridique véritable : la norme générale exclusive<sup>437</sup>, qualifiant juridiquement tout comportement non expressément qualifié par une autre norme. Partant, les permissions ainsi dégagées de l'application de cette

---

<sup>434</sup> Certes, il est logique que des actions ainsi permises ne soient pas interdites, mais ce n'est qu'une conséquence de leur permission, et non sa condition.

<sup>435</sup> V. Francesca Poggi, *Norme permissive*, op. cit., p. 31-32.

<sup>436</sup> Op. cit., p. 51.

<sup>437</sup> Ibid.



norme sont nécessairement dotées d'une valeur juridique. Or, cette norme constituerait une norme permissive<sup>438</sup>. Selon certains auteurs, elle serait d'ailleurs la seule norme permissive nécessaire, rendant toutes les autres superflues, puisque susceptible de qualifier juridiquement tout comportement non réglementé.

**150.** Toutefois, l'existence de cette norme n'est pas sans poser quelques interrogations. D'abord, force est de constater son caractère contingent : tous les ordres juridiques ne renferment pas une telle norme permissive générale, et s'ils la contiennent, elle n'est pas nécessairement applicable dans l'ensemble des disciplines juridiques. Ainsi, il n'est guère qu'en droit pénal qu'une telle norme existe. Plus précisément, ce sont ses déclinaisons, *Nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege*, qui sont traduites dans le principe de légalité des délits et des peines<sup>439</sup>. Il faut, cependant, préciser que cette déclinaison donne, sinon la permission de faire ce qui n'est pas interdit pénalement, la faculté de déterminer les comportements délictueux et de fixer des peines correspondantes, autrement dit un droit de punir, aux autorités légales<sup>440</sup> ; il s'agit en quelque sorte d'une norme doublement permissive<sup>441</sup>, à l'égard des personnes, et à l'égard des pouvoirs publics. En dehors de la matière pénale, le principe *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* ne semble pas connaître de déclinaison normative formelle. Pour autant, cela ne saurait signifier qu'il n'œuvre pas dans les autres branches du droit.

**151.** Le juge administratif semble en effet faire une application du principe dans certaines de ses décisions. Il a ainsi pu suivre un raisonnement inspiré du principe en confrontant le

---

<sup>438</sup> « Ceci n'est pas une définition du concept de permission, mais une norme permissive avec un contenu particulier. Son contenu est, pour ainsi dire, la « somme totale » de tous les actes et abstentions qui ne sont pas déjà interdits ». Georg Henrik von Wright met bien en évidence, ici, la dimension normative, car anticipative, du principe. V. « L'analyse des normes », trad. Olivier Tavio, en collab. avec Jean-Paul Delville, *op. cit.*, p. 31.

<sup>439</sup> V. not. l'article L111-3 du Code pénal : (al. 1) « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.* » (al. 2) « *Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* » ; l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *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* » ; l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international* ».

<sup>440</sup> Georg Henrik von Wright est plus catégorique : « ... the principle lays down a rule, not about the subject's freedom to act, but about the authority's right to punish » (... le principe pose une règle, non à l'égard de la liberté d'agir des sujets, mais à l'égard du droit de punir de l'autorité) ; *Norm and Action. A logical enquiry*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>441</sup> Néanmoins, cette faculté de punir est, avant même d'être une conséquence de la permissivité du droit en la matière, de nature constitutive, dans la mesure où elle est la marque d'une habilitation. Sans cette habilitation, les autorités légales ne pourraient valablement agir. Cette confusion s'explique par l'approche permissive des normes d'habilitation par M. von Wright.

contenu de certains actes administratifs à la loi, avant de conclure qu'en l'absence de disposition légale prohibitive, le contenu de l'acte déferé n'était pas entaché d'illégalité.

Par exemple, il a jugé que l'article L123-1 du Code rural, qui dispose que « *le remembrement applicable aux propriétés rurales non bâties se fait au moyen d'une nouvelle distribution des parcelles morcelées et dispersées. Il a principalement pour but, par la constitution d'exploitations rurales d'un seul tenant ou à grandes parcelles bien groupées, d'améliorer l'exploitation agricole des biens qui y sont soumis. Il doit aussi avoir pour objet l'aménagement rural du périmètre dans lequel il est mis en œuvre* », n'interdisait pas d'attribuer des parcelles incluses dans une opération de remembrement à des personnes qui n'exercent pas la profession d'exploitant agricole ou qui ne louent pas ces parcelles à des agriculteurs, dès lors que ces personnes étaient propriétaires de parcelles incluses dans le périmètre de remembrement<sup>442</sup>.

Dans de nombreuses espèces similaires relatives au versement du supplément familial de traitement des fonctionnaires, le Conseil d'Etat a reconnu la faculté, pour les agents concernés, de percevoir un tel supplément alors même que leur conjoint, salarié de droit privé, en bénéficiaient déjà, en raison de « *l'absence, à l'époque, d'une disposition législative interdisant un tel cumul* »<sup>443</sup>.

Enfin, la Haute juridiction s'est fondée sur « *l'absence de disposition l'interdisant* », pour reconnaître aux agents de l'Agence nationale pour l'emploi la faculté de se présenter aux concours externes organisés par celle-ci, alors même qu'ils peuvent bénéficier de voies de recrutement interne qui leur sont réservées<sup>444</sup>.

**152.** Une partie de la doctrine considère que la « norme générale exclusive permissive » n'est pas susceptible de s'appliquer au domaine des compétences des autorités publiques. En effet, contrairement aux actions des individus, celles des pouvoirs publics nécessiteraient une habilitation, dans la mesure où elles ne seraient pas naturelles, possibles en dehors de toute détermination juridique. Ne s'appliquerait donc pas *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* mais *Tout ce qui n'est pas habilité est interdit*.

---

<sup>442</sup> CE, 9 juin 1999, *Mme Miroux*, n° 164188.

<sup>443</sup> Pour une illustration, v. not. CE, 28 juillet 2000, *Centre hospitalier de Vitré*, n° 169734.

<sup>444</sup> CE, 3 octobre 1994, *M. Bacri*, n°s 106758 et 107062.

Pourtant, le juge administratif semble faire application d'une norme permissive générale et implicite dans certaines décisions relatives aux compétences des autorités administratives. Il déduit en effet de l'absence d'obligation légale la simple faculté qu'a l'administration, de prendre un acte déterminé ou de faire droit à une demande. Par exemple, dans le cadre du retrait d'emploi et de la mutation d'un fonctionnaire, le Conseil d'Etat a précisé « *que le recteur, en l'absence de textes lui en faisant obligation, n'était pas tenu de faire droit à la demande d'audition de témoins que lui aurait présentée* » le fonctionnaire concerné<sup>445</sup>. Le juge administratif reconnaît donc une simple faculté au profit du recteur, en l'absence d'obligation légale.

Ces solutions contredisent-elles le principe restrictif de l'habilitation préalable ? *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* pourrait-il régir le domaine des compétences des autorités publiques ? A l'analyse, le principe restrictif de l'habilitation préalable et le principe permissif énoncé ne semblent pas s'exclure. En effet, le caractère permissif de la norme selon laquelle *tout ce qui n'est pas interdit est permis* implique logiquement qu'elle signifie aussi que tout ce qui n'est pas impératif est ou permis, ou facultatif. Certes, la lecture la plus fréquemment faite de cette norme permissive générale se réfère à la seule action, au seul *permis* ; or, la permissivité normative supposant deux faces – le *permis* et le *facultatif* –, l'autre lecture proposée s'impose aussi. C'est celle-ci qui anime les solutions du juge administratif : il reconnaît à l'administration, en l'absence d'impératif légal, une faculté de faire ou de ne pas faire.

En outre, cette faculté ne contredit pas l'exigence d'une habilitation, mais joue à l'intérieur de celle-ci. En effet, le juge administratif ne fait pas autre chose que préciser le contenu de l'habilitation qui donne la mesure de son action à l'autorité administrative : si le droit positif édicte un impératif et lie la compétence de l'autorité administrative, l'habilitation est elle-même impérative. Si, au contraire, le droit positif demeure silencieux – en se bornant à édicter un titre de compétence –, il appartient au juge de préciser la nature de l'habilitation en cause, permissive ou impérative. Or, en application de la norme selon laquelle l'absence d'impératif vaut faculté (déontique et non constitutive), le juge reconnaît une « compétence permissive » à l'autorité administrative, c'est-à-dire empreinte d'un certain pouvoir discrétionnaire<sup>446</sup>.

---

<sup>445</sup> CE, 24 janvier 1986, *Ministre de l'Education nationale*, n° 55480.

<sup>446</sup> V. n° 522 et s.

**153.** Le droit administratif n'est donc pas étranger à la norme permissive générale posant que l'absence d'impératif vaut faculté. Une telle position du juge est favorable à l'administration, qui bénéficie alors d'une liberté en raison de l'absence de contrainte expresse de la loi ; la solution est animée par une logique inverse à celle de l'habilitation, mais ne remet pas en cause la norme selon laquelle *Tout ce qui n'est pas habilité est interdit* ; elle se concilie avec car les deux normes n'ont pas la même nature. A défaut d'habilitation de l'administration, le juge ne cherchera pas à déterminer si cette dernière doit ou peut agir et se bornera à constater son absence de compétence. Ce n'est que dans le cadre d'une habilitation constatée, qu'il fera le cas échéant application d'une norme générale exclusive prévoyant que l'absence d'impératif vaut faculté.

Ces solutions ne précisent pas où gît cette norme dans l'ordonnement juridique : elle demeure implicite et se pose comme une évidence. Il n'en demeure pas moins qu'en doctrine, il est parfois fait application d'une même norme, d'une manière quasi-naturelle, qui témoigne combien la lecture permissive de l'ordre juridique marque l'inconscient doctrinal<sup>447</sup>.

Mais qu'il s'agisse de la norme générale exclusive – appliquée en droit pénal ou par le juge administratif – ou du principe de prohibition, la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* trouve sa raison d'être dans le fait qu'elle vise à assurer la clôture de l'ordre juridique.

## ***2 – Une formule de clôture de l'ordre juridique***

**154.** Indépendamment de sa valeur de simple principe d'interprétation ou de norme juridique, la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* remplit une fonction déterminée dans l'ordonnement juridique : elle permet d'en assurer la clôture.

L'idée de complétude prend une importance considérable au XIX<sup>e</sup> siècle en Europe continentale, à la faveur de l'œuvre de codification du droit. Il s'agit, alors, d'assurer la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite. Deux écoles de pensée partagent

---

<sup>447</sup> Par exemple, en matière d'expérimentation locale, Mme Brosset considère que « dans la Constitution, rien l'interdit [...] au législateur de modifier les dispositions de la loi d'habilitation [qui autorise les collectivités à procéder à des expérimentations] puisque l'article 72 n'autorise pas une délégation de compétences comparable à celle que l'article 38 prévoit pour les ordonnances. Dans le cas des ordonnances, le législateur ne peut plus intervenir dans le domaine législatif ayant fait l'objet d'une délégation [...]. L'article 72 n'a rien prévu de semblable [...] ; il est donc possible au législateur de supprimer ou de modifier les dispositions en cause » (Estelle Brosset, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC* 2004, n° 60, p. 695-739, spéc. p. 722.

l'idée que le droit ne saurait connaître de lacune, c'est-à-dire des situations dans lesquelles aucune solution normative ne trouverait à s'appliquer à une espèce donnée.

Selon l'École de l'Exégèse, toute situation est nécessairement réglée par le droit et la solution contenue dans le *corpus* normatif écrit. La complétude de l'ordre juridique est garantie au gré de l'interprétation de la lettre du droit. Pour l'École dite sociologique, si le droit ne peut être sujet aux lacunes, c'est en raison du fait qu'il n'est pas forcément et exclusivement écrit : il peut être implicite. Autrement dit, les interprètes du droit se livrent ici à une exploitation du silence normatif. Différentes théories, liées à ce second courant, ont été avancées. Il s'agit, par exemple, de la théorie de l'*espace juridique vide*<sup>448</sup>. Il existerait, à côté des activités humaines soumises et limitées par une norme juridique (l'*espace plein*), une sphère d'activités libres, non réglementées (l'*espace vide*). Selon les termes employés par M. Foriers, « un comportement appartient au premier de ces espaces ou appartient à l'autre. Je fais ce qu'une norme exige de moi ; positivement ou négativement, ou ne trouvant pas de norme, je fais ce qui me plaît : je suis dans le domaine de la liberté, c'est-à-dire dans un domaine irrelevant du point de vue juridique. Il n'y a donc pas de lacune possible »<sup>449</sup>. Kelsen considère pour sa part que ce que l'ordre juridique ne règle pas positivement est nécessairement réglé de façon négative<sup>450</sup>. L'idée d'existence d'une norme générale exclusive s'inscrit également dans ce courant.

**155.** Le trait commun de ces théories est de faire d'une formule permissive – dotée ou non d'une valeur normative – un rempart contre les lacunes de l'ordre juridique, pathologie normative redoutée des juristes<sup>451</sup>. Cependant, une question se pose : cette formule permissive procède-t-elle d'un choix ou d'une nécessité logique ? Autrement dit, résulte-t-elle d'une décision – dont il faudrait d'ailleurs déterminer la nature – ou s'agit-il du seul moyen de clore l'ordre juridique ? Une réponse univoque ne semble pas envisageable.

---

<sup>448</sup> Cette théorie a notamment été défendue par Karl Bergbohm, A. Brinz, ainsi que Santi Romano (*Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modène, 1925). V. Paul Foriers, *Les lacunes du droit*, *op. cit.*, p. 14 ; v. également la présentation de ces théories et la question des lacunes dans l'ouvrage de Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 114 et s.

<sup>449</sup> *Ibid.*

<sup>450</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 329 et s.

<sup>451</sup> M. Carbonnier souligne que les « vides » de la réglementation juridique ne posent aucune difficulté pour les sociologues, qui y voient un espace de non-droit propice à la liberté. Au contraire, pour les juristes, même « cette aire d'action où les hommes peuvent s'ébrouer sans contrainte [...] se transforme en droit subjectif, à tout le moins en faculté ou liberté, et c'est encore du droit. Par exemple, sous l'interdiction de l'analogie en droit pénal, ce n'est pas un vide de droit qu'un juriste aimera à voir, mais bien au contraire, la plénitude de droit d'une liberté publique » (Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 1995, p. 27-36, spéc. p. 36).

156. Selon certains auteurs, une telle formule permissive s'impose pour des raisons d'ordre logique : un principe inverse, énonçant que *Tout ce qui n'est pas permis est interdit*, conduirait, « dans l'hypothèse du silence de l'ordre juridique à interdire et donc à rendre obligatoire simultanément une conduite et son contraire »<sup>452</sup>. Si l'on prend une action *a*, l'application du principe *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* autorise à faire *a* et à ne pas faire *a*. En revanche, l'application du principe « inversé » aboutit à interdire de faire *a* (ce n'est pas permis, donc c'est interdit), mais également, d'un point de vue logique, à interdire de ne pas faire *a* (puisque ce n'est pas permis non plus). Or, interdire de ne pas faire *a*, c'est obliger à faire *a* !

La formule « traditionnelle » évite donc cette impasse logique, puisqu'elle se fonde sur le concept de permission, par nature bilatérale<sup>453</sup>. En outre, d'un point de vue simplement pratique, la formule « inversée » aboutit, en tout état de cause, au blocage : dès lors que le droit n'a pas prévu un comportement, il ne serait pas légal de le suivre. Une telle formule installerait un cadre normatif oppressant et liberticide. C'est sans doute ce qui amène certains auteurs à nier à la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* la valeur d'un principe logique<sup>454</sup> : elle traduirait plutôt une exigence morale ou politique<sup>455</sup>.

157. Telle est donc l'autre approche : la formule permissive relèverait d'un choix. Il s'agit, pour M. Rivero, du « principe fondamental de toute cité libre, qui veut que tout ce qui n'est pas interdit, soit licite »<sup>456</sup>. M. Amselek récuse l'idée d'un principe logique et considère la formule permissive comme la réminiscence de l'« idéologie de l'Etat libéral »<sup>457</sup>. Elle « exprime une simple prise de position idéologique, l'idéologie politique libérale de type classique [...] qui veut réduire la compétence des pouvoirs publics à l'édiction de simples

---

<sup>452</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 274.

<sup>453</sup> « Tant l'action que l'abstention portant sur une seule et même chose ne peuvent être interdits (ou commandés) sans contradiction, les deux choses peuvent parfaitement bien être autorisées sans contradiction » ; Georg Henrik von Wright, « L'analyse des normes », trad. Olivier Taviot, en collab. avec Jean-Paul Delville, *op. cit.*, p. 32.

<sup>454</sup> Jean-Louis Gardies, « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet ? », *APD*, t. 24, 1979, p. 285 et s. V. aussi Paul Foriers, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 22-23.

<sup>455</sup> V. Paul Foriers, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 22. Ainsi, les principes *Nullum crimen sine lege* et *Nulla poena sine lege* satisfieraient à cette exigence.

<sup>456</sup> Jean Rivero, en préface à l'ouvrage de Pierre Livet, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 1. Notons l'emploi équivalent de *licite* et *permis*.

<sup>457</sup> Paul Amselek, « A propos de la théorie kelsenienne de l'absence de lacunes dans le droit », *APD*, t. 33, 1988, p. 283 et 288.

mesures négatives d'interdiction [...] et de mesures d'interdiction limitées au strict minimum »<sup>458</sup>.

Un argument juridique semble plaider en la faveur des liens qu'entretiennent la formule *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* et un certain ordre libéral<sup>459</sup> : la compétence pour concilier entre elles les libertés publiques, et ces libertés avec des fins d'intérêt général, ressortit au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution. Cela implique que les restrictions aux libertés ne peuvent être qu'expressément prévues par la loi. Dès lors, la formule « inversée » ne peut être retenue, sans que soit méconnue cette règle : en effet, des interdictions, donc potentiellement des restrictions aux libertés, apparaîtraient dans le silence des textes. Seul la formule permissive est donc conforme à cette exigence libérale.

**158.** Pour autant, la formule « inversée », restrictive, est-elle totalement absente du droit positif ? Que penser, en effet, du régime préventif, qui subordonne l'exercice d'une liberté publique à l'obtention d'une autorisation préalable ? De prime abord, il semble en effet reposer sur la formule « inversée » ; comme le fait remarquer M. Rivero, « en régime d'autorisation préalable, est interdit tout ce qui n'a pas fait l'objet d'une permission formelle »<sup>460</sup>. Cependant, cet aménagement de l'exercice des libertés publiques, qui constitue une certaine restriction, est prévu par le droit. L'exercice des ces libertés sans avoir préalablement obtenu d'autorisation est en effet prohibé ; autrement dit, il n'y a pas silence normatif, ni aucun risque de lacune. Aussi, la question de la violation de la règle donnant compétence au législateur pour apporter des restrictions aux libertés est-elle sans objet : la formule « inversée » ne vise pas, en l'occurrence, à assurer la complétude de l'ordre juridique, elle n'est qu'un angle de lecture du système préventif<sup>461</sup>.

**159.** En tout état de cause, la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* ne semble pas étranger à une certaine tradition libérale. La discussion sur sa réversibilité ne doit pas occulter

---

<sup>458</sup> Paul Amssek, « La teneur indéfinie du droit », *op. cit.*, p. 1208-1209. L'auteur ajoute : « Il est étrange de confondre ainsi une maxime de doctrine politique, concernant le rôle de l'Etat, avec une espèce de principe logico-juridique qui réglerait le problème technique des lacunes de la loi ».

<sup>459</sup> Le Conseil constitutionnel a même affirmé que ce principe ne pouvait opérer que dans le domaine des libertés publiques : « hors la matière des libertés publiques, on ne peut soutenir qu'est permis ce qui n'est pas explicitement interdit par la Constitution » : décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte* (CCC n° 9, 2000, p. 9). Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur cet argument des sénateurs requérants, qui cherchaient surtout à faire admettre le défaut de base légale de la consultation de la population mahoraise. Ajoutons que cet argument remet en cause la capacité du principe à assurer la complétude de l'ordre juridique.

<sup>460</sup> *Ibid.*

<sup>461</sup> Il ne concerne que les modalités d'exercice de libertés expressément identifiées par le droit. Il n'y a donc aucun risque qu'il apporte une restriction, sans texte, à une liberté.

le fait que c'est bien sa formulation classique, permissive, qui prévaut dans de nombreux systèmes de droit<sup>462</sup>. Par ailleurs, si la logique interdit son inversion, elle confirme que seule une formule permissive générale peut éviter les lacunes de l'ordre juridique. Mieux encore, si la clôture ne semble possible qu'en vertu d'un *principe* permissif selon lequel *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*, sa complétude n'est envisageable qu'avec une *norme* permissive générale. En effet, l'idée de complétude suppose l'absence de lacune critique au sein d'un système, c'est-à-dire l'absence de situation dans laquelle nulle norme ne permet l'évaluation d'un être. Au contraire, la clôture d'un système implique l'absence de lacune diacritique, c'est-à-dire l'absence de situation où aucune décision n'est possible sur un cas litigieux<sup>463</sup>. Dès lors, si le principe de prohibition, ou tout autre principe d'interprétation – notamment le principe *a contrario* –, ne permettent qu'une simple clôture de l'ordre juridique, seule une norme permissive générale en assure la complétude. Ainsi apparaît l'un des enjeux théoriques de la notion de norme permissive, qui s'ajoute à son intérêt pratique de sécuriser le statut normatif de comportements non expressément régis par le droit.

**160.** Qu'elle apparaisse sous les traits d'une norme générale visant à assurer la complétude de l'ordre juridique ou au travers de la lettre impérative d'un énoncé normatif, la permissivité normative révèle une certaine inconstance formelle qui n'en facilite pas l'appréhension. Il semble que sur un plan plus substantiel, une même variété puisse être constatée.

## SECTION 2 – UNE HETEROGENEITE SUBSTANTIELLE

**161.** La définition retenue, construite sur la notion de faculté, semble parvenir à embrasser l'ensemble des manifestations de la permissivité normative. Cependant, la multiplicité des formes augure une certaine hétérogénéité quant au fond. En effet, *faculté* est le terme générique d'une ensemble de droits, de prérogatives, etc., dont la teneur exacte, mais surtout les garanties, sont extrêmement variables (§ 1). Par ailleurs, le contexte normatif dans lequel ces facultés sont ouvertes fait question : s'il est généralement admis qu'une norme permissive ne puisse apparaître que dans un contexte normatif impératif, l'analyse du droit positif semble justifier un réexamen de la question (§ 2).

---

<sup>462</sup> « Dans une large mesure, il est vrai – sinon dans tous les systèmes de droit positif, du moins dans les systèmes libéraux inspirés par la doctrine de la primauté des droits individuels –, qu'à défaut d'un commandement de l'autorité publique, les sujets de droit conservent leur liberté » ; Charles Huberlant, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in *Le problème des lacunes en droit*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>463</sup> V. Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 274. Sur ces notions de logique, v. aussi Amedeo G. Conte, « Décision, complétude, clôture. A propos des lacunes en droit », in *Le problème des lacunes en droit*, *op. cit.*, p. 67 et s.



## § 1 – LA GARANTIE VARIABLE DES FACULTES RECONNUES

**162.** Les normes permissives ouvrent, dans leur diversité, quantité de facultés qui ne peuvent s’appréhender en des termes identiques. Les unes correspondent à un pouvoir, d’autres à une liberté, certaines, encore, ont une dimension dérogoire quand d’autres ne tirent leur existence que d’une absence d’interdiction formelle. Ces facultés ne confèrent donc pas toutes des prérogatives identiques à leurs bénéficiaires, notamment sur le plan de leur garantie. L’intensité d’une faculté est donc fonction de l’existence de garanties propres à assurer, au destinataire de la norme permissive, une jouissance effective de la faculté qui lui est reconnue : liberté d’option, protection contre des prérogatives concurrentes, etc. Or, ces garanties sont tributaires des modalités de reconnaissance de la faculté dans le droit ; le fond est ici extrêmement lié à la forme. Tacite, la faculté ouverte ne s’analyse qu’en une tolérance normative qui exclut, de fait, l’existence de garanties efficaces (A). Expresse, la faculté tend à s’assurer les garanties offertes par son ostensibilité (B).

### A – LES GARANTIES INCERTAINES DES FACULTES IMPLICITES

**163.** Les facultés implicites naissant de l’absence de norme impérative – prohibitive ou injonctive – ne peuvent bénéficier d’une garantie efficace dans la mesure où le droit ne les énonce même pas. Toutefois, s’il est admis que le principe *Tout ce qui n’est pas interdit est permis* constitue une norme juridique – précisément une norme permissive générale –, les facultés implicites susceptibles d’apparaître pourraient poser la question de leur garantie. En effet, si elles procèdent de normes permissives particulières implicites, elles découlent de l’application d’un principe doté d’un caractère normatif. Cependant, ce principe, aussi normatif soit-il, n’implique guère de garanties quant à l’effectivité des facultés ainsi reconnues aux sujets de droit.

**164.** En effet, ces facultés naissent de ce qui pourrait être qualifié de tolérances normatives. Tolérance, en ce que le droit positif laisse subsister de telles facultés dans le tissu normatif, sans comporter de dispositions propres à les circonscrire. Certes, il est possible que l’existence de ces facultés ne soit pas toujours involontaire : il est tout à fait probable que le droit positif laisse subsister de telles « niches permissives », notamment dans un souci d’économie légistique. Plutôt que de prévoir expressément toutes les facultés qu’il souhaite ouvrir aux sujets de droit, le législateur peut préférer poser, au côté de règles prohibitives et

injonctives, une norme reconnaissant la faculté de faire ou de ne pas faire tout ce qui n'est pas réglé de manière impérative par le droit.

Cependant, ces facultés apparaissent bien vulnérables. M. von Wright, qui a consacré quelques développements à la question de la teneur des prérogatives reconnues par les normes permissives,<sup>464</sup> parle de *tolérances*<sup>465</sup>, à l'égard des ces facultés « minimales ». En effet, rien ne garantit ni leur existence, ni leur pleine jouissance par leur bénéficiaires.

**165.** Leur existence est, d'abord, tributaire de leur environnement normatif. Ces facultés n'existent que dans la mesure où le *corpus* juridique ne comble pas le vide normatif duquel elles procèdent. Un changement dans la législation peut donc les remettre en cause, soulignant leur caractère précaire. L'idée de tolérance normative est donc pertinente en ce qu'elle souligne l'origine essentiellement factuelle d'un avantage juridique, dont le bénéfice est loin d'être garanti.

Un parallèle pourrait être établi, toutes choses égales par ailleurs, avec la pratique des tolérances administratives<sup>466</sup>, lorsque l'administration ne sanctionne pas la violation d'une règle impérative par un administré, ou encore des dispenses administratives<sup>467</sup>, par lesquelles l'administration écarte, positivement et *contra legem*, une règle impérative. Pour autant, le parallèle s'arrête là où commence le droit. En effet, tolérance et dispense administratives sont des *pratiques* s'inscrivant en *méconnaissance* d'impératifs existants ; au contraire, la tolérance normative ne défie aucune norme existante et demeure circonscrite en deçà de ce qui est prohibé, jamais au-delà. Les facultés implicites, même dépourvues de valeur juridique forte, ne cessent d'incarner que ce que le droit permet. Aussi, l'intervention du législateur venant combler le vide normatif dans lequel elles se dessinaient l'affecte nécessairement, en tout ou partie.

Cette même précarité est attachée aux normes permissives implicites dont le juge administratif peut faire application s'agissant de la compétence d'une autorité administrative : en intervenant pour lier expressément la compétence de l'autorité en cause, le législateur redéfinirait en l'espèce les termes du principe de légalité et remettrait en cause la solution jurisprudentielle. Mais le juge lui-même pourrait parfaitement opérer un revirement de

---

<sup>464</sup> Georg Henrik von Wright, *Norm and Action. A logical enquiry*, *op. cit.*, p. 88 et s.

<sup>465</sup> *Toleration* dans le texte.

<sup>466</sup> V. Lucile Tallineau, *Les tolérances administratives*, *op. cit.*

<sup>467</sup> V. Aude Rouyère, « La dispense en droit public : l'"un" et le "multiple" », *Droits*, 1997, p. 73-90.

jurisprudence et décider de lier – ou tout au moins conditionner – la compétence qu’il tenait jusque’ici pour permissive, en l’absence d’impératif clairement posé.

L’existence d’une faculté implicite n’est donc guère garantie, pas plus, semble-t-il, que sa jouissance.

**166.** Son bénéficiaire exploite en effet une zone d’ombre dans le droit, qui peut, à tout moment, être éclaircie par un changement du droit positif ; or, il n’a aucun droit au maintien d’une telle faculté. S’il jouit de cette dernière en toute légalité, il n’en est qu’un bénéficiaire sans titre. Cela explique également pourquoi sa jouissance peut se trouver concurrencée par d’autres sujets de droit, qui entendent également profiter de la brèche de permissivité qui apparaît dans le droit. Le bénéficiaire d’une faculté tirée d’une absence de norme expresse, est exposé au risque d’interférences entre les comportements des agents juridiques<sup>468</sup>. Autant dire qu’il ne dispose d’aucune garantie quant au maintien et au respect de la faculté que le droit lui reconnaît, ou plutôt qu’il se reconnaît lui-même eu égard à l’état du droit. Cette nuance est d’ailleurs la clef du problème : si le droit favorise la naissance d’une faculté, ce n’est que passivement, en ne l’empêchant pas, et tant qu’il la tolère. Dans cette circonstance, comment pourrait-il conférer des garanties ? L’admission du caractère normatif du principe *Tout ce qui n’est pas interdit est permis* n’offre pas une meilleure garantie. Cette règle est insuffisamment précise pour régler chaque cas particulier ; surtout, elle se limite à poser le principe de l’existence d’une faculté d’action, et non les conditions de son exercice.

La seule garantie qui existe est des plus élémentaires et concerne la notion de liberté. L’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen énonce ainsi que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque Homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* ». Face au vide normatif, et dans la mise en œuvre de la norme générale permettant tout ce qui n’est pas interdit, chaque sujet de droit, bénéficiaire potentiel de multiples facultés, au même titre que ses semblables, se doit donc de garder à l’esprit les mots de 1789. Autant dire que cette garantie est illusoire en l’absence d’une plus grande concrétisation.

**167.** Les facultés reconnues implicitement par le cadre normatif souffrent donc de l’absence de garanties formelles, aptes à prémunir leurs bénéficiaires contre leur disparition, et les

---

<sup>468</sup> V. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 50.

vellités concurrentes de tiers qui entendent, eux aussi, exploiter les zones de permissivité ménagées ou oubliées dans le droit positif. La garantie des facultés ouvertes par les normes permissives est donc intimement liée à leur inscription expresse et particulière dans le droit.

## B – LA GARANTIE ORGANISEE DES FACULTES EXPRESSES

**168.** La formalisation d'une faculté par le cadre normatif – grâce à l'édition d'une norme permissive – a pour essentiel intérêt d'offrir à son bénéficiaire un certain nombre de garanties. Par définition, la « permission forte » a pour attribut la force, une force juridique qui installe le sujet de droit dans une situation moins précaire. D'ailleurs, le glissement terminologique est éloquent : alors que l'on évoquait le *bénéficiaire* d'une faculté tacite, on peut désormais parler de *titulaire*<sup>469</sup> d'une faculté expresse, ce qui implique une situation juridiquement organisée. Toutefois, la garantie des facultés expressément introduites dans le droit n'est pas exempte de nuances ; une gradation existe, selon que la faculté en cause est simplement formalisée (1) ou bénéficie d'une obligation positive de garantie (2).

### ***1 – La formalisation : des garanties renforcées***

**169.** La formalisation d'une faculté est attachée à la reconnaissance expresse d'une norme permissive. L'énonciation de la norme dans le droit rend apparente la faculté reconnue et surtout, caractérise directement un sujet de droit comme titulaire de cette faculté. Selon Mme Poggi, il s'agit de la fonction indicative de la norme permissive, qui permet de consolider une situation normative, de sécuriser le statut normatif d'un comportement<sup>470</sup>. Cette formalisation peut ainsi avoir pour origine un énoncé normatif qui exprime une norme permissive ouvrant une telle faculté. Bien que ce soit le sens perçu de cet énoncé qui constitue la norme juridique, il est peu probable qu'une lettre permissive conduise ses interprètes – et surtout l'interprète authentique – à reconnaître l'existence d'une norme impérative. En règle générale, les écarts constatés entre l'interprétation d'un texte normatif et la forme grammaticale de ce dernier surviennent au sujet d'énoncés formellement impératifs auxquels l'interprète authentique fait exprimer une norme permissive. L'inverse ne semble pas s'être produit. Aussi n'est-il pas exclu que la formalisation de la faculté soit le fait d'une interprétation authentique d'un texte

---

<sup>469</sup> Le terme *permissionnaire* doit toutefois être d'usage limité, dans la mesure où il se rapporte essentiellement aux notions de *permis* et de *permission*, trop restreintes pour englober la diversité des normes permissives.

<sup>470</sup> Francesca Poggi, *Norme permissive*, *op. cit.*, p. 155. V. Juan Ruiz Manero et Manuel Atienza, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelone, 1996, p. 105.

impératif : toutefois, dans cette hypothèse, un revirement dans l'interprétation pourrait faire disparaître la faculté reconnue<sup>471</sup>.

*170.* Cela étant, les garanties pouvant être attachées à une faculté formalisée dans le droit procèdent d'abord de sa combinaison avec les autres normes. Les rapports de cette faculté avec son contexte normatif ne sont plus les mêmes que dans le cas de facultés tacites : toute norme nouvelle – sauf si elle vise précisément à abroger la norme permissive en cause – doit prendre acte de cette faculté, c'est-à-dire s'articuler avec la norme permissive existante. L'édiction d'un « obstacle normatif » à la faculté n'entraîne plus la disparition de celle-ci, mais crée un conflit de normes, ou exige tout au moins leur conciliation, notamment si la faculté en cause est dotée d'une valeur juridique éminente.

A titre d'exemple, de nombreuses libertés publiques, dont l'existence a pu être consacrée par le Conseil constitutionnel, supposent l'ouverture de facultés au profit des individus, comme celles liées à la liberté d'aller et venir. Or, l'édiction d'une norme, contenue par exemple dans une mesure réglementaire, ne peut avoir pour effet de fermer totalement les facultés reconnues ; en censurant les interdictions générales et absolues, le juge administratif assure en réalité la coexistence entre les prérogatives administratives et les facultés dont jouissent les particuliers. Au contraire, en l'absence de faculté expressément garantie, l'administration pourrait sans difficulté édicter toute mesure ayant pour conséquence – volontaire ou fortuite – de fermer une faculté apparue dans un vide normatif. Par sa formalisation, une faculté renforce sa charge normative et restreint la dimension factuelle qui stigmatise les facultés tacites.

*171.* Par ailleurs, il n'est guère contestable que les facultés que certaines normes reconnaissent à l'administration font l'objet de garanties. Au premier chef, une garantie contre l'autorité titulaire d'une faculté elle-même et contre la mauvaise perception qu'elle pourrait avoir de ses propres pouvoirs. Le juge administratif veille ainsi au respect, par l'administration, des facultés dont elle bénéficie. Ainsi, pourra être annulée la décision à l'occasion de laquelle une autorité administrative se sera crue en situation de compétence liée,

---

<sup>471</sup> Dans la mesure où la jurisprudence fait œuvre d'interprétation authentique, elle pourrait revenir sur une solution retenue en contradiction avec la lettre d'un texte impératif et supprimer une faculté.

alors qu'elle jouissait d'un pouvoir discrétionnaire. L'administration est tenue de mobiliser sa faculté d'appréciation<sup>472</sup>.

Le droit de l'urbanisme livre un exemple intéressant. Il concerne les certificats d'urbanismes dits pré-opérationnels<sup>473</sup>, qui indiquent aux pétitionnaires si un terrain peut-être utilisé pour la réalisation d'une opération déterminée. Positifs ou négatifs, ces certificats n'ont qu'une valeur informative et ne dispensent pas de solliciter une autorisation d'urbanisme pour réaliser ladite opération. Or, selon l'article L410-1 du Code de l'urbanisme, si cette autorisation *peut*, du seul fait de la localisation du terrain, être refusée en fonction des dispositions d'urbanisme, et notamment des règles générales d'urbanisme, l'administration est *tenue* de délivrer un certificat négatif. Autrement dit, si une disposition permissive du Règlement national d'urbanisme trouve à s'appliquer, le certificat d'urbanisme doit être négatif.

Une telle solution, relayée par la jurisprudence<sup>474</sup>, vise à éviter les « déconvenues » qui pourraient résulter de la délivrance d'un certificat positif<sup>475</sup>. En introduisant cette disposition dans le code, le législateur<sup>476</sup> a entendu garantir à l'administration sa faculté d'apprécier et de décider librement, au regard des circonstances réelles dans lesquelles serait, par la suite, sollicitée l'autorisation. Il n'était pas souhaitable que dès le simple stade du certificat d'urbanisme, l'administration se prive de la faculté de refus que lui reconnaît le Code de l'urbanisme. Aussi, si MM. Jacquot et Priet soulignent que l'administration se trouve ainsi dans une situation de compétence liée pour délivrer le certificat d'urbanisme<sup>477</sup>, c'est bien

---

<sup>472</sup> « La mission principale du juge est en effet d'assurer le respect de l'ordre des compétences administratives. Aussi n'hésite-t-il jamais à sanctionner lorsqu'une autorité méconnaît sa compétence, fût-ce à son détriment, et en faveur de l'administré. Les compétences sont d'ordre public » ; Gilles Zalma, « *Patere regulam quam fecisti* ou l'administration liée par ses propres actes unilatéraux », *op. cit.*, p. 1127 et s.

<sup>473</sup> L'article L410-1 du Code de l'urbanisme distingue deux types de certificats d'urbanisme. D'une part, le certificat informatif ou neutre, indique les dispositions d'urbanisme applicables au terrain, les éventuelles limitations administratives au droit de propriété, le régime des taxes et participations applicables et les équipements publics prévus ou existant. D'autre part, le certificat pré-opérationnel, indique, outre les éléments précédents, si une opération déterminée est réalisable sur ledit terrain. Or, depuis la loi du 13 décembre 2000, *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, seul le second type de certificat peut se prononcer sur la constructibilité du terrain, c'est-à-dire être soit positif, soit négatif. Les autres, que l'on qualifiait d'ordinaires avant la « loi SRU », sont désormais neutres.

<sup>474</sup> V. not. CE, 18 octobre 2002, *Turbe*, n° 236338.

<sup>475</sup> Il n'y a de « déconvenue » que pour l'administration, dans la mesure où le certificat d'urbanisme positif garantit le pétitionnaire contre le changement des règles d'urbanisme pendant une durée pouvant aller jusqu'à 18 mois pour le certificat pré-opérationnel (art. L410-1 alinéa 5 du Code de l'urbanisme). Cette « cristallisation » du droit joue pour les dispositions d'urbanisme qu'il mentionne, les servitudes d'utilité publique autres que celles ayant pour objet la préservation de la sécurité et de la salubrité publiques (v. art. R126-1 § 4, annexe), et le régime des taxes et contributions qu'il indique.

<sup>476</sup> Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 *relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat* (JORF 23 juillet 1983).

<sup>477</sup> Henri Jacquot et François Priet, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, n° 617.

pour préserver son pouvoir discrétionnaire au moment ultérieur, et plus grave, de l'instruction de la demande de permis de construire<sup>478</sup>.

172. Ce dernier accorde également une faculté à son titulaire, comme d'ailleurs d'autres autorisations administratives. Le caractère exprès de ces facultés pourrait toutefois susciter quelques réserves lorsque la réponse de l'administration à la demande d'autorisation est tacite. En effet, la faculté accordée n'est pas aussi facilement identifiable que dans une autorisation formelle. Pour autant, cette faculté ne peut être considérée du même point de vue que celles qui comblent un vide normatif. En effet, son existence ne procède pas uniquement d'une interprétation du contexte normatif ; elle n'apparaît pas passivement, au gré d'une déduction. D'une part, la demande formulée par le pétitionnaire de l'autorisation formalise<sup>479</sup> la faculté qui pourra ou non apparaître. Elle pose le principe de son existence et, en attirant ainsi l'attention, exclut que cette faculté puisse être complètement implicite. D'autre part, le caractère exprès ou tacite de la décision, donc de l'autorisation, n'est qu'une conséquence de l'application des règles encadrant l'instruction des demandes et fixant les modalités de la décision en matière administrative. Ainsi, même si l'autorisation est tacite, la faculté ouverte aura comme trace d'apparition dans le droit, les pièces relatives au dépôt de la demande d'autorisation<sup>480</sup>. La procédure d'autorisation préalable formalise donc nécessairement la faculté qui pourra être ouverte.

---

<sup>478</sup> Avant 1983, le Conseil d'Etat avait au contraire interdit à l'administration de délivrer des certificats négatifs, au motif que « l'autorité ne peut légalement déclarer inconstructible un terrain sur lequel des constructions peuvent être autorisées, même à titre exceptionnel » (CE, 22 février 1980, *Blouet*, n° 16893). La Haute juridiction n'admettait surtout pas qu'elle puisse se livrer, dès le stade du certificat d'urbanisme, à une interprétation qui ne peut réellement être faite qu'au stade de l'autorisation. C'était à la fois se priver de la latitude de décision qu'offrent les dispositions permissives, et se prononcer de manière quasi définitive sans connaître les données de fait indispensables à la mise en œuvre de telles règles.

<sup>479</sup> Cette formalisation est d'autant plus évidente que les demandes d'autorisations administratives occasionnent le dépôt de formulaires, et surtout qu'en vertu de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations* (JORF 13 avril 2000, p. 5646), « toute demande adressée à une autorité administrative fait l'objet d'un accusé de réception délivré dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat » (art. 19).

<sup>480</sup> Par ailleurs, la loi du 12 avril 2000 prévoit que dans les cas de décision tacite d'acceptation, « cette décision peut, à la demande de l'intéressé, faire l'objet d'une attestation délivrée par l'autorisation administrative » (art. 22). En outre, en matière de permis de construire tacite, le Code de l'urbanisme organise une véritable publicité, qui exclut tout risque de clandestinité de l'autorisation implicite : l'art. R.421-39 dispose : « *Mention du permis de construire doit être affichée sur le terrain, de manière visible de l'extérieur, par les soins de son bénéficiaire, dès la notification de la décision d'octroi et pendant toute la durée du chantier.*

*Il en est de même lorsqu'aucune décision n'a été prise à l'égard de la demande de permis de construire dans le délai imparti, d'une copie de la lettre de notification de délai ou d'une copie de l'avis de réception postal ou de la décharge de la lettre de mise en demeure prévue à l'article R. 421-14 et d'une copie de l'avis de réception ou de la décharge du dépôt de la demande.*

*En outre, dans les huit jours de la délivrance expresse ou tacite du permis de construire, un extrait du permis ou une copie de la lettre visée à l'alinéa précédent est publié par voie d'affichage à la mairie pendant deux mois ».*

Il convient toutefois d'apprécier les garanties conférées au titulaire de cette faculté, une fois l'autorisation octroyée. La nature administrative des actes ouvrant des facultés implique que ces dernières bénéficient tant des garanties que des restrictions issues de l'application des règles du droit administratif.

**173.** S'agissant des garanties conférées à l'égard des tiers, l'autorisation n'est contestable par la voie du recours pour excès de pouvoir que dans un délai limité suivant sa délivrance ; le délai de droit commun est de deux mois, mais le droit en la matière est riche de subtilités<sup>481</sup>. Dès lors que la décision administrative en cause n'est plus attaquant, la faculté qu'elle ouvre s'impose aux tiers<sup>482</sup>. Elle s'imposait d'ailleurs dès la délivrance de l'autorisation en vertu du caractère exécutoire de la décision de l'administration ; seul le prononcé d'une suspension de l'exécution de l'acte d'autorisation pouvait, alors, faire obstacle à la faculté reconnue. L'autorisation administrative non contestée, ou confirmée par le juge, insère donc la faculté qu'elle reconnaît dans l'ordonnement juridique. Dès lors, qu'elle soit mise en œuvre ou non, les tiers se devront de la respecter, du moins tant qu'elle existera<sup>483</sup>. En effet, cette faculté peut, d'abord, n'être ouverte que pendant un certain délai : c'est le cas du permis de construire<sup>484</sup>. Elle peut également être suspendue, voire fermée, en raison du comportement de son titulaire : cette hypothèse est, par exemple, celle de l'automobiliste qui se voit suspendre, ou même annuler, son permis de conduire.

**174.** En ce qui concerne les garanties du titulaire de la faculté face à l'administration, il y a lieu de relever qu'en dépit du principe *Tu patere legem quam fecisti*<sup>485</sup>, qui lui impose de

---

<sup>481</sup> Sur la question de la prorogation du délai de recours contentieux, v. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 595 et s.

<sup>482</sup> Elle est revêtue de l'« autorité de chose décidée » : v. Roger-Gérard Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1969.

<sup>483</sup> En droit de l'urbanisme, la faculté de construire emporte des effets intéressants par rapport aux tiers : par principe, le permis de construire est délivré sous réserve des droits des tiers. En effet, le permis n'a pour objet que de sanctionner la conformité d'une construction aux prescriptions d'urbanisme en vigueur. Il n'assure donc pas le respect, par la construction autorisée, des droits et obligations de nature civile, pouvant exister entre le permissionnaire et les tiers (CE Sect., 18 mars 1983, *Siefert*, préc.). Aussi, ces derniers peuvent-ils faire valoir, devant le juge civil, que cette construction méconnaît, ou altère, leurs droits (comme le droit de vue, le droit d'ensoleillement, etc.), et demander réparation du préjudice subi. Cela peut notamment conduire, dans certains cas, à la démolition de la construction réalisée. Cependant, si le tiers entend invoquer la violation des règles d'urbanisme ou de servitudes d'utilité publique (et non plus de règles civiles), le permis de construire fera en quelque sorte « écran » si la construction est conforme à ses prescriptions. En effet, le permissionnaire ne pourra être ainsi condamné que si le permis a été annulé pour excès de pouvoir ou son illégalité a été constatée par la juridiction administrative (v. art. L480-13 du Code de l'urbanisme).

<sup>484</sup> Art. R421-32 du Code de l'urbanisme.

<sup>485</sup> Ou *Patere regulam quam fecisti* (subis les conséquences de ta propre loi). Sur l'origine (tragique) de cet adage : Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., p. 910. V. Gilles Zalma, *Patere regulam quam fecisti* ou l'administration liée par ses propres actes unilatéraux, op. cit., p. 1099. pour des



respecter les décisions qu'elle prend, l'autorité administrative peut remettre en cause, dans un certain nombre d'hypothèses, la faculté qu'elle a ouverte. Cela tient à son pouvoir d'abrogation et de retrait des actes administratifs<sup>486</sup>.

En matière d'abrogation, dans la mesure où nul n'a droit au maintien d'un règlement, les facultés naissant d'actes réglementaires à caractère général pourront être fermées à tout moment, sans que les administrés désireux de les mettre en œuvre ne puisse contester cette abrogation. L'autorité administrative sera même dans l'obligation de déférer à une demande tendant à l'abrogation d'un acte illégal, qu'il le soit depuis la date de sa signature ou en raison de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date<sup>487</sup>. En ce qui concerne l'abrogation d'actes permissifs individuels, il convient de distinguer s'ils sont ou non créateurs de droits. S'ils le sont, leur abrogation sera impossible s'ils sont réguliers, en vertu du principe d'intangibilité des effets individuels des actes juridiques ; l'édition d'un acte « contraire » sera nécessaire. En revanche, s'ils ne créent pas de droits – comme les autorisations d'occupation privative du domaine public ou les autorisations de police –, l'administration jouira de sa faculté de les abroger<sup>488</sup>, et y sera même tenue si elle est saisie d'une demande en ce sens concernant un acte illégal du fait d'un changement des circonstances de droit ou de fait<sup>489</sup>.

S'agissant du retrait, il convient d'abord de rappeler que celui des actes individuels explicites et réguliers, qui créent des droits, est impossible, sauf sur demande de leur bénéficiaire<sup>490</sup> ; s'ils constituent une acceptation implicite, ils peuvent être retirés à l'initiative de leur bénéficiaire s'ils n'ont pas créé de droits pour les tiers, mais pas à celle de l'administration<sup>491</sup>. Si, en revanche, l'acte individuel créateur de droits est illégal, il pourra être retiré dans les quatre mois suivant sa signature s'il est explicite<sup>492</sup> et selon les conditions posées par la loi du

---

applications jurisprudentielles : CE, 25 mars 1964, *Samoël*, *Rec.* p. 201 ; CE, 10 octobre 1994, *Ville de Toulouse*, *Rec.* p. 764, *DA* 1994, n° 654, *Quot. Jur.* 2 février 1995, p. 5, note D. Moreno.

<sup>486</sup> Sur ces questions fort complexes, v. Martine Lombard et Gilles Dumont, *Droit administratif*, Dalloz, Hyper Cours, 2003, p. 202, not. le tableau synthétique, p. 216.

<sup>487</sup> CE Ass., 3 février 1989, *Cie Alitalia*, *Rec.* p. 44 ; *AJDA* 1989, p. 387, note O. Fouquet ; *RFDA* 1989, p. 391, concl. N. Chahib-Nourai et p. 442, note O. Beaud.

<sup>488</sup> V. CE, 8 décembre 1961, *Benchenouf*, *Rec.* p. 693 ; CE Ass., 22 décembre 1989, *Morin*, *Rec.* p. 279. L'administration pourra ainsi mettre fin à tout moment aux autorisations d'occupation privative du domaine public, au nom de l'intérêt général, et sans que le titulaire de la faculté ainsi supprimée ne soit indemnisé – il en est autrement s'il occupe privativement le domaine public en vertu d'une convention. V. Odile de David Beauregard-Berthier, *Droit administratif des biens*, Mémento, Gualino éditeur, 3<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 90 et s.

<sup>489</sup> CE Sect., 30 novembre 1990, *Les Verts*, *Rec.* p. 339.

<sup>490</sup> CE Sect., 23 juillet 1974, *Ministre de l'Intérieur c/ Gay*, n° 91338 ; CE Sect., 13 novembre 1981, *Commune de Houille*, n° 27805.

<sup>491</sup> CE Sect., 14 novembre 1969, *Eve*, *Rec.* p. 498.

<sup>492</sup> CE Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, *AJDA* 2001, p. 1034.

12 avril 2000 s'il est implicite<sup>493</sup>. En ce qui concerne les actes non créateurs de droits, les règlements légaux peuvent être retirés s'ils n'ont pas reçu d'exécution<sup>494</sup>, tandis que les règlements illégaux doivent être retirés ; enfin, les actes individuels non créateurs de droits peuvent être retirés à tout moment, à condition qu'ils n'aient pas créé de droits pour les tiers, qu'ils soient illégaux ou légaux<sup>495</sup>.

**175.** Les facultés naissant d'actes administratifs unilatéraux, bien que formalisées, sont ainsi tributaires du régime particulièrement complexe et instable de leur « support » normatif. Aussi, convient-il d'apprécier prudemment certaines affirmations : prétendre que les « permissions fortes » (ouvrant formellement une faculté) sont des « prérogatives juridiquement protégées »<sup>496</sup>, ne doit pas dissimuler combien nombre d'autorisations administratives, expresses, ouvrant des facultés qu'on ne saurait tenir pour clandestines, ne créent pas de droit. Leurs titulaires peuvent, certes, en escompter la défense contentieuse<sup>497</sup>, notamment vis-à-vis des tiers, mais ils restent relativement démunis face aux prérogatives de l'administration<sup>498</sup>.

Si un certain nombre de garanties apparaissent avec la formalisation des facultés dans le tissu normatif, il faut surtout se garder d'en faire une règle. Le régime de l'abrogation et du retrait des actes administratifs unilatéraux suffit à mettre en évidence les autres éléments pouvant influencer sur l'existence et l'étendue de ces garanties : par ceux-ci, la nature de l'acte juridique ouvrant la faculté (législative, réglementaire, unilatérale, conventionnelle...) est essentielle.

---

<sup>493</sup> Article 23 : 1° pendant le délai de recours contentieux, lorsque des mesures d'information des tiers ont été mises en œuvre ; 2° dans les deux mois suivant la date à laquelle est intervenue la décision, à défaut de telles mesures d'information ; 3° pendant la durée de l'instance au cas où un recours contentieux a été formé. Cependant, en matière d'urbanisme, la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 *portant engagement national pour le logement* (JORF 16 juillet 2006) a prévu qu'à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2007, un permis de construire, d'aménager ou de démolir, tacite ou explicite, ne pourra être retiré que s'il est illégal et dans le délai de trois mois suivant la date de cette décision. Passé ce délai, il ne pourra être retiré que sur demande explicite de son bénéficiaire » (art. L424-5 du Code de l'urbanisme).

<sup>494</sup> CE Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet*, Rec. p. 560.

<sup>495</sup> CE, 23 novembre 1990, *Fondation du Centre hospitalier des courses*, RDP 1991, p. 1748.

<sup>496</sup> Michel Van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 87.

<sup>497</sup> Cela en fait-il pour autant des droits subjectifs ? Pas nécessairement. Compar. cette définition du droit subjectif, donnée par Hans Kelsen : « ... pouvoir juridique de faire valoir au moyen d'une action en justice l'inexécution d'une obligation » ; *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, op. cit., p. 187. Dans notre hypothèse, il s'agirait de faire valoir l'inexécution, par les tiers, de leur obligation de respecter la faculté accordée. Force est de reconnaître que cette possibilité est amoindrie voire annihilée face à l'administration.

<sup>498</sup> M. André Demichel écrit ainsi : « En réalité, l'acte créateur de droit n'existe pas. Il y a simplement des actes créateurs de situations protégées, mais protégées par la règle juridique objective elle-même ». Et de poursuivre : « L'expression droit acquis est ambiguë. Elle fait croire en effet qu'un acte individuel est susceptible de créer des droits subjectifs, opposables par les administrés à l'administration, ce qui est parfaitement faux ». V. *Droit administratif*, LGDJ, 1979, p. 110.

C'est le régime de la catégorie d'acte en cause qui donnera la mesure de la garantie des facultés ouvertes.

**176.** La reconnaissance expresse d'une faculté renforce donc indéniablement les garanties dont peut se prévaloir son titulaire, qui voit sa situation non seulement individualisée, mais aussi, toute chose égale par ailleurs, protégée des tiers et des mutations du cadre normatif. Toutefois, le droit positif porte, dans certains cas, très haut, les garanties qu'il confère au titulaire d'une faculté. Ces garanties outrepassent la question de l'existence de cette dernière, ou le problème des interférences avec les tiers. Elles intéressent l'effectivité de la faculté ouverte.

## ***2 – Les facultés assorties d'une obligation positive de garantie***

**177.** Un individu peut bien se voir reconnaître la faculté d'édifier une construction, la mise en œuvre de cette faculté appelle des moyens techniques, matériels et financiers évidents. De la même manière, l'obtention du permis de conduire n'assure pas à son titulaire l'exercice concret de la faculté qui y est attachée : sans automobile, cette faculté reste théorique. Si le droit positif organise la garantie des facultés qu'il ouvre formellement, elle n'implique pas, en principe, que celui qui accorde une faculté, l'émetteur de la norme permissive, garantisse un exercice effectif de cette faculté, en chargeant un tiers d'une véritable obligation positive de garantie, voire en l'assumant lui-même<sup>499</sup>.

C'est pourtant ce qui se produit pour certaines normes permissives, lorsque l'ouverture d'une faculté au profit de leur destinataire principal, s'accompagne d'une obligation à la charge de leur propre auteur ou de tiers. Cette obligation est alors directement liée à la mise en œuvre, la jouissance, de la faculté instaurée.

**178.** Cette construction normative existe en matière de libertés publiques, à propos, notamment, de certains droits reconnus par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui impliquent une *obligation positive* à la charge des Etats parties. En d'autres termes, les pouvoirs publics nationaux ont le devoir de permettre la concrétisation des droits en cause. Une telle obligation peut être expresse, comme celle résultant de l'article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention : « *Les Hautes*

---

<sup>499</sup> L'adjectif *positive* est employé pour insister sur le fait que cette obligation implique un comportement, une action, de la part de son sujet. Cet emploi renvoie à celui qu'en fait la doctrine des droits de l'homme : v. not. Frédéric Sudre, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, p. 363 et s.

*Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* »<sup>500</sup>.

Plus largement, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui, au travers de sa jurisprudence, impose aux Etats des obligations positives visant à garantir l'effectivité des droits, et donc des facultés, conventionnellement reconnus<sup>501</sup>. Ainsi, un Etat peut-il être tenu d'organiser un système d'aide judiciaire pour garantir le droit d'accès à la justice<sup>502</sup>. D'ailleurs, très prosaïquement, le droit de vote implique l'obligation, pour les pouvoirs publics, d'organiser matériellement les élections : recensement des candidatures, affichage, ouverture et tenue de bureaux de vote, dépouillement, proclamation des résultats, etc. Sans ces obligations, la faculté de choisir librement ses représentants par la voie d'élections, serait purement illusoire.

**179.** Mais de telles obligations positives apparaissent aussi en droit interne, à l'égard de droits fondamentaux reconnus au niveau constitutionnel. Par exemple, l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946, reconnaît le droit à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. Cette disposition est permissive, en ce qu'elle reconnaît à tout citoyen – enfant comme adulte –, la faculté de s'instruire (on ne doit d'ailleurs parler de faculté qu'au delà de seize ans, l'enseignement étant obligatoire jusqu'à cet âge), de suivre une formation professionnelle et d'accéder aux diverses formes de culture. Or, la formulation même de cette disposition enjoint aux pouvoirs publics de mettre en œuvre des moyens propres à assurer l'effectivité de ce droit, sa jouissance concrète : « *La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ».

Les obligations de l'Etat consistent ainsi en l'organisation de l'enseignement public, mais aussi en l'aide octroyée à l'enseignement privé. D'ailleurs, cette obligation garantit elle-même l'effectivité d'un autre droit, la liberté d'enseignement et de conscience<sup>503</sup>, qui peut s'analyser comme la faculté de choisir librement les modalités de son enseignement, notamment en recourant à un établissement d'enseignement privé religieux, voire à un précepteur.

---

<sup>500</sup> V. Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 555.

<sup>501</sup> V. not. Luc Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée de droit allemand, européen et français*, thèse, Caen, 1999, 384 p.

<sup>502</sup> CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, Rec., série A, n° 32.

<sup>503</sup> Il s'agit d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République : décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, GD n° 25.

**180.** Le domaine des droits fondamentaux n'a toutefois pas l'exclusivité de l'apparition d'obligations visant à garantir l'effectivité des facultés conférées par le droit. L'adage *Tu patere legem quam fecisti* (subis les conséquences de ta propre loi) impose (dans les limites rappelées précédemment) à l'administration le respect des autorisations qu'elle accorde et l'oblige à assumer la défense contentieuse du permissionnaire dont l'autorisation serait contestée. Comme l'écrit M. Février, « ce dernier se retrouve intégré à l'Administration, il n'est plus un tiers par rapport à elle, mais un de ses membres »<sup>504</sup>.

**181.** Il est, par ailleurs, des obligations positives qui vont, semble-t-il, au-delà de l'aide à la mise en œuvre de certaines facultés ; sans elles, la faculté ouverte ne signifierait rien. Certes, il pourrait en être dit autant à propos du droit à l'instruction, qui serait bien peu de chose en l'absence de l'obligation pesant sur les pouvoirs publics en matière d'organisation de l'enseignement public. Mais, cela relève plus d'un jugement sur le caractère simplement théorique ou pas d'un droit proclamé. Au contraire, il est maintenant question de l'obligation d'un tiers comme condition d'existence, déjà sur un plan théorique, d'une faculté. Le droit de délaissement en matière d'urbanisme et d'expropriation<sup>505</sup> se présente comme une illustration intéressante de cette hypothèse. Il s'agit d'une faculté, reconnue aux propriétaires de biens immobiliers supportant des charges ou servitudes d'intérêt général qui les rendent inutilisables, ou destinés à une opération d'aménagement, de mettre en demeure la collectivité bénéficiaire de s'en porter acquéreur. Il peut notamment s'agir de l'inclusion d'un bien immobilier dans une zone où est institué un droit de préemption urbain<sup>506</sup>, où est créée une zone d'aménagement concerté (ZAC)<sup>507</sup>, ou encore où est « gelée », pour une durée maximale de cinq ans, toute possibilité de construction ou installation dans l'attente de l'approbation d'un projet d'aménagement<sup>508</sup> ; le droit de délaissement peut également être ouvert en cas de sursis à statuer sur une demande d'autorisation d'urbanisme, dès l'enquête publique préalable à une déclaration d'utilité publique<sup>509</sup>, ou bien dès la mise à l'étude de travaux publics<sup>510</sup>.

---

<sup>504</sup> « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273.

<sup>505</sup> Articles L230-1 et s. du Code de l'urbanisme. V. not. Fernand Bouyssou, « Une garantie méconnue de la propriété : le droit de délaissement en matière d'urbanisme et d'expropriation », *JCP* 1979, éd., G, I, 2925 ; Jean-Pierre Cordelier et Dominique Musso, « Le droit de délaissement des propriétaires dans le Code de l'urbanisme », *Gaz. Pal.* 25-26 novembre 1994, doctrine, p. 2.

<sup>506</sup> V. art. L211-5 du Code de l'urbanisme. Sur l'impact de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 *portant engagement national pour le logement* (préc.) sur le droit de préemption urbain, v. Jean-Jacques Eyrolles, « Droit de préemption urbain et loi "ENL" », *Lamy CT*, oct. 2006, p. 38-39.

<sup>507</sup> V. art.L311-2 du Code de l'urbanisme.

<sup>508</sup> V. l'art. L123-2 du Code de l'urbanisme, qui prévoit d'autres hypothèses.

<sup>509</sup> V. art. L111-9 du Code de l'urbanisme. Le droit de délaissement est également ouvert dans un délai d'un an suivant une déclaration d'utilité publique, en application de l'art. L11-7 du Code de l'expropriation.

Mise en demeure d'acquérir en vertu de ce droit, la collectivité est obligée de se déterminer, dans un délai imparti. Celui-ci est, par principe, d'un an, mais peut-être différent<sup>511</sup>. Dès lors, soit la collectivité acquiert le bien<sup>512</sup>, soit elle refuse. Or, la non acquisition a pour effet de purger le bien en cause des sujétions dont il était l'objet : ainsi, le droit de préemption urbain s'éteint et le propriétaire retrouve la possibilité de vendre son bien librement ; de manière analogue, si le juge de l'expropriation n'a pas été saisi dans les trois mois suivant le délai d'un an dont disposait la collectivité pour acquérir, les limitations au droit de construire résultant, par exemple, d'un emplacement réservé pour un programme de logements sociaux, disparaissent<sup>513</sup>.

Cette obligation de détermination confère donc tout son sens et son intérêt à la faculté ouverte par le mécanisme du droit de délaissement. La collectivité est tenue d'acquérir ou de renoncer aux restrictions et servitudes qu'elle avait instaurées. Sans cette obligation de détermination, la faculté reconnue au propriétaire n'aurait aucune utilité, aucun sens même. Elle n'a de signification qu'eu égard à l'obligation réciproque qu'elle génère à la charge de la collectivité.

**182.** La manière dont certaines facultés insérées dans le droit peuvent conduire à assujettir les pouvoirs publics ou des tiers à certaines obligations positives, est révélatrice du haut degré de garanties dont elles bénéficient. Garanties d'effectivité dans la mise en œuvre de ces facultés, garanties de leur signification même, ces obligations témoignent surtout de la vigueur normative de certaines facultés<sup>514</sup>. A ce stade de l'analyse, le constat d'une gradation des facultés ouvertes dans le droit s'impose, comme d'ailleurs la corrélation qui existe entre le fond et la forme de ces facultés. Au bas de l'échelle, dans l'« ombre normative », des facultés déduites de l'absence de normes, et que rien ne garantit. Au contraire, dès lors que des facultés sont formalisées par des normes et dévolues à un titulaire identifié, elles impliquent la reconnaissance de véritables droits subjectifs. Enfin, certaines facultés imposent une obligation positive de garantie, bien souvent à la charge des pouvoirs publics, qui en assurent

---

<sup>510</sup> V. l'art. L111-10 du Code de l'urbanisme, qui envisage également la prise en compte d'une opération d'aménagement.

<sup>511</sup> Il est, par exemple, de deux mois en cas de droit de préemption urbain (art. L211-5 du Code de l'urbanisme), et de deux ans en matière d'expropriation (art. L11-7 du Code de l'expropriation).

<sup>512</sup> Elle peut consentir à acquérir le bien mais ne pas être d'accord sur le prix, auquel cas, interviendra le juge de l'expropriation. Sur la procédure de détermination du prix, v. l'art. L230-3 du Code de l'urbanisme.

<sup>513</sup> Art. L230-4 du Code de l'urbanisme. V. not. Dominique Larralde et Patrick Wallut, Modifications législatives du code de l'urbanisme et pratique notariale, *JCP-N*, n° 7, 16 février 2001, p. 327.

<sup>514</sup> La faculté de demander à la collectivité d'acquérir le bien concerné, dans le cadre de l'exercice du droit de délaissement, apparaît comme une manifestation très particulière de l'*abusus*, attaché au droit de propriété. Or, celui-ci jouit d'une position éminente dans notre système juridique.

un exercice effectif pour leurs titulaires. M. von Wright emploie le terme *claim*<sup>515</sup> à propos des normes permissives qui supposent l'obligation positive d'un tiers<sup>516</sup>. Ce vocable implique, selon lui, un degré supplémentaire de garantie par rapport au simple droit (*right*). Ce dernier appelle la sanction de l'empêchement d'une faculté, tandis que le terme *claim* implique non seulement la sanction de l'empêchement, mais aussi celle de l'accomplissement de l'acte ainsi permis.

**183.** La question des garanties attachées à ces différents types de facultés souligne donc l'hétérogénéité qui caractérise les normes permissives quant au fond des prérogatives qu'elles accordent. Cette circonstance prend d'autant plus de relief qu'il ne semble pas que les normes permissives apparaissent nécessairement dans un contexte normatif univoque.

## § 2 – UN CONTEXTE D'APPARITION EQUIVOQUE

**184.** L'idée selon laquelle les normes permissives sont édictées dans un contexte prohibitif pour y faire exception, doit être mise en question, bien qu'elle semble s'imposer à l'esprit. Cette conception souffre vraisemblablement du parti pris qu'elle incarne, qui résulte de l'association, sans doute trop précoce et exclusive, du terme *permission* à la notion de *norme permissive*. La question du contexte d'apparition des normes permissives doit en effet être examinée au regard du critère de la *faculté*. Dès lors, il semble que deux thèses puissent être opposées. La première envisage la norme permissive comme constituant nécessairement une « exception » à un contexte prohibitif. Il convient toutefois d'étendre cette approche à tout contexte impératif, et pas uniquement prohibitif. Face à cette thèse dominante (A), force est de reconnaître que certaines facultés introduites par des normes permissives ne peuvent s'analyser en des exceptions à des impératifs préalables ; ces cas pourraient fonder une autre thèse, soutenant qu'une norme permissive peut être constituée sans référence à un contexte impératif (B).

---

<sup>515</sup> Ce mot se traduit usuellement par *demande, prétention, revendication*.

<sup>516</sup> « The subject of the permissive norm has a claim relatively to the subjects of the command » (le sujet de la norme permissive a un droit à l'égard des sujets du commandement) ; *Norm and Action. A logical enquiry, op. cit.*, p. 89.

## A – LA THESE DOMINANTE : UN IMPERATIF PREALABLE

**185.** Une telle conception suppose l'existence d'un contexte normatif impératif, au sein duquel la faculté reconnue fait figure d'exception (1). Cela étant, cette conception fait des normes permissives des normes non-indépendantes (2).

### ***1 – Une « faculté-exception »***

**186.** La reconnaissance d'une faculté par une norme permissive a lieu, dans cette hypothèse, dans un contexte normatif impératif, constitué de dispositions prohibitives ou obligatoires. Mais, l'intention de l'auteur de la norme permissive n'est pas simplement d'ajouter une norme au *corpus* existant. Au contraire, la démarche est en quelque sorte plus offensive : cette nouvelle norme vient remettre en cause un impératif. La faculté qu'elle introduit vise à annihiler une prescription qui instituait une obligation ou posait une interdiction. Dans cette mesure, ces facultés sont une négation de l'impératif qui était préalablement en vigueur, elles lui font même exception<sup>517</sup>, pour leur bénéficiaire, en écartant l'« empêchement normatif »<sup>518</sup> que cet impératif constituait.

**187.** Contrairement à ce que certains indices (peu fiables) pourraient laisser croire, de telles facultés ne visent donc pas seulement à écarter des prohibitions. En effet, considérant que permettre est synonyme de rendre licite, la *norme qui permet* pourrait n'être que celle qui suspend l'illicéité préalable d'une action ou d'un comportement. Or, le droit positif invite à

---

<sup>517</sup> Ce terme sera employé ici dans un sens très général signifiant la négation de l'application d'une norme impérative. Mme Poggi distingue à cet égard deux effets possibles des normes permissives : un effet d'abrogation et un effet de dérogation-exception. Le premier repose sur le principe *lex posterior* qui supprime une norme de l'ordonnement juridique. Le second s'appuie sur le principe *lex specialis* qui ajoute à l'ordonnement juridique une norme dont l'objet est d'écarter l'application d'une autre norme ; v. *Norme permissive, op. cit.*, p. 150 et s. Dans les deux cas, il s'agit cependant de faire obstacle à l'application d'une norme impérative.

<sup>518</sup> « Permissivité » in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p. 431 : « Caractère de ce qui est permis, par absence d'empêchement normatif – c'est-à-dire une prohibition ou une obligation – qui fasse obstacle à une action ou à une abstention, ou la réduise ». C'est également à cette notion d'empêchement normatif que le Conseil constitutionnel fait référence dans sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (RJC-I, p. 505)*, en indiquant que les dispositions de « l'article 88-3, en vertu desquelles, sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales "peut être accordé" aux seuls citoyens de l'Union résidant en France, ont pour effet de lever l'obstacle d'ordre constitutionnel qui existait à la reconnaissance de principe du droit dont s'agit » (cons. 26). Il est d'ailleurs intéressant de noter que les requérants reprochaient à la loi constitutionnelle de n'introduire le droit de vote et d'éligibilité dans le droit national que de manière facultative, et non obligatoire, comme semblaient l'exiger les termes du traité sur l'Union européenne (cons. 25).



dépasser cette opinion, et la référence à un contexte plus largement impératif ne semble pas totalement exclue en doctrine<sup>519</sup>.

Telle est donc la conception qui paraît s'imposer quant à la question du contexte d'édition des normes permissives : celles-ci visent à limiter le domaine champ d'application d'une norme impérative préalable, à lui faire exception ; autrement dit, elles permettent autant la levée d'une interdiction que la soustraction à une obligation.

**188.** Les dérogations constituent, sans nul doute, une illustration pertinente de cette position. Leur qualification de normes permissives ne saurait, tout d'abord, faire question. En effet, la dérogation correspond bien à une faculté<sup>520</sup> d'écarter les dispositions impératives<sup>521</sup> d'une réglementation, sans les y contraindre<sup>522</sup>. S'agissant des dérogations en matière d'urbanisme, les dispositions impératives auxquelles il peut être dérogé peuvent être prohibitives ou prescrire des obligations. Par exemple, l'article R443-9 du Code de l'urbanisme, interdit la création de terrains de camping et de caravanage dans les sites classés... en reconnaissant toutefois que « *des dérogations à l'interdiction peuvent être accordées par l'autorité compétente...* ». L'article R111-11, quant à lui, dispose que « *des dérogations à l'obligation de réaliser des installations collectives de distribution d'eau potable peuvent être accordées à titre exceptionnel ...* ».

**189.** A la différence des dérogations, les autorisations semblent être assimilables à des normes permissives pour lesquelles le contexte normatif de référence serait uniquement prohibitif. En effet, le procédé de l'autorisation préalable fonctionne sur la base d'une

---

<sup>519</sup> Ainsi, M. Février écrit-il qu'une norme permissive peut être considérée comme une « dérogation à une obligation préalable », entendue au sens de norme impérative, incluant *prescriptions* et *proscriptions* ; « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273. Il écrivait toutefois dans ses *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, *op. cit.*, p. 79, que « ... seules les normes habilitant un sujet à adopter un comportement auparavant prohibé par le droit peuvent figurer dans cette catégorie. (...) ... la norme permissive est nécessairement une dérogation à une interdiction antérieure ». V. aussi Alf Ross, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London, 1968, p. 120 : « Norms of permission have the normative function only of indicating, within some system, what are the exceptions from the norms of obligation of the system » (les normes de permission ont pour seule fonction normative d'indiquer, au sein d'un système, quelles sont les exceptions aux normes d'obligation de ce système).

<sup>520</sup> V. Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. X de l'introduction.

<sup>521</sup> Pour qu'il y ait possibilité de mise en œuvre du processus dérogatoire, « il est nécessaire que la norme initiale n'octroie pas un droit, mais crée une *obligation positive ou négative*, à la charge de son destinataire », Aude Rouyère, *op. cit.*, p. 126.

<sup>522</sup> Toutefois, le contrôle de juge en la matière est venu contrebalancer l'*indifférence normative* qui devrait caractériser ce type de norme permissive, en imposant que les atteintes que porte une dérogation à l'intérêt général qu'une réglementation générale a pour objet de protéger ne doivent pas être excessives à l'égard de l'intérêt général que présente cette dérogation (v. n° 626).

interdiction faite au pétitionnaire d'user d'un droit ou d'une liberté. Seule l'autorisation<sup>523</sup>, si elle est octroyée, peut lever cette interdiction<sup>524</sup>. Comme l'écrit Pierre Livet, « dès lors que l'on soumet une activité quelconque à l'autorisation préalable, c'est qu'elle est interdite, sauf à obtenir une permission... »<sup>525</sup>. Cette conception paraît peu discutable, en dépit des éventuelles distinctions qui ont pu être avancées au sein de la catégorie que forment les autorisations. Notamment, certaines autorisations ne feraient que vérifier la non-contrariété d'une action ou d'un comportement à la réglementation, et se distingueraient ainsi des autorisations en contexte purement prohibitif. Il en serait ainsi du permis de construire, ou des autorisations délivrées en application de certaines polices spéciales. Les facultés seraient en germe et simplement « libérées » par l'autorisation, quand, classiquement, une autorisation confère une faculté qui n'existait pas auparavant. Quoiqu'il en soit, ces distinctions ne remettent pas en cause le fait que de manière générale, une autorisation permet concrètement l'*exercice* d'un droit, qu'elle l'ait créé, ou qu'elle se borne à en rendre l'exercice possible. C'est donc à une prohibition du libre exercice d'un droit, qu'une autorisation fait exception.

**190.** A l'évidence, dérogations et autorisations recouvrent une part substantielle des cas de normes permissives édictées en contexte impératif ; elles en sont même les manifestations les plus évidentes. Toutefois, d'autres normes conférant une faculté peuvent être analysées comme levant un impératif préalable. L'exemple souvent avancé en doctrine est celui de la légitime défense<sup>526</sup>, qui permet de faire exception, sous certaines conditions, à la prohibition générale de porter atteinte à l'intégrité physique des personnes. Mais à l'analyse, un nombre considérable des facultés que reconnaît le droit positif s'insère dans un contexte impératif, qu'il soit prohibitif, ou injonctif. En voici simplement quelques illustrations.

**191.** En reconnaissant le droit de grève, le Préambule de la Constitution de 1946 (alinéa 7) a ainsi levé un impératif qui en interdisait l'exercice dans la fonction publique. La grève était en effet qualifiée d'« acte illicite » par le Conseil d'Etat<sup>527</sup>. D'origine jurisprudentielle, l'impératif prohibant la grève trouvait sa justification dans le principe non moins impératif,

---

<sup>523</sup> On comprend alors l'emploi d'autres termes, comme permis ou permission, pour désigner un ensemble d'autorisations administratives visant à lever un interdit : permission de voirie, permis de construire, permis de conduire...

<sup>524</sup> « La permission lève un obstacle légal à l'exercice d'une activité privée. Avant qu'elle fut accordée par l'administration, cette activité n'eût pu s'exercer qu'en méconnaissant la loi. L'obstacle levé, elle devient licite. Le particulier se voit donc conférer la faculté, dont il était privé auparavant, de choisir librement entre l'action et l'abstention » ; Jean Rivero, « Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives », *op. cit.*, p. 380.

<sup>525</sup> Pierre Livet, *L'autorisation préalable et les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>526</sup> Art. L122-5 du Code pénal.

<sup>527</sup> CE, 7 août 1909, *Winkell* (*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2001, p. 120).

mais à la valeur juridique plus incertaine à l'époque, de continuité des services publics<sup>528</sup>. Toutefois, l'intervention du constituant de 1946 a bien écarté cet impératif, que ce dernier ait d'ailleurs été de rang constitutionnel (en y dérogeant) ou infra-constitutionnel<sup>529</sup> (en primant sur lui). Le droit de grève dans les services publics n'a donc pas été la conséquence d'un revirement de jurisprudence, mais bien reconnu, par le juge administratif, comme institué par la Constitution<sup>530</sup>. Si aujourd'hui, la faculté de faire grève est perçue comme un droit essentiel de tout travailleur, y compris dans la fonction publique, sa conquête met bien en évidence sa nature d'exception dans un contexte normatif donné.

**192.** De même, il est possible de tracer un parallèle entre la technique de la suspension, en droit, et cette conception de la norme permissive. En effet, les normes qui consentent à une autorité la faculté de prononcer une suspension, lui confèrent la possibilité de suspendre les effets d'un impératif. Ainsi, lorsque le juge administratif est doté du pouvoir de prononcer la suspension de l'exécution d'une décision administrative, il s'agit en l'occurrence de faire exception au caractère exécutoire des décisions administratives, caractère qui correspond sans doute à la norme la plus impérative du droit administratif<sup>531</sup> : elle prescrit l'obligation d'appliquer la décision de l'administration, et interdit de s'y soustraire, même en cas de contestation contentieuse. De même, la faculté, pour une autorité administrative, de surseoir à statuer sur une demande d'autorisation, ne permet-elle pas d'éluder l'application des règles relatives aux décisions administratives qui, notamment, imposent à l'administration de répondre dans un délai de deux mois, sous peine d'être réputée avoir tacitement décidé ? L'intérêt du sursis à statuer prend notamment une importance cruciale en matière de permis de construire, où le défaut de réponse de l'administration à l'issue des deux mois ne vaut pas refus, comme dans le droit commun, mais autorisation tacite<sup>532</sup>. Enfin, en matière pénale, le sursis, que le juge a la faculté de prononcer, suspend bien les effets impératifs d'une peine (emprisonnement, amende...) à laquelle est condamné un délinquant.

---

<sup>528</sup> Le Conseil constitutionnel lui reconnaîtra une valeur constitutionnelle dans sa décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, RJC I-71).

<sup>529</sup> Il découle de l'arrêt *Dehaene* (CE Ass., 7 juillet 1950 ; v. Jean-François Lachaume, *Les grandes décisions de la jurisprudence (droit administratif)*, PUF, 12<sup>ème</sup> éd. 1999, p. 266) que le principe de continuité des services publics constituait, pour le Conseil d'Etat, un principe général du droit.

<sup>530</sup> V. la rédaction de l'arrêt *Dehaene*, mais aussi celle de CE, 9 juillet 1965, *Pouzens*, Rec. p. 421. Cf. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, n° 300 *in fine*.

<sup>531</sup> C'est, selon le Conseil d'Etat, « la règle fondamentale du droit public » : CE Ass., 2 juillet 1982, *Huglo et a.*, *AJDA* 1982, p. 657 ; *D* 1983, p. 327.

<sup>532</sup> V. not. les art. L111-9, L111-10 et L123-6 du Code de l'urbanisme, et R421-2 du Code de justice administrative (sur la question des décisions tacites).

**193.** Ces exemples confirment donc bien l'existence, et soulignent l'abondance des normes permissives insérées dans un contexte normatif impératif. Ces normes reconnaissent donc des facultés de faire exception, de manière ponctuelle ou durable, à un impératif. Ces « facultés-exceptions » doivent toutefois être bien distinguées des exceptions qui peuvent figurer au sein de certaines dispositions impératives ou permissives. Ces exceptions ont elles-mêmes un caractère impératif : elles imposent en effet, à qui doit les appliquer, un « devoir d'exception »<sup>533</sup>. L'emploi du terme *dérogation* doit ainsi être réservé aux exceptions à une obligation ou une interdiction qui ne sont pas imposées par le droit positif dans telles ou telles circonstances, mais simplement rendue possible.

Par exemple, l'article L213-1 alinéa 2 du Code de l'urbanisme prévoit une liste de biens qui ne peuvent être soumis à un droit de préemption urbain, comme par exemple « *les immeubles construits ou acquis par les organismes visés à l'article L411-2 du code de la construction et de l'habitation et qui sont leur propriété, ainsi que les immeubles construits par les sociétés coopératives d'habitations à loyer modéré de location-attribution* ». Il s'agit d'une exception, dans la mesure où l'exclusion de ces biens n'est pas à la discrétion de l'autorité déterminant l'emprise du droit de préemption.

**194.** Au contraire, après avoir posé le principe selon lequel « *I. En circulation, tout conducteur ou passager d'un véhicule à moteur doit porter une ceinture de sécurité homologuée dès lors que le siège qu'il occupe en est équipé en application des dispositions du livre III* », l'article R412-1 du Code de la route organise plusieurs facultés d'exception, qui témoignent du caractère permissif de ses dispositions : « *II. Toutefois, le port de la ceinture de sécurité n'est pas obligatoire : 1° Pour toute personne dont la morphologie est manifestement inadaptée au port de celle-ci ; [...] 3° En intervention d'urgence, pour tout conducteur ou passager d'un véhicule d'intérêt général prioritaire ou d'une ambulance ; 4° Pour tout conducteur de taxi en service [...]* ».

Toutefois, la distinction n'est pas toujours évidente. L'article L111-1-2 du Code de l'urbanisme dispose en effet qu' « *en l'absence de plan local d'urbanisme ou de carte communale opposable aux tiers, ou de tout document d'urbanisme en tenant lieu, seules sont autorisées, en dehors des parties actuellement urbanisées de la commune : 1° L'adaptation, le changement de destination, la réfection ou l'extension des constructions existantes ; 2° Les*

---

<sup>533</sup> Pierre-André Lecocq, *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, op. cit., cité par Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 69.

*constructions et installations nécessaires à des équipements collectifs, à la réalisation d'aires d'accueil ou de terrains de passage des gens du voyage, à l'exploitation agricole, à la mise en valeur des ressources naturelles et à la réalisation d'opérations d'intérêt national ; 3° Les constructions et installations incompatibles avec le voisinage des zones habitées et l'extension mesurée des constructions et installations existantes ; 4° Les constructions ou installations, sur délibération motivée du conseil municipal, si celui-ci considère que l'intérêt de la commune, en particulier pour éviter une diminution de la population communale, le justifie [...] ».*

Ces quatre possibilités de mise à l'écart de la règle – impérative – de la constructibilité limitée ne paraissent pas toutes revêtir une même portée. Précisément, le 4° semble ouvrir une simple faculté au conseil municipal, liée à la liberté d'appréciation de l'intérêt communal qui lui est reconnue. Au contraire, les trois autres hypothèses se rapporteraient à des exceptions, imposant d'écarter la règle de la constructibilité limitée lorsque leurs conditions d'application sont remplies. La distinction, qui avait été admise par le Tribunal administratif de Limoges<sup>534</sup> n'a pourtant pas été retenue par le Conseil d'Etat<sup>535</sup>, qui dénie donc la qualification de norme permissive aux dispositions en cause.

**195.** La faculté de déroger à une règle impérative reconnue par une norme permissive et les exceptions qui peuvent y être prévues impérativement par le droit positif emportent donc des effets relativement semblables, seule la certitude quant à la production de ces effets n'étant pas assurée dans les deux cas. En effet, lorsque le droit positif prévoit une exception obligatoire à une règle impérative, tant l'auteur que le destinataire de l'exception savent que l'impératif sera écarté dans telle(s) hypothèse(s). En revanche, tel n'est pas le cas avec la « faculté-exception » : qu'elle soit mise en œuvre par une personne privée, ou encore par une autorité administrative (dérogations, autorisations...), l'impératif initial peut demeurer en vigueur si le bénéficiaire de la faculté n'a pas estimé opportun ou légal<sup>536</sup> de la mettre positivement en œuvre. La norme permissive ne fait que proposer une norme alternative, ce qui souligne ses liens avec l'impératif de base.

---

<sup>534</sup> TA Limoges, 8 juillet 1986, *Stauffer*, *Rec. t.*, p. 760.

<sup>535</sup> CE, 25 novembre 1988, *Ministre de l'Équipement c/ Stauffer*, *AJDA* 1989, p. 264.

<sup>536</sup> Ce peut être le cas lorsqu'une autorisation administrative est refusée, parce que l'objet de la demande ne satisfait pas aux exigences légale : par exemple, une demande de permis de construire un ouvrage qui méconnaît certaines dispositions du Plan local d'urbanisme. L'impératif qui interdit de construire sans autorisation préalable demeure en vigueur.

## 2 – Des normes permissives non-indépendantes

196. Concevoir les normes permissives comme faisant exception à une norme impérative préalable, ou comme constituant, tout au moins, une négation de cet impératif, conduit à subordonner cette catégorie de normes aux dispositions impératives. Cette conception présuppose une prohibition ou une prescription (au sens fort) que la norme permissive permet d'écarter, si la faculté qu'elle ouvre est mise en œuvre.

L'idée d'exception fait indubitablement référence à la notion de règle, de principe, et c'est ici l'impératif qui en est la figure. La norme permissive est condamnée à demeurer secondaire, subsidiaire<sup>537</sup>.

197. Dans cette perspective, la norme permissive n'est rien d'autre qu'une norme *non-indépendante*, au sens où l'entend Kelsen<sup>538</sup>. Dès lors qu'une norme ne vaut qu'en liaison avec une autre norme, qui constitue un acte de contrainte, elle doit recevoir cette qualification ; les deux normes forment une unité. Ainsi, toute norme qui remet en cause un impératif et en limite le domaine de validité, constitue une norme non-indépendante. Kelsen donne l'exemple de la prohibition de l'emploi de la force, par l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations unies, mise en échec par l'article 51, qui reconnaît le droit d'employer la force en cas de légitime défense. Sans nul doute, l'article 51 constitue-t-il une norme permissive, comme d'ailleurs les autorisations administratives que le juriste autrichien mentionne également<sup>539</sup>. Toutefois, les normes permissives ne sont pas les seules à pouvoir être qualifiées ainsi : en témoignent les normes abrogatoires<sup>540</sup>, certes impératives, mais indéniablement liées à la norme qu'elles visent à supprimer, ou encore les normes définissant des notions réemployées dans d'autres normes<sup>541</sup>.

198. Kelsen insiste sur le lien qui unit la permission à l'impératif. Il considère que « le caractère positif d'une permission ressort d'une façon particulièrement nette dans le cas où,

---

<sup>537</sup> « Permissive norms are subsidiary norms : subsidiary in that their existence presupposes the existence of imperative norms [...] a permissive norms is necessary when we have to repeal a preceding imperative norm or to derogate to it » (Les normes permissives sont des normes subsidiaires : subsidiaires en ce que leur existence présuppose l'existence de normes impératives [...] une norme permissive est nécessaire pour abroger une norme impérative précédente ou pour y déroger) : Norberto Bobbio, « Norma », in *Enciclopedia Einaudi*, Turin, 1980, vol. 9, p. 876-907, spéc. p. 891-892, cité par Guido Boella et Leendert van der Torre, « Permissions and Undercutters », p. 2, article consultable sur : <http://www.di.unito.it/~guido/PS/boella-vandertorre-nrac03.pdf>

<sup>538</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, *op. cit.*, p. 61 et s. V. aussi Anne Bertrand, *Les dispositions législatives non prescriptives, Contribution à l'étude de la normativité*, *op. cit.*, p. 115 et s.

<sup>539</sup> Cela est moins clair pour les normes habilitatrices.

<sup>540</sup> *Op. cit.*, p. 61.

<sup>541</sup> *Op. cit.*, p. 64.

une norme prohibant une certaine conduite de façon générale, celle-ci devient par exception licite si elle est permise ou autorisée par un organe de la collectivité habilité à donner la permission ou autorisation. *La fonction de la permission, sa fonction négative comme sa fonction positive sont donc essentiellement liées à la fonction d'ordonner.* Ce n'est qu'à l'intérieur d'un ordre normatif qui prescrit certaines conduites humaines qu'une certaine conduite humaine peut être permise »<sup>542</sup>. Une telle conception nie donc superbement l'existence de permissions autonomes. Mais, faut-il pour autant ne pas adhérer à ce point de vue ? Il semble au contraire qu'il soit parfaitement tenable.

Effectivement, les permissions sont nécessairement en relation avec l'impératif, notamment la prohibition. Mais, la raison est évidente : elle est d'ordre sémantique (ce qui est permis est ce qui n'est pas, ou plus, interdit) et logique, puisque le raisonnement est construit ici sur la seule notion de permission. Or, la conception des normes permissives adoptée jusqu'ici ne limite pas ces dernières aux dispositions qui accordent des permissions. Le critère d'identification des normes permissives retenu est celui de la *faculté*. Si les permissions peuvent entrer dans la catégorie des facultés, toutes les facultés ne s'analysent pas en des permissions. En effet, elles peuvent s'inscrire dans le contexte normatif sans se poser en exceptions à un commandement préalable.

**199.** La prégnance de la thèse selon laquelle les normes permissives sont nécessairement édictées dans un contexte normatif impératif s'explique donc en grande partie par un présupposé d'ordre terminologique : la norme permissive n'est pas seulement la norme qui donne permission. Cette définition, trop souvent rapportée, perturbe la perception de la catégorie. C'est seulement en sortant de cette conception réductrice qu'il est possible de dépasser une position qui cède trop aux apparences. Certes, la vérification fréquente de cette thèse dans le droit positif lui est favorable, mais il semble possible de relever l'existence d'autres types de facultés, édictées sur un contexte normatif qui leur est indifférent.

## B – L'EXISTENCE DE FACULTES *EX NIHILO*

**200.** Le rapport des normes permissives à leur contexte d'édition est-il toujours un jeu à somme nulle ? Faut-il nécessairement qu'un impératif s'efface pour qu'une norme permissive apparaisse ? Cela n'est pas certain, et le doute provient de la simple observation du droit positif.

---

<sup>542</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 24 (italiques ajoutées).

En effet, certaines dispositions ne peuvent s'analyser qu'en des normes permissives : elles n'imposent aucun comportement positif ou négatif, et ouvrent au contraire une faculté, dont le bénéficiaire est libre de déterminer l'usage. Pour autant, elles ne semblent pas constituer la négation d'impératifs préalables. Elles ne remettent en cause aucun élément du contexte normatif dans lequel elles s'insèrent. Mieux, elles s'articulent, dans la neutralité, avec les dispositions en vigueur, que celles-ci soient prohibitives, prescriptives ou même permissives.

**201.** La disposition suivante peut se rattacher à cette conception. Il s'agit de l'article L2113-10 du CGCT, relatif aux fusions de communes : « *L'acte de fusion peut prévoir la création d'annexes à la mairie dans une ou plusieurs des communes fusionnées.*

*Les actes de l'état civil sont établis à la mairie de la nouvelle commune. Ils peuvent l'être également (...) dans les annexes de la mairie ».*

Cet article exprime deux normes permissives. La première reconnaît, en cas de fusion de communes, la faculté de créer des annexes à la mairie dans une ou plusieurs des communes fusionnées. Le caractère non contraignant de cette disposition ne fait pas question. En revanche, est-il possible de considérer que cette faculté constitue une exception à un impératif préalable ? Cela n'est guère probable. Aucune norme antérieure ne semble proscrire la possibilité de créer une mairie annexe en cas de fusion. De même, aucun texte n'impose plus largement qu'une commune n'ait qu'une mairie et pas d'annexe. En outre, les normes impératives abordant la question des mairies annexes ne semblent pas constituer l'obstacle normatif auquel l'article précité ferait exception<sup>543</sup>. Il pourrait être avancé que le verbe *pouvoir* employé dans cet article exprime une habilitation ; en son absence, il serait pas possible de créer des mairies annexes. Cette approche est certes concevable, mais elle ne remet pas en cause le fait qu'une norme permissive est également exprimée par cette disposition, qui précise justement la nature de l'habilitation conférée. Or, cette faculté déontique, qui accompagne la faculté constitutive liée à l'habilitation, ne vient pas faire exception à un impératif préalable.

---

<sup>543</sup> L'article L2114-2 du CGCT pose une obligation à laquelle l'article L2113-10 ne fait pas obstacle, les deux étant même complémentaires (une fusion de communes pouvant intéresser une commune de plus de 100 000 habitants, voire donner naissance à une commune regroupant au moins cette population) : « *Dans les communes de 100 000 habitants et plus, sont créées dans les quartiers des annexes de la mairie qui peuvent être communes à plusieurs quartiers [...]* ». Quant à l'article L2113-13 du CGCT, relatif aux communes associées, il n'entre pas dans le champ de l'article L2113-10 : « *La création d'une commune associée entraîne de plein droit : 1° L'institution d'un maire délégué ; 2° La création d'une annexe de la mairie dans laquelle sont notamment établis les actes de l'état civil concernant les habitants de la commune associée [...]* ».



La seconde norme permissive identifiable dans la présente disposition concerne les actes d'état civil : s'il sont, par principe, établis à la mairie de la nouvelle commune, issue de la fusion, l'article L2113-10 ouvre la possibilité qu'ils le soient dans les mairies annexes. Là encore, l'impératif écarté est improbable. Certes, le texte réalise une dévolution de principe à la mairie de la nouvelle commune, mais cette prescription vise surtout à conforter la position de la nouvelle mairie, et à proscrire que les actes d'état civil soient établis dans les anciennes mairies des communes fusionnées (même si en pratique c'est souvent une de ces mairies qui devient la mairie de la nouvelle commune). Quant à la faculté d'établir les actes d'état civil dans les mairies annexes, elle ne se présente pas comme une négation de l'obligation précédente, la mairie de la nouvelle commune demeurant le lieu où, par principe, ces actes sont établis ; l'adverbe « également » en apporte la preuve.

Ainsi, tant la faculté de créer des mairies annexes, que celle d'y permettre l'établissement d'actes d'état civil, ne font figure d'exceptions à un impératif en vigueur. Elles expriment de simples prérogatives, sans lien de définition ou de dépendance avec d'autres normes du contexte normatif qui constitue leur cadre d'édiction. Elles sont ainsi instituées *ex nihilo*.

**202.** D'autres normes, que la doctrine qualifie expressément de permissives, ne correspondent pas, elles non plus, à la thèse de l'exception à un impératif. Il s'agit de certaines dispositions du Règlement national d'urbanisme. Ainsi, selon le premier alinéa de l'article R111-7 du Code de l'urbanisme : « *Le permis de construire peut être subordonné au maintien ou à la création d'espaces verts correspondant à l'importance de l'immeuble à construire* ». Cette disposition ne semble guère s'insérer dans un contexte impératif pour y faire exception. En effet, de quelle obligation ou interdiction la faculté reconnue ici pourrait-elle constituer la négation ? Bien que la recherche d'un hypothétique impératif préalable paraisse hasardeuse, voici ce à quoi mènerait un raisonnement *a contrario*, à partir de la faculté ouverte par l'article R111-7. *A priori*, le contraire d'une norme qui donne la faculté de subordonner la délivrance d'un permis de construire à la création d'espaces verts est une norme qui interdit de subordonner l'obtention de ce permis à la création d'espaces verts. Or, une telle norme prohibitive ne semble pas exister et la faculté introduite par l'article R111-7 du Code de l'urbanisme ne paraît pas tirer sa consistance d'un rapport à un impératif préalable. Elle correspond à une prérogative que le droit reconnaît aux autorités chargées de délivrer les permis de construire – c'est-à-dire aux autorités habilitées en ce sens –, mais il n'est absolument pas avéré qu'il s'agisse, là, d'une faculté qui était auparavant « empêchée » par le droit.

**203.** De manière générale, d'ailleurs, la notion de norme générale exclusive vient fragiliser le caractère absolu de la thèse de l'impératif préalable. La maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*, admise comme une norme permissive générale, ne saurait se poser en exception à une norme impérative. En effet, en reconnaissant la faculté d'accomplir ce qui n'est pas défendu par le droit, elle comble une lacune du cadre normatif. Elle ne peut circonscrire aucune disposition impérative, puisqu'elle supplée une absence de droit. De cette manière, comment pourrait-elle mettre fin à un impératif? Certes, elle est théoriquement la norme contraire au principe énonçant que *Tout ce qui n'est pas permis est interdit*, mais rien ne permet d'affirmer que ce dernier soit posé *a priori* dans l'ordre juridique et en tout cas, il n'en constitue pas une norme.

**204.** Enfin, les normes permissives peuvent également avoir pour objet de qualifier juridiquement des activités ou comportements qui n'étaient pas encore réglés par le droit. Les raisons de cette absence de droit sont diverses : il peut ne pas avoir été jugé nécessaire d'encadrer juridiquement certaines conduites, la possibilité que des interprétations extensives ou par analogie de dispositions impératives viennent la restreindre ayant par exemple été sous-évaluée. De même, l'apparition d'une nouvelle activité, d'une possibilité nouvelle de comportement (par exemple, la création de sites sur Internet, la vente en ligne...) peut rendre nécessaire l'édiction de normes juridiques inédites. Or, la consolidation du statut normatif de ces activités – pour les extraire d'un simple statut d'activités permises faiblement – suppose l'adoption de normes permissives : par définition, les facultés qu'elles ouvriront n'auront pas pour but d'écarter l'application d'un impératif préalable, mais précisément de régler une situation non-couverte par le droit<sup>544</sup>.

De même, la création de nouvelles institutions, telles les autorités administratives indépendantes, suppose en général l'adoption de normes juridiques spécifiques visant à en prévoir le statut et les compétences. Ici encore, le recours à la norme permissive peut s'imposer, notamment à l'égard de la définition des pouvoirs de sanction qui peuvent leur être reconnus. S'il s'agit d'habiliter de nouvelles entités à agir, cette habilitation est très souvent permissive. On ne peut manifestement pas y voir la négation d'un impératif préalable.

**205.** L'ouverture de telles facultés met donc en question la thèse largement répandue, qui réduit les normes permissives à des exceptions normatives, certes facultatives. Indépendantes de la considération d'un contexte impératif préalable, les facultés en cause ne tirent pas leur

---

<sup>544</sup> V. la fonction indicative de la norme permissive ; Francesca Poggi, *Norme permissive, op. cit.*, p. 155.

sens – et leur utilité – de la levée d'un obstacle normatif. Leur contexte d'édition est même, à l'extrême rigueur, indifférent. D'un point de vue conceptuel, ces facultés sont créées *ex nihilo*, quand les précédentes étaient précisément construites sur un impératif de référence. Elles favorisent ainsi une définition moins réductrice de la catégorie des normes permissives.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**206.** Les normes permissives constituent une catégorie polymorphe. Sur le plan formel, elles présentent une certaine inconstance, en ce sens qu'elles ne se déduisent pas uniquement d'énoncés normatifs invariablement permissifs ; une approche exclusivement formaliste de la notion est insuffisante. En outre, la permissivité normative n'est pas forcément expresse dans le droit : elle s'incarne notamment dans la formule *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*, qui fait naître des facultés implicites nécessaires à la clôture de l'ordre juridique.

Enfin, sur le plan substantiel, les facultés ouvertes par les normes permissives ne bénéficient pas de garanties juridiques identiques selon qu'elles naissent d'un simple silence normatif ou, au contraire, constituent des droits subjectifs expressément reconnus, éventuellement assortis de l'obligation positive d'un tiers. De même, il serait réducteur de considérer que la norme permissive n'est susceptible d'apparaître que dans un contexte impératif : si elles visent souvent à faire exception à un tel impératif, elles peuvent également ouvrir des facultés *ex nihilo* à leurs destinataires.

## CONCLUSION DU TITRE

**207.** Au-delà du phénomène, la norme permissive apparaît comme une notion juridique, regroupant un ensemble de normes ayant la caractéristique commune d'ouvrir une faculté d'action à leur destinataire. Si la catégorie ainsi identifiée présente une certaine hétérogénéité – formelle et substantielle –, elle permet toutefois de rendre compte de normes s'opposant à la notion classique de norme impérative. Or, bien qu'identifiée en face de l'impératif, la notion pose cependant la question de son autonomie.

## TITRE SECOND – L'AUTONOMIE DE LA NOTION

*208.* L'autonomie de la notion de norme permissive suscite un questionnement important en doctrine, notamment en théorie du droit. La norme juridique est en général considérée comme nécessairement obligatoire, impérative, ce qui a pour conséquence de disqualifier la notion de norme permissive, ou tout au moins de mettre en doute son autonomie. Les représentations dominantes de la normativité juridique font en effet de l'obligation un élément irréductible du droit, auquel toute expression normative peut être ramenée par un jeu d'opérations logiques. Cependant, les thèses de la réductibilité de la norme permissive ou de son absence de spécificité sont discutables, notamment parce qu'elles réduisent le droit à un pur discours logique. Cette approche de la normativité, si elle est classique, semble pouvoir être dépassée : elle conduit à une confusion des concepts d'obligation et d'impératif, qui explique les difficultés à concevoir une autonomie de la notion de norme permissive.

Chapitre 1 – Un possible affranchissement de la notion d'obligation

Chapitre 2 – La résistance à une approche classique de la normativité

# CHAPITRE 1 – UN POSSIBLE AFFRANCHISSEMENT DE LA NOTION D'OBLIGATION

**209.** La notion d'obligation tient un rang privilégié en théorie du droit ; elle incarne, aux yeux de bon nombre de juristes, la forme élémentaire de la normativité juridique, l'atome de l'univers normatif. Cette conception implique que toute norme juridique présenterait nécessairement un caractère impératif, qu'elle pose une obligation positive (une injonction) ou édicte une obligation négative (une prohibition). La notion de norme permissive ne constituerait pas une exception au principe, dans la mesure où il serait toujours possible, à la faveur de quelque reformulation logique, d'exprimer son contenu par référence au concept d'obligation. En chaque norme permissive résiderait une obligation qui s'ignore, eu égard, notamment, aux effets impératifs qu'elle semble produire. Pour autant, la thèse d'une réductibilité de la permissivité à une expression de l'obligation repose sur des assertions qui, bien que séduisantes, s'avèrent contestables (section 1). De même, la prétendue dimension contraignante des normes permissives, qu'il convient d'apprécier, est loin de leur retirer toute spécificité (section 2).

## SECTION 1 – L'IRREDUCTIBILITE A UNE EXPRESSION DE L'OBLIGATION

**210.** Une partie de la doctrine considère qu'il serait possible – et sans doute souhaitable – de faire l'économie de la prétendue catégorie des normes permissives. Superflue, celle-ci serait un artifice dans la mesure où ces normes peuvent, selon ses assertion, être définies par référence à la catégorie incontestée, et plus « intuitive », des obligations<sup>545</sup>. Les normes permissives seraient ainsi réductibles à une expression de l'obligation, une forme dérivée, qui, grâce au secours de la logique, maintiendrait une conception unitaire du droit autour de la notion d'obligation. Pour autant, bien que séduisante, cette tentative de définition indirecte de la norme permissive ne convainc pas entièrement. Ces thèses « réductionnistes », en ce qu'elles visent à démontrer la réductibilité de la permission à l'obligation (§ 1), souffrent, en

---

<sup>545</sup> « L'opérateur de l'obligation est le plus intuitif. Les autres opérateurs éventuels sont définis en fonction de celui-ci » ; Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 125, renvoyant à Kazimierz Opalek, « On weak and strong permissions », *Rechtstheorie*, Bd. 4, 1973, p. 169.

effet, des limites non négligeables de leur fondement, l' « interdéfinissabilité » des normes juridiques (§ 2).

## § 1 – LES THESEES AVANCEES

**211.** Il convient, avant d'aller plus loin, de préciser le sens que revêt ici *obligation*. Il s'agit de l'idée de contrainte normative, englobant autant l'obligation que son contraire, l'interdiction, puisqu'il est fréquent de la définir comme une *obligation de ne pas*, c'est-à-dire une obligation négative<sup>546</sup>. Le dessein de ces thèses étant de prouver que l'obligation constitue l'élément irréductible et fondamental de tout ordre normatif<sup>547</sup>, les tentatives de définition indirecte de la norme permissive seront donc toutes élaborées en référence à elle, même si elles intéressent davantage l'interdiction, et même si l'on aurait pu recourir à la notion d'impératif<sup>548</sup>. Ainsi, la norme permissive sera tantôt définie à travers la négation d'une obligation, entendue largement (A), tantôt exprimée par référence à une obligation faite à autrui (B).

### A – L'OBLIGATION NIEE

**212.** L'expression *obligation niée* recouvre deux significations. Soit une obligation est niée parce qu'elle n'existe pas (1), soit elle est niée car il y est positivement fait négation (2). C'est à ces deux aspects que renvoient, d'abord, les partisans d'une assimilation de la norme permissive à une forme dérivée de la norme impérative.

#### ***1 – La norme permissive, produit d'une absence d'obligation***

**213.** En premier lieu, la norme permissive pourrait ainsi se définir par l'absence de toute obligation, c'est-à-dire d'une obligation de faire ou d'une obligation de ne pas faire (d'interdiction)<sup>549</sup>. C'est d'ailleurs souvent ce second cas qui est envisagé, le contenu des

---

<sup>546</sup> Cela permet, dans une construction de l'ordre normatif autour de la notion d'obligation, de faire entrer, à moindre frais, l'interdiction dans le rang, avant de considérer le cas plus délicat de la permission.

<sup>547</sup> V. Alf Ross, *Directives and Norms*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>548</sup> M. Tusseau mentionne d'ailleurs l'existence d'une thèse, assez peu développée, consistant à assimiler les normes permissives à des énoncés impératifs du type « fais comme tu veux ! », ou « décide de ton comportement ! » ; *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 122. V. Hans Reichenbach, *Elements of Symbolic Logic*, New York, The MacMillan Company, 1947, p. 343 ; et Georg Henrik Von Wright, *Norm and Action*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>549</sup> V. par ex. René Capitant, *L'illicite*, t. 1, *L'impératif juridique*, thèse, Paris, 1928 – Dalloz, 1929, p. 79, 111 ; Georges Kalinowski, « Théorie des propositions normatives », *Etudes de logique déontique I (1953-1969)*, LGDJ, vol. 13, 1972, p. 17-53 ; Jean-Louis Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et*

normes permissives étant plus volontiers ramené au *permis* qu'au *facultatif*; cela provient sans doute d'une mauvaise habitude, que renforce la connaissance presque intuitive qu'à tout un chacun de la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*. Mais le *permissif* est par essence bilatéral, et rien n'empêche, dans l'absolu, d'affirmer que *Tout ce qui n'est pas obligatoire est facultatif*. Néanmoins, de nombreux auteurs ne se réfèrent qu'à la notion de permission, lorsqu'ils visent la catégorie des normes permissives.

Ainsi M. Von Wright rapporte-t-il, sans toutefois souscrire pleinement à cette conception, que les permissions peuvent être considérées comme l'absence ou la non-existence de prohibitions « correspondantes »<sup>550</sup>; ces dernières n'étant autres que celles qui feraient obstacle au comportement permis. Inversement, l'autre versant de la norme permissive, le *facultatif*, se réduit, dans ce type de conception, à l'absence d'obligation « correspondante ».

**214.** A travers cette approche, la norme permissive ne semble guère pouvoir s'inscrire en dehors du champ d'application de la formule *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*, dont l'étude a révélé l'intérêt majeur : la clôture de l'ordre juridique et, par conséquent, la réglementation prévisionnelle de toute nouvelle activité humaine. Partant, le domaine de la norme permissive se limiterait aux seules « permissions faibles », c'est-à-dire aux facultés dont l'existence se déduit d'une absence d'impossibilité normative formelle. La règle permissive naîtrait d'une absence de règle – en l'occurrence impérative –, et ce, même si l'on considère que la maxime précédemment énoncée a valeur de norme. En effet, si elle énonce que toute absence de norme prohibitive ou injonctive génère une faculté, en indiquant, par anticipation, le sens à donner à un apparent *vide juridique*, elle n'extrait pas les facultés en cause du domaine de l'implicite.

**215.** M. Février relève un lien entre la norme permissive et la sphère extra-juridique : « si on admet que, hors du droit, le champ des possibles de l'activité humaine est libre et indéterminé (sauf nécessité physique), la norme « permissive » organise le non-droit au cœur du droit. [...] cela permet la juridicisation du non-droit et la clôture de l'ordre juridique »<sup>551</sup>. Mais dans cette perspective, c'est la pertinence même de la catégorie des normes permissives qui fait question.

---

*juridique*, *op. cit.*, p. 49, 128, 142-143, 153, 197, 215 ; Alf Ross, *Directives and Norms*, *op. cit.*, p. 120-122, 128-129 ; Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 123, note 5.

<sup>550</sup> « ... to regard permissions as nothing but the absence or non existence of 'corresponding' prohibitions » (considérer les permissions comme rien d'autre que l'absence ou la non existence de prohibitions "correspondantes"), *Norm and action. A logical enquiry*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>551</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273.



**216.** Cet aspect est sous-jacent dans la théorie du « *jeu du maître et de l'esclave* » (« *'master and slave' game* »), proposée par M. Lewis<sup>552</sup>. Dans ce « jeu », le maître classe les actions de l'esclave en deux catégories : celles qui sont prohibées et celles qui sont permises, c'est-à-dire non défendues, et qui constituent une « *sphère de permissivité* ». Or, selon les conclusions de l'auteur, les normes posant des obligations – et leur pendant négatif, les normes prohibitives – suffisent tout à fait à construire un tel système normatif ; elles s'avèrent suffisamment structurantes pour régler l'ensemble des actions du sujet de droit, en ce qu'elles définissent notamment, en négatif de l'ordre normatif formel qu'elles incarnent, une sphère de permissivité<sup>553</sup>. Au contraire, des permissions, employées exclusivement, ne permettraient pas d'établir une architecture normative complète<sup>554</sup>, faiblesse qui dénoterait une évidente supériorité de la notion d'obligation.

**217.** La conception d'une permissivité définie hors du droit pourrait enfin trouver un écho favorable à propos de ce qu'il est possible de qualifier de « cas pathologiques » de permissivité. Sont ainsi considérées les normes impératives qui, dans leur application, deviennent permissives du fait de la pratique, parce que les obligations ou interdictions qu'elles posent ne sont pas respectées, et surtout que cet irrespect est peu ou n'est pas sanctionné. En effet, le comportement effectif du sujet de droit, qui constitue d'ailleurs une violation de la règle impérative en cause, n'est pas autorisé par une quelconque norme – il est au contraire expressément défendu –, et l'on ne peut pas considérer qu'il s'inscrive dans le droit édicté : en ce qu'il ne s'y conforme pas, il se place donc en dehors de lui, et échappe à son emprise, dans la mesure où il n'est pas sanctionné. Ce comportement révèle donc, là encore, une forme de permissivité extra-juridique.

**218.** Assimilée à la simple absence d'obligation (ou d'interdiction), la norme permissive semble en perdre son statut de norme et se limiter à une expression plus ou moins vague de ce

---

<sup>552</sup> David Lewis, « A Problem about Permission », in Esa Saarinen et a. (eds.), *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, D. Reidel, Dordrecht/Boston/London, p. 163 et s., cité par Guido Boella et Leendert van der Torre, *Permissions and undercutters*, *op. cit.*

<sup>553</sup> « [...] In this game, a master classifies the slave's actions in two categories or spheres : the sphere of prohibited actions and the sphere of permitted (i. e., not forbidden) actions or 'the sphere of permissibility'. One conclusion from this game is that the notion of permission is not enough to build a normative system, because only obligation norms (and prohibition, defined as obligation to the contrary) are able to classify the actions » (Dans ce jeu, le maître classe les actions de l'esclave en deux catégories ou sphères : la sphère des actions prohibées et la sphère des actions permises (c'est-à-dire non interdites) ou "sphère de permissivité". Une des conclusions de ce jeu est que la notion de permission ne suffit pas à construire un système normatif, car seules les normes d'obligation (et de prohibition, définies comme obligation du contraire) sont capables de classer les actions), Guido Boella et Leendert van der Torre, *ibid.*

<sup>554</sup> Si l'interdiction peut être définie par l'absence de permission, l'expression de l'obligation par des permissions pose une réelle difficulté.

qui n'est pas réglementé par le droit, nécessairement impératif. En effet, pour admettre l'existence de véritables *normes* permissives, il faudrait conférer au constat de l'absence d'interdiction ou d'obligation nécessaire à leur identification, une valeur normative. Or, à défaut de norme prescrivant que l'absence d'interdiction ou d'obligation vaut permission, ce constat demeure purement descriptif, et donc dénué de portée normative. Une solution est d'admettre la qualité de norme au principe *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* ; mais une telle perspective ne saurait être admise par les auteurs réductionnistes, puisqu'elle supposerait de reconnaître l'existence d'une norme permissive de principe et logiquement autonome par rapport à la notion d'obligation.

Parallèlement à cette approche, qui déduit l'existence d'une norme permissive de l'absence de réglementation impérative, existe une autre conception qu'il est également possible de classer parmi les thèses de l'*obligation niée*. La distinction tient toutefois à la forme de la négation : si, dans la première conception, négation équivaut à absence, il s'agit ici d'une négation-annihilation.

## ***2 – La norme permissive, négation active d'une obligation***

**219.** La norme permissive s'entend, en ce cas, d'une norme niant une obligation – de faire ou de ne pas faire. Cette conception suppose l'existence préalable d'une obligation, d'un impératif normatif ; c'est en cela qu'elle se distingue fondamentalement de la précédente. La permissivité ne se dessine plus en marge d'un droit nécessairement impératif, aux lacunes duquel elle serait réduite, mais procède de la négation *active* de ce droit. La norme permissive sort ainsi de la clandestinité propre à la catégorie des « permissions faibles » et constitue positivement, explicitement, une norme. Ce point ne semble pas faire question. En revanche, ce sont, d'une part, la spécificité de la norme permissive, et d'autre part, son indépendance normative, que mettent en doute les auteurs retenant cette approche.

**220.** La question de l'indépendance normative des normes permissives intéresse le problème de leur émancipation d'un contexte normatif impératif. La question qui se pose vise à savoir si ces normes font nécessairement exception à d'autres normes, faisant obligation ou prohibition. En d'autres termes, les normes permissives sont-elles forcément édictées dans un contexte normatif impératif ? Entretiennent-elles, par hypothèse, un lien de définition avec la

notion d'impératif normatif? L'analyse du droit positif révèle des normes permissives qui démentent cette conception<sup>555</sup>.

Pourtant, certains auteurs ne les conçoivent pas autrement. Ainsi, pour M. Février, « la norme permissive n'est qu'une dérogation à une obligation préalable »<sup>556</sup>, *obligation* étant entendu au sens d'*impératif*, comme le laisse entendre l'auteur : « la norme permissive met fin, à titre définitif ou provisoire, à une norme prescriptive ou proscriptive antérieure. [...] c'est une norme doublement proscriptive (proscrivant de proscrire) ou proscrivant de prescrire »<sup>557</sup>. La norme permissive est donc assimilée à une norme d'abrogation d'un impératif préalable, soit positif (une injonction), soit négatif (une prohibition). Par contagion, la norme permissive se voit dotée d'un caractère impératif, dans la mesure où l'auteur considère qu'abroger une injonction ou abroger une prohibition revient à se déterminer de manière impérative, à édicter une norme impérative. M. Février en vient ainsi à nier toute spécificité à la norme permissive, qui ne serait qu'une « convention de langage rendant compte de ces deux types de normes »<sup>558</sup>, à savoir la double proscription et la proscription d'une prescription. M. Ross tient un discours semblable lorsqu'il écrit : « I know of no permissive legal rules which is not logically an exemption modifying some prohibition, and interpretable as the negation of an obligation »<sup>559</sup>. L'un comme l'autre tendent donc à assimiler la norme permissive à un dérivé d'impératif<sup>560</sup>.

**221.** Certes, à la différence de la thèse préalablement présentée, qui assimilait la permissivité à l'absence de toute norme impérative, celle-ci fait accéder la norme permissive au statut de

---

<sup>555</sup> V. n° 200 et s.

<sup>556</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273. Il faut noter que cette définition corrige dans une certaine mesure celle que l'auteur donnait dans *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution* : « la norme permissive est nécessairement une dérogation à une interdiction antérieure » (*op. cit.*, p. 79). Cette conception semblait réduire la norme permissive au seul *permis* de la logique déontique, délaissant en quelque sorte l'autre versant de la permissivité : rendre facultatif un élément qui était obligatoire. La dimension bilatérale de la permissivité ressort mal d'une telle définition, et même si l'on peut arguer que ce qui est permis est logiquement facultatif, cette optionalité concerne surtout ici le fait, pour le sujet de droit, de se décider ou non à faire ce qui n'est plus interdit. Cela concerne sa faculté de faire et, de prime abord, bien moins sa faculté de ne pas faire. Certes, il est toujours possible de prétendre qu'une telle définition inclut l'hypothèse de la norme permissive rendant facultative une obligation, en indiquant qu'elle permet ce qui était jusqu'ici défendu : ne pas se conformer à l'injonction. Mais ne risque-t-on pas de se perdre dans les méandres de l'interprétation des normes juridiques ?

<sup>557</sup> « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273.

<sup>558</sup> *Ibid.* « A ce titre, elle possède une incontestable dimension obligatoire, en éteignant la prescription en vigueur » (*Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution, op. cit.*).

<sup>559</sup> (Je ne connais aucune règle juridique permissive qui ne soit pas logiquement une exception modifiant une prohibition, et interprétable comme la négation d'une obligation) Alf Ross, *Directive and Norms, op. cit.*, p. 122.

<sup>560</sup> « La catégorie des normes permissives n'a pas de réalité propre : elle est ramenée à la catégorie simple et unique de la norme, de l'obligation » (Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273).

norme, mais au prix d'un rattachement à la catégorie des impératifs juridiques. Nulle permissivité normative autonome n'est donc reconnue ; les deux termes sont maintenus dans une relation d'antinomie. En d'autres mots, la notion d'obligation ne cesse d'être le centre de gravité de l'ordre normatif, toute règle juridique, fut-elle permissive, pouvant s'exprimer par référence à elle : qu'elle soit inexistante ou annihilée, l'obligation constitue la seule mesure de l'existence conceptuelle de la norme permissive.

Ce primat de l'obligation se vérifie aussi dans d'autres conceptions doctrinales de la norme permissive, fondées sur l'idée de contrainte produite sur autrui.

## B – L'OBLIGATION D'AUTRUI

**222.** Parmi les thèses niant l'autonomie conceptuelle de la norme permissive, toutes ne se concentrent pas sur la situation de leur destinataire principal : est-il non-contraint car aucune interdiction ou obligation n'existe ? L'est-il parce que la norme permissive met fin à un impératif ? Certaines, en effet, s'intéressent à la situation des tiers au regard de la faculté qui est reconnue à un sujet de droit. Elles expriment la permissivité par une obligation, au sens large, faite à autrui, c'est-à-dire à tout sujet de droit distinct du bénéficiaire de la faculté ouverte par la norme permissive : les autres acteurs juridiques (publics ou privés), à qui il est interdit d'émettre des normes pouvant entraver cette faculté, les tribunaux, qui ne peuvent réprimer les comportements permis, et enfin, sous réserve de ce qui a été dit lorsque la faculté naît d'un acte administratif, l'émetteur de cette faculté<sup>561</sup>. La permissivité est donc envisagée comme un corrélat de l'obligation.

**223.** M. von Wright relève ainsi que les permissions peuvent être regardées comme un type particulier de prohibition : l'interdiction d'interférer avec la liberté reconnue à un individu<sup>562</sup> – autrement dit, l'interdiction d'entraver, ou l'obligation de respecter, à la charge des tiers, la faculté d'action reconnue à un sujet de droit, destinataire de la norme permissive. Ainsi, lorsqu'une réglementation permet de fumer dans un espace réservé à cet effet, au sein d'un

---

<sup>561</sup> Pour un panorama des théoriciens du droit qui partagent cette thèse, v. Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 124, note 7.

<sup>562</sup> Georg Henrik von Wright, *Norm and action. A logical enquiry*, *op. cit.* p. 85 : « ... to regard permissions as a peculiar kind of prohibition, viz. prohibition to interfere with an agent's freedom in a certain respect » (regarder les permissions comme un type particulier de prohibition, c'est-à-dire comme la prohibition d'interférer avec la liberté d'un agent d'une certaine manière) ; v. aussi Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, *op. cit.*, p. 79 : les normes permissives « véhiculent une forte dose d'obligation : en ceci qu'elles constituent un droit d'effectuer une action, elles font nécessairement défense à autrui de contester ou de porter atteinte à ce droit. Toute règle permissive pour un individu s'avère en même temps prohibitive pour l'ensemble des autres ».

lieu public, elle fait interdiction à toute personne de s'opposer à ce qu'un individu y fume. Ou, ce qui revient au même, elle fait obligation à quiconque de respecter le droit de fumer reconnu à ceux qui se trouvent dans cet espace. Cette conception est également celle avancée par M. Stockinger, qui parle d' « ordres "couverts" ou "implicites", dont le prototype est justement la permission »<sup>563</sup>.

Adoptant le postulat de la réductibilité de toute norme juridique à l'injonction, M. du Pasquier ne peut que considérer que « lorsque les règles n'enjoignent pas une solution inéluctable, mais accordent ou refusent un certain pouvoir, leur ordre ne lie sans doute pas la personne désignée par la règle elle-même, mais rejaillit indirectement sur les tiers qu'elle oblige [...] La « règle permissive » qui affirme une liberté, non seulement proclame l'absence de tout impératif à l'égard de la faculté garantie, mais encore inclut souvent une défense aux autorités de restreindre cette liberté »<sup>564</sup>.

Dans un même ordre d'idée, M. Ross voit dans la garantie constitutionnelle de certaines libertés, bien plus une restriction du pouvoir du législateur, qu'une promotion permissive de droits au bénéfice des citoyens<sup>565</sup>. C'est de la contrainte que naît la liberté. Une telle analyse n'est, semble-t-il, pas étrangère à la conception de certaines libertés publiques, que la doctrine a pu qualifier de libertés-abstention, en ce qu'elles impliquent une « abstention bienveillante » de l'Etat<sup>566</sup>. Ces libertés peuvent s'analyser en normes permissives reconnaissant une faculté d'action : liberté d'expression, liberté d'aller et venir, liberté d'opinion, etc.

**224.** L'impératif fait à autrui peut également concerner l'émetteur de la norme permissive. Si l'on considère le titulaire d'un permis de construire, qui se voit reconnaître la faculté d'édicter une construction conforme aux prescriptions de cette autorisation administrative, il est non seulement fait interdiction aux tiers d'empêcher l'exercice du droit de construire – ou de méconnaître l'autre droit qu'a, théoriquement, le permissionnaire, de renoncer à le faire –, mais l'autorité administrative qui a délivré le permis, elle-même, est tenue de respecter sa propre décision, et de ne pas entraver la faculté qu'elle a ouverte, en application du principe

---

<sup>563</sup> Peter Stockinger, « Possibilités d'une représentation conceptuelle de la situation normative », *Droit et Société*, n° 8-1988, consultable en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds008/ds008-04.htm>

<sup>564</sup> Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux, Neuchâtel, 1937, p. 88.

<sup>565</sup> « The constitutional guarantee of certain freedoms [...] is a restriction of the power of the legislator, a disability which corresponds to an immunity on the part of the citizen » (la garantie constitutionnelle de certaines libertés [...] est une restriction du pouvoir du législateur, une incapacité qui correspond à une immunité pour les citoyens) ; Alf Ross, *Directive and norms*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>566</sup> Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 52.

*Patere regulam quam fecisti*. Certes, ce type d'obligation concerne surtout la question de la garantie de la faculté ouverte, mais elle pourrait affecter sa définition même, comme le suggèrent certains développements de M. von Wright.

Cherchant à isoler ce qui fait la spécificité de la norme permissive, et tentant de rompre avec ces approches impérativistes, ce dernier a fait appel à la notion de « *toleration* », que l'on peut traduire par *tolérance*, sans toutefois établir de lien avec la tolérance administrative. Ainsi, l'auteur écrit-t-il : « if there is an element in permissions which is not reducible to the other norm-characters this element is identical with what we called *toleration*. Thus, what is characteristically 'permissive' about permissions would be the norm-authority's declaration of his toleration of a certain behaviour on the part of the norm-subject(s) »<sup>567</sup>. Ce qui constitue la permissivité d'une norme ouvrant une faculté<sup>568</sup> intéresse donc au premier chef l'émetteur de cette norme : ce serait son engagement à tolérer un certain comportement de la part du destinataire de la norme. Selon une telle approche, cette tolérance est nécessairement consubstantielle à l'émission de la norme permissive ; l'auteur le résume d'ailleurs efficacement : « permissions are essentially toleration »<sup>569</sup>. La tolérance est donc l'*essence* même de la norme permissive.

**225.** Le recours à cette notion ne va pourtant pas permettre à M. von Wright de se départir d'une approche impérativiste de la permissivité, en raison même du sens qu'il donne à la notion de *toleration* : il peut d'abord s'agir d'une déclaration d'intention, faite par l'émetteur de la norme, de ne pas interférer avec la liberté du permissionnaire. Mais l'auteur délaisse vite cette piste, une telle conception étant dépourvue de caractère normatif. L'autre définition de *toleration* qu'il donne en fait une « promesse de non-interférence »<sup>570</sup>. Il s'agit, selon lui, d'une obligation que l'émetteur de la norme permissive se ferait à lui-même. Ainsi, en édictant une norme permissive, en ouvrant une faculté au profit d'un sujet de droit, l'auteur de cette norme se lierait, s'obligerait à ne pas remettre en cause son contenu, gêner sa mise en œuvre, etc. Mais, en recourant à la notion de tolérance, M. von Wright nourrit davantage les conceptions impérativistes de la notion de norme permissive qu'il ne fournit un argument

---

<sup>567</sup> (S'il est un élément dans les permissions qui ne soit pas réductible aux autres types de normes, cet élément est ce qu'on a appelé *tolérance*. Ainsi, les permissions seraient précisément "permissives" en raison de la déclaration, par l'auteur de la norme, de sa tolérance à l'égard d'un certain comportement de la part du (des) destinataire(s) de la norme) Georg Henrik von Wright, *Norm and action. A logical enquiry*, *op. cit.* p. 90.

<sup>568</sup> Il convient de préférer ce terme à celui, plus restreint et ambigu, de *permission*.

<sup>569</sup> (Les permissions sont essentiellement tolérance) Georg Henrik von Wright, *op. cit.*

<sup>570</sup> « ... promise of not-interference », *op. cit.*, p. 91.

solide à la thèse de leur autonomie. Il semble même se résigner à la conception s'appuyant sur l'interdiction pesant sur les tiers<sup>571</sup>.

**226.** Générant des obligations à l'égard des tiers, et, dans une certaine mesure, pour leur propre émetteur, les normes dites permissives semblent difficilement pouvoir s'émanciper de l'impératif juridique. Si elles ne *sont* pas des impératifs (puisqu'elles les suppriment ou naissent de leur absence), elles *font* bien obligation ou interdiction. Cependant, ceux sont là deux plans différents : celui de la définition des normes permissives et celui de leur garantie. Du point de vue de la définition, il semble peu discutable que ces normes puissent être rapprochées d'hypothèses où n'existe pas d'impératif juridique, ou d'hypothèses où elles constituent des exceptions à des impératifs préalables. Pour autant, faut-il se limiter à ces conceptions lorsque le droit positif présente des situations « dissidentes » ? Quant au second plan, c'est en effet davantage la garantie des normes permissives qu'intéressent les obligations ou prohibitions qu'elles génèrent à l'égard d'autrui. Or, non seulement cela n'est sans doute pas propre à cette catégorie de normes, mais ne saurait suffire, surtout, à gommer toute trace de spécificité. Lorsque M. von Wright écrit : « it may also be suggested that the only sense in which laws of the state are permissive is by prohibiting interference with the behaviour of agents »<sup>572</sup>, il se situe assurément sur le terrain de la garantie, et non sur celui de la définition.

**227.** Le discours véhiculé par ces conceptions impérativistes de la norme permissive, qui réduisent celle-ci à une expression de l'obligation, se montre relativement dépréciatif : face à l'absolutisme de l'impératif juridique, la norme permissive semble condamnée à une certaine vassalité conceptuelle. Pourtant, ces thèses reposent sur un fondement prétendument égalitariste : l'« interdéfinissabilité » des propositions juridiques. Ce néologisme, traduction d'*interdefinability*<sup>573</sup>, fait référence à la prétendue propriété des foncteurs déontiques, et par extension des normes juridiques, de pouvoir se définir mutuellement. C'est en cela qu'une permission peut s'exprimer par la négation d'une interdiction ( $P(q) = -F(-q)$ ). Néanmoins, cette donnée élémentaire de la logique déontique présente certains inconvénients, qui permettent d'en discuter la pertinence.

---

<sup>571</sup> « The conception of declarations of toleration as promises can be said to *supplement* the conception of rights as prohibitions to a third party » (la conception des promesses comme déclarations de tolérance peut compléter la conception des droits comme des prohibitions adressées à un tiers), *ibid.*

<sup>572</sup> (On pourrait aussi suggérer que le seul sens dans lequel les lois de l'Etat sont permissives est en ce qu'elles prohibent l'interférence avec le comportement d'agents) *op. cit.*, p. 90.

<sup>573</sup> V. Georg Henrik von Wright, *On the logic of negation*, *op. cit.*, p. 26 : « the notions of obligation, permission and prohibition are interdefinable » (les notions d'obligation, permission et prohibition sont interdéfinissables).

## § 2 – LES LIMITES DE L'INTERDEFINISSABILITE DES NORMES

228. L'interdéfinissabilité n'est pas une notion neutre : largement à l'œuvre dans les thèses rejetant l'autonomie conceptuelle de la norme permissive, elle cherche à l'inféoder à la catégorie des obligations. L'entreprise pourrait aboutir, si cette arithmétique juridique était toutefois exempte de limites. En effet, l'interdéfinissabilité n'a d'abord pas la rigueur qu'on lui prétend ; fondée sur une seule lecture logique du droit, elle n'en est pas moins une démarche incertaine (A). Mais surtout, elle tend, sans doute à cause de son caractère dogmatique, à négliger certains aspects spécifiques de la notion de norme permissive ; à ce titre, cette démarche semble inadaptée (B).

### A – UNE DEMARCHE INCERTAINE

229. L'« axiome déontique » que certains prétendent au fondement de la notion de permissivité normative – à l'absence d'obligation ou d'interdiction, correspondrait nécessairement une permission – ne se révèle pas entièrement satisfaisant. Il repose sur une approche purement logique de la norme juridique, qui méconnaît la nature réelle de l'opposition impératif/permisif (1). Or, ce caractère réel permet de comprendre pourquoi l'identification de l'absence d'impératif, sur laquelle repose la thèse de l'interdéfinissabilité, s'avère particulièrement aléatoire (2).

#### *1 – La nature réelle de l'opposition impératif/permisif*

230. Il faut noter, en premier lieu, que le discours juridique renferme diverses expressions de la norme permissive, ce qui fait dire à certains auteurs que la symétrie établie entre impératif et permisif n'est pas fidèle à la réalité du langage juridique courant<sup>574</sup>. Cette symétrie serait ainsi loin d'être parfaite, puisque notamment, la réductibilité ne semble opérer que dans un sens, la doctrine n'affirmant jamais que l'absence de permission vaut interdiction ou obligation<sup>575</sup>.

---

<sup>574</sup> V. not. Gaetano Carcaterra, *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*, 2<sup>ème</sup> éd., Roma, Bulzoni, 1988, p. 87-88, cité par Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>575</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, *op. cit.*, p. 174. Sans doute la nature bilatérale de la permissivité normative (autant *permis*, c'est-à-dire *droit de faire*, que *facultativité*, ou *droit de ne pas faire*) explique-t-elle cette absence de réciproque dans le discours doctrinal. Il est vrai qu'une certaine équivoque plane face à une absence de permission : s'agit-il d'une absence de *permis*, auquel cas pourrait lui correspondre une prohibition, ou est-il question d'une absence de *facultativité*, qui supposerait plutôt l'existence d'une obligation ?



D'ailleurs, l'assimilation de la permission à l'absence d'impératif, c'est-à-dire à l'absence de norme – puisque les théoriciens concernés n'admettent que cette seule expression de la normativité juridique – trouve une limite évidente lorsque la permission est soumise à conditions ou restrictions, par exemple quant au destinataire. En ce cas, ce qui est permis n'est plus une simple absence de norme, mais une norme véritable. Autoriser un film aux plus de 18 ans, c'est surtout l'interdire aux mineurs. « Dans des cas comme celui-ci, il apparaît que le permis est réellement une norme mais précisément au prix de son caractère permissif : de même que la négation d'une prohibition est un permis, la négation d'un permis – ce qui implicitement se produit en la matière, constitue une prohibition »<sup>576</sup>.

**231.** M. Amselek reproche ainsi à Kelsen de commettre une dénaturation de l'opposition prohibition/permission, en affirmant que lorsqu'une règle prohibitive n'existe pas, c'est qu'*a contrario*, est en vigueur une règle permissive : « comme si, du fait que l'acte de donner la vie est le contraire de l'acte de donner la mort, on prétendait qu'en accomplissant pas le premier on commettrait le second »<sup>577</sup>. Pour M. Amselek, l'opposition entre normes prohibitives et normes permissives n'est pas logique, mais « réelle ». En d'autres termes, elle découle de l'interprétation qui est faite du droit, et surtout de la politique d'interprétation à l'œuvre.

**232.** Ainsi, l'exemple du droit pénal paraît-il révélateur. Alors que par principe, et en application de l'article 111-4 du Code pénal, les juges se livrent à une interprétation stricte des textes défavorables aux justiciables<sup>578</sup>, appliquant le principe de légalité avec toute la rigueur nécessaire à la protection des libertés publiques, il n'est pas exclu que le principe *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*, décliné en *Nullum crimen sine lege*, soit mis en échec. En effet, la jurisprudence criminelle traduit une tendance, plus ou moins explicite, à recourir à une méthode téléologique d'interprétation des textes<sup>579</sup>. Non fondée sur la lettre du droit, mais sur l'intention du législateur, cette méthode évite une cristallisation de la jurisprudence, et

---

<sup>576</sup> André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 433, § 3. Sur les limites de l'interdéfinissabilité au regard de la diversité des permissions envisageables, v. aussi Georg Henrik von Wright, *An essay in deontic logic and the general theory of action*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, coll. « Acta Philosophica Fennica », Fasc. 21, 1968, cité par Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 130.

<sup>577</sup> Paul Amselek, « Ontologie du droit et logique déontique », op. cit., p. 1029.

<sup>578</sup> Il faut entendre par là les lois pénales contraignantes, d'incrimination et de pénalité.

<sup>579</sup> V. Jean Pradel et André Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 223 et s.

permet au droit de ne pas se faire distancer par les évolutions de la société (progrès technique, inventions, etc., qui ne peuvent avoir été pris en compte par des lois anciennes)<sup>580</sup>.

Ce faisant, il est arrivé que d'une absence d'interdiction dans le droit positif, le juge n'ait pas tiré l'existence d'une permission. Ainsi, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1965, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle considéré que l'interdiction de circulation adressée aux « bateaux à vapeur » par la loi du 21 juillet 1856 valait, *a fortiori*, pour les bateaux à moteur diesel<sup>581</sup>. L'argument de l'absence d'interdiction formelle pour les bateaux à moteur diesel, censée ouvrir à leur profit une permission, n'a donc pas trouvé un écho favorable devant le juge pénal. Cette espèce montre bien que l'automaticité de l'opposition prohibition/permission, comme son caractère logique, ne sont pas certains, et peuvent être démentis lors de la mise en œuvre concrète du droit.

**233.** La thèse de l'interdéfinissabilité des normes vaut sans doute « *in vitro* », mais elle s'accommode mal de la réalité. C'est pourtant celle-ci qui doit gouverner tout travail d'interprétation, comme le précise encore M. Amserek, à propos des sous-entendus normatifs des dispositions impératives. Ces dernières présentent, selon l'auteur, une « contreface implicite », et « par les limites mêmes – par les « termes » – dans lesquelles [une] interdiction est énoncée, elle recèle des arrière-plans ou contreforts de permissif. En interdisant, par exemple, d'ouvrir les magasins au public le dimanche, le législateur admet implicitement, en quelque sorte contractée dans cette interdiction, la possibilité de le faire les autres jours de la semaine »<sup>582</sup>. Mais ce type d'interprétation « est, par hypothèse, d'un maniement nuancé : de la règle adressée aux usagers d'un parc public « Il est interdit de marcher sur les pelouses », on ne peut tirer automatiquement et abstraitement qu'il est permis de tout faire sur les pelouses sauf marcher. Le permissif derrière les énoncés interdictifs ne découle pas d'un raisonnement *a contrario* purement formel, mais toujours de la mise en perspective, par une démarche herméneutique circonstancielle, du sens littéral de cet énoncé et de l'explicitation des intentions d'arrière-plan prêtées au législateur »<sup>583</sup>.

**234.** Cette approche de l'opposition impératif/permissif s'inscrit dans la logique de la définition donnée de la norme juridique. Dès lors que celle-ci correspond à une signification

---

<sup>580</sup> Sur le vol d'électricité : Cass. crim., 3 août 1912, *S* 1913, I, 337, note Roux ; le vol du contenu d'une disquette : Cass. crim., 12 janvier 1989, *Bull. crim.*, n° 14. Sur le délit d'apologie de crime de guerre par la voie d'un disque : Cass. crim., 14 janvier 1971, *Le Pen, GADP*, n° 18 ; *Gaz. Pal.*, 1971, I, 180.

<sup>581</sup> *Bull. crim.*, n° 106.

<sup>582</sup> « Ontologie du droit et logique déontique », *op. cit.*, p. 1030.

<sup>583</sup> *Ibid.*

perçu par l'interprète de l'énoncé normatif qui l'exprime, l'opposition entre une norme impérative et une norme permissive ne peut qu'être réelle, chaque norme procédant d'une interprétation elle-même réelle, qui n'est pas gouvernée par d'uniques schémas logiques. Cela permet d'expliquer pourquoi l'identification de l'absence d'impératif, qui serait censée signifier l'existence d'une permission, se révèle aléatoire.

## ***2 – L'identification aléatoire de l'absence d'impératif***

**235.** Il n'est pas rare qu'en jurisprudence, des requérants entendant exploiter une prétendue absence d'interdiction ou d'obligation dans le droit positif, se voient opposer par le juge l'existence, certes implicite ou indirecte, d'un impératif, qui ferme la voie à toute tentative d'interprétation permissive. Lorsque le Tribunal de grande instance de Bordeaux annule, le 27 juillet 2004, le mariage célébré entre deux hommes, il dénonce un « vide juridique [...] en fait illusoire » dont entendaient se prévaloir les partisans du mariage homosexuel, par la voie d'une interprétation *a contrario* du Code civil<sup>584</sup>.

**236.** C'est donc une chose que d'admettre qu'il y a permission, ou simple faculté, en l'absence d'impératif ; c'en est une autre de déterminer quand, justement, cet impératif fait défaut. Le caractère réaliste de l'interprétation, et donc de l'opposition impératif/permissif, tend à rendre relatives les relations. Or, le contentieux se noue fréquemment autour de ces questions : ainsi, s'est-on demandé si la saisine de la Commission d'accès aux documents administratifs était un préalable obligatoire au recours juridictionnel, question à laquelle le Conseil d'Etat a répondu par l'affirmative, la rédaction de la loi du 17 juillet 1978 se révélant à cet égard impérative<sup>585</sup>. Les compétences confiées aux préfets par la loi du 2 mars 1982 n'avaient, elles non plus, pas manqué de susciter la question devant les juridictions<sup>586</sup>.

**237.** Plus récemment, deux tribunaux administratifs ont reconnu un caractère contraignant à une disposition du nouveau Code des marchés publics qui pouvait sembler exprimer une norme permissive : l'article 53 de ce code exige que les collectivités publiques définissent les critères de sélection des offres qu'elles entendent mettre en œuvre afin de choisir l'offre du

---

<sup>584</sup> TGI Bordeaux, 1<sup>ère</sup> ch. Civ., 27 juillet 2004, *Ministère public c/ P. et C.*, JCP 10 novembre 2004, n° 46, 10 169, p. 2039 et s. ; annulation confirmée par CA Bordeaux, 6<sup>ème</sup> civ., 19 avril 2005, *M. C et M. Ch. c/ Ministère public*, n° 04/04683.

<sup>585</sup> CE Sect., 19 février 1982, *Mme Commaret*, Rec. p. 78, concl. Dondoux. Certes, la solution ne surprend guère au vu de la rédaction précise de la loi, mais la question méritait d'être posée, le juge qualifiant parfois de permissives des dispositions formellement impératives.

<sup>586</sup> V. Jean-Christophe Duchon-Doris, concl. sur CAA Marseille, plénière, 21 janvier 1999, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent et a.*, op. cit.

mieux-disant, et plus précisément qu'elles les pondèrent ou les hiérarchisent. Bien que la pondération semble la méthode mise en avant par le législateur – « *ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés* » –, il n'est pas illégitime de se demander s'il en fait une obligation, ou s'il laisse aux collectivités la faculté d'opter pour l'une ou l'autre des méthodes.

Selon le Ministre de l'Economie et des Finances, « cette alternative a été introduite dans le nouveau code afin de permettre aux acheteurs de se familiariser avec le mécanisme de pondération des critères et ainsi se préparer aux nouvelles règles posées par les directives qui imposent le recours à la pondération, sauf au cas où la pondération n'est pas possible »<sup>587</sup>. Une lecture purement permissive de cette disposition ne semble donc pas envisageable, même si le principe d'un impératif est fortement relativisé par la possibilité de faire exception à la pondération<sup>588</sup>.

Or, selon les juges qui ont eu à trancher la question dans le cadre du référé précontractuel, « *il ressort de ces dispositions, qui ont un caractère impératif, que la publication des règles de pondération des critères de sélection des offres constitue une obligation qui ne peut être écartée, au profit de la simple hiérarchisation des critères, que lorsque la nature du marché y fait obstacle ou lorsqu'il peut en être dûment justifié par la personne responsable du marché* »<sup>589</sup>. Les juges interprétaient, sans aucun doute, le droit français à l'aune de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, dont la date limite de transposition était pourtant fixée au 31 janvier 2006 ; mais cet exemple permet de prendre conscience des incertitudes propres à l'entreprise d'interprétation, à laquelle est suspendue, en définitive, la thèse de l'interdéfinissabilité.

**238.** Le droit positif se laisse donc difficilement saisir par une démarche exclusivement fondée sur la logique. Le jeu d'« interdéfinition » des normes rencontre ainsi les limites que lui opposent la nature réelle de l'interprétation des énoncés normatifs et donc des oppositions de normes. Mais l'incertitude de la démarche ne constitue pas le seul grief à lui adresser : elle se révèle également inadaptée.

---

<sup>587</sup> Réponse ministérielle, *JOAN*, débats, 12 décembre 2004.

<sup>588</sup> D'ailleurs, il s'agit bien d'une exception, et non d'une dérogation, tant sa mise en œuvre semble déterminée par une impossibilité d'appliquer la règle de la pondération, et non la simple volonté de l'autorité compétente.

<sup>589</sup> V. TA Nice, ordonnance, 11 mai 2004, *Société Varoise de Construction Routière c/ Commune de la Seyne-sur-Mer*, n° 0401930 ; TA Lille, ordonnance, 25 octobre 2004, *Société Sambre Environnement*, n° 0405896 ; TA Marseille, ordonnance, 30 décembre 2004, *Scop Sigec*, n° 0408755/0. V. Jean-David Dreyfus, « Pondération ou hiérarchisation des offres dans les marchés : le débat », *AJDA* 2005, n° 12, p. 625 ; Xavier Cadoz, « Critères de choix : pas d'alternative ! » *La lettre du cadre territorial*, n° 285, 15 novembre 2004, p. 20.

## B – UNE DEMARCHE INADAPTEE

239. La définition des normes permissives « par ricochet » répond bien mal à certaines exigences inhérentes à une analyse réaliste du droit. Il est indispensable que la démarche suivie témoigne d'une fidélité à l'objet décrit et qu'elle soit suffisamment accessible et compréhensible. Or, tel n'est pas le cas, à certains égards, des thèses réductionnistes : elles exposent leurs promoteurs à une certaine infidélité au droit (2), essentiellement en ce qu'elles opèrent des simplifications excessives (1).

### 1 – Un excès de simplification

240. Les auteurs réductionnistes invoquent souvent, à l'appui de leurs démonstrations, la dualité structurelle de toute relation juridique : au droit de l'un correspondrait nécessairement l'obligation de l'autre, et *vice versa*<sup>590</sup>. Or, il convient d'apprécier la valeur de cette assertion à propos des normes permissives. Il est d'abord possible de déceler l'existence d'impératifs en contrepoint des facultés que le droit positif ouvre expressément, ce qui contribue notamment à en assurer l'effectivité. Toutefois, cela ne saurait constituer un particularisme des rapports de droit permissifs.

En effet, l'individu à qui est reconnu le droit de vote ne peut se voir empêcher de voter par des tiers, notamment dès lors qu'il remplit les conditions légales et réglementaires pour ce faire (majorité, jouissance des droits civiques, inscription sur les listes électorales, présentation au bureau de vote auquel il ressortit, etc.) ; il ne peut non plus être contraint de voter. Par ailleurs, l'exercice de cette faculté implique des obligations pour certaines autorités, comme celles d'organiser le scrutin, d'enregistrer le vote, etc. Or, lorsque le vote n'est pas une faculté mais constitue une obligation, des impératifs analogues s'imposent aux tiers. Nul ne peut en effet empêcher un électeur de voter, qui plus est lorsque ce vote est obligatoire. De la même manière, des obligations sont mises à la charge de certaines autorités afin d'assurer l'accomplissement de l'obligation de vote.

---

<sup>590</sup> Cette « théorie des deux sujets » a notamment été développée, en France, par Ernest Roguin, *La science juridique pure*, LGDJ, 1923. V. aussi : Jacques Chevallier, qui parle d'« interdépendance des devoirs et des prétentions » (« L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 28) ; Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 217-218 : « toute norme juridique est à la fois prescription, impératif, et permission, habilitation ; elle est prescription pour l'un, permission pour l'autre ; ce sont ses deux faces indivisibles » ; Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 272 ; Clarisse Barthe-Gay, « Les norme permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 241 (évoquant le « couple droit/obligation ») ; Wesley Newcomb Hohfeld, Walter Wheeler Cook et Arthur L. Corbin, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1978, p. 36-38, 68-71, cité par Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 212-213.

241. L'« enchevêtrement des réciprocitys juridiques » dont parle M. Gurvitch concerne donc autant des droits et des obligations, que des obligations entre elles<sup>591</sup>. Si des obligations existent à la charge des tiers à tout rapport juridique, il convient d'en déterminer la nature et l'origine. Il serait possible d'envisager l'existence d'une *obligation générale de non-entrave*, opérant dans tout rapport juridique, impératif ou permissif, et interdisant aux tiers d'empêcher les bénéficiaires de facultés de jouir de celles-ci et les sujets d'obligations ou d'interdiction de respecter l'impératif dont ils sont destinataires<sup>592</sup>. Cette obligation de non-entrave résulterait de l'édition de la norme principale – permissive ou impérative – dans le droit positif, de son insertion comme élément obligatoire de l'ordonnement juridique, c'est-à-dire comme élément à respecter par tous les sujets de droit en raison de leur qualité et de leur soumission à cet ordonnancement. Partant, cela expliquerait pourquoi les bénéficiaires de facultés implicites (« permissions faibles ») naissant d'une absence d'impératif, ne voient pas leur prérogative garantie : en l'absence de norme permissive expressément insérée dans l'ordonnement juridique, aucune obligation de non-entrave n'est susceptible d'apparaître.

242. M. Amselek fournit une explication allant dans ce sens, mais pousse plus loin le raisonnement : selon lui, ces obligations connexes découlent d'une réglementation *positive*, édictée dans le but de garantir l'exercice des facultés ouvertes<sup>593</sup> ; seules des obligations expressément prévues peuvent en effet avoir la valeur obligatoire nécessaire pour cette garantie<sup>594</sup>. De fait, M. Amselek démystifie grandement l'idée d'un couple droit-obligation, l'un et l'autre pouvant avoir une existence séparée, et à l'obligation de l'un pouvant parfois ne correspondre aucun droit de l'autre. Autrement dit, ce couple, calqué sur les liens débiteur-

---

<sup>591</sup> Georges Gurvitch, *L'idée de Droit social*, Sirey, 1932, rééd. Scientia, 1972, p. 104.

<sup>592</sup> Selon les différents types de normes, l'entrave consisterait à :

empêcher l'accomplissement d'une obligation de faire pour un impératif positif ;

empêcher l'accomplissement d'une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire forcer à faire, pour un impératif négatif ;

empêcher de faire ou forcer à faire pour une disposition permissive.

<sup>593</sup> « ... lorsqu'une norme édicte que « X peut faire quelque chose », nous avons vu qu'elle ne crée par elle-même aucune obligation à la charge de qui que ce soit. Autrui est seulement, éventuellement, tributaire de cette réglementation permissive (comme il était précédemment bénéficiaire de la réglementation impérative) : en ce sens que l'exercice par X de son droit, l'adéquation de sa conduite à la norme qui la justifie, implique qu'autrui s'abstienne d'y faire obstacle ; mais cette situation tributaire d'autrui n'est pas elle-même réglementée par la norme en question ; elle pourra l'être éventuellement par une autre norme prescrivant à autrui de ne pas « porter atteinte aux droits » de X » ; *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 201.

<sup>594</sup> « Si l'exercice de mon droit, c'est-à-dire un *comportement*, une conduite de ma part, conforme à telle norme permissive, suppose bien sûr qu'en fait les autres individus aient eux-mêmes une conduite rendant possible la mienne, il ne s'en suit pas que cette conduite soit *obligatoire* pour eux, soit le contenu d'une obligation à leur endroit : pour affirmer qu'ils ont une « obligation », il faut que je confronte leur conduite avec une norme qui la réglemente, elle, et non pas la mienne. Or, il se peut qu'en s'opposant à l'exercice effectif de mon droit, les autres aient une conduite correcte » ; *op. cit.*, p. 197.

créancier, ne semble pourtant pas avoir la systématique prétendue : par exemple, lorsqu'un sujet de droit supporte une obligation vis-à-vis d'une chose (un animal, une plante, l'environnement, etc.), on ne peut admettre que celle-ci bénéficie corrélativement d'un droit. La qualité de sujet de droit fait évidemment défaut à cette dernière ; même si certaines entités abstraites – Nation, Humanité, etc. – ont été proclamées titulaires d'un « patrimoine commun »<sup>595</sup> constitué de certaines de ces choses – territoire français, eau, éléments de l'environnement, fonds marins, etc. –, la qualité de sujet de droit ne leur a pas encore été reconnue. Pour autant, l'obligation imposée dans le droit ne peut pas être niée<sup>596</sup>.

Cela renforce l'idée qu'il n'existe pas nécessairement, entre droit et obligation, de lien de définition – ou d'interdéfinition –, mais plutôt une relation de garantie, tributaire de la composition de l'ordonnement juridique<sup>597</sup>. La correspondance droit-obligation ne fournit donc qu'un argument fragile aux thèses réductionnistes sur la notion de norme permissive. Simplificatrices, ces dernières ne parviennent pas à saisir l'ensemble des manifestations du droit positif, de même, qu'elles s'inscrivent manifestement en deçà de la complexité des systèmes juridiques contemporains.

**243.** Cela apparaît clairement dans les critiques qui peuvent être formulées contre la théorie du « *jeu du maître et de l'esclave* »<sup>598</sup>. Celle-ci s'inscrit dans une conception simpliste du cadre juridique, en ce qu'une seule autorité (le maître) dispose du pouvoir normatif, et adresse des injonctions à un seul sujet (l'esclave). Envisager une pluralité de destinataires des normes mettrait déjà en évidence une première limite de cette conception. En effet, les seules normes positivement édictées dans cette théorie sont impératives, la permissivité se dessinant en négatif, et résultant d'une absence d'empêchement normatif.

Or, cette « permissivité faible » pose des difficultés lorsqu'une pluralité de sujets de droits est susceptible de mettre en œuvre les facultés implicitement reconnues ; la garantie de cette mise en œuvre est incertaine. En considérant un destinataire unique des normes, le « *jeu du maître*

---

<sup>595</sup> Sur cette notion, v. Cédric Groulier, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun », *AJDA* 2005, p. 1034-1042.

<sup>596</sup> V. par ex. les instruments juridiques de protection de certaines espèces de la faune et de la flore sauvages, not. les art. L411-1 à L411-3 du Code de l'environnement.

<sup>597</sup> « ... en face du droit, on place en réalité, non pas une obligation complémentaire à proprement parler, mais l'obligation de ne pas empêcher l'exercice de ce droit [...]. Il s'agit donc d'obligations et de droits qui ne sont pas véritablement l'inverse d'autres droits et obligations (des droits et obligations « vus par l'autre bout »), mais qui représentent des *garanties accolées à certains droits et obligations pour en assurer la réalisation effective* ; en d'autres termes, ils apparaissent comme des garanties d'effectivité de la réglementation juridique », Paul Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 202.

<sup>598</sup> David Lewis, « A Problem about Permission », *op. cit.* (v. n° 216).

*et de l'esclave* » n'envisage pas cette première source de difficultés et s'éloigne de la réalité du système juridique – certes, la simplification se veut didactique, mais elle ne doit pas conduire à éluder des aspects essentiels à la compréhension d'un phénomène. Le même grief peut être fait à propos de l'émetteur des normes. Là encore, le postulat de l'unité relativise l'intérêt de l'analyse : le système juridique réel comprend différentes autorités de même rang, et différents niveaux d'autorités, qui se partagent le pouvoir normatif, selon un principe de complémentarité.

Dans un tel système, composé de différentes autorités liées par des relations hiérarchiques, les normes permissives ne sauraient être superflues, même en l'absence de prohibition correspondante<sup>599</sup>. Elles remplissent plusieurs fonctions essentielles au fonctionnement rationnel du système. Elles permettent d'abord de limiter la compétence normative des autorités inférieures, par application du principe *lex superior derogat inferiori*. Une faculté reconnue par une norme permissive de rang constitutionnel interdit ainsi au législateur d'y porter atteinte. L'édiction de normes permissives permet également aux autorités inférieures d'écarter ponctuellement l'application de règles impératives, par effet d'abrogation (par application du principe *lex posterior*) ou de dérogation (par application du principe *lex specialis*)<sup>600</sup>. Enfin, elles assurent une autonomie relative des autorités de même rang, en leur permettant de mettre en œuvre ou non de simples facultés, et partant d'adapter leur action aux nécessités d'un système complexe<sup>601</sup>.

**244.** L'inadaptation de la thèse de l'interdéfinissabilité des normes à une lecture fine du système juridique trahit donc les limites de l'approche logique du droit. Comme l'écrit justement M. Guastini, « la logica governa il discorso, non il mondo »<sup>602</sup>. La prétendue réductibilité des normes permissives à des expressions logiques de l'obligation soulève des difficultés certaines. Définir ces normes comme absences d'impératifs ou par le truchement

---

<sup>599</sup> V. Eugenio Bulygin « Permissive norms and normative systems », in Antonio Anselmo Martino / Fiorenza Soggi Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts*, Publishing Company, Amsterdam, 1986, p. 211–218.

<sup>600</sup> V. Francesca Poggi, *Norme permissive*, *op. cit.*, p. p. 149-155.

<sup>601</sup> V. aussi André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 483 : « un système normatif complexe, composé exclusivement de prohibitions, n'est pas pensable – spécialement s'il s'agit d'un système juridique comme les droits contemporains, qui sont très complexes. Les systèmes normatifs développés doivent non seulement promouvoir la coexistence – qui est une fonction de base recherchée à travers la prohibition –, mais aussi la coopération, pour laquelle il est nécessaire d'établir des obligations et en particulier des « permis » qui instaurent des pouvoirs et des sphères de permissivité. En outre, dans les systèmes normatifs qui spécialisent les tâches de création et d'application des normes au moyen d'organes et d'institutions spécifiques, il paraît logiquement inévitable que les dispositions prohibitives soient accompagnées de normes qui prévoient des obligations et des permissions ».

<sup>602</sup> (La logique gouverne le discours, pas le monde) *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 63, cité par Francesca Poggi, « "Obbligatorio" implica "permesso" », *op. cit.*, p. 208.



d'impératifs indirects, se heurte à la réalité du droit et cède à un certain *logicisme*<sup>603</sup>. La démarche, incertaine, est en outre inadaptée à une lecture précise et accessible de la réalité juridique.

## 2 – Une infidélité à l'objet étudié

245. Il n'est pas contesté que ces thèses présentent l'avantage d'une « économie ontologique »<sup>604</sup>, notamment en ce qu'elles permettent de limiter le nombre de concepts employés à l'analyse du droit, tous les schémas explicatifs s'articulant autour de la notion d'obligation. La démarche est à l'évidence dogmatique. Or, cette quête d'unité n'en présente pas moins certains inconvénients.

246. Elle est d'abord éloignée du langage ordinaire du droit<sup>605</sup>, c'est-à-dire du langage formalisé par le droit positif, et d'une manière générale, celui employé par les divers acteurs du droit : particuliers, autorités administratives, magistrats... L'approche de la norme permissive en terme d'interdéfinissabilité est ainsi démentie par la pratique, qui continue de recourir à des formulations directement permissives – cela prouve combien l'expression indirecte de facultés dans le droit demeure insuffisante<sup>606</sup>. Ainsi, la loi du 13 août 2004, *relative aux libertés et responsabilités locales*<sup>607</sup> en fournit-elle un exemple probant. Sur les quelques deux-cent trois articles que compte cette loi, le verbe *pouvoir*, qui reste, sous certaines réserves, le marqueur principal de la permissivité normative, est employé plus de cent-trente fois dans un sens déontique. La Constitution s'est également enrichie de formulations directement permissives employant le verbe *pouvoir*, ce qui tend, d'ailleurs, à lui conférer un caractère plus technique que solennel<sup>608</sup>. La démarche fondée sur

---

<sup>603</sup> M. Amsselek définit ainsi le logicisme : « c'est l'attitude, pathologique par rapport aux données de la théorie de la connaissance [...], qui consiste à envisager, à appréhender les normes juridiques – objet de la connaissance, comme des propositions logiques, subjectives » (*Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 181-215, spéc. p. 182). Plus récemment : « Le logicisme consiste à méconnaître complètement la « chosité » même des normes juridiques en vigueur dans nos sociétés, leur nature d'outils historiquement constitués par des démarches humaines créatrices, pour ne voir en elles que du *logos*, de simples séquences de pensée discursive, de simples propositions que l'on peut traiter, d'une manière pour ainsi dire totalement désincarnée, comme des éléments non pas d'un processus socio-historique de commandement public, mais d'un simple processus logique de pensée, de raisonnement » (Paul Amsselek, « Ontologie du droit et logique déontique », *op. cit.*, p. 1006-1007).

<sup>604</sup> V. Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 84 et s.

<sup>605</sup> *Op. cit.*, p. 93 et s.

<sup>606</sup> Paul Amsselek se fait, à ce sujet, interrogateur : « pourquoi [...] le législateur aurait-il pris la peine d'édicter expressément une norme, pourquoi aurait-il rompu un silence qui « signifiait » éloquentement les « droits » des sujets ? » ; *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 194-195.

<sup>607</sup> Loi n° 2004-809, *JORF* 17 août 2004, p. 14545.

<sup>608</sup> V. not. ces articles, issus de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 : art. 72 al. 4 (expérimentation), al. 5 (collectivités « chefs de file »), art. 72-1 al. 1 (droit de pétition), al. 2 (référendum local), al. 3 (consultation

l'interdéfinissabilité des normes induit donc un décalage certain entre le discours *sur* le droit (celui des théoriciens du droit essentiellement), et le discours *du* droit lui-même. Il y a là une distance qui trahit une première forme d'infidélité de cette thèse.

**247.** En outre, le recours fait aux obligations et interdictions connexes à la norme permissive, c'est-à-dire celles pesant sur les tiers, est susceptible de dénaturer la perception du processus permissif et de l'intention de l'émetteur de la norme permissive : celui-ci entend en effet accorder une faculté à un, voire plusieurs destinataires identifiés – ou identifiables. C'est la situation juridique de ces derniers qui est principalement et directement affectée par l'intervention normative, comme l'est la situation d'un individu à qui est adressée une injonction. Or, les reformulations auxquelles donneraient lieu les normes permissives opèrent – du moins sur le plan de la perception – tel un mécanisme de novation, en ce qu'elles semblent substituer au sujet principal du rapport juridique, des sujets qui ne sont que secondaires. Ce faisant, elles confèrent plus d'importance aux rapports de droit corrélatifs, qu'à ceux à l'occasion desquels ces derniers existent.

Ainsi, lorsque la loi organique relative au référendum local dispose que « *l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale peut soumettre à référendum local tout projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité* »<sup>609</sup>, c'est principalement aux conseils municipaux, généraux et régionaux qu'elle accorde une faculté. Les impératifs corrélatifs selon lesquels nul ne peut empêcher ces assemblées d'organiser un référendum local, ni n'est en mesure de les y contraindre, ne sont que des conséquences de l'intervention permissive opérée au profit des organes délibérants des collectivités territoriales ; ils ne sauraient éclipser le fait que l'intention du législateur organique – et du pouvoir constituant<sup>610</sup> – s'est bien portée sur ces dernières. L'intérêt principal de cette innovation dans le droit des collectivités territoriales ne s'apprécie d'ailleurs essentiellement qu'en considération de ces organes délibérants, et du champ de leurs attributions.

**248.** Les tentatives de réduction des normes permissives à des expressions d'obligation contribuent donc à en brouiller la perception. Tantôt absences d'impératifs, tantôt impératifs

---

statutaire), art. 72-2 al. 1 (libre disposition de leurs ressources par les collectivités territoriales), al. 2 (possibilité, pour les collectivités territoriales, de recevoir le produit d'impositions de toutes natures, et d'être autorisées par la loi à en fixer l'assiette et le taux), art. 72-4 al.2 (consultation d'une collectivité d'outre-mer quant à son organisation, ses compétences ou son régime législatif), art. 73 al. 1 et 2 (faculté d'adaptation des lois et règlements dans les départements et régions d'outre-mer), al. 3 (pouvoir de fixation des règles dans certains domaines législatifs).

<sup>609</sup> Art. LO 1112-1 de la loi organique n° 2003-705 du 1<sup>er</sup> août 2003 *relative au référendum local* (préc.).

<sup>610</sup> Art. 72-1 al. 3 de la Constitution.

indirects, à vouloir définir ces normes par ce qu'elles ne sont pas, on s'éloigne de leur réalité ontologique. Comment considérer que la norme permissive « est une norme doublement proscriptive (proscrivant de prescrire) ou proscrivant de prescrire »<sup>611</sup>, sans la dénaturer et méconnaître ce qui fait sa « valeur ajoutée » ? Une telle conception ne permet pas de distinguer, par exemple, une dérogation d'une exception. L'autorité administrative qui doit faire application d'une exception se trouve dans une situation de compétence liée dès lors que sont réunies les conditions matérielles et juridiques de cette exception. Au contraire, l'application d'une dérogation n'est qu'une faculté pour une autorité administrative, qui se voit alors reconnaître un pouvoir discrétionnaire. Dans le premier cas, l'habilitation de l'autorité administrative est impérative en ce qu'elle est tenue par le texte à appliquer ; dans la seconde hypothèse, l'habilitation est permissive, l'autorité bénéficiant d'une marge d'appréciation s'agissant de l'octroi d'une dérogation. La spécificité de la norme permissive s'apprécie donc surtout au regard de la situation de son destinataire principal, bien plus qu'en considération des tiers ou de l'émetteur de cette norme.

**249.** Par ailleurs, la lourdeur de ce type de démarche ne doit pas être négligée. Elle impose d'abord un travail préalable de reformulation des règles de droit qui, d'ailleurs, peut s'avérer artificiel. Par exemple, une norme du type « *Les cyclistes peuvent emprunter la voie réservée aux bus* » serait reformulée en « *Il n'est pas interdit aux cyclistes d'emprunter la voie réservée aux bus* », « *Il n'est pas fait obligation aux cyclistes d'emprunter la voie réservée aux bus* ». S'agissant des obligations ou prohibitions que cette norme génère pour les tiers, peuvent notamment être retenues : « *Il est interdit aux tiers d'empêcher les cyclistes d'emprunter la voie réservée aux bus, et de les y forcer* ».

Tous les éléments présents dans la norme permissive de base se trouvent réemployés dans ces reformulations, qui ne présentent d'ailleurs pas un caractère de simplicité manifeste. Exprimer une norme permissive par l'interdiction faite à autrui d'interférer avec la liberté reconnue au destinataire principal de la norme n'a qu'un intérêt limité, notamment quand la reformulation conduit à faire mention de cette liberté, donc à l'exprimer. Si les partisans de l'interdéfinissabilité en escomptent une simplification conceptuelle du discours juridique<sup>612</sup> –

---

<sup>611</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273.

<sup>612</sup> Cette simplification, qui se ramène à une quête d'unité, est sans doute plus heureuse quand Hans Kelsen, cherchant à faire du *Sollen* le centre de gravité de la normativité, y inclut la prescription (positive et négative), la permission et l'habilitation. *Théorie générale du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, p. 7, 107, 162-163.

autour de la notion d'obligation –, ses opposants sont en droit de lui reprocher son manque de simplicité, voire un certain ésotérisme<sup>613</sup>.

**250.** La fidélité à l'objet étudié suppose de se doter d'outils facilement mobilisables et, surtout, aptes à discriminer efficacement ses caractères spécifiques. Aussi, paraît-il particulièrement important, et source d'enseignements, d'appréhender le droit dans son expression réelle, phénoménologique. Le juriste a, par exemple, tout intérêt à relever que telle norme de nature permissive, est exprimée sous une forme impérative « trompeuse » dans le droit positif. Le constat d'un tel décalage nourrit nécessairement la connaissance et la compréhension du droit<sup>614</sup>. Or, la méthode réductionniste, éloignée de la réalité de cet objet, et difficile à mettre en œuvre – s'ajoutent les incertitudes liées au besoin d'interprétation – n'offre qu'une réponse imparfaite à ces exigences. M. Tusseau résume fort bien : la question de savoir s'il est possible de rendre compte des énoncés permissifs au moyen du concept de norme prescriptive est distincte de celle visant à décider de se doter d'un concept autonome de norme permissive<sup>615</sup>.

**251.** Les thèses réductionnistes soutenues, tendant à imposer le primat de l'obligation, présentent en définitive des limites qui mettent en doute la pertinence d'une démarche caractérisée par une quête d'unité. Exprimée comme absence ou négation active d'obligation, ou encore comme obligation faite aux tiers, la norme permissive n'est pas révélée dans sa complexité, notamment parce que l'interdéfinissabilité des normes juridiques, sur laquelle sont construites ces thèses, relève d'une approche purement logique, en décalage avec la réalité normative qu'elle prétend expliquer. A ces jeux de logique déontique se substitue, dans la pratique juridique, le phénomène bien plus aléatoire de l'interprétation. L'approche impérativiste de la notion de norme permissive se perd ainsi à réduire le droit à un pur discours et tend inévitablement à s'éloigner de l'objet étudié.

---

<sup>613</sup> Comme déclarait Montesquieu : « (les lois) ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille » ; *De l'esprit des lois*, Première partie, Livre 29 : « *De la manière de composer les lois* », ch. XVI, § 7.

<sup>614</sup> V. Paul Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 207 : « ... le juriste doit appréhender son objet dans la forme même que cet objet revêt phénoménalement, autrement il appréhendera, par hypothèse même, un objet autre que cet objet lui-même. Le respect des formes est une exigence de la recherche scientifique, de la connaissance méthodique » ; Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 140 : « La compréhension de la pratique des acteurs et de sa réglementation par le droit positif importe aux juristes. La science du droit dispose ainsi de concepts pour analyser ce type de situation normative et comprendre le raisonnement qui détermine la conduite d'un acteur habilité ».

<sup>615</sup> « Si l'on repousse toute lecture essentialiste de cette problématique, il ne s'agit pas d'identifier une chose ou une relation qui existe objectivement, mais d'adopter des concepts fonctionnels en vue d'aborder certains discours. Il est donc possible d'envisager une argumentation pragmatique au soutien de l'admission du concept de norme permissive » ; Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 130. V. notamment les développements de l'auteur sur la notion de « permission excluante » et la raison pratique.

La définition des normes permissives dans le miroir de l'obligation soulève donc une série d'objections qui autorise à considérer la norme permissive comme une notion conceptuellement viable. Cependant, une partie de la doctrine réductionniste développe des arguments plus pragmatiques au secours de la thèse impérativiste, en mettant notamment en évidence le fait que les normes permissives ne sont pas dénuées, en pratique, de toute dimension contraignante.

## **SECTION 2 – UNE DIMENSION CONTRAIGNANTE NON DETERMINANTE**

**252.** Les tentatives de réduction de la norme permissive à la catégorie des obligations ne s'appuient pas uniquement sur des arguments définitionnels. Certains auteurs émettent l'idée qu'un ensemble de facteurs confère à la norme permissive une dimension contraignante, ou affecte son caractère non-impératif. L'« élément obligatoire »<sup>616</sup> apparaîtrait ainsi dans les modalités dont peut être assortie la norme permissive (conditions, procédures de consultation, buts assignés, etc.), mais aussi dans les effets qu'elle génère, non seulement pour les tiers, mais aussi pour le bénéficiaire de la faculté ouverte. En d'autres termes, les éléments de contrainte en périphérie de la norme elle-même, affecteraient sa dimension permissive, comme son prétendu caractère contraignant ôterait tout intérêt à sa qualification. Pour autant, l'examen de ces arguments, du point de vue de leurs modalités d'expression dans le droit positif, montre combien l'importance de ces éléments obligatoires semble exagérée. En effet, ces derniers ne chassent pas toute permissivité, qu'ils consistent en des formes de contrainte dans les modalités d'exercice de la faculté ouverte par la norme permissive (§ 1), ou se rapportent au potentiel contraignant de cette norme (§ 2).

### **§ 1 – LES ELEMENTS INTRODUISANT UNE CONTRAINTE DANS LES MODALITES D'EXERCICE DE LA FACULTE OUVERTE**

**253.** Il est fréquent que les modalités de mise en œuvre des normes juridiques ne dépendent pas uniquement de leur contenu prescriptif *stricto sensu* : injonction, défense, permission... Le cadre normatif peut ainsi poser des conditions à l'exercice d'une prérogative, imposer des procédures consultatives, ou encore fixer des buts à atteindre. Or, s'agissant des normes permissives, de tels éléments sont susceptibles de constituer des formes, plus ou moins

---

<sup>616</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273.

appuyées, de contrainte sur les bénéficiaires de facultés. La mise en œuvre du fond de la norme a alors partie liée avec ces éléments, dont le respect est souvent une condition de l'exercice valable de certaines prérogatives juridiques, ou encore du bien-fondé de certains comportements. Il paraît donc opportun de s'interroger sur la combinaison de ces facteurs de contrainte avec des normes dont le contenu est permissif. Deux hypothèses classiques peuvent être retenues : d'une part, la combinaison de l'exercice de la faculté ouverte avec une procédure consultative, plus ou moins contraignante (A) et, d'autre part, la subordination de cet exercice au respect d'une finalité expressément prévue (B), ces deux « éléments de contrainte » n'étant d'ailleurs pas exclusifs.

#### A – L'INFLUENCE D'UNE PROCEDURE DE CONSULTATION PREALABLE

**254.** Le droit positif peut assortir l'exercice d'une faculté d'une procédure préalable de consultation, visant à recueillir l'avis d'un organisme – cela est notamment le cas en droit administratif, lorsque l'autorité bénéficiaire d'une faculté est tenue, ou a la possibilité, de soumettre son projet de décision pour avis, à une commission ou tout autre organisme compétent. Cette consultation peut en effet n'être que facultative ou au contraire constituer une formalité obligatoire.

**255.** Par principe, lorsque la consultation est facultative, l'autorité de décision apprécie librement l'opportunité de solliciter l'avis<sup>617</sup>. Elle jouit alors d'une faculté de recourir ou non à la consultation. Par ailleurs, elle ne saurait être liée par l'avis rendu, celui-ci visant seulement à éclairer l'exercice de ses prérogatives. Ainsi, si cette autorité se trouve être bénéficiaire d'une faculté (d'accorder une autorisation, une dérogation, de procéder à des expertises, etc.), son pouvoir d'appréciation reste entier, la nature permissive de sa compétence intacte. Toutefois, dès lors que l'autorité sollicite un avis qui n'était que facultatif, la consultation se doit d'être régulière<sup>618</sup>. Selon l'image de M. Chapus, l'autorité « se trouve alors soumise à l'obligation de jouer correctement le jeu dans lequel elle est cependant entrée librement »<sup>619</sup> ; toutefois, sa décision n'encourra une annulation contentieuse

---

<sup>617</sup> CE, 3 septembre 1997, *Syndicat national du négoce indépendant des produits sidérurgiques*, Rec. p. 644.

<sup>618</sup> CE, 15 mars 1974, *Syndicat national CGT-FO des fonctionnaires et agents du commerce intérieur et des prix*, Rec. p. 188 ; CE, 11 février 1991, *Association d'études et de défense de l'environnement Limagne et Combrailles*, n° 81301.

<sup>619</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., n° 1223.

que si une irrégularité dans la procédure de consultation a pu exercer, *en fait*, une influence sur l'avis ou la décision<sup>620</sup>.

**256.** Par opposition, il se peut que la procédure de consultation soit imposée à l'autorité de décision, qui, dans ce cas, est tenue de solliciter l'avis ; à défaut, sa décision est illégale. La consultation constitue ici une contrainte procédurale, qui, *a priori*, n'est pas à même de remettre en cause, sur le fond, le caractère permissif de la compétence de l'autorité administrative : elle demeure libre d'opter pour l'un ou l'autre versant de la faculté qui lui est ouverte. Cependant, il convient de distinguer selon que l'avis à recueillir est ou non conforme.

**257.** Si tel n'est pas le cas, il ne lie pas l'autorité qui reste libre de sa décision. Toutefois, il faut préciser qu'en pratique, lorsque l'avis rendu diverge de la décision qu'entendait prendre l'autorité, celle-ci ne pourra que maintenir sa décision (l'avis ne la liant pas), se conformer le cas échéant à la proposition de l'organisme consulté, ou bien s'abstenir de décider (l'organisme ayant rendu un avis défavorable, sans faire de proposition), mais en aucun cas prendre une autre décision, ce qui s'analyserait comme une méconnaissance de la procédure de consultation obligatoire<sup>621</sup>. Si elle entend adopter une autre décision, il faudra donc qu'elle procède à une nouvelle consultation.

Par exemple, l'article L5211-5 du CGCT prévoit en substance que le périmètre d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) peut être fixé par arrêté du représentant de l'Etat, à son initiative, après avis de la commission départementale de la coopération intercommunale concernée, cet avis étant réputé négatif à l'issue d'un délai de deux mois. Ainsi, lorsque le préfet prend l'initiative d'un projet d'EPCI, et en délimite le périmètre, la consultation de la commission départementale de la coopération intercommunale s'impose-t-elle à lui comme une obligation procédurale dont il ne peut s'affranchir, au risque que son arrêté ultérieur soit vicié. Toutefois, il n'est pas tenu par le sens de l'avis de la commission sur le périmètre projeté, dans la mesure où si l'avis est négatif, le préfet peut maintenir ce projet et poursuivre la procédure auprès des communes concernées. Cependant, il ne peut, à l'issue de la consultation de la commission, adopter un périmètre différent sans solliciter de nouvel avis.

---

<sup>620</sup> V. CE, 20 mars 1992, *Ep. Prost*, DA 1992, n° 271 ; CE, 30 octobre 1996, *Centre de perfectionnement et de voltige aérienne*, Rec. p. 685 ; CE, 29 avril 1998, *Krupka*, Rec. p. 553.

<sup>621</sup> La règle est particulièrement lourde concernant les avis que rend le Conseil d'Etat lorsqu'il est consulté sur un projet de loi ou de décret. Toute modification, même infime, est proscrite. V. CE, 10 juillet 1987, *Meissonnier*, Rec. p. 556 ; décision n° 2003-468 DC du Conseil constitutionnel du 3 avril 2003 (préc.), CCC n° 15, p. 20 et s.

Cela vaut, *mutatis mutandis*, pour la consultation des conseils municipaux des communes concernées par le périmètre : l'article L5211-5 du CGCT dispose qu'à l'issue de la consultation de la commission, l'arrêté de périmètre est notifié à chaque commune concernée, pour qu'elle se prononce sur le projet<sup>622</sup>. Or, cette seconde consultation ne constitue pour le préfet qu'une autre obligation procédurale, dans la mesure où la jurisprudence ne le considère pas lié par le sens des délibérations des conseils municipaux sur le projet de périmètre. En revanche, il ne peut ensuite créer un EPCI sur un périmètre différent de celui qui a été soumis à la consultation des communes et sur lequel les conseils municipaux ont délibéré<sup>623</sup>. Cette modification après consultation reviendrait à créer un EPCI sur lequel les communes ne se seraient pas prononcées.

La procédure consultative imposée au bénéficiaire d'une faculté constitue donc essentiellement une gêne procédurale, qui n'affecte semble-t-il pas le fond de la « compétence permissive » reconnue.

**258.** Au contraire, si l'avis à recueillir est dit *conforme*<sup>624</sup> (en vertu d'une disposition expresse), non seulement l'autorité a l'obligation de consulter, mais elle est tenue, sur le fond, par le sens de l'avis rendu. Elle a l'obligation de décider conformément à l'avis, sauf à renoncer à toute décision. En d'autres termes, elle se trouve dessaisie d'une part déterminante de sa liberté d'appréciation ; il semble, en effet, que ce ne soit plus elle, mais l'organisme consultatif, qui exerce véritablement la faculté qui lui est reconnue par le droit<sup>625</sup>. Cependant, il convient de remarquer, à l'instar de M. Chabanol, que bien souvent, en pratique, l'avis n'est « qu'à demi » conforme<sup>626</sup>, en ce sens qu'un avis défavorable peut faire obstacle à une décision, mais qu'un avis favorable « ne contraint pas l'autorité compétente à prendre cette décision (et en cela cet avis est purement facultatif).

---

<sup>622</sup> L'arrêté relatif au périmètre dresse également la liste des communes intéressées.

<sup>623</sup> CE, 2 octobre 1996, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c/ Commune de Boncourt-le-Bois et a*, *AJDA* 1996, p. 1022 et s., concl. Touvet.

<sup>624</sup> V. Hélène Simonian-Gineste, « Nouveau regard sur l'avis consultatif », *RDP* 1999, p. 1121.

<sup>625</sup> L'avis a alors un caractère décisoire, que confirme la possibilité, pour l'autorité consultante, de l'attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir (TA Poitiers, 20 février 1991, *Préfet de la Charente*, *JCP* 1991, IV, p. 393). Cependant, cela ne fait pas véritablement de l'organisme consultatif un coauteur de la décision : CE Ass., 19 décembre 1958, *X...*, *Rec.* p. 651 ; *AJDA* 1959, 1, p. 31, chron. M. Combarnous et J.-M. Galabert ; *JCP* 1958, n° 10839. Comp. CE Sect., 7 janvier 1955, *Ged*, *Rec.* p. 11 ; *D* 1955, p. 69, concl. Mosset. Par ailleurs, concernant l'avis (obligatoire mais non conforme) que rend le Conseil d'Etat sur les projets de lois et règlements, la jurisprudence y voit une « association à l'exercice du pouvoir, de telle sorte que les vices qui pourraient l'affecter sont rangés dans les *incompétences*, et sont donc examinés d'*office* » (Daniel Chabanol, *La pratique du contentieux administratif*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 557).

<sup>626</sup> Daniel Chabanol, *La pratique du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 343.



Il en est ainsi par exemple de l'avis rendu par la chambre d'accusation en matière d'extradition : défavorable, cet avis interdit d'extrader ; favorable, il n'oblige pas à extrader. Très rares sont les avis totalement conformes. On citera par exemple l'avis de la Commission des infractions fiscales, relatif à l'engagement de poursuites pénales à l'encontre des fraudeurs, qui, selon son sens, interdit cet engagement, ou y oblige »<sup>627</sup>. Aussi n'y a-t-il donc pas, en général, perte de la bilatéralité de la faculté : avis défavorable ou favorable laissent souvent la liberté de renoncer à prendre la décision. C'est certainement dans cette faculté de renoncement que subsiste une part de permissivité : plutôt que de se conformer à une décision quasiment prise par l'organisme consultatif, l'autorité compétente pourrait préférer renoncer.

**259.** Cela étant, l'issue que constitue le renoncement n'est pas toujours ouverte, notamment lorsque l'administration doit se prononcer sur une demande d'un administré. Tel est, par exemple, le cas en matière de permis de construire. L'article L421-2-2 du Code de l'urbanisme dispose ainsi que « *pour l'exercice de sa compétence*<sup>628</sup>, le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale recueille [...] b) *L'avis conforme du représentant de l'Etat lorsque la construction projetée est située*

*Sur une partie du territoire communal non couverte par une carte communale, un plan local d'urbanisme ou un plan de sauvegarde et de mise en valeur, opposable aux tiers.*

*Dans un périmètre où des mesures de sauvegarde prévues par l'article L111-7 peuvent être appliquées, lorsque ce périmètre a été institué à l'initiative d'une personne autre que la commune ».*

Qu'elle entende octroyer le permis, en subordonner la délivrance au respect de prescriptions spéciales ou le refuser, l'autorité compétente doit procéder, dans ces hypothèses, à la consultation du préfet. Si celui-ci émet un avis favorable sur le projet de décision, l'autorité pourra la prendre, en en respectant la teneur initiale. Mais si l'avis est négatif, elle sera contrainte de renoncer à son projet de décision et à se prononcer conformément à l'avis, mais ne pourra pas renoncer à prendre toute décision : non seulement elle ne peut s'abstenir de répondre au pétitionnaire, puisque son silence serait interprété comme une décision tacite, mais en plus, le risque que cette décision tacite soit elle-même contraire à l'avis rendu n'est

---

<sup>627</sup> *Ibid.*

<sup>628</sup> Celle qu'ils tiennent de l'article L421-2-1 du Code de l'urbanisme, pour la délivrance des permis de construire.

pas improbable<sup>629</sup>. Par ailleurs, elle ne peut prononcer de sursis à statuer que dans un nombre restreint d'hypothèses<sup>630</sup>.

**260.** La procédure de l'avis conforme remet donc singulièrement en cause le caractère permissif de certaines compétences. A cet égard, certaines dispositions du droit positif sont finalement plus explicites quant à leur nature effective, en indiquant que l'autorité administrative ne peut délivrer d'autorisation qu'avec « l'accord » de tel ou telle autre autorité – la formulation *ne peut... que* valant impératif<sup>631</sup>. Mais il faut préciser que cette conformité de décision ne vaut que pour l'octroi de l'autorisation ; l'autorité compétente peut donc la refuser librement, sans avoir à recueillir d'accord. Cette disposition s'avère finalement plus permissive, en dépit des termes de sa formulation, que celles indiquant, comme l'article L421-2-2 précité, que pour l'exercice de ses compétences (ce qui implique tout type de décision), l'autorité de décision recueille un *avis* conforme.

**261.** L'influence qu'exercent les procédures de consultation sur l'exercice de facultés est donc susceptible de degrés. Facultatif, l'avis ne lie pas l'autorité de décision, mais lui impose de respecter la procédure consultative dès lors qu'elle a choisi de s'y soumettre. Obligatoire, l'avis impose une exigence procédurale, qui amène le décideur à toujours soumettre à avis les décisions qu'il entend prendre. Enfin, si l'avis à recueillir est dit conforme, il n'affecte plus à leur périphérie les modalités d'exercice de la faculté ouverte ; celle-ci est atteinte dans son caractère principal : sa dualité. Il est clair que ces hypothèses affectent si intensément

---

<sup>629</sup> Aussi, l'article R421-19 du Code de l'urbanisme prévoit-il que lorsque la délivrance du permis de construire est soumise à l'avis conforme d'une autorité chargée d'assurer le respect d'un intérêt public particulièrement important, le silence gardé par l'administration vaut, comme dans le droit commun, décision implicite de rejet – et non permis de construire tacite. La jurisprudence témoigne qu'une décision implicite peut voir sa légalité atteinte par un vice dans la procédure consultative : CE, 24 octobre 1986, *Société SEFIMA*, Rec. p. 561 (« Considérant qu'il est constant que l'avis du préfet prévu par l'article 157 précité n'a pas été recueilli au cours de l'instruction de la demande ; que ce défaut de consultation constitue une irrégularité substantielle de nature à entacher d'illégalité l'autorisation accordée ; que le caractère tacite de ladite autorisation ne pouvait avoir pour effet de dispenser l'autorité administrative du respect de cette formalité »).

<sup>630</sup> Art. L111-7 du Code de l'urbanisme : « Il peut être sursis à statuer sur toute demande d'autorisation concernant des travaux, constructions ou installations dans les cas prévus par les articles L111-9 et L111-10 du présent titre, ainsi que par les articles L123-6 (dernier alinéa), L311-2 et L313-2 (alinéa 2) ».

<sup>631</sup> V. par ex. art. L421-1 al. 6 du même code (« Lorsque les constructions ou travaux visés aux alinéas 1er et 2 ci-dessus sont soumis par des dispositions législatives ou réglementaires, en raison de leur emplacement ou de leur utilisation, à un régime d'autorisation ou à des prescriptions dont l'application est contrôlée par un ministre autre que celui qui est chargé de l'urbanisme, le permis de construire est délivré avec l'accord de ce ministre ou de son représentant et vaut autorisation au titre de ces législations ou réglementations ») ; R421-38-3 (« accord exprès du ministre chargé des monuments historiques ») ; R421-38-4, R421-38-6-II, R421-38-9 (« accord de l'architecte des Bâtiments de France ») ; R421-38-7 (« accord exprès du ministre chargé de la Protection de la nature ») ; R313-19-2 (qui recourt à une formulation distincte, mais soumet bien l'octroi du permis de construire à accord de l'architecte des Bâtiments de France).

l'autonomie décisionnelle du bénéficiaire de la faculté ouverte que la qualification de norme permissive devient relative.

Les procédures consultatives ne sont cependant pas les seuls facteurs d'une éventuelle altération de la permissivité. Fréquemment, le législateur enchâsse l'exercice des facultés qu'il instaure dans un cadre finalisé.

## B – L'ASSIGNATION DE BUTS A LA MISE EN ŒUVRE D'UNE FACULTE

**262.** D'une manière générale, tout acteur juridique doit inscrire ses actions dans le cadre de ce qui est licite ; il ne peut dès lors poursuivre de buts illégaux. Outre cette délimitation négative des buts, il arrive que le droit positif assigne des buts ou finalités plus ou moins explicites à certaines catégories d'acteurs ou certains champs d'action. Par exemple, l'action administrative est classiquement finalisée par la satisfaction de l'intérêt général<sup>632</sup>, de l'intérêt du service, ou encore la protection de l'ordre public<sup>633</sup>, paradigmes qui lui confèrent autant sa légitimité, que certaines limites. Une légitimité évidente puisqu'à ces motifs, l'administration se voit reconnaître des prérogatives importantes, parmi lesquelles un certain nombre de facultés dans des domaines variés : faculté d'abroger une autorisation d'occupation privative du domaine public<sup>634</sup>, d'en refuser le renouvellement<sup>635</sup>, de résilier unilatéralement un contrat administratif<sup>636</sup>, etc. Mais ces notions posent aussi certaines limites aux prérogatives de l'administration, le détournement de pouvoir stigmatisant la déviance de l'action administrative au regard de ses buts légitimes<sup>637</sup>.

---

<sup>632</sup> V. Conseil d'Etat, « Réflexions sur l'intérêt général », *Rapport public 1999*, Etudes et documents, n° 50, La Documentation française.

<sup>633</sup> Cependant, cette notion, objet essentiel de la police administrative, ne fonde pas nécessairement en cette matière une simple faculté d'action au profit des autorités compétentes, mais quelquefois une véritable obligation ; sur cette question, v. n° 634 et s.

<sup>634</sup> Au motif de l'intérêt général : CE, 16 mars 1933, *Ramel*, *Rec.* p. 637. Au motif du maintien de l'ordre public : CE Sect., 18 novembre 1966, *Froment et Veuve Clément*, *Rec.* p. 607 ; *RDP* 1967, p. 543, note M. Waline et p. 987, concl. Galabert ; *AJDA* 1967, p. 45, note A. de Laubadère ; *JCP* 1967, II, n° 15063, note J. Mourgeon.

<sup>635</sup> CE Ass., 29 mars 1968, *Ville de Bordeaux c/ Société Menneret*, *Rec.* p. 217 ; *AJDA* 1968, p. 348, concl. Théry et p. 574, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc ; CE 20 mars 1996, *Veves*, n° 121601.

<sup>636</sup> Dans l'intérêt du service : CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Rec.* p. 246 ; *AJDA* 1958, 2, p. 282, concl. Kahn ; *D* 1958, p. 730, note A. de Laubadère ; CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, *Rec.* p. 334 ; *AJDA* 1996, p. 788, note J.-P. Gilli ; *D* 1996, IR, p. 202 ; *JCP* 1997, n° 22790, concl. Delarue.

<sup>637</sup> CE, 24 février 1864, *Lesbats*, *Rec.* p. 209, concl. L'Hôpital ; CE, 26 novembre 1875, *Pariset et Laumonnier-Carriol*, *Rec.* p. 934 et 936. Le détournement de pouvoir vise à sanctionner l'autorité administrative qui a fait usage de ses prérogatives dans un but autre que celui pour lequel elle en est dotée ; il peut s'agir d'un intérêt privé (CE, 13 janvier 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, *Rec.* p. 23 ; *AJDA* 1995, p. 167 ; *RDP* 1995, p. 1091, note X. Prétot ; *RFDA* 1995, p. 418), ou d'un autre intérêt public (CE, 12 janvier 1994, *Esvan*, *Rec.* p. 769). Par ailleurs, la jurisprudence témoigne de la porosité du

**263.** Enfin, le droit positif peut indiquer spécialement les finalités<sup>638</sup> qu'il entend imposer à l'exercice d'une prérogative. Cette forme de conditionnement paraît particulièrement intéressante à propos des normes permissives, puisqu'elle suppose une obligation d'adéquation entre l'usage d'une faculté par un acteur juridique et les buts assignés. Comme lorsque le droit pose des conditions à l'exercice d'une faculté (*telle autorité peut... si...*), l'appréciation de son bénéficiaire n'est pas entièrement libre ; néanmoins, une distinction doit être soulignée. Lorsque le droit assigne un but à l'exercice d'une faculté, il sous-entend que cet exercice peut permettre la satisfaction du but fixé. Au contraire, lorsque le droit pose une condition à l'exercice d'une faculté, c'est la satisfaction de cette condition qui permet l'exercice de la faculté.

**264.** Toutefois, la distinction n'est pas forcément aisée. La rédaction de certaines conditions peut en effet laisser entrevoir les finalités poursuivies par l'auteur de la norme. Ainsi, la plupart des articles du Règlement national d'urbanisme posent-ils des conditions répondant à des finalités clairement identifiées : protection de la sécurité publique, protection de l'environnement, protection du patrimoine culturel, protection du patrimoine archéologique, protection contre les nuisances sonores, etc.<sup>639</sup>

De la même manière, comment qualifier sans réserve la référence faite aux particularismes des départements et régions d'outre-mer, et aux collectivités d'outre-mer, dans l'article 73 de la Constitution : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* » (al. 1) ; « *Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi* » (al. 2) ? Le particularisme est, ici, autant une condition de l'exercice des facultés ouvertes, qu'un reflet des finalités que leur mise en oeuvre doit poursuivre.

**265.** Selon M. Eisenmann, buts et conditions de fond sont intimement liés : « dans bon nombre de cas, il y a une relation étroite entre conditions existantes et fin poursuivie ; on

---

cloisonnement entre intérêt public et intérêt privé (CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, Rec. p. 561 ; *AJDA* 1972, p. 227, note A. Homont ; CAA Bordeaux, 3 mai 2001, *Denquin*, n° 98BX00669).

<sup>638</sup> Sur la fixation d'objectifs dans le droit, v. les études réunies dans les Cahiers de méthodologie juridique, n° 4, *RRJ* 1989-4.

<sup>639</sup> V. Code de l'urbanisme, art. R111-1 et s.

pourrait dire, soit que les conditions déterminent la fin à poursuivre, soit qu'elles se reflètent dans les conditions »<sup>640</sup>. Cette tendance à la confusion traduit finalement le fait que conditions de fond et finalités sont deux formes de conditionnement qui peuvent affecter les prérogatives juridiques<sup>641</sup>. Par ailleurs, la formalisation des buts poursuivie a tendance à objectiver ce qui est classiquement considéré en doctrine comme un élément subjectif, d'ordre psychologique<sup>642</sup>. Cela fait écho à une tendance jurisprudentielle consistant à contrôler les buts poursuivis par l'administration en recourant à un contrôle des motifs<sup>643</sup>.

**266.** Cela étant, dans quelle mesure la détermination expresse de buts peut-elle constituer une contrainte susceptible d'affecter le caractère permissif d'une norme ? Si le bénéficiaire d'une faculté voit en principe sa latitude d'action restreinte, l'atteinte à la permissivité dépend surtout des modalités de la finalisation, et de la portée du contrôle juridictionnel.

**267.** Le droit positif peut ainsi imposer une obligation de motivation à la charge du bénéficiaire de la faculté, visant à justifier de l'adéquation de son action aux buts assignés. La mise en œuvre d'un droit de préemption urbain<sup>644</sup> par une commune s'inscrit dans ce cadre. En effet, l'article L210-1 du Code de l'urbanisme dispose que « *Les droits de préemption institués par le présent titre sont exercés en vue de la réalisation, dans l'intérêt général, des actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article L. 300-1, à l'exception de ceux visant à sauvegarder ou à mettre en valeur les espaces naturels, ou pour constituer des réserves foncières en vue de permettre la réalisation desdites actions ou opérations d'aménagement.*

*Toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé ».*

---

<sup>640</sup> L'auteur donne l'exemple où « l'édification d'un immeuble en un point donné détruirait une perspective monumentale ; le refus du permis de construire vise à empêcher cette destruction, à assurer le maintien de l'état antérieur » ; *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 644.

<sup>641</sup> Au demeurant, il n'est pas exclu que certaines dispositions fixent à la fois des conditions de fond à l'exercice d'une faculté, et des finalités, de manière distincte. V. par ex. l'article L153-1 du Code de la voirie routière : « *L'usage des ouvrages d'art est en principe gratuit.*

*Toutefois, il peut être institué lorsque l'utilité, les dimensions, le coût d'un ouvrage d'art appartenant à la voirie nationale, départementale ou communale ainsi que le service rendu aux usagers le justifient, un péage pour son usage en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées soit à la construction, soit, lorsque ces missions font l'objet d'une convention de délégation de service public, à la construction, à l'exploitation et à l'entretien ou à l'exploitation et à l'entretien de l'ouvrage d'art et de ses voies d'accès ou de dégagement ».*

<sup>642</sup> V. par ex. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1242.

<sup>643</sup> V. Jean-Michel Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, thèse, Pau, 2002, p. 84-95.

<sup>644</sup> V. art. L211-1 du Code de l'urbanisme.

Non seulement l'exercice du droit de préemption urbain doit répondre à des nécessités d'aménagement<sup>645</sup>, mais il donne lieu à une obligation de motivation, sur laquelle le juge exerce un contrôle. Il s'agit d'une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'irrégularité la décision de préemption<sup>646</sup>. Par ailleurs, le juge contrôle les motifs de la décision de préemption et vérifie ainsi que les finalités du dispositif sont bien respectées<sup>647</sup>.

**268.** A l'opposé, lorsque l'article L821-2 du Code de justice administrative permet au Conseil d'Etat, juge de cassation, de « régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie », les perspectives d'un contrôle juridictionnel sur la mise en œuvre de cette faculté sont nulles. Or, il semble bien qu'il s'agisse d'une faculté finalisée. Certes, la tournure employée est celle de la condition, mais cette disposition pose un objectif – *la bonne administration de la justice* – que l'exercice de la faculté de statuer au fond doit logiquement contribuer à atteindre. Pourtant, la faculté dont jouit le juge de cassation semble bien peu contrainte par cette finalité ? Elle y trouve sa justification, et cela devrait tendre, en théorie, à en limiter le caractère discrétionnaire, mais l'absence de contrôle, comme le laconisme du Conseil d'Etat, permettent d'en douter<sup>648</sup>. La permissivité de cette disposition ne semble pas atteinte – du moins de l'extérieur – par sa finalisation.

**269.** L'assignation de buts exprès à l'exercice d'une faculté est donc susceptible d'altérer la liberté d'appréciation dont jouit son bénéficiaire en conditionnant et en suscitant presque l'opportunité de son usage. Le sens de la décision qu'il prendra devra s'inscrire dans un rapport d'adéquation avec les finalités imposées. Toutefois, la mesure de cette altération est pour une grande part fonction des possibilités de contrôle juridictionnel. D'une manière générale, des situations purement permissives, impliquant une discrétion absolue, sont

---

<sup>645</sup> Art. L300-1 du Code de l'urbanisme : « Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels ».

<sup>646</sup> CE, 2 décembre 1988, *SA d'économie mixte immobilière du Nord-Est parisien (SEMINEP)*, JCP-N, 1989, II, p. 255, note R. Vandermeeren.

<sup>647</sup> L'exercice du droit de préemption est illégal lorsqu'il a pour objet de faire obstacle à l'extension d'une entreprise à laquelle la commune reproche de méconnaître certaines prescriptions imposées par la législation des installations classées pour la protection de l'environnement : CAA Lyon, 3 mai 1995, *Commune de Saint-Barthélemy-de-Vals*, LPA 27 septembre 1996, n° 117. V. aussi, distinguant mal contrôle des motifs et détournement de pouvoir : CE Sect., 1<sup>er</sup> février 1993, *Guillec*, DA 1993, n° 136 ; JCP 1993, II, 22088, concl. Vigouroux ; RFDA 2/1993, p. 404 ; JCP 1993, IV, n° 818, obs. M.-Ch. Rouault. Sur cette affaire, v. également Jean-Michel Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, op. cit., p. 86.

<sup>648</sup> Force est de constater que le Conseil d'Etat conserve une grande liberté d'appréciation, étant seul maître de la définition de l'« intérêt d'une bonne administration de la justice » (v. n° 96).

difficilement envisageables. L'action des acteurs juridiques, publics ou privés, est nécessairement conditionnée par des contraintes plus ou moins diffuses. Les autorités administratives sont ainsi tenues d'agir dans l'intérêt général ; la jurisprudence rappelle combien ce paradigme imprègne l'action administrative et finalise notamment l'exercice des pouvoirs discrétionnaires et la mise en œuvre des règles permissives. Considérer pour cette raison que ces contraintes annihilent l'idée de permissivité, c'est se priver d'une lecture nuancée de la réalité normative.

**270.** L'exercice de la faculté par une norme permissive n'est donc pas un phénomène uniforme, mais largement tributaire des modalités qu'en détermine le droit positif. L'articulation des facultés ouvertes aux sujets de droit avec les diverses procédures consultatives et finalités plus ou moins expresses qui peuvent être instituées révèle autant de degrés dans liberté laissée au destinataire de la norme permissive. Ces formes de contrainte n'excluent pas nécessairement la libre détermination de ce dernier. Certes, elles peuvent l'affecter, l'altérer, mais elles ne sauraient systématiquement l'abolir. Le discours selon lequel l'« élément obligatoire » ainsi réintroduit démontrerait l'inexistence de normes purement permissives, et dénaturerait la catégorie, appelle donc des réserves. Le caractère permissif d'une norme n'a pas à être exclusif pour exister. Il semble d'ailleurs que cela se vérifie également eu égard au potentiel contraignant des normes permissives quant à leur destinataire.

## **§ 2 – LE POTENTIEL CONTRAIGNANT DES NORMES PERMISSIVES QUANT A LEUR DESTINATAIRE**

**271.** Les tenants d'une réductibilité des normes permissives à la catégorie des impératifs normatifs avancent l'argument de leurs effets contraignants à l'égard des tiers, mais aussi de leur destinataire principal. Ces normes génèreraient une forme d'impérativité, qui priverait d'intérêt leur appréhension comme dispositions non-contraignantes. A la différence des hypothèses précédentes, où la mise en œuvre de la faculté ouverte est affectée par une forme de contrainte, c'est ici l'exercice même de la faculté qui constitue l'origine de la contrainte. Mais si le droit positif témoigne de la banalité du phénomène, il renferme une diversité de cas, qui rend difficile son appréhension ordonnée. Toutefois, il paraît possible de distinguer des situations traduisant une combinaison de dispositions impératives et permissives parfaitement individualisables (A), tandis que d'autres manifestations relèvent plutôt d'une « hybridation » entre impérativité et permissivité (B).

## A – LA COMBINAISON DE DISPOSITIONS IMPERATIVES ET PERMISSIVES

272. Un nombre important de situations normatives permissives s'inscrit en réalité dans une combinaison de dispositions permissives et impératives. Le mécanisme de l'autorisation administrative préalable en constitue une illustration majeure (1). Mais d'autres facultés, ouvertes directement dans le droit positif, peuvent également être articulées à des dispositions impératives, qui en altèrent inévitablement le caractère permissif (2).

### *1 – Les facultés procédant d'autorisations administratives préalables*

273. Une norme permissive peut résulter d'un acte administratif intervenant dans le cadre d'une procédure d'autorisation préalable. Levant une prohibition de principe, cet acte ouvre au profit de son destinataire (le permissionnaire) une faculté, dont il est libre de faire ou non usage. Cette faculté lui permet généralement de se livrer à une activité réglementée : opération immobilière<sup>649</sup>, exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement<sup>650</sup>, enseignement de la conduite automobile et de la sécurité routière<sup>651</sup>, chasse<sup>652</sup>, etc. Le permissionnaire est réputé jouir d'une situation juridique permissive. Pour autant, celle-ci n'exclut pas sa soumission à d'éventuelles obligations.

M. Février considère, en effet, que l'« élément obligatoire peut ressurgir dans les normes ouvrant une faculté, dès lors que l'activité autorisée est encadrée par l'existence d'un statut »<sup>653</sup> ; il donne l'exemple du permis de construire. Si le titulaire de ce dernier décide de réaliser les travaux projetés, il se soumet effectivement à un ensemble de prescriptions législatives et réglementaires qui gouvernent l'acte de construction, et plus largement l'utilisation du sol et de l'espace : droit de l'urbanisme, droit de la construction, droit de l'environnement, droit fiscal, etc. La mise en œuvre de la norme permissive conduit ainsi son bénéficiaire à respecter des dispositions impératives, et aurait donc les mêmes conséquences contraignantes qu'une norme directement injonctive. Toutefois, il convient de souligner, comme le fait d'ailleurs M. Février, que le titulaire du permis de construire n'est pas *ipso*

---

<sup>649</sup> Construction, travaux sur constructions existantes (Code de l'urbanisme, art. L421-1), démolition (art. L430-2), aménagement (sur le lotissement, v. art. L et R315-1 et s.), etc.

<sup>650</sup> Code de l'environnement, art. L511-2.

<sup>651</sup> Code de la route, art. L212-1.

<sup>652</sup> Code de l'environnement, art. L423-1 et s. Sur l'introduction du permis de chasser, et les conditions particulières de réglementation de la chasse, longtemps constitutive d'un droit lié à la propriété foncière : Michel Prieur, *Droit de l'environnement, op. cit.*, n° 474 et s.

<sup>653</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273.



*facto*, du fait même de la délivrance de l'autorisation, soumis à ce statut<sup>654</sup>. Il faut qu'il se décide à construire. Les effets contraignants de la mise en œuvre de la faculté ouverte ne sont donc pas automatiques, et c'est d'ailleurs en cela qu'il y a permissivité : « la permissivité vient de la possibilité de choix entre soumission et insoumission au statut »<sup>655</sup>.

Un raisonnement analogue peut être fait à propos du permis de conduire<sup>656</sup> qui, suite à une formation et à un examen reconnaissant l'aptitude d'un individu à la conduite automobile, lui ouvre la faculté de circuler en automobile. N'étant qu'un titre, le permis lui confère une possibilité dont il est libre de faire ou non usage. Toutefois, si cet individu décide de conduire une automobile sur la voie publique, il sera tenu de respecter les dispositions du Code de la route. Il se sera librement soumis à ces dispositions.

**274.** Il n'est donc pas contestable que la mise en œuvre d'une faculté puisse entraîner la soumission à des dispositions impératives. Toutefois, deux remarques s'imposent.

En premier lieu, cette soumission ne saurait être automatique, puisque l'application d'une part essentielle de ces obligations dépend de la décision du permissionnaire au regard de la faculté qui lui est ouverte. Un automobiliste, titulaire d'un permis de conduire, peut ne pas être soumis aux dispositions du Code de la route régissant la conduite automobile, s'il ne la pratique jamais. L'élément qui appelle l'application du statut est la conduite automobile ; c'est la réalisation effective des travaux pour le bénéficiaire d'un permis de construire. Autrement dit, la libre détermination du permissionnaire, qui constitue le ressort fondamental de la permissivité, opère d'une manière déterminante dans l'application desdites obligations. La situation de l'administré présente donc bien un caractère permissif à cet égard.

En second lieu, il ne faut pas négliger le fait que dans ces deux cas, le statut n'a d'autre objet que de régir ces activités, et que c'est à ce titre, qu'il fait justement obligation d'obtenir un permis ; ce dernier est un élément du statut. En d'autres termes, le statut s'applique au-delà du permis : avant, parce que c'est lui qui en impose l'obtention ; pendant, puisqu'il en régit la

---

<sup>654</sup> Toutefois, la délivrance du permis de construire entraîne l'application immédiate de dispositions impératives, indépendamment du comportement de son titulaire. Il s'agit notamment des dispositions relatives au régime de l'« acte administratif-permis de construire », comme l'article R421-32, qui pose le principe de la péremption du permis si « *les constructions ne sont pas entreprises dans le délai de deux ans à compter de la notification visée à l'article R. 421-34 ou de la délivrance tacite du permis de construire* », ou « *si les travaux sont interrompus pendant un délai supérieur à une année* ».

<sup>655</sup> *Ibid.*

<sup>656</sup> Code de la route, art. R. 221-1 et s.

délivrance<sup>657</sup> ; après, dans la mesure où le permissionnaire décide de faire usage de la faculté qui lui est accordée. L'application du statut est donc davantage liée à l'intention du permissionnaire de se livrer à une activité réglementée, qu'à la décision administrative permissive. Le permis n'a d'autre but que d'écarter l'application des dispositions réprimant la construction ou la conduite sans permis, c'est-à-dire l'interdiction inhérente à toute activité soumise à un régime d'autorisation préalable. En cela, la situation du permissionnaire constitue une illustration de la manifestation la plus largement admise de la permissivité : l'exception à un impératif préalable. Il serait dès lors pour le moins paradoxal de considérer qu'en cette hypothèse, les effets impératifs l'emportent sur le caractère permissif.

**275.** L'acte permissif n'est donc pas, en soi, à l'origine de l'application du statut impératif. Non seulement une partie de statut s'applique déjà à l'administré avant même que celui-ci ne décide de se livrer à l'activité réglementée, mais surtout, c'est bien cette décision, purement factuelle, qui génère lesdits effets contraignants. Au contraire, sa qualité de permissionnaire lui garantit une libre détermination, une servitude volontaire, et le place dans une position juridique régulière. En cela, sa situation n'est manifestement pas celle de l'administré destinataire d'un acte impératif, dont les effets contraignants ne sont en aucune sorte liés à une autre volonté que celle de son auteur.

Les normes permissives ne se limitent toutefois pas aux autorisations administratives, et il convient d'aborder également la question du potentiel contraignant des normes ouvrant directement des facultés dans l'ordonnement juridique.

## ***2 – Les facultés directement ouvertes dans le droit positif***

**276.** S'agissant des dispositions permissives ne constituant pas des autorisations administratives, le bénéfice de la faculté ouverte n'est pas subordonné à l'obtention d'un permis ; il n'y a pas d'entrave procédurale. Les sujets de droit peuvent donc librement mettre en œuvre la faculté ouverte, sans autre condition que celle de le vouloir. Toutefois, cette mise en œuvre peut conduire à la soumission du bénéficiaire de la faculté à des dispositions juridiques impératives.

---

<sup>657</sup> Les règles d'urbanisme régissent ainsi la procédure d'instruction de la demande de permis (autorité compétente, délais d'instruction, etc.), mais déterminent aussi le fond de la décision à intervenir. Pour ce qui est du permis de conduire, si le Code de la route prévoit les modalités d'obtention du permis de conduire, cette dernière reste tributaire de la réussite du candidat aux épreuves de l'examen obligatoire prévu à cet effet.

277. L'article 38 de la loi du 13 mai 1991 *portant statut de la collectivité territoriale de Corse*<sup>658</sup>, reconnaît ainsi à l'Assemblée de Corse (organe délibérant de la Collectivité territoriale de Corse) la faculté de mettre en cause la responsabilité du conseil exécutif par le vote d'une motion de défiance (alinéa 1). Cependant, l'alinéa suivant précise que « *la motion de défiance mentionne, d'une part, l'exposé des motifs pour lesquels elle est présentée et, d'autre part, la liste des noms des candidats aux mandats de président et de conseillers exécutifs de Corse appelés à exercer les fonctions prévues au présent titre en cas d'adoption de la motion de défiance* ».

En d'autres termes, l'article 38 fait obligation aux auteurs de la motion de défiance de motiver leur décision (donc la mise en œuvre de la faculté ouverte), mais surtout, d'indiquer les noms des candidats aux mandats de président et conseillers exécutifs de Corse qui remplaceront les membres actuels si la motion est adoptée. Cette obligation de prévoir un « collège exécutif de substitution » vaut au mécanisme la dénomination de *motion de défiance constructive*<sup>659</sup>. Elle instaure un impératif auquel sont soumis les membres de l'Assemblée de Corse lorsqu'ils font usage de la faculté ouverte par l'article 38, à tel point qu'elle peut dissuader de la mettre en œuvre. C'est d'ailleurs l'objectif d'une telle obligation, que celui de « filtrer » les velléités de renversement du conseil exécutif, dans un but de stabilité politique.

La soumission à l'obligation est donc liée à la mise en œuvre de la faculté ouverte. L'obligation de désigner des candidats aux fonctions de président et conseillers exécutifs, et celle de motivation, sont donc dépendantes du processus permissif ; l'exercice de la faculté déclenche leur application.

278. Mais peut-on véritablement dire, au vu de ces éléments, que la norme permissive contenue dans l'article 38 de la loi du 13 mai 1991 ait un effet impératif ? Il semble nécessaire de distinguer les différents constituants de cet article. Effectivement, cette disposition, dans son ensemble, a une portée contraignante, au demeurant potentielle. Mais cela est dû à la présence, en son sein, d'une norme impérative, qu'incarne l'alinéa 2 : la motion de défiance prévue par cet article doit s'accompagner d'une motivation et de la désignation d'un conseil exécutif de substitution. Pour autant, l'alinéa 1<sup>er</sup> est bien permissif, en ce qu'il ouvre aux

---

<sup>658</sup> Loi n° 91-428, *JORF* 14 mai 1991.

<sup>659</sup> Les système est notamment inspiré de l'article 67 de la Loi fondamentale allemande. V. Yves Tanguy, « La motion de défiance dans le statut de la Corse », *RA* 1992, p. 121, spéc. p. 123 ; « Le statut de la collectivité territoriale de Corse », *AJDA* 1991, p. 706 ; Thierry Michalon, « La Corse entre décentralisation et autonomie, Vers la fin des catégories ? », *RFDA* 1991, p. 728.

membres de l'Assemblée de Corse une faculté : tenter de renverser le conseil exécutif en déposant une motion de défiance. D'un point de vue logique, l'application de l'alinéa 2 est la conséquence de la mise en œuvre de l'alinéa 1<sup>er</sup>. L'impératif est donc conditionné par l'exercice de la faculté ; il correspond en quelque sorte à une obligation sous condition suspensive (la réalisation de la condition dépendant de la volonté des membres de l'Assemblée de Corse).

Cet article peut être appréhendé comme un véritable « complexe de normes » : la prescription (au sens large) du droit résulte d'une combinaison d'éléments impératifs et permissifs. Au demeurant, ces éléments pourraient parfaitement être séparés. La faculté de déposer une motion de défiance – qui constitue une prérogative de l'Assemblée de Corse, et concrétise le principe de responsabilité du conseil exécutif devant elle – pourrait exister sans les modalités impératives qu'ajoutent l'alinéa 2. Les effets obligatoires ainsi générés ne le sont pas véritablement par la norme permissive. Il en ressort toutefois que la liberté de faire usage de cette faculté peut, dans les faits, être atteinte. L'impératif constitue ici une gêne. Mais d'un point de vue normatif, il ne remet pas en cause la dimension permissive de la norme, et s'analyse en un élément extérieur à celle-ci, une composante complémentaire du droit positif.

**279.** Toutefois, certains complexes de normes affectent plus nettement la faculté ouverte, lorsque l'effet obligatoire inhérent à la norme impérative présente une véritable portée normative. C'est le cas dès lors qu'une norme permissive est combinée à une disposition impérative instituant un délai de carence, tel l'article 12 de la Constitution : « *Le Président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des Présidents des assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale. [...] Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans l'année qui suit ces élections* » (alinéa 4)<sup>660</sup>.

Le premier alinéa exprime une norme permissive qui confère au chef de l'Etat la prérogative éminente de dissoudre l'Assemblée nationale (sous réserve d'avoir procédé aux consultations prévues). L'alinéa 4 s'analyse, quant à lui, en une disposition impérative qui, combinée à la précédente, précise la portée de la faculté ouverte. L'une et l'autre se comprennent

---

<sup>660</sup> Compar. Art. L1112-16 du CGCT :

« *Dans une commune, un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales et, dans les autres collectivités territoriales, un dixième des électeurs, peuvent demander à ce que soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de la collectivité l'organisation d'une consultation sur toute affaire relevant de la décision de cette assemblée.*

*Dans l'année, un électeur ne peut signer qu'une seule demande tendant à l'organisation d'une consultation par une même collectivité territoriale. »*

séparément. Toutefois, ce dernier alinéa constitue, pour l'exercice de la faculté, une gêne qui n'est pas seulement factuelle, comme dans l'hypothèse précédente, mais emporte des conséquences normatives : certes, l'application de cet impératif est tributaire de la mise en œuvre préalable du droit de dissolution, mais il a bien pour effet de fermer, même temporairement, cette faculté. L'impératif génère une restriction dans la possibilité d'usage futur de la faculté ouverte, du fait même d'un usage antérieur ; le bénéficiaire de la faculté se limite par l'exercice même de sa liberté. Pourtant, là encore, si la contrainte apparaît, elle n'est pas le fait de la norme permissive elle-même, mais à la fois d'une disposition impérative extérieure, qu'il convient d'appliquer en combinaison avec elle, et de la décision prise par le bénéficiaire de la faculté.

**280.** De tels « complexes normatifs », qui imposent une lecture attentive des dispositions juridiques sont assez fréquents dans le droit positif. Le fait, pour une autorité administrative, de se soumettre volontairement à une procédure de consultation facultative, engendre ainsi l'obligation de respecter la régularité de la consultation. De même, la décision de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale, d'organiser un référendum local implique, outre la prise en charge obligatoire par ladite collectivité des dépenses relatives à son organisation<sup>661</sup>, l'éventualité d'être liée par la décision des électeurs consultés<sup>662</sup>.

La fréquente combinaison de dispositions impératives et permissives explique donc que l'exercice de certaines facultés puisse conduire leurs bénéficiaires à s'exposer à des formes de contrainte normative. Mais l'impératif demeure, en principe, individualisable de la faculté ouverte et dépendant, en quelque sorte, de cette dernière. Il est en revanche des hypothèses où l'interpénétration de l'impératif et du permissif est plus intense et rend incertaine toute tentative de décomposition.

## B – LES NORMES « HYBRIDES »

**281.** La difficulté d'analyse en est effet plus grande concernant les dispositions et les actes juridiques qui semblent être le produit d'une véritable « hybridation » de normes impératives et permissives. Si certaines dispositions peuvent être considérés comme des formes plus abouties, plus *intégrées*, de complexes normatifs – c'est le cas des impératifs facultatifs (1) –,

---

<sup>661</sup> Art. LO 1112-5 du CGCT.

<sup>662</sup> Art. LO 1112-7 du CGCT : « *Le projet soumis à référendum local est adopté si la moitié au moins des électeurs inscrits a pris part au scrutin et s'il réunit la majorité des suffrages exprimés* ».

la notion de directive, en revanche, pose un certain nombre de question quant à ses rapports avec la norme permissive (2).

### ***1 – Les impératifs facultatifs***

**282.** Il est un fait que certaines normes permissives ont pour objet même de proposer une contrainte à leur destinataire. Comme le mécanisme contractuel, elles reposent sur le principe d'une servitude volontaire des sujets de droit<sup>663</sup>. A la différence des hypothèses précédentes, il ne s'agit pas de *combinaisons* du permissif et de l'impératif, où la mise en œuvre du premier provoquerait, « par ricochet », l'activation du second. Le lien unissant permissivité et impérativité n'est plus d'ordre causal, mais définitionnel. Aussi, n'est-il pas possible de concevoir l'existence de l'une de ces facettes normatives sans l'autre ; en supprimer une conduit à amputer la norme de son objet ou de sa manière de prescrire – au contraire, dans les cas précédents, une faculté pouvait parfaitement être ouverte indépendamment de l'édiction d'impératifs connexes.

La qualification d'*impératifs facultatifs* semble indiquée pour ces normes, dans la mesure où la référence dominante à l'impératif souligne leur raison d'être : lier les sujets de droit, édicter un cadre normatif contraignant. Cependant, à la différence des impératifs ordinaires, ils ne s'imposent pas de manière inconditionnelle, mais simplement de manière facultative – l'adjectif se rapportant à ce qui ne s'impose pas nécessairement.

**283.** Le droit communautaire fournit un exemple intéressant de ces impératifs facultatifs, avec le règlement du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001, *permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS)*<sup>664</sup>. Le libellé du règlement, recourant au verbe *permettre*, est d'ailleurs évocateur de la nature permissive du dispositif de management environnemental et d'audit établi. Ce texte ouvre en effet la simple faculté, pour les « organisations » appartenant aux Etats membres, c'est-à-dire toute institution publique ou privée, dotée ou non

---

<sup>663</sup> L'autonomie de la volonté et la liberté des conventions ouvrent aux sujets de droit un vaste de champ de facultés qui leur permettent de façonner leurs relations aux autres et aux choses, notamment en se liant et en assumant de nombreuses obligations.

<sup>664</sup> Règlement CE n° 761/2001 (*JOCE* n° L 114 du 24/04/2001 p. 0001 – 0029), abrogeant le règlement CEE n° 1836/93 du Conseil, du 29 juin 1993, *permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit*.

de la personnalité morale<sup>665</sup>, d'adhérer à un système de management environnemental et d'audit, dénommé EMAS. Ce dispositif est fondé sur la « *participation volontaire* » de toute organisation « *soucieuse d'améliorer ses résultats globaux en matière d'environnement* »<sup>666</sup>. Pour autant, l'objet même de l'EMAS est manifestement de soumettre ses participants à un ensemble d'obligations<sup>667</sup> visant à atteindre l'objectif de promotion de « *l'amélioration continue des résultats obtenus par les organisations en matière d'environnement* »<sup>668</sup>.

**284.** Une remarque s'impose toutefois : par sa nature de règlement communautaire, ce texte produit un effet obligatoire pour les Etats membres. Ces derniers sont tenus d'instaurer en droit interne un système de management environnemental et d'audit qui incarne l'EMAS. A cette fin, ils doivent notamment désigner des organismes compétents pour exécuter les tâches prévues par le règlement (art. 2 u) et 5), mettre en place un système d'agrément de vérificateurs environnementaux (art. 1<sup>er</sup>-2, et 2 b) ), organiser des procédures d'enregistrement des organisations (art. 6), définir des infractions appropriées et prévoir leur sanction (art. 13), etc. Ce règlement est donc impératif du point de vue instrumental, et dans ses dispositions concernant les Etats membres, mais il est permissif à l'égard des « *organisations* » auxquelles l'EMAS est proposé. Les Etats membres ont, en quelque sorte, le devoir de permettre, l'obligation de rendre effective une norme permissive communautaire ; cette dernière n'a d'ailleurs de permissif que le principe, puisqu'elle est substantiellement composée d'impératifs.

**285.** Les impératifs facultatifs constituent donc des dispositions dont l'objet est, par nature, contraignant, mais laissent à leurs destinataires le choix de s'y soumettre ou pas. Ils recèlent donc bien une dimension permissive, qui rend impossible leur classement dans la catégorie

---

<sup>665</sup> Selon l'art. 2, s), constituent une « organisation » au sens du règlement, « *une compagnie, une société, une firme, une entreprise, une autorité ou une institution ou une partie ou une combinaison de celles-ci, ayant ou non la personnalité juridique, de droit public ou privé, qui a sa propre structure fonctionnelle et administrative* ».

<sup>666</sup> Art. 3-1.

<sup>667</sup> Par ex. art. 3 : « (...) 2. Pour être enregistrée dans le cadre de l'EMAS, une organisation :

a) effectue une analyse environnementale de ses activités, produits et services conformément à l'annexe VII, portant sur les aspects visés à l'annexe VI et, à la lumière des résultats de cette analyse, met en oeuvre un système de management environnemental répondant à toutes les exigences énoncées à l'annexe I, notamment le respect de la législation environnementale concernée.

[...];

d) fait examiner l'analyse environnementale, le cas échéant, ainsi que le système de management, la procédure d'audit et la déclaration environnementale, afin de vérifier qu'ils répondent aux exigences pertinentes du présent règlement, et fait valider la déclaration environnementale par le vérificateur environnemental pour s'assurer de sa conformité par rapport aux exigences de l'annexe III [...];

3. Pour rester enregistrée dans le cadre de l'EMAS, l'organisation :

a) fait vérifier le système de management environnemental et le programme d'audit conformément aux exigences de l'annexe V, point 5.6 ; [...].

<sup>668</sup> Art. 1<sup>er</sup>-2, et 2 b).

des impératifs purs et simples. En cela, d'ailleurs, il convient d'y voir moins une dénaturation de la permissivité, que de l'impératif ; si, d'ordinaire, la norme impérative se veut protectrice de l'intérêt général et de l'ordre public – mission qui justifie sa portée contraignante et les moyens employés pour en assurer l'application effective : sanctions, exécution forcée, etc. –, cette forme affaiblie d'impératif, qui n'a pourtant rien d'involontaire, esquisse manifestement une utilité sociale nouvelle de l'impératif, qui reste à définir. Quant à la dimension permissive de ces normes, elle se trouve confortée par le caractère indifférent du choix qui sera fait par les bénéficiaires de la faculté ouverte : en effet, il ne s'agit pas d'un impératif avec faculté d'option (qui s'impose en dépit de la souplesse de son contenu), mais d'une faculté d'opter ou non pour un impératif.

**286.** D'un strict point de vue technique, l'existence de ces normes confirme les risques qu'il y a, pour la connaissance du phénomène normatif, à n'avoir qu'une vision binaire des dispositions du droit positif. Il n'importe pas seulement de démontrer l'existence autonome de la notion de norme permissive ; encore faut-il admettre, qu'entre le permissif et l'impératif, existent des « ponts » plus ou moins explicites, des actes plus ou moins identifiés et identifiables, dont la nature véritable n'apparaît pas d'emblée. Une même incertitude semble affecter la notion de directive, dont les liens avec la notion de norme permissive doivent être clarifiés.

## ***2 – Les liens ambigus des notions de directive et de norme permissive***

**287.** La directive est un instrument juridique dont les manifestations en droit positif révèlent l'ambiguïté. Entre liberté et servitude, il est parfois malaisé de la caractériser. Affirmer qu'elle constitue une forme d'hybridation entre impératif et permissif paraît prématuré dans la mesure où la notion même de directive recouvre plusieurs réalités. Il convient ainsi de distinguer entre deux types de directives – la directive administrative (a) et la directive communautaire (b) – pour mettre en évidence les liens de cette catégorie d'actes avec la notion de norme permissive.

### **a – La directive administrative**

**288.** Née de la pratique<sup>669</sup>, la directive administrative a été reconnue par la jurisprudence à l'occasion de l'arrêt de Section du Conseil d'Etat du 11 décembre 1970, *Crédit foncier de*

---

<sup>669</sup> Les directives sont des actes qui apparaissent sous des appellations variées : notes de service, circulaires, instructions..., c'est-à-dire des actes d'interprétation, dénués de caractère réglementaire. De manière



France<sup>670</sup>. Elle a alors suscité un vif intérêt en doctrine<sup>671</sup>, sans conteste dû à son ambiguïté notable. En effet, définissable comme un « acte d'orientation du pouvoir discrétionnaire, émis par l'administration afin de faciliter l'exercice de son pouvoir de choisir tout en préservant la règle d'examen au cas par cas des dossiers »<sup>672</sup>, elle conjugue la liberté et la contrainte sur un mode pour le moins obscur.

Soumise à l'obligation de publication depuis la loi du 17 juillet 1978, invocable par les particuliers depuis le décret du 28 novembre 1983, elle demeure insusceptible de recours pour excès de pouvoir. Elle ne modifie pas, par elle-même, l'ordonnancement juridique ; pour autant, elle constitue bien un acte unilatéral qui sert de fondement à des décisions administratives, individuelles ou réglementaires. Selon M. Delvolvé, elle constituerait ainsi un acte privé d'effet direct<sup>673</sup> – à cet égard, elle se distingue déjà de la directive du droit communautaire qui peut, sous certaines conditions, se voir reconnaître un effet direct sur l'ordonnancement juridique des Etats membres<sup>674</sup>. S'agissant de sa nature, contraignante ou permissive, l'appréciation est délicate.

**289.** Avant tout, la directive administrative est un acte d'orientation<sup>675</sup>, un guide pour la décision d'autorités investies d'un pouvoir discrétionnaire. Elle pourrait dès lors être perçue comme un facteur d'affaiblissement de ce pouvoir discrétionnaire, en ce qu'elle enchâsse la liberté d'appréciation de l'autorité administrative dans certaines bornes<sup>676</sup>. Certes, bien que ces bornes visent plus exactement à rationaliser l'exercice de son pouvoir, elles traduisent une

---

exceptionnelle, une directive a pu résulter d'un décret délibéré en Conseil des ministres et signé par le Président de la République (CE, 26 juin 1973, *Société Géa*, Rec. p. 453), ou d'une délibération d'un conseil municipal (TA Nice, 26 octobre 1989, *Mme Maestri*, Rec. t. p. 434).

<sup>670</sup> Rec. p. 750, concl. Bertrand ; D 1971, II, 673, note Loschak ; RDP 1971, p. 1224, note Waline ; JCP 1972, II, 17232, note Fromont.

<sup>671</sup> Jean Boulouis, « Sur une nouvelle catégorie d'actes juridiques : les directives », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, 1974, p. 191 ; Pierre Delvolvé, « La notion de directive », *AJDA* 1974, p. 459 et s. (cet article propose une comparaison des directives administrative et communautaire) ; François Chevalier, *Contribution à l'étude des actes directifs*, thèse, Paris II, 1976 ; Procopios Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, LGDJ, 1978.

<sup>672</sup> Martine Cliquennois, « Que reste-t-il des directives ? A propos du vingtième anniversaire de l'arrêt "Crédit foncier de France" », *AJDA* 1992, p. 3.

<sup>673</sup> Pierre Delvolvé, « La notion de directive », *op. cit.*, p. 465 : « Une disposition est *directement applicable* lorsqu'elle produit des effets sur l'ensemble des sujets de droit sans intermédiaire [...]. Elle modifie l'ordonnancement juridique, crée des droits et des obligations au profit ou au détriment de tous les administrés sans interposition d'une nouvelle mesure. On dit alors qu'elle est *self-executing* ».

<sup>674</sup> Sur la question de l'effet direct des directives communautaires, v. Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Cours, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 941 et s.

<sup>675</sup> V. CE, 26 juin 1985, *Association trinitaine de défense de la pêche à pied et de l'environnement*, Rec. p. 207.

<sup>676</sup> Une autorité administrative peut notamment « s'auto-limiter », en s'adressant à elle-même une directive, pour orienter l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire ; v. not. TA Nice, 26 octobre 1989, *Mme Maestri*, préc. : il s'agissait d'une délibération du conseil municipal fixant les modalités d'application des règles générales d'urbanisme.

certaine intention dirigiste. Mais la directive ne saurait, pour cette raison, être qualifiée d'acte impératif – au sens déontique. En effet, la trame que trace la directive s'inscrit toujours à l'intérieur du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'autorité administrative<sup>677</sup>, pouvoir qu'elle ne remet pas en cause, notamment pour deux raisons.

D'une part, l'existence de la directive ne saurait écarter l'application de la règle de l'examen au cas par cas des situations des particuliers<sup>678</sup>. L'administration ne peut pas adopter des positions globales, même si, au lieu de confronter les situations des administrés à l'ensemble des lois et règlements en vigueur, elle les appréciera au regard des orientations fixées par la directive. La directive n'est qu'une facilité, par laquelle l'administration « codifie l'exercice de son pouvoir discrétionnaire [...] mais cette liaison du pouvoir d'appréciation n'a pas pour effet de transformer le pouvoir discrétionnaire en compétence liée »<sup>679</sup>. Il doit y avoir conciliation entre cette règle d'examen particulier des situations et l'existence de la directive<sup>680</sup>. A se croire à tort liée par les orientations de celle-ci, l'autorité administrative commettrait une erreur de droit<sup>681</sup>.

D'autre part, la directive administrative laisse toujours à l'autorité administrative la possibilité de déroger à la ligne de conduite qu'elle a tracée<sup>682</sup>. Si la jurisprudence était, à la suite de la décision *Crédit foncier de France*, assez exigeante sur les motifs pouvant autoriser des dérogations aux directives<sup>683</sup>, il semble qu'elle les accueille dorénavant plus librement<sup>684</sup>. En d'autres termes, les directives semblent aujourd'hui générer, à l'égard des autorités décisionnelles, une contrainte moindre qu'il y a quelques décennies, si toutefois, il est permis de parler de contrainte. En effet, la contrainte renvoie à la notion d'impérativité ; or, la jurisprudence tire de lourdes conséquences de la formulation, sous couvert de directives, d'actes impératifs : l'acte en cause est simplement « disqualifié », en ce qu'il est considéré

---

<sup>677</sup> Martine Cliquennois, souligne que la directive « n'ajoute pas directement à l'ordre juridique » (« Que reste-t-il des directives ? [...] », *op. cit.*, p. 4).

<sup>678</sup> Jean Mégret, « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire », *EDCE*, 1953, p. 77.

<sup>679</sup> Martine Cliquennois, « Que reste-t-il des directives ? [...] », *op. cit.*, p. 6.

<sup>680</sup> CE, 27 octobre 1972, *Dlle Ecarlati, RTDsan. et soc.* 1972, p. 542, note F. Moderne ; CE, 26 juin 1973, *Société Géa*, préc.

<sup>681</sup> V. not. CE, 12 novembre 1986, *Winterstein, Rec. t.*, p. 338.

<sup>682</sup> CE, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, préc. ; CE, 16 novembre 1977, *Entreprise Marchand, Rec.* p. 444.

<sup>683</sup> Les dérogations devaient, en effet, être justifiées par des motifs tirés de l'intérêt général ou les caractères particuliers de l'affaire (v. Guy Braibant, concl. sur CE, 12 décembre 1972, *Dames Robinet et Flandre, D* 1975, J, 216). Une telle solution reflétait un raisonnement « par catégories » et un souci d'assurer l'égalité entre les administrés (v. concl. sur CE, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France, op. cit.* ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 92, spéc. p. 622.

<sup>684</sup> V. not. CE, 18 octobre 1991, *Union nationale de la propriété immobilière, DA* 1991, n° 497.

comme une règle nouvelle, modifiant l'ordre juridique, car remettant en cause le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration<sup>685</sup>. Mais faut-il pour autant tirer de ce constat, la conséquence que les directives « régulières » auraient une nature permissive ? Cela n'est pas certain.

**290.** Une disposition permissive se caractérise par l'édiction d'une faculté. Or, la possibilité de dérogation que suppose la directive administrative ne tire pas véritablement son existence de cet acte lui-même. Certes, cette faculté lui est inhérente – à défaut, l'acte devient impératif pour le juge –, mais elle ressortit plus exactement au pouvoir discrétionnaire dont est investie l'autorité qui en est destinataire. La directive ne fait que jalonner l'exercice de ce pouvoir et lui conserve ses caractéristiques essentielles, ce qui permet de penser que la faculté de déroger à la directive n'est autre qu'une expression de la liberté d'appréciation dont bénéficie l'autorité décisionnelle, en vertu même de son pouvoir discrétionnaire. La directive ne modifiant pas, par elle-même, l'ordonnement juridique, d'où peut provenir cette faculté de dérogation, si ce n'est de la disposition en vigueur qui reconnaît un tel pouvoir à l'administration ?

**291.** Enfin, en tout état de cause, les directives administratives ne sauraient constituer de véritables actes normatifs. Tant qu'elles n'annihilent pas le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'autorité administrative, elles ne font pas grief, et sont purement indicatives. Cela n'exclut pas leur importance sur le plan normatif, puisque des décisions ultérieures seront prises en se fondant sur leurs orientations<sup>686</sup>. Mais elles n'accèdent au statut de disposition réglementaire – modifiant l'ordonnement juridique et faisant grief –, que lorsque leur contenu est impératif, et qu'elles constituent une règle de droit nouvelle, c'est-à-dire justement lorsque la jurisprudence leur dénie toute valeur de directive. La directive administrative ne saurait donc être considérée comme une norme permissive.

## **b – La directive communautaire**

**292.** S'agissant de la directive du droit communautaire<sup>687</sup>, sa valeur de norme juridique ne fait aucun doute. Prévue par l'article 249 du Traité des communautés européennes, elle constitue un acte obligatoire pour les Etats membres : elle s'impose dans leur ordonnancement juridique et est dotée de la primauté du droit communautaire. MM. Bluman et Dubouis la

---

<sup>685</sup> CE Ass., 18 avril 1980, *Société Maxi-Librati création et a.*, Rec. p. 186 ; JCP 1980, II, 19364, concl. Hagelsteen.

<sup>686</sup> Pierre Delvolvé, « La notion de directive », *op. cit.*, p. 469.

<sup>687</sup> Denys Simon, *La directive européenne*, Dalloz, 1997.

qualifient d'ailleurs d'« instrument normatif » et souligne son rôle en matière de *législation* communautaire : appelée à évoluer en « loi-cadre » dans le projet de Traité constitutionnel pour l'Union européenne, elle s'est d'ailleurs vue qualifier de « *mode de législation ou de réglementation indirecte* »<sup>688</sup>, par la jurisprudence communautaire, terminologie qui témoigne de cette vocation normative<sup>689</sup>.

Certes, la directive a pu être qualifiée d'« acte communautaire "hyponormatif" »<sup>690</sup>, mais c'est essentiellement eu égard à ses modalités spécifiques de mise en œuvre. En effet, dès leur publication, les directives s'intègrent dans l'ordonnement juridique des Etats membres et le modifient. L'obligation de transposition mise à la charge de ces derniers ne vise pas à assurer la réception de la directive dans l'ordre interne, mais à « *l'adoption des mesures nécessaires à sa mise en œuvre* »<sup>691</sup>, c'est-à-dire davantage à la concrétisation de la règle qu'elle contient. Autrement dit, la directive est un acte *self-executing* (directement applicable), qui produit des effets dès sa publication – obligation de transposition par les Etats membres, computation du délai de transposition<sup>692</sup> –, mais pas *self-sufficient* (immédiatement applicable), dans la mesure où elle nécessite des mesures d'application<sup>693</sup>.

L'article 249 du Traité CE est d'ailleurs sans équivoque sur le caractère obligatoire de la directive : elle « *lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Pour autant, d'après cette disposition, la directive n'adresse pas un impératif catégorique aux Etats membres. En effet, elle pose, certes, une obligation de résultat, c'est-à-dire une obligation d'assurer l'application de la norme communautaire dans les Etats membres, mais laisse une certaine liberté à ces derniers quant aux modalités de réalisation de ce résultat. Cette liberté

---

<sup>688</sup> CJCE, 29 juin 1993, *Gibraltar c/ Conseil*, aff. C298/89 ; *Rec. CJCE* I, p. 3605 ; TPI, 27 juin 2000, *Salamender et a. c/ Parlement européen et conseil*, T-172/98, T-175/98, T-176/98 et T-177/98 ; *Rec. CJCE* II p. 2487 ; *Europe*, août-septembre 2000, comm. D. Simon, n° 236. V. aussi Claude Blumann, *La fonction législative communautaire*, LGDJ, 1995 ; Joël Rideau, « La fonction législative dans les Communautés européennes », *RAE* 1995, p. 63.

<sup>689</sup> V. Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 656-658. Si, par principe, la directive oblige les seuls Etats membres qui en sont destinataires, en pratique, les directives adoptées sont le plus souvent adressées à tous les Etats membres, afin de permettre l'harmonisation des législations nationales ; cela renforce leur fonction d'instrument de législation.

<sup>690</sup> Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 225.

<sup>691</sup> Denys Simon, « Directive », *Répertoire Dalloz droit communautaire*, n° 29

<sup>692</sup> Ce délai a une portée impérative : CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/79 ; *Rec. CJCE*, p. 1629.

<sup>693</sup> Pierre Delvolvé, « La notion de directive », *op. cit.*, p. 465 : « Une disposition est *immédiatement applicable* lorsqu'elle produit des effets sur l'ensemble des sujets de droit sans intermédiaire ; on dit alors qu'elle est *self-sufficient*. [...] A l'inverse, un acte n'est pas immédiatement applicable lorsque ses termes ne sont pas suffisamment explicites pour être exécutés : il faut des mesures complémentaires qui précisent les conditions d'application ».

est qualifiée d'autonomie institutionnelle et procédurale<sup>694</sup> : la liberté des moyens se rapporte au libre choix des mesures concrètes permettant de conduire au résultat imposé, tandis que la liberté quant à la forme suppose la libre appréciation de la nature de l'acte de transposition et de son auteur.

**293.** Toutefois, cette liberté ne saurait autoriser à qualifier la directive d'acte permissif, en soi.

En premier lieu, la directive est un acte juridique, et en tant qu'*instrumentum*, elle n'est pas impérative ou permissive par nature. C'est la norme qu'elle contient qui est susceptible d'être impérative ou permissive. Dès lors qu'une directive ouvre une faculté aux Etats membres, son contenu peut être qualifié de permissif. Mais de manière dominante, les directives adressent des impératifs aux Etats membres, afin d'opérer le rapprochement des législations nationales. Or, cette impérativité est exclusive de toute indifférence normative, contrairement aux normes permissives.

En second lieu, en dépit de la liberté reconnue aux Etats membres dans les modalités de mise en œuvre de l'obligation communautaire, un certain nombre des directives adoptées sont rédigées de manière très détaillée, ce qui a pour effet de restreindre la marge d'appréciation des autorités nationales. En cherchant à assurer l'uniformité des règles en vigueur dans la Communauté, les instances communautaires resserrent donc l'impérativité des directives.

**294.** Dès lors que sont dissociés le contenu de la directive – éventuellement permissif, mais en général impératif – et sa nature d'acte juridique obligatoire, c'est-à-dire qui impose aux Etats membres de le considérer comme un élément de leur ordonnancement juridique et d'en faire application, apparaît avec plus d'évidence la vanité d'une assimilation de cet acte communautaire à la notion de norme permissive. Les deux termes rapprochés n'ont pas la même nature. Une norme permissive est un *type de norme*, exprimé par un énoncé normatif inscrit dans une loi, un décret, un contrat ou une directive. Par suite, un règlement communautaire pourrait parfaitement contenir une disposition permissive. En effet, s'il constitue un acte « *obligatoire dans tous ses éléments* », c'est-à-dire s'imposant dans les ordres juridiques nationaux, et « *directement applicable dans tout Etat membre* », ce qui signifie que sa mise en œuvre n'appelle aucune mesure de transposition<sup>695</sup>, c'est d'un point de vue instrumental et non en considération de son contenu. Certes, ici encore, la logique de la

---

<sup>694</sup> CJCE, 25 mai 1982, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 97/81 ; *Rec. CJCE*, p. 1833.

<sup>695</sup> Art. 249 du Traité CE.

construction européenne, qui suppose de rapprocher les systèmes juridiques nationaux et procède en général par voie d'impératifs, implique que les règlements – acte obligatoire – aient majoritairement un contenu impératif. Mais comme les directives, ils pourraient poser des règles permissives.

Voir une forme de permissivité dans le fait qu'à la différence du règlement, la directive communautaire ne pose qu'une obligation de résultat et laisse une certaine autonomie aux Etats membres pour s'y conformer est donc doublement injustifié : c'est oublier, d'abord, que la directive pose justement une obligation<sup>696</sup> – fut-elle simplement de résultat, elle n'en est d'ailleurs pas moins sanctionnée<sup>697</sup> –, et c'est surtout confondre le contenu normatif d'un acte avec son caractère d'acte obligatoire. La spécificité qu'on reconnaît à la directive tient donc aux modalités de sa mise en œuvre et non à sa prétendue permissivité. Acte obligatoire s'imposant dans l'ordonnement juridique, elle n'est susceptible d'être permissive qu'autant que son contenu ouvre une faculté à ses destinataires. Mais au regard de la notion de norme permissive, elle ne se distingue pas du règlement communautaire, qui pourrait lui aussi poser une norme de nature permissive. La distinction entre ces deux actes tient donc aux conditions de leur applicabilité, médiate ou pas, question qui ne concerne pas la notion de norme permissive.

---

<sup>696</sup> V. not. Ghislaine Alberton, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne : les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », *RFDA* 2002, p. 1.

<sup>697</sup> Cf. not. le recours en manquement et la sanction que constitue la possibilité d'invoquer l'effet direct de la directive (v. Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit constitutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, n° 664 et s.).

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**295.** L'affranchissement de la norme permissive par rapport à la notion d'obligation est donc envisageable. D'une part, les thèses de la réductibilité de la norme permissive à une expression de l'obligation paraissent non seulement fragiles – elles reposent essentiellement sur la logique, à laquelle elles réduisent le droit – mais également inadaptées à une description fidèle de la réalité du droit positif. D'autre part, les formes d'impérativité liées à l'exercice des facultés ouvertes par certaines normes permissives n'autorisent pas à nier toute spécificité à ces dernières : elles traduisent plutôt des situations complexes où impératif juridique et permissivité sont mêlées, sans que cela ne puisse remettre en cause l'autonomie de la permissivité normative.

Au contraire, c'est le primat de l'impératif et de l'obligation dans la conception classique de la normativité qui semble pouvoir être discuté.

## CHAPITRE 2 – LA RESISTANCE A UNE APPROCHE CLASSIQUE DE LA NORMATIVITE

296. L'irréductibilité de la norme permissive à la catégorie des obligations pourrait avoir pour conséquence d'exclure cette forme d'expression du droit positif du champ de la normativité juridique proprement dite. En effet, classiquement, l'impératif nourrit les réflexions sur l'essence de la normativité juridique : la norme, c'est la contrainte, c'est un ordre auquel il faut se soumettre, se conformer, au risque d'être sanctionné. Aussi convient-il de s'interroger sur la pertinence de l'association du substantif *norme* à l'adjectif *permissif*. Pour autant, cette conception impérativiste de la normativité ne paraît pas constituer un obstacle dirimant à l'acceptation d'une forme permissive de normativité juridique (Section 1) – l'évolution actuelle du droit positif, dont certaines manifestations accusent un véritable déficit prescriptif, imposerait d'ailleurs de redéfinir, au vu de la mutation des moyens, l'ensemble des fonctions du droit. La norme permissive a au moins le mérite de poser une forme de prescription ; certes, son exécution remet en cause les schémas établis, qui font de cette phase de conformation à la norme, le lieu de la contrainte ultime du droit. Mais là encore, le parti pris impérativiste sur la normativité n'est-il pas à l'origine d'une controverse dépassée (Section 2) ?

### SECTION 1 – L'OBSTACLE SURMONTABLE D'UNE CONCEPTION IMPERATIVISTE DE LA NORMATIVITE

297. Les liens qu'entretiennent les notions d'impératif et de normativité dans la pensée juridique sont puissants. Ils imprègnent d'ailleurs les conceptions communes de la règle de droit, et du système juridique en général, souvent perçus comme un ensemble coercitif<sup>698</sup>. Mais à l'analyse, l'impérativité ne constitue pas un critère satisfaisant d'identification des normes juridiques. Certes, la notion témoigne d'une vigueur certaine dans les discours sur la normativité (§ 1), mais cette éminence traditionnelle n'exclut pas une conciliation entre permissivité et normativité (§ 2).

---

<sup>698</sup> La figure du gendarme incarne d'ailleurs ces représentations : le droit répressif est manifestement sur-représenté dans les perceptions communes de la discipline : « la peur du gendarme hante les définitions du Droit », affirme ainsi Denys de Béchillon (*La règle de droit comme modèle, op. cit.*, p. 59) ; l'idée de sanction – répressive – est alors consubstantielle à celle de droit, comme le rappelle le ton ironique de M. Philippe Jestaz : « la sanction reste une belle inconnue à qui, par boutade et pour se débarrasser du problème, on prête les traits du fameux gendarme » (« La sanction ou l'inconnue du droit », *D* 1986, chron., p. 197).



## § 1 – LA VIGUEUR DE L’IMPERATIF DANS LES DISCOURS SUR LA NORMATIVITE

298. L’association de l’impérativité et de la normativité s’est imposée à la faveur d’une conception impérativiste du droit. Toutefois, il serait incorrect de la considérer comme l’un des vestiges d’une pensée juridique datée. Non seulement l’impératif est encore un concept central dans l’appréhension doctrinale de la normativité, mais son renouvellement atteste de son actualité (A). Pourtant, une telle approche de la normativité s’avère pénalisante pour les normes permissives (B).

### A – L’ATTACHEMENT DOCTRINAL POUR LA NOTION D’IMPERATIF

299. Si la doctrine classique fait de l’impérativité la qualité essentielle des normes juridiques, la doctrine contemporaine n’a pas nécessairement remis en cause cette conception dominante (1) ; une actualisation récente de la notion d’impératif confirme même sa persistance dans le champ de la normativité (2).

#### 1 – *L’idée dominante du droit impératif*

300. La référence à l’impératif est un trait commun de la plupart des définitions du droit. Il existe, selon M. Bobbio, une « *communis opinio* favorable à la définition des normes juridiques en termes de commandements »<sup>699</sup> ; et si cette conception s’inscrit dans un courant classique<sup>700</sup>, de nombreux auteurs continuent de s’y référer<sup>701</sup>. L’impératif fascine, et le droit, qui se veut une alternative à la violence, en emprunte pourtant un caractère. Pour tenter de

---

<sup>699</sup> *Essais de théorie du droit*, trad. Michel Guéret, avec la collaboration de Christophe Agostini, *op. cit.*

<sup>700</sup> Jeremy Bentham, John Austin, Thomas Hobbes, Rudolf von Jhering, et Hans Kelsen en sont notamment représentatifs (v. Charles-Albert Morand, « La sanction », *APD* t. 35, 1990, p. 296 et s.).

<sup>701</sup> Sont particulièrement éloquentes ces deux citations, mentionnées par M. Amselek (*Perspectives critiques d’une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 70-71, note 11) : « Qu’est-ce qu’une règle, dans l’acception la plus banale du terme, sinon un principe de la considération duquel procède directement une obligation ? » (Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, I, Paris, 1949, p. 171) ; « Le caractère normatif congénital du droit postule le trait dominant de la règle de droit : elle ne peut qu’avoir un caractère impératif » (Henri Motulsky, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Thèse, Lyon, Sirey, 1948, p. 13). Pour M. Jean Carbonnier, la contrainte tient une place essentielle dans la caractérisation du phénomène juridique (*Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 1994, p. 318 et s.). V. aussi Xavier Labbé (*Les critères de la norme juridique*, PU Lille, 1994, p. 12) pour qui « une règle de droit est [...] une règle obligatoire, contraignante, assortie d’une sanction étatique » ; également Michel Bastit, « La loi », *APD* t. 35, 1990, p. 211 et s., spéc. p. 217-218. Cécile Pérès-Dourdou constate un « enracinement de la règle de droit dans le registre de l’obligatoire », *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 98. Par ailleurs, les manuels de droit (notamment d’introduction au droit) reprennent fréquemment cette approche de la discipline et en assurent ainsi la perpétuation (v. les ouvrages que mentionne Charles-Albert Morand, « La sanction », *op. cit.*, p. 298, note 39).

résumer cette approche dominante : le droit s'impose, et impose<sup>702</sup>. Il *s'impose*, en ce que les normes juridiques ont, à l'intérieur du système juridique, force obligatoire. Il *impose*, en ce que son contenu est nécessairement impératif, contraignant. « Ordre appuyé de menace » : l'expression de M. Hart, qui fait écho à la théorie de John Austin<sup>703</sup>, est caractéristique de la conception classique de la norme juridique.

**301.** Cette dernière est avant tout un « ordre »<sup>704</sup>, à savoir une injonction ou une prohibition, c'est-à-dire le versant positif ou négatif de l'obligation, de l'impératif. A ce titre, la norme impose, et parler de *norme impérative* relève du pléonasme, puisqu'« une norme est impérative ou n'est pas »<sup>705</sup>. Dans cette perspective, la normativité se confond donc avec l'impératif entendu au sens déontique. Mais l'idée d'ordre imprègne aussi le système juridique, qui constitue un ordre, au sens d'ordonnement. Cette heureuse polysémie du mot *ordre*, capable de désigner le système et ses composants, ne pouvait que combler le désir d'unité de la doctrine impérativite, d'autant qu'une indéniable économie des concepts en découle<sup>706</sup>.

**302.** Selon l'expression de M. Hart, l'ordre du droit aurait, en outre, la particularité d'être « appuyé de menace » : en d'autres termes, l'effectivité de la norme juridique serait garantie par un mécanisme de crainte ou plus largement de dissuasion. A ce titre, le système juridique fait exclusivement figure d'ordre de contrainte, le droit constituant un instrument de pression sur la société<sup>707</sup>. Intervient alors la seconde « pièce structurante » de la norme entendue au sens classique : la sanction<sup>708</sup>. Grâce à celle-ci, qui est nécessairement coercitive<sup>709</sup>, la norme

---

<sup>702</sup> « Le Droit, dans l'imaginaire classique, c'était ce à propos de quoi l'on ne nous demandait pas notre avis », Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>703</sup> Herbert L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, FUSL, Bruxelles, 1994, not. p. 45, 50, 103.

<sup>704</sup> Simone Goyard-Fabre parle de « intention d'ordre » ; *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksiek, Paris, 1972, p. 274 et s. ; v. Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, vol. 1, *Règles et ordre*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1992.

<sup>705</sup> Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 50. Selon Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, *op. cit.*, p. 13 : « le caractère normatif congénital du Droit postule le trait dominant de la règle de droit : elle ne peut avoir qu'un caractère impératif ».

<sup>706</sup> On retrouve une unité semblable dans le terme latin *ius*, signifiant *droit*, qui est dérivé du verbe *iubere* : ordonner ; Norbert Rouland, « Penser le droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 79. V. aussi Robert Jacob, « *Jus* ou la cuisine romaine de la norme », *Droit et Cultures*, n° 48-2004/2, p. 11 et s.

<sup>707</sup> « La règle de droit, dans son acception la plus large, doit s'entendre d'une règle de conduite humaine à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre par une pression extérieure pour faire régner l'ordre » ; Lucien Aulagnon, « Aperçu de la force dans la règle de droit », *Mélanges Roubier*, I, Dalloz, 1961, p. 29.

<sup>708</sup> Dépourvue de sanction, une obligation est dite imparfaite, ce n'est qu'une obligation naturelle. V. Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>709</sup> Selon Antoine Jammaud, la sanction, dans la conception classique, « concrétiserait (...) la présence d'une contrainte consubstantielle à la notion de droit », *La règle de droit comme modèle*, *op. cit.*, p. 207.

*s'impose* aux sujets de droit (ou aux sujets *du* droit, tant le substantif est évocateur) : soit elle est respectée, soit elle est violée, auquel cas l'Épée de Damoclès s'abat sur le contrevenant. Dans ce cas, l'application de la sanction est censée restaurer l'ordre – l'ordre social et l'ordonnement juridique – perturbé, assurer une forme de réalisation de l'ordre violé<sup>710</sup>, et renforcer l'autorité de cet ordre, dans la mesure où l'application même de la sanction est censée jouer un effet dissuasif, notamment en matière pénale.

**303.** Toutefois, l'idée de contrainte que véhicule cette approche du phénomène juridique n'est pas nécessairement synonyme de violence. Le droit, aussi impératif soit-il, ne recourt pas réellement à la violence. Sa formulation, elle-même, emprunte rarement le mode de l'impératif grammatical. La contrainte passe par les voies organisées par le droit : procédures d'exécution forcée, engagement de la responsabilité et condamnation à réparation des préjudices causés, etc. Seul le droit pénal incarne encore une forme de violence légitime et résiduelle, qui tend d'ailleurs à s'affaiblir. En effet, avec l'abolition de la peine de mort, le droit a perdu, dans certains Etats, la forme la plus extrême de la violence légitime<sup>711</sup>. Une première étape avait été franchie, en matière civile, avec la prohibition de la contrainte par corps et l'abolition de l'emprisonnement pour dettes. Mais aujourd'hui, on constate une véritable remise en cause des modes « violents » de traitement de certaines formes de délinquance, comme en témoigne le développement de peines dites alternatives (à l'amende ou à l'emprisonnement)<sup>712</sup>.

**304.** La thèse impérativiste du droit, bien qu'empruntant au registre de la contrainte, s'écarte donc des manifestations les plus sévères de la notion. Du reste, l'ordre et la sanction n'ont pu

---

<sup>710</sup> La procédure d'exécution forcée et la condamnation à dommages-intérêts tendent en effet à assurer une réalisation, par voie coercitive, de l'impératif auquel le sujet de droit ne s'était pas soumis. En matière pénale, toutefois, il convient de relativiser cette valeur de réalisation de l'ordre violé, dans la mesure où les sanctions ont, par principe, une dimension punitive ; cependant, la condamnation à l'accomplissement de travaux d'intérêt général peut, quelquefois, coïncider avec l'ordre violé.

<sup>711</sup> Selon Amnesty International, au 5 septembre 2006, 129 Etats ont aboli la peine de mort en droit ou en pratique, pour tous les crimes ou seulement les crimes de droit commun, tandis que 68 Etats continuent d'appliquer la peine capitale : <http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-countries-fra>

<sup>712</sup> V. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique, op. cit.*, p. 329 : « La force physique, la force ouverte n'est pas, d'ailleurs, l'arme favorite des droits modernes. C'est ainsi que les législations et les pratiques pénales sont passées de l'emprisonnement aux *thérapies douces*. ». V. aussi p. 325. Pour une réflexion sur les rapports entre consensualisme et droit pénal : v. Jean Pradel, « Le consensualisme en droit pénal comparé », *Mélanges en l'honneur de E. Correia*, Université de Coïmbra, 1988, cité par Michel Danti-Juan, « Le consentement et la sanction », *La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 367 et s. ; Philippe Salvage, « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1991, p. 699 et s. ; Jean-Paul Ekeu, *Consensualisme et poursuites en droit pénal comparé*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 13, Cujas, 1993.

s'imposer à tel point comme les deux piliers de la norme juridique<sup>713</sup>, qu'au prix d'un processus d'étirement<sup>714</sup> de leur sens. Cette adaptation est sans doute l'une des explications de la longévité de la thèse impérativiste. La sanction « est devenue de plus en plus large et abstraite »<sup>715</sup>, incluant non seulement les sanctions punitives et réparatrices, mais aussi les hypothèses de nullité, d'inopposabilité, voire des mesures préventives. Cet élargissement trouve sa consécration dans la notion de « tarif », proposée par M. Jestaz pour définir la sanction comme étant plus ou moins l'ensemble des conséquences précises attachées à une règle ; ce faisant, cet auteur l'a déconnectée de l'idée de contrainte<sup>716</sup>. Quant à l'ordre, l'impératif, sa signification s'est brouillée : les thèses réductionnistes y ont annexé la permission, et bien souvent, il est difficile de cerner dans quel sens exact sont employés les mots *impératif* et *obligatoire* : ils renvoient tantôt à la caractéristique du droit de *s'imposer*, tantôt à sa faculté d'*imposer*<sup>717</sup>.

**305.** Certains auteurs considèrent que l'approche impérativiste du droit est liée au processus d'affirmation de l'Etat<sup>718</sup>, et notamment de reconquête du droit par le législateur, contre les Parlements d'Ancien régime. Le droit est donc consubstantiel à l'autorité, à une forme éminente d'autorité<sup>719</sup>. Cet aspect constitue sans doute un point de départ de la réflexion proposée par M. de Béchillon qui, bien plus que s'inscrire dans le sillage des théories

---

<sup>713</sup> Droit et sanction ont d'ailleurs tendance à se définir mutuellement en doctrine, sans qu'il ne résulte de définition claire de l'une ou l'autre de ces notions. V. Philippe Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *op. cit.*, p. 197.

<sup>714</sup> Charles-Albert Morand le remarque au sujet de la sanction (« La sanction », *op. cit.*, p. 302).

<sup>715</sup> *Ibid.*

<sup>716</sup> Philippe Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *op. cit.* Une règle juridique serait donc assortie d'une sanction, d'un « tarif » (qui lui serait inhérent, et non extérieur, comme l'est la contrainte), à condition « qu'elle revête un caractère de précision suffisant pour qu'un plaideur puisse formuler une prétention sur son fondement » et « qu'il existe virtuellement un juge pour faire droit à cette prétention, fût-ce d'une manière (...) symbolique » (p. 204).

<sup>717</sup> Jacques Chevallier, « L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 7 : « la règle de droit s'exprime essentiellement à l'impératif : elle entend obtenir, par voie de prescription, d'injonction ou d'interdiction, certains comportements de la part des destinataires » ; André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 399, sous « Norme » : « 1. Enoncé impératif ou prescriptif appartenant à un ordre ou système normatif, et obligatoire dans ce système » ; v. aussi Anne Bertrand, *Les dispositions législatives non prescriptives. Contribution à l'étude de la normativité*, *op. cit.*, p. 110 : « pour exprimer (...), l'obligatoire, le législateur emploie les foncteurs déontiques déterminants de l'obligation, l'interdit, le permis et le facultatif ou de manière générale, le commandement (il est interdit, il est défendu, il est prohibé, on ne peut, on ne doit). »

<sup>718</sup> V. Charles-Albert Morand, « La sanction », *op. cit.*, p. 297 ; Frédéric Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 136 : « le sentiment que le droit se doit d'être obligatoire apparaît en France à une époque où le souci du prince est de discipliner l'administration de la justice et où la jurisprudence des arrêts est synonyme d'anarchie ». Sur la distinction établie par Hobbes entre conseil (*consilium*) et commandement (*praeceptum*), et le rôle joué par le commandement pour assurer l'autorité de l'Etat face à l'Eglise, v. Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>719</sup> Gérard Timsit évoque « la tradition impériale et hiérarchique de notre droit » (« Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, n° 78, avril-juin 1996, p. 376 ; v. aussi Danièle Loschak, « Le droit, discours de pouvoir », *Etudes en l'honneur de L. Hamon*, Economica, 1982, p. 429 et s.).

impérativistes, propose une actualisation de la notion d'impératif, au service d'une définition de la règle de droit à la fois unitaire et pluraliste.

## ***2 – Une conception actualisée***

**306.** La thèse que développe M. de Béchillon présente sans aucun doute l'intérêt de réhabiliter la notion d'impératif, qu'un courant de post-modernité juridique tend à disqualifier<sup>720</sup>.

L'auteur considère qu'*a priori*, le langage du droit en lui-même ne présente aucune spécificité pouvant lui conférer une dimension impérative. Cette dernière proviendrait de l'autorité, de la position ou situation institutionnelle dont jouit son auteur<sup>721</sup>. La règle de droit tirerait donc de son origine une « force illocutoire », transcendant le sens locutoire de son énoncé<sup>722</sup>. « Un arrière-plan autoritaire baigne ainsi le discours normatif, même lorsque les apparences n'en laissent rien transparaître. *Autrement dit, l'arrière-pensée du discours normatif juridique, c'est l'obligation, le fait qu'une norme aboutit le plus souvent à interdire, à réduire le champ du possible à l'alternative du licite et de l'illicite, du permis et de l'interdit.* En ce sens, l'assise du discours normatif juridique, c'est l'impératif »<sup>723</sup>.

**307.** M. de Béchillon estime ensuite que toute norme juridique indique un modèle, sur un mode impératif<sup>724</sup>, et ce même si cette norme présente un énoncé permissif : certes, elle ne possède « aucun objet explicite de commandement » mais « n'enjoint pas moins à tous de respecter la situation juridique ainsi constituée » au bénéfice du destinataire de la norme<sup>725</sup>. Ainsi, l'auteur reconnaît-il que si la majorité des normes supposent une obligation à l'égard de leurs « destinataires les plus directs »<sup>726</sup>, comme les normes adressant une injonction, ou posant une prohibition, d'autres normes ne supposent, elles, qu'une obligation à l'égard de

---

<sup>720</sup> Selon Jacques Caillosse, la thèse de l'auteur pourrait se résumer ainsi : « l'évolution de la juridicité dans les sociétés occidentales n'autorise pas à mettre en doute la pérennité de l'impératif dans le droit » ; « La fabrique occidentale du droit : une visite guidée. A propos de... Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* », *Droit et Société*, n° 39-1998, consultable en ligne : [http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/biblio/ds039-b.htm#\\_ednref98](http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/biblio/ds039-b.htm#_ednref98)

<sup>721</sup> « L'explication du caractère obligatoire des normes se cache ailleurs : dans le *pouvoir* dont sont investis leurs auteurs », *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 184 ; v. p. 175.

<sup>722</sup> *Op. cit.*, p. 184.

<sup>723</sup> *Op. cit.*, p. 175.

<sup>724</sup> *Op. cit.*, p. 175.

<sup>725</sup> *Op. cit.*, p. 176.

<sup>726</sup> *Op. cit.*, p. 178.

leurs « destinataires indirects », comme les normes permissives ou les normes de compétence normative<sup>727</sup>.

**308.** Cependant, il remarque que certaines dispositions du *corpus* juridique « semblent ne contenir aucun commandement direct ou même indirect. C'est le cas des *conseils* et des *recommandations* »<sup>728</sup>. Autrement dit, la *soft law* échapperait à une appréhension en termes d'impérativité. Mais plutôt que d'admettre l'existence de normes sans impératif, ou exclure ces dispositions du « paysage du "vrai" Droit »<sup>729</sup>, M. de Béchillon se résout à emprunter une voie médiane, conduisant à révéler une certaine dimension impérative à ces dispositions, mais aussi à leur « reconnaître une normativité *spécifique* »<sup>730</sup>. Aussi, propose-t-il d'établir une distinction entre deux genres de normativité, trouvant leur inspiration chez Kant, qui distingue impératif catégorique et impératif conditionnel<sup>731</sup>. A l'impératif catégorique, correspondrait une première forme de normativité, prescrivant une action orientée vers un but et objectivement nécessaire. Quant à l'impératif conditionnel, il générerait une normativité impliquant le consentement du destinataire sur la finalité de la proposition<sup>732</sup>.

**309.** L'impératif constitue donc, pour M. de Béchillon, l'élément d'identification de la norme juridique, bien qu'il n'implique pas nécessairement une obligation catégorique à la charge du destinataire principal de la disposition ; en cela, il y a rupture avec la conception classique de l'impératif juridique (et par suite, de la normativité)<sup>733</sup>. La distinction entre impératif catégorique et impératif conditionnel permettrait en outre d'opérer une différenciation du commandement (qui reste l'expression dominante du droit) et de la recommandation, à laquelle se rattachent les manifestations de la *soft law*. Ainsi, l'impératif permet-il à l'auteur

---

<sup>727</sup> *Op. cit.*, p. 179.

<sup>728</sup> *Op. cit.*, p. 190.

<sup>729</sup> *Op. cit.*, p. 191.

<sup>730</sup> *Ibid.*

<sup>731</sup> *Ibid.*

<sup>732</sup> *Op. cit.*, p. 190-195. Compar. la distinction établie par M. Somlò et mentionnée par Norberto Bobbio, entre « normes hétéronomes, valides indépendamment de la volonté du destinataire, ou « commandements », [et] celles auxquelles les destinataires doivent consentir, telles les requêtes, les prières, les avertissements et « conseils » », Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 141 ; Félix Somlò, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Menier, 2<sup>ème</sup> éd., 1927, p. 194.

<sup>733</sup> L'impératif, tel que M. de Béchillon l'envisage, n'implique pas nécessairement l'unilatéralité (*op. cit.*, p. 208). Le développement de la négociation, de la concertation, ont suffisamment bouleversé l'élaboration des normes réputées unilatérales (loi, règlement...). Par ailleurs, l'impératif trouve sa place dans les rapports contractuels. Un point, semble-t-il le passé sous silence par l'auteur, mérite cependant une précision : si la règle de droit tire son impérativité de l'autorité de son auteur, qu'en est-il pour les stipulations de deux co-contractants personnes privées ? D'où vient la force illocutoire du contrat ? Ce n'est sans doute pas ceux qui disent le droit, ici, qui lui confèrent cette force, le droit civil les réputant égaux, mais celui qui autorise les personnes privées à tisser du droit entre elles (le législateur), et l'article 1134 du Code civil, réification de son autorité.

d'appréhender le droit comme une unité, distincte des autres domaines de la normativité que sont la morale, la religion, etc. A ce titre, il s'avère particulièrement discriminant<sup>734</sup>.

La thèse développée par Denys de Béchillon contribue donc à actualiser les liens traditionnels entre impérativité et normativité, et propose une solution d'intégration de la *soft law* dans le champ normatif. Pour autant, force est de reconnaître que les explications de la normativité fondées sur la notion d'impératif s'avèrent pénalisantes pour les normes permissives.

## B – UNE APPROCHE PENALISANTE POUR LES NORMES PERMISSIVES

**310.** L'approche impérativiste de la normativité se révèle pénalisante à l'égard des normes permissives à deux titres : soit elle conduit à nier tout caractère normatif à ces dispositions, en les plaçant hors du champ normatif ; soit cette approche admet que les normes permissives aient une dimension normative, mais qui s'expliquerait exclusivement par leur lien de dépendance avec les normes impératives.

**311.** La négation de tout caractère normatif aux normes permissives s'inscrit dans le courant impérativiste le plus strict : seules les normes impératives peuvent prétendre à la qualité de normes – d'où le caractère tautologique de l'expression *norme impérative*. En conséquence, une norme qui permet, qui ouvre une faculté, ne pourrait avoir une quelconque dimension normative, puisqu'elle n'articule pas un commandement, ne dirige pas, d'une manière contraignante, le comportement de ses destinataires. La notion de norme permissive se présente donc comme un non-sens juridique<sup>735</sup> et constitue une ineptie. Aussi, n'est-il pas surprenant que les auteurs attachés à une telle conception de la normativité voient en la norme permissive une expression ambiguë du droit, et considèrent que « la notion de permis présente ce paradoxe d'apparaître seulement dans des contextes normatifs sans être elle-même proprement normative »<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> « ... la vertu de l'impératif réside précisément dans sa capacité discriminatoire. La présence, en un point quelconque de l'énoncé, d'un principe de contrainte et/ou d'interdiction permet, à lui seul, d'isoler le monde des normes de tous les autres modèles mentaux que nous nous fabriquons », *op. cit.*, p. 177 [italiques du texte] ; « ... ce trait constitue la seule caractéristique permettant de les repérer à coup sûr. Et surtout de les distinguer des autres ordres de la « modélisation » humaine. En ce sens, l'impératif tient lieu de critère de la norme, il donne d'elles un signe d'identification différentiel là où aucune de leurs autres caractéristiques n'y parvient », *op. cit.*, p. 180.

<sup>735</sup> V. André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 432 : selon certains, « il est incohérent de parler de "normes permissives" ».

<sup>736</sup> V. André-Jean Arnaud, *op. cit.*, p. 432, § 3.

312. Toutefois, une conception aussi radicale heurte les représentations les plus élémentaires de la règle de droit. Ne s'accorde-t-on pas à dire de la loi, depuis au moins deux-cents ans, qu'elle « permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense »<sup>737</sup> ? Ne le rappelle-t-on pas avec insistance, dans les plus hautes instances de l'Etat<sup>738</sup> ? Du reste, les griefs adressés à certaines lois contemporaines, tenant à leur normativité douteuse, n'est jamais lié à leur contenu permissif – c'est-à-dire le fait qu'elles ouvrent une faculté à leur destinataire – mais plutôt à leur déficit prescriptif<sup>739</sup>.

En effet, depuis environ vingt ans, le Conseil constitutionnel a été de plus en plus fréquemment conduit à constater l'absence de portée normative de certaines dispositions contenues dans les lois qui lui étaient déférées. Déclarations d'intentions, formulations d'objectifs ou autres « incantations » se multiplient en effet dans le droit positif, marquant une certaine érosion de la frontière séparant les intentions et motivations politiques des dispositions juridiques censées les servir. Ce droit « à l'état gazeux »<sup>740</sup> est surtout celui d'une société où les gouvernements recourent au droit comme à un instrument de communication<sup>741</sup>. Toutefois, face à cette dérive de la loi s'organise une véritable résistance, notamment de la part du Conseil constitutionnel<sup>742</sup> et du président de l'Assemblée nationale<sup>743</sup>. Leur ambition

---

<sup>737</sup> Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté à la Commission nommée par le Gouvernement le 24 thermidor An VIII*. Il convient de remarquer que la permission apparaît, dans la bouche de Portalis, comme le premier des effets possibles de la loi, contrairement au projet de Code civil lui-même : Livre préliminaire : *Du droit et des lois* ; titre I<sup>er</sup>, art. VII : « (la loi) ordonne, elle permet, elle défend ; elle annonce des récompenses et des peines ».

<sup>738</sup> V. Pierre Mazeaud, discours de vœux au Président de la République, 3 janvier 2005, CCC n° 18, p. 2-9 ; Conseil d'Etat, « De la sécurité juridique », *Rapport public 1991, op. cit.* ; « Sécurité juridique et complexité du droit », *Rapport public 2006*, Etudes et documents n° 58, La Documentation française, p. 223-338.

<sup>739</sup> Certains ont cru, cependant, identifier dans cette tendance l'expression d'une « diversification des fonctions de la loi. Elle n'a plus, en effet, pour seule mission d'énoncer des normes, car s'y ajoute aussi, du moins parfois, un rôle d'élaboration et d'expression des politiques publiques, des valeurs fondamentales ou des objectifs sociaux » ; Christophe Jamin et Thierry Revet, « Législation française et communautaire en matière de droit privé », *RTDCiv.* 1996, p. 485 et s., spéc. p. 487, à propos de la distinction établie par le ministre chargé des relations avec le Parlement de l'époque, entre le rôle normatif et le rôle « expressif » de la loi – approche vivement critiquée par Pierre Mazeaud, alors député (*JOAN*, 23 février 1996, p. 1133).

<sup>740</sup> Conseil d'Etat, *De la sécurité juridique*, in *Rapport public 1991, op. cit.*, p. 32.

<sup>741</sup> Ainsi, certains groupes « voient dans l'édiction de nouvelles règles – même inappliquées ou inapplicables – la solution à tous leurs problèmes et semblent plus sensibles à la fonction sédative de la loi qu'à sa fonction normative » ; *op. cit.*, p. 21.

<sup>742</sup> V. décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales* (*JORF* 30 juillet 2004, p. 13562) ; décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* (*JORF* 24 avril 2005, p. 7173). M. Pierre Mazeaud, dans son discours de vœux au Président de la République, parle d'« évolution délétère » (*op. cit.*).

<sup>743</sup> V. la proposition de loi constitutionnelle n° 1832, *tendant à renforcer l'autorité de la loi*, présentée par Jean-Louis Debré, le 5 octobre 2004 :

*Art. 1<sup>er</sup> : Le premier alinéa de l'article 34 de la Constitution est complété par une phrase ainsi rédigée :  
« Sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, elle est par nature de portée normative.  
»*

*Art. 2 : L'article 41 de la Constitution est ainsi rédigé :*



est de restaurer une certaine orthodoxie législative, la loi ayant, selon eux, pour « *vocation d'énoncer des règles et [devant] par suite être revêtue d'une portée normative* »<sup>744</sup>.

**313.** Certes, ces éléments se rapportent exclusivement à la loi, et la notion de norme est plus vaste – comme *a fortiori* celle de normativité. Mais il est possible de cerner ce qu'il faut entendre, selon le Conseil constitutionnel, par portée normative. Cette dernière est présentée comme la condition *sine qua non* de l'énonciation, par la loi, de règles<sup>745</sup> ; elle n'est pas une finalité, mais *le moyen*, permettant à la loi de remplir sa vocation<sup>746</sup>. Bien que la formulation consacrée par les décisions n° 2004-500 DC et n° 2005-512 DC puisse laisser entendre que la portée normative est une « aura » particulière conférée à un texte (la tournure passive et le verbe *revêtir* présentent en effet cet inconvénient<sup>747</sup>), la jurisprudence du Conseil constitutionnel montre que cette portée semble liée à la modification de l'ordonnement juridique.

Dans sa décision n° 94-350 DC du 20 décembre 1994, *Loi relative au statut fiscal de la Corse*, le Conseil constitutionnel relève que le législateur énonce que « *les dispositions législatives et réglementaires relevant [du] régime fiscal [en vigueur] sont "maintenues"* », et qu'« *il n'a entendu ni remettre en vigueur des dispositions abrogées antérieurement, ni faire*

---

« Art. 41. - Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne peuvent être mis en discussion, lorsqu'ils ne relèvent pas du domaine de la loi, lorsqu'ils sont contraires à une délégation accordée en vertu de l'article 38, ou lorsqu'ils sont dépourvus de portée normative. »

Si les précisions apportées à l'article 41 de la Constitution sont claires, la formulation de la phrase devant compléter l'article 34 appelle une remarque : dire que la loi « *est par nature de portée normative* » ne revient-il pas à affirmer que toute loi, peut importe son contenu, est normative ? Le choix des mots « *par nature* » est ambigu, voire contre-productif ; « *par principe* » aurait été préférable, quoiqu'il soit permis de douter de la nécessité même d'apporter cette précision, celle-ci se déduisant logiquement de l'exception introduite en tête de la phrase. Pour un commentaire, v. Jean-Philippe Feldman, « Sur la proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi », *D* 2005, p. 399.

<sup>744</sup> V. les décisions précitées n° 2004-500 DC (cons. 12) et 2005-512 DC (cons. 8). Le Conseil constitutionnel réserve cependant le cas des lois faisant l'objet de dispositions spécifiques dans la Constitution (art. 34), et qui peuvent s'écarter plus ou moins de cette exigence de précision normative : il s'agit des lois de finance, de financement de la Sécurité sociale, et des lois de programme à caractère économique et social. Les lois d'orientation en sont exclues, sauf si elles peuvent se rattacher à des lois de programme à caractère économique et social. V. CCC n° 19. Par ailleurs, dans sa décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs* (*JORF* 31 juillet 2003, p. 13038), il indique que dans le cadre de la mise en œuvre du principe de parité (art. 4 de la Constitution), il est « *loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant* ».

<sup>745</sup> Donc de normes (v. n° 9).

<sup>746</sup> Ainsi entendus, les rapports de la règle et de la norme sont clairs : la règle est nécessairement une norme, mais cela ne préjuge pas de l'existence d'autres formes de normes.

<sup>747</sup> L'idée d'une valeur spécifique conférée de l'extérieur au texte légal apparaît encore plus nettement lorsque le Conseil indique qu'une disposition n'est « *pas revêtue de la valeur normative qui s'attache à la loi* » : décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure* (cons. 21), *Rec. CC*, p. 198 ; n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* (cons. 90), *Rec. CC*, p. 204 ; n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites* (cons. 4), *Rec. CC*, p. 430.

*obstacle à des modifications ou abrogations ultérieures par le législateur ou le pouvoir réglementaire dans leurs domaines respectifs de compétence* »<sup>748</sup>. Il se réfère en outre, dans cette décision, à la notion d'*effet* normatif<sup>749</sup>, qui évoque l'effet modificatoire, décisoire<sup>750</sup>. D'ailleurs, la terminologie employée par le Conseil renferme souvent cette idée d'effet : ainsi parle-t-il d'une absence de *portée* normative<sup>751</sup>, ou plus rarement du caractère *inopérant* d'une disposition<sup>752</sup>. Mais surtout, le fait même que le Conseil indique qu'il n'y a pas lieu d'examiner la constitutionnalité des dispositions en cause signifie implicitement qu'elles n'affectent pas l'ordonnement juridique et sont insusceptibles d'entrer en conflit avec la norme suprême<sup>753</sup>.

Ainsi, dès lors qu'une loi est revêtue d'une portée normative, en ce sens qu'elle vise à s'inscrire dans l'ordonnement juridique et le modifier, elle est en mesure d'énoncer des normes, à savoir de « fixer des obligations ou ouvrir des droits »<sup>754</sup>. Il est donc inexact d'affirmer que les dispositions permissives ne sauraient constituer des normes, notamment en ce qu'elles peuvent ouvrir des droits.

**314.** Toutefois, il convient d'accorder davantage de crédit à la thèse selon laquelle elles ne jouiraient pas d'une valeur normative autonome. Le grief le plus tangible que la doctrine impérativiste peut adresser aux normes permissives serait plutôt celui de n'augurer qu'une forme relative de normativité, tirée de la portée normative certaine des dispositions impératives. Cette vision de la normativité est la corollaire des thèses réductionnistes qui

---

<sup>748</sup> (Cons. 4), *Rec. CC*, p. 134.

<sup>749</sup> Il constatait également, dans la décision 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification* (*Rec. CC*, p. 52), l'absence d'*effet* juridique (cons. 8).

<sup>750</sup> M. Pierre Mazeaud précise notamment que dans les textes de rang constitutionnel, la loi est pratiquement toujours « le sujet de verbes ayant tous un contenu "décisoire" » (discours de vœux au Président de la République, *op. cit.*). Toutefois, il convient de remarquer que le maintien de l'ordonnement juridique en l'état ne semble pouvoir conférer une portée normative à une disposition contenue dans une loi ; ainsi, des dispositions qui « ne créent aucun droit nouveau au profit des étrangers et ne les soumettent à aucune obligation nouvelle [...et qui] ne confèrent pas non plus à l'autorité administrative des pouvoirs dont elle ne disposerait pas déjà » sont dépourvues de portée normative : décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* (cons. 90), *Rec. CC*, p. 211.

<sup>751</sup> V. décisions n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* (cons. 19), *Rec. CC*, p. 258 ; n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte* (cons. 12), préc. ; n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer* (cons. 11), *Rec. CC*, p. 164 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale* (cons. 56), *Rec. CC*, p. 49 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 90 (préc.) ; n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs* (cons. 23), *Rec. CC*, p. 397 ; n° 2004-500 DC, cons. 12 (préc.) ; n° 2005-512 DC, cons. 8 (préc.).

<sup>752</sup> V. décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, (cons. 8), préc.

<sup>753</sup> V. décisions n° 85-196 DC du 8 août 1985, « *Evolution de la Nouvelle-Calédonie* » (cons. 7), *Rec. CC*, p. 63 ; n° 98-401 DC du 10 juin 1998, cons. 19 (préc.) ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 90 (préc.) ; n° 2003-483 DC, 14 août 2003, cons. 4 (préc.).

<sup>754</sup> Pierre Mazeaud, discours de vœux au Président de la République, *op. cit.*

proposent une appréhension purement logique de la notion de permis. Ainsi, les dispositions permissives peuvent avoir une certaine portée normative en ce qu'elles privent d'effet un impératif préalable, indiscutablement normatif. Cette conception renvoie à une formule que M. Capitant emploie à propos du permissif : « la notion d'une chose est aussi la notion de l'absence de cette chose »<sup>755</sup>. Parallèlement, l'autre source de normativité des dispositions permissives tiendrait à leurs effets impératifs sur les tiers. Dans l'une ou l'autre de ces explications, l'approche déontique de la normativité, fondée essentiellement sur la notion d'impératif, pénalise les normes permissives en en faisant une catégorie superflue, dépendante.

Or, les décisions du Conseil constitutionnel sont à cet égard d'un faible secours. La nature permissive ou impérative d'une disposition ne semble certes pas être un déterminant de sa portée normative, dès lors qu'elle modifie l'ordonnancement juridique. Mais ces décisions donnent aussi prise au discours impérativiste : l'ouverture d'un droit peut donner lieu à une lecture réductionniste, puisqu'elle est censée être la négation de l'obligation « correspondante » et la consécration d'obligations connexes à la charge des tiers.

**315.** Par ailleurs, la réflexion menée par M. de Béchillon sur la normativité fait une place limitée aux normes permissives et ne se singularise pas des thèses réductionnistes. En effet, selon cet auteur, les normes permissives relèveraient de la catégorie des normes qui supposent un effet impératif à l'égard de leurs destinataires indirects. Le caractère normatif d'une norme permissive, expliqué par l'impérativité, se constate et s'apprécie donc à l'égard des tiers à cette norme, délaissant en quelque sorte son destinataire principal, celui à qui, pourtant, le discours du droit est adressé, et celui dont la conduite est censée être déterminée au premier chef. Cela constitue une première limite à l'approche de M. de Béchillon.

En outre, s'agissant de l'autre distinction qu'il propose, entre impératifs catégoriques et impératifs conditionnels, rien n'est dit quant aux normes permissives. *A priori*, elles entrent dans la catégorie des impératifs catégoriques, puisque celle des impératifs conditionnels ne concerne que les dispositions ne supposant aucune forme d'impératif, ni à l'égard de leurs destinataires directs, ni à celui de leurs destinataires indirects<sup>756</sup> ; seule la *soft law* en relèverait. Pourtant, la notion d'impératif conditionnel sied dans une certaine mesure aux normes permissives. En effet, par *impératif conditionnel*, l'auteur entend *impératif dépendant*

---

<sup>755</sup> René Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, op. cit., p. 79.

<sup>756</sup> Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* op. cit., p. 190.

*de la volonté du destinataire de la norme.* Or, une telle dimension potestative est inhérente aux normes permissives, et certains des effets impératifs qu'on leur attribue sont directement liés à la détermination de leur destinataire – c'est le cas lorsque la norme permissive est garantie par une obligation positive, à la charge d'un tiers.

**316.** Plusieurs difficultés se présentent cependant à l'analyse.

En premier lieu, les normes permissives sont réputées générer des effets impératifs à l'égard des tiers, indépendamment de la volonté de leur destinataire principal : ces effets garantissent justement la libre détermination de ce dernier et sont inhérents à l'existence de la faculté ouverte. Leur permanence et leur dimension « catégorique » empêcheraient donc d'intégrer les normes permissives à la catégorie des impératifs conditionnels.

En deuxième lieu, il n'est pas certain que la catégorie des impératifs conditionnels suppose autre chose que la simple obligation éventuelle du *sujet principal* de la norme ; lorsqu'une recommandation, un conseil ou une incitation sont adressés à un sujet de droit, c'est à celui-ci qu'est ouverte la possibilité de se lier. C'est le seul sens qu'il convient de donner à la notion d'impératif conditionnel. Une question se pose alors : le destinataire principal de la norme, qui peut choisir de s'obliger, pourrait-il aussi obliger des destinataires indirects de la norme ? Non seulement M. de Béchillon ne tranche pas expressément la question, mais surtout, l'obligation d'un tiers n'est guère pensable dans la mesure où ces impératifs conditionnels relèvent essentiellement de la *soft law* : en admettant, par exemple, qu'une recommandation puisse lier son destinataire principal si celui-ci décide de la suivre, il est évident qu'elle ne saurait obliger des destinataires secondaires. Il faut donc limiter la notion d'impératif conditionnel aux seuls impératifs pour lesquels peuvent opter leur destinataire principal.

Enfin, un dernier obstacle autorise à considérer que l'idée d'impératif conditionnel n'est pas adaptée à l'appréhension de la notion de norme permissive : en dépit de son caractère conditionnel, il s'agit d'un impératif avant tout, pour lequel le destinataire direct de la norme est censé opter librement ; or, force est de reconnaître que les normes permissives n'adressent pas d'un impératif à leur destinataire principal, mais précisément une faculté ; partant, si impératif consécutif à la mise en œuvre de la faculté il y a – par exemple lorsque l'usage d'une faculté provoque la soumission de son bénéficiaire à un statut impératif, comme en matière de permis de construire –, cet impératif ne provient pas de la norme permissive elle-même, mais de dispositions qui lui sont extérieures, ou bien correspond à l'hypothèse

particulière des impératifs facultatifs, qui ne recouvrent cependant pas la notion de norme permissive dans son ensemble.

**317.** L'approche de la normativité par la notion d'impératif, au sens où M. de Béchillon la conçoit, ne permet donc pas d'appréhender les normes permissives autrement que par leurs effets sur les tiers, et s'apparente à une nouvelle thèse réductionniste. L'impératif demeure la mesure de la normativité et minimise l'intérêt de la notion de norme permissive. Aussi, doit-on déplorer l'inadéquation du critère de l'impérativité, qui ne parvient pas à rendre compte de la diversité ontologique du droit positif. Sans doute faut-il chercher ailleurs les conditions d'une pleine intégration des normes permissives dans le champ de la normativité.

## **§ 2 – LA CONCILIATION POSSIBLE DE LA PERMISSIVITE ET DE LA NORMATIVITE**

**318.** L'antinomie entre permissivité et normativité n'a d'autre origine que le primat de l'impératif dans les théories sur le phénomène normatif. Toute norme juridique étant réputée contraignante, les dispositions ouvrant des facultés se voient opposer un argument dirimant. Pourtant, la notion d'impératif est ambiguë, et l'usage qui en est fait n'est pas toujours clair. Ainsi, lorsqu'il est dit que la norme juridique est impérative, l'est-elle sur le fond, parce qu'elle pose un commandement, ou l'est-elle parce qu'elle s'impose dans l'ordonnement juridique ? Il semble qu'il faille souligner une tendance, pour une partie de la doctrine, à confondre le contenu et la valeur de la norme juridique. La conciliation de la permissivité et de la normativité suppose donc d'abord de surmonter cette confusion (A), qui pourrait d'ailleurs trahir une approche essentiellement déontique du phénomène normatif, dont la réflexion sur les normes permissives souligne les limites (B).

### **A – LA NECESSITE DE DISTINGUER LE CONTENU DE LA VALEUR DES NORMES JURIDIQUES**

**319.** Une telle distinction suppose de préciser la définition des notions d'impérativité et d'obligatorité de la norme juridique et de mettre en évidence leur possible disjonction (1). Cependant, aussi concevable soit-elle, cette distinction est en pratique obscurcie par la permanence de la notion d'impérativité dans le langage du droit, notamment depuis l'adoption, par le Conseil d'Etat, du critère d'impérativité des circulaires administratives, qu'il est malaisé de distinguer de l'idée de normativité (2).

## ***1 – Impérativité et obligatorité de la norme juridique***

**320.** L'impérativité et le caractère obligatoire, présentés comme caractéristiques des normes juridiques, sont des notions ambiguës ; elles recouvrent en effet deux significations. Elles peuvent d'abord se rapporter au sens de l'énoncé de la norme, à son contenu : son caractère impératif s'oppose alors au caractère permissif d'autres normes, et fait référence aux catégories modales dégagées en logique déontique – l'*impératif* regroupe alors l'*obligatoire* (injonction) et l'*interdit*, le *permissif* correspondant à la conjonction du *permis* et du *facultatif*. C'est en ce sens que classiquement, les normes juridiques *imposent* un comportement.

Mais impérativité et caractère obligatoire peuvent également signifier que la norme juridique *s'impose* nécessairement. Cette seconde forme d'impérativité se distingue du contenu de la prescription, qui peut tout à fait être permissif ; la règle de droit est obligatoire, impérative, parce qu'elle s'impose dans l'ordonnement juridique, dès lors que ses conditions d'application sont réunies. Mme Thibierge distingue ainsi force obligatoire et force contraignante : « la force de la norme répond, sur un strict plan technique, à au moins deux interrogations : est-ce qu'elle s'impose ? C'est la question de sa force obligatoire. Comment s'impose-t-elle ? C'est celle de sa force contraignante »<sup>757</sup>.

**321.** La difficulté provient précisément de l'incommodité à identifier à quelle force – obligatoire ou contraignante – se réfèrent les auteurs qui soulignent l'impérativité ou le caractère obligatoire des normes juridiques, d'autant que ni impératif, ni obligatoire, ne semblent *a priori* se rapporter exclusivement à l'une ou à l'autre. Si l'impératif est souvent associé au commandement et paraît plus enclin à définir le contenu d'une norme, la notion d'obligation est également employée en ce sens : obligation et impératif expriment tous deux la contrainte. De même, la notion d'impérativité peut concerner la force obligatoire des normes juridiques. C'est d'ailleurs en ce sens que sont communément opposées normes supplétives (qui peuvent être écartées par les parties) et normes impératives (qui s'imposent obligatoirement)<sup>758</sup>. Mais au-delà de ces incertitudes terminologiques, une certaine confusion – au sens d'assimilation – semble commise en doctrine entre contenu contraignant et caractère

---

<sup>757</sup> Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 610.

<sup>758</sup> V. Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 269 : « en la forme, le caractère impératif d'une règle n'est pas lié aux verbes « contraignants » ou « sanctionneurs ». Les droits, les facultés, les permissions peuvent aussi être d'ordre public. Plus généralement, le repérage d'un tel caractère est une question délicate que l'emploi du verbe laisse ouverte ». montre qu'impératif est pris au sens de non supplétif (et non déontique), et que le caractère obligatoire est celui de l'obligatorité d'application.

obligatoire des normes juridiques. Or, un tel amalgame est propice à créer une confusion – au sens de méprise – sur la conception de la normativité juridique.

**322.** L'approche phénoménologique du droit adoptée par M. Amselek permet de mettre en évidence cette distinction essentielle, dont la méconnaissance explique en partie le sort réservé aux normes permissives par de nombreux auteurs. L'idée que les normes juridiques expriment un *Sollen*, un *devoir-être*, est sans doute un déterminant prépondérant de cette situation. En effet, prise à la lettre, la notion de devoir-être paraît exprimer l'obligation, voire une certaine contrainte ; cela est parfaitement clair formulé ainsi : du *Sein* relève ce qui est, du *Sollen*, ce qui *doit* être. Le verbe *devoir* étant un vecteur évident de commandement, comment percevoir autrement les normes juridiques ?

Pour M. Amselek, la distinction *Sein/Sollen* « vise à exprimer l'essence même de l'éthique, à savoir que les règles de conduite ont pour fonction d'indiquer des marges de possibilité fixées à l'agir des intéressés et destinées à guider ou encadrer leur volonté dans la détermination de ce qu'ils ont à faire, à accomplir dans telles ou telles circonstances, – ce qu'on pourrait appeler des marges de possibilité fixées à leur « à-faire ». [...] L'idée de *Sollen* ou *devoir-être* pour caractériser les normes de conduite correspond ainsi, non pas à l'idée d'obligatoire [au sens de force contraignante, relative au contenu de la norme], mais à l'idée précisément de la norme-outil d'encadrement de l'à-faire, l'à-réaliser par les intéressés et par suite étalon de la valeur de leur conduite ».

Et de poursuivre : « Kelsen a brouillé la notion de *Sollen* en lui faisant exprimer l'obligatorité impliquée par l'acte de position de la norme mais qu'il attribue à la norme elle-même, à titre d'élément constitutif : dans cette vue syncrétique, le *Sollen*-expression d'un obligatoire localisé dans les normes elles-mêmes paraît se confondre avec la catégorie modale qu'utilisent les normes à contenu impératif [...]. Kelsen a été, du fait de cette confusion, bien embarrassé pour justifier de placer également sous le signe du *Sollen* ainsi compris les normes permissives, pour expliquer que si les normes à contenu impératif articulent un devoir ou *Sollen*, il en va de même, aussi surprenant que cela puisse paraître, des normes à contenu permissif »<sup>759</sup>.

---

<sup>759</sup> Paul Amselek, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *RRJ* 1999, PUAM, p. 51 ; v. aussi, du même auteur, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, op. cit., p. 278-279. Compar. : Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », op. cit., p. 274 : « ... la norme indique ce qui doit être et non ce qui peut être. La faculté n'est pas de l'ordre du "*Sollen*", mais de celui du "*Sein*" ».

Dès lors, si le *Sollen* « décrit bien la proposition normative en tant qu'elle constitue une norme, un modèle, [il] ne saurait être la description de ce modèle lui-même, de ses éléments constitutifs, c'est-à-dire la prescription du contenu même de la proposition »<sup>760</sup>. Le caractère obligatoire des règles de droit, leur obligatorité, se rapporte donc à leur usage et non à leur contenu : elles sont d'usage obligatoire pour « toute situation entrant dans le champ de validité de l'ensemble normatif auquel elles appartiennent »<sup>761</sup>.

**323.** S'affirme donc une dissociation du contenu des normes juridiques et de leur caractère obligatoire. Lorsque la doctrine impérativiste soutient que toute norme juridique impose et s'impose, elle reconnaît bien cette force obligatoire du droit, mais commet l'erreur de la lier à la force contraignante, qui est susceptible de degrés, voire nulle pour certaines normes<sup>762</sup>. L'impasse dans laquelle une telle conception conduit nécessairement les normes permissives résulte donc de cette confusion.

Ainsi distinguées, force contraignante et force obligatoire permettent de préciser les caractères spécifiques de la norme permissive, comme d'ailleurs les notions de destinataires directs et indirects des normes, employées par M. de Béchillon. La force contraignante, liée au contenu de certaines normes, ne produirait d'effets qu'à l'égard de leurs destinataires directs, ceux à qui elles s'adressent à titre principal. Logiquement, le destinataire d'une norme impérative – au contenu impératif – subirait un commandement (une injonction ou une prohibition), contrairement au destinataire d'une norme permissive, ne se voyant rien imposer et bénéficiant d'une faculté. Quant aux destinataires indirects des normes, ils seraient affectés par la force obligatoire des normes juridiques, et non par leur force contraignante, qui est contingente. Seule la force obligatoire serait caractéristique de toute norme juridique, et expliquerait l'existence d'une interdiction d'entrave pesant invariablement sur les tiers. Aussi, caractériser la norme permissive par les effets impératifs qu'elle induit sur ces derniers n'est-il

---

<sup>760</sup> Paul Amserek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, op. cit., p. 70. V. aussi « Ontologie du droit et logique déontique », op. cit., p. 1018 : « Dans le langage usuel, c'est seulement au commandement que l'on fait correspondre un *devoir* (*Sollen*) ; à la permission, l'on fait correspondre un *avoir le droit de* (*Dürfen*) ; à l'habilitation enfin, un *pouvoir* (*Können*). Au contraire, tel qu'on vient de l'employer, ce terme *devoir* (*Sollen*) désigne la signification normative de tout acte qui se rapporte en intention à la conduite d'autrui. *Devoir* (*Sollen*) comprend donc aussi *avoir le droit de* (*Dürfen*) et *avoir le pouvoir* (*Können*) ».

<sup>761</sup> Antoine Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », op. cit., p. 206 ; « ... le caractère obligatoire des normes juridiques se situe dans une perspective purement formelle, instrumentale (vocation à constituer un modèle devant être réalisé) », Paul Amserek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, op. cit., p. 279.

<sup>762</sup> « ... le droit n'est pas une « technique de contrainte » ; que certaines normes juridiques instituent des procédures de contrainte, n'autorise nullement à dénaturer la réalité normative du droit, des règles juridiques » ; Paul Amserek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, op. cit., p. 229.



pas discriminant, et lui nier toute spécificité en raison de ces effets sur les tiers méconnaît-il son absence de force contraignante à l'égard de leur destinataire direct.

Les normes permissives présenteraient donc une spécificité tenant à leur contenu, non contraignant, indépendant de toute notion d'impératif. Pour autant, elles constitueraient bien des normes juridiques, dès lors qu'elles recèlent la force obligatoire *a priori* inhérente à toute norme juridique, force n'altérant pas leur spécificité normative<sup>763</sup>. Il reste toutefois à apporter quelques précisions concernant cette notion de force obligatoire, afin d'en mieux percevoir le sens et l'intérêt.

**324.** La force obligatoire est liée à la valeur de la règle de droit. Contrairement à ce qu'impliquent les thèses impérativistes, cette valeur n'est pas en relation avec le contenu, le potentiel contraignant des dispositions juridiques. Comme l'écrit M. Haesaert, la « spécificité [de la norme juridique] ne se trouve pas dans une forme particulière ni dans la substance de la norme. Celle-ci, par elle-même, ne possède rien de juridique, et dès lors on ne peut découvrir en elle le propre de la juridicité »<sup>764</sup>. Les normes ne sauraient donc être juridiques par nature<sup>765</sup>, cette qualité se décrétant plus qu'elle ne se constate ; juridiques, « elles le sont et se donnent comme telles dans la mesure où il leur est assigné phénoménalement cette vocation, elles cessent de l'être et de le paraître dans la mesure où cette même vocation ne leur est pas phénoménalement donnée »<sup>766</sup>.

Dans une telle perspective, le concept de normativité perd la charge idéologique qui le caractérise dans l'approche impérativiste, au profit d'une dimension fonctionnelle, instrumentale ; il caractérise ce qui est formellement donné comme tel par les organes investis de la mission de poser des normes juridiques<sup>767</sup>, indépendamment de tout contenu

---

<sup>763</sup> Comme l'écrit Paul Amssek, les normes permissives « ont vocation à constituer un modèle, une situation-modèle, qui doit être obligatoirement réalisée, et dans laquelle X doit avoir la faculté, le pouvoir de faire telle chose. Il ne faut pas confondre cette forme obligatoire avec un contenu normatif impératif (c'est-à-dire statuant une obligation) » ; *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 278-279.

<sup>764</sup> Jean Haesaert, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948, p. 410.

<sup>765</sup> « ... les auteurs qui [...] confondent les rapports du matériel au formel avec les rapports du particulier au général, prétendent donner du juridique un schéma qui serve de critère pour identifier des normes, des propositions normatives, comme étant objectivement « juridiques », en elles-mêmes, « naturellement » en quelque sorte », Paul Amssek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 281 ; « ... la qualification « juridique » n'est pas scientifique, elle est phénoménale, objective », *op. cit.*, p. 285.

<sup>766</sup> *Op. cit.*, p. 282.

<sup>767</sup> Si, classiquement, cette mission ressortit aux pouvoirs législatifs et exécutifs, il ne faut pas exclure le juge. Certes, son rôle n'est pas de produire des normes juridiques, mais l'application, l'interprétation et l'obligation de statuer qui lui incombent révèlent un pouvoir créateur qui n'est plus contesté. Par ailleurs, il faut se garder

contraignant. Dès lors, le caractère obligatoire du droit procède-t-il moins de la force illocutoire du discours qui l'énonce, de la figure du Père incarnée dans la norme, que d'une certaine nécessité<sup>768</sup> : selon M. Amselek, « *les normes juridiques sont des instruments de jugement "obligatoires" en ce sens qu'on leur assigne la vocation à être obligatoirement suivies, respectées, "réalisées"* »<sup>769</sup>.

**325.** Toutefois, une dernière remarque s'impose, à propos de certaines normes qu'il semble difficile de considérer comme dotées d'un caractère obligatoire. Tout d'abord, les règles supplétives, sont classiquement présentées comme non obligatoires, facultatives<sup>770</sup>. Elles peuvent en effet être écartées par les parties, au profit d'autres dispositions, notamment contractuelles. Leur usage est bien facultatif. Pourtant, doit-on nécessairement les exclure du principe d'obligatorité ? Il semble que le fait même de les écarter pour adopter une autre référence juridique consiste à en faire application, du moins une application partielle en ce qu'elle pose le principe d'une faculté d'usage – seules ses dispositions substantielles sont délaissées par son destinataire. Du reste, en cas de litige relatif à des faits susceptibles d'entrer dans le champ d'application d'une règle supplétive, l'appréciation du juge, notamment quant aux règles contractuelles éventuellement adoptées par les parties, suppose qu'il constate le principe de la supplétivité de la réglementation initiale<sup>771</sup>. La norme supplétive aurait donc bien vocation à constituer une référence obligatoire pour toute situation entrant dans son champ d'application.

**326.** En revanche, les dispositions de *soft law* paraissent plus résistantes à la notion d'obligatorité. Ce qui semble caractériser cette forme de droit tient plus à la souplesse des instruments juridiques mobilisés qu'à celle de leur contenu<sup>772</sup>. En effet, la souplesse du

---

d'avoir une lecture purement institutionnelle de cette approche : les personnes privées sont évidemment d'importantes créatrices de droit, notamment dans leurs relations contractuelles.

<sup>768</sup> « [le caractère juridique] est attribué par les parties en cause, si bien que la même proposition est juridique ou ne l'est pas, suivant qu'elle jouit ou non de cette attribution. En la lui accordant, les parties attachent à la norme une signification particulière : celle de la nécessité » ; Jean Haesaert, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 410.

<sup>769</sup> *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>770</sup> Paul Amselek parle de « norme non obligatoire, norme à laquelle il n'est pas obligatoire de se référer » (*op. cit.*, p. 100-101), Antoine Jeammaud de « facultativité » (« La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, p. 207).

<sup>771</sup> « ... l'application des règles supplétives [...] s'étend plus largement à toutes les situations qui conduisent l'interprète, dans le processus du jugement, à se référer à ces dispositions, c'est-à-dire à les solliciter afin d'en inférer la solution au litige. En d'autres termes, la règle supplétive aura effectivement été *appliquée* lorsque le juge, l'ayant sollicitée, relève que, les parties ayant convenu d'une stipulation contraire, leur volonté doit l'emporter » ; Cécile Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 139. Plus loin, l'auteur ajoute, dans le but de démontrer le caractère obligatoire des règles supplétives (*op. cit.*, p. 135-153), que ce n'est pas leur application qui est facultative, mais la réalisation des conditions de leur applicabilité, qui dépend de la volonté des sujets de droit (*op. cit.*, p. 148).

<sup>772</sup> Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, *op. cit.*, n° 392. Cela conduit à ne pas y inclure les dispositions non-prescriptives figurant dans certaines lois : l'accessoire suivant le principal, ils bénéficient du

contenu n'est pas étrangère à certaines normes impératives, dont la force obligatoire ne saurait être discutée : ainsi en est-il des dispositions recourant à des standards, des notions-cadre, qu'il appartient généralement à la pratique – notamment contentieuse – de définir plus précisément<sup>773</sup>. Au contraire, la souplesse de l'instrument semble bien caractériser les dispositions de *soft law*, auxquelles leurs auteurs reconnaissent une force obligatoire souvent nulle. Ceci est particulièrement vrai pour les déclarations adoptées par les Etats au plan international, qui n'entendent pas, de la sorte, souscrire un engagement juridique ; l'importance politique du texte prime ici sur sa portée normative<sup>774</sup>. Au niveau communautaire, de très nombreux actes dits « hors nomenclature »<sup>775</sup>, voient le jour, sans être dotés, par leurs auteurs, de la force obligatoire. Préparant la plupart du temps l'adoption d'un texte véritablement normatif, ces actes sont, d'une manière révélatrice, fréquemment publiés aux séries C (communications et avis de la Commission) du Journal officiel des Communautés européennes<sup>776</sup>.

Il ressort de ces constatations que l'intention de leurs auteurs semble jouer un rôle déterminant dans l'attribution, à ces instruments, d'un caractère obligatoire. La prise en compte de cette volonté, et de la nature de l'instrument adopté, paraissent d'ailleurs primordiales pour déterminer la force qui s'y attache : la lettre d'une déclaration ne diffère pas

---

caractère obligatoire de celle-ci, et il faut expliquer leur faiblesse normative par leur seul déficit prescriptif. D'un point de vue instrumental, ils constituent des éléments obligatoires de l'ordre juridique, desquels le juge pourrait tirer des conséquences tangibles, en les mobilisant, par exemple, comme des axiomes, des principes directeurs de son office. V. Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 130-140, spéc. p. 133 : « on peut considérer qu'un tel principe est une indication, une direction à suivre pour le juge chargé d'interpréter le reste de la loi ».

<sup>773</sup> V. par ex., l'article L146-4 du Code de l'urbanisme (« hameaux nouveaux intégrés à l'environnement » ; « extension limitée de l'urbanisation » ; « espaces proches du rivage » ; « activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau »). Pour une réflexion sur la portée et l'utilité des notions floues : Vicente Fortier, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, p. 375.

<sup>774</sup> Lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992), les Etats ont adopté des textes à la portée contrastée : la Déclaration de Rio ; l'Agenda 21 ; la « déclaration de principes non juridiquement contraignante mais faisant autorité sur les forêts » ; la Convention du 4 juin 1992 sur les changements climatiques (entrée en vigueur le 21 mars 1994) ; la Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique (entrée en vigueur le 29 septembre 1994). Seuls ces derniers textes ont le caractère de règle de droit obligatoire, du moins dans les limites inhérentes aux règles du droit international public. La déclaration sur les forêts, au titre révélateur quoique encore flou, révèle bien la confusion qui règne dans l'univers juridique actuel. Sur ces textes, v. Alexandre-Charles Kiss et Stéphane Doumbé-Billé, « La conférence de Rio », *AJPI*, 1992, p. 823 ; Michel Prieur et Stéphane Doumbé-Billé, *Droit de l'environnement et développement durable*, PULIM, 1994.

<sup>775</sup> V. les remarques du Conseil d'Etat à propos du développement de ces actes : « Considérations générales sur le droit communautaire », *Rapport public 1992*, Etudes et documents, n° 44, La Documentation française, p. 15-66, et la réponse apportée par Denys Simon et Anne Rigaux, in *Europe*, novembre 1993, chron., p. 1-4 ; Agnès Gautier, « Le Conseil d'Etat et les actes « hors nomenclature » de la Communauté européenne », *RTDE*, 1995, p. 24 ; pour une présentation synthétique de ces actes, v. Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3<sup>ème</sup> mise à jour, 2001, p. 302.

<sup>776</sup> Elles s'opposent aux séries L (législation), réservées aux actes contraignants, au sens d'obligatoires.

toujours de celle d'un texte impératif, doté d'un caractère obligatoire<sup>777</sup>. Au contraire, les recommandations semblent mêler le ton du conseil à une portée normative limitée<sup>778</sup>. Déterminer le caractère obligatoire ou non des dispositions de *soft law* est à l'évidence un défi à la mesure de la variété de ces instruments : à leur foisonnement s'ajoute une inconstance de caractères, qui constitue un sérieux obstacle à l'analyse<sup>779</sup>. Il semble difficile de dégager une règle, d'autant que certaines déclarations se sont vu reconnaître un caractère obligatoire<sup>780</sup>, et que les dispositions incitatives, généralement considérées comme relevant d'un droit *souple*, semblent bien dotées d'une force obligatoire<sup>781</sup>. En conclusion, la *soft law* se distinguerait par la facultativité de son usage, ceci n'excluant pas la force obligatoire de certains de ses éléments – se pose alors la question de savoir s'il s'agit encore de *soft law*.

327. L'approche du phénomène de normativité juridique pourrait donc avantageusement se fonder sur une distinction entre le contenu et la valeur de la norme juridique. Pour autant, cette décomposition du phénomène juridique est loin d'être acquise, l'impératif se révélant particulièrement enraciné dans le discours sur le droit. Le Conseil d'Etat ne contribue guère à éclairer les esprits depuis qu'il a lui-même adopté un critère d'admission des recours contre les circulaires administratives tenant à leur caractère impératif.

## 2 – *Le critère fuyant de l'impérativité des circulaires administratives*

328. L'arrêt de Section du Conseil d'Etat du 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*<sup>782</sup> a fait de l'impératif un élément majeur du contrôle juridictionnel des circulaires administratives. La

---

<sup>777</sup> La plupart des *principes* de la Déclaration de Rio *sur l'environnement et le développement* sont libellés en des termes impératifs. Par ex., le principe 3 énonce que « *Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures* ». Toutefois, l'introduction du conditionnel dans certains de ces principes (par ex. 6, 8, 9, 11 ou 12...) apporte une certaine inflexion, qui fait osciller le ton du texte entre la solennité de la déclaration et la courtoisie de la recommandation.

<sup>778</sup> V. not. la recommandation n° 1666 (2004), *Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe*, adoptée le 23 juin 2004 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. En dépit de son objectif abolitionniste, ce texte recourt à un style purement recommandatoire, fait de constats et d'invitations.

<sup>779</sup> V. Antoine Jeammaud souligne l'intérêt et l'ampleur de l'étude qu'exigent ces manifestations actuelles du droit – au demeurant, il semble enclin à inclure ces instruments, même d'usage facultatif, dans le champ juridique (« La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, p. 207).

<sup>780</sup> L'intégration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au bloc de constitutionnalité lui a conféré un caractère obligatoire (décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec. CC*, p. 29). Certes, l'hypothèse est marginale, mais elle révèle le rôle que peut jouer le juge en la matière.

<sup>781</sup> Relativement proche des normes permissives : elles subordonnent le bénéfice d'un avantage à l'exercice d'une faculté et, partant, supposent une interdiction d'entrave de la part des tiers ; par ailleurs, elles constituent un référent obligatoire dans l'évaluation de la situation juridique de leur destinataire direct quant à son droit ou non au bénéfice proposé.

<sup>782</sup> *RFDA* 2003, p. 280, concl. Fombeur ; Francis Donnat et Didier Casas, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA* 2003, p. 487 ; Jacques Petit, « Les circulaires impératives sont des actes faisant grief

jurisprudence sur les circulaires s'était à l'origine construite sur la base de l'arrêt d'Assemblée du 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*<sup>783</sup> ; il en résultait une distinction entre circulaires interprétatives et circulaires réglementaires, seules ces dernières faisant grief, et pouvant être déférées au juge de l'excès de pouvoir. Il s'agissait de « rechercher, *derrière la circulaire*, les règles nouvelles qui étaient édictées »<sup>784</sup>, et qui conféraient à la circulaire la nature d'un acte réglementaire. Mais le juge a ensuite renforcé son contrôle, en assimilant caractère interprétatif et conformité aux textes interprétés<sup>785</sup> ; il entendait alors « rechercher, *derrière l'interprétation*, les règles qui auraient pu être ajoutées »<sup>786</sup>, du fait d'une interprétation erronée. Pour autant, la décision du 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique (IFOP)*<sup>787</sup> allait admettre qu'une circulaire fasse grief, dès lors que l'interprétation donnée au moyen de dispositions impératives à caractère général méconnaît le sens et la portée des textes interprétés ou contrevient aux exigences de la hiérarchie des normes.

Cependant, une difficulté est survenue : illégalité et innovation ne coïncidaient pas nécessairement. Une circulaire pouvait être innovatoire sans être illégale, mais la juger simplement interprétative au motif qu'elle était légale ne tirait pas les conséquences de son caractère innovatoire. Par ailleurs, une circulaire pouvait être illégale sans être innovatoire, si, par exemple, elle rappelait fidèlement un texte illégal<sup>788</sup>. Deux courants jurisprudentiels vont alors se dessiner : le premier, attaché au critère de la légalité, est illustré par des décisions qui considèrent que le juge doit tenir compte de l'ensemble du droit applicable pour vérifier que la circulaire en donne une correcte interprétation, eu égard aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes<sup>789</sup>. Les décisions du second courant, plus attachées au critère de l'innovation, retiennent que la circonstance que le texte interprété par la circulaire soit illégal n'est pas de nature à conférer un caractère réglementaire à la circulaire<sup>790</sup>. Au demeurant, ces

---

(suite) », *RFDA* 2003, p. 510 ; Jacques Combau, « Une avancée dans le contrôle juridictionnel des circulaires ? », *LPA* 23 juin 2003, n° 124, p. 19.

<sup>783</sup> *Rec.* p. 64.

<sup>784</sup> Pascale Fombeur, conclusions sur CE Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *op. cit.*, p. 283 (italiques ajoutés).

<sup>785</sup> CE, 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, *Rec.* p. 175 ; *RFDA* 1988, p. 145, concl. ; v. Fabien Raynaud et Pascal Fombeur, chronique sous CE sect., 2 juin 1999, *Meyet*, *AJDA* 1999, p. 561 : « Le juge recherche, au besoin disposition par disposition, si l'interprétation est conforme aux textes qui en sont l'objet pour en déduire que la circulaire est véritablement interprétative et donc insusceptible de recours ou au contraire qu'elle ajoute à l'état du droit et a par conséquent un caractère réglementaire. »

<sup>786</sup> Pascale Fombeur, *op. cit.* (italiques ajoutés).

<sup>787</sup> *Rec.* p. 178.

<sup>788</sup> V. Jacques Petit, « Les circulaires impératives sont des actes faisant grief (suite) », *op. cit.*, p. 513 ; Pascale Fombeur, concl., *op. cit.*, p. 284.

<sup>789</sup> CE sect., 2 juin 1999, *Meyet*, préc.

<sup>790</sup> CE, 15 avril 1996, *Union des industries chimiques*, *Rec.* p. 666 ; CE, 28 juillet 2000, *Confédération française de la boucherie, boucherie charcuterie, traiteurs*, *RJF* 11/00, n° 1327 ; *BDCF* 11/00, concl. Goulard.

solutions avaient toutes l'inconvénient de subordonner la recevabilité de la requête dirigée contre une circulaire, à un examen au fond.

**329.** La solution à ces difficultés a été apportée en deux temps, d'abord par la décision d'Assemblée du 28 juin 2002, *M. Villemain*<sup>791</sup>, qui a mis en relief le caractère impératif que doit receler une interprétation administrative pour être susceptible de recours pour excès de pouvoir, puis par la décision de Section du 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*. « Désormais, c'est le caractère impératif des circulaires qui détermine la recevabilité de la requête tendant à leur annulation : l'interprétation que l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief »<sup>792</sup>.

**330.** Ce perfectionnement<sup>793</sup> du contrôle contentieux des circulaires présente donc l'intérêt de rétablir l'ordre normal d'examen des requêtes<sup>794</sup>, puisque désormais, ce n'est plus le fond de la circulaire qui détermine si celle-ci fait ou non grief, mais son caractère impératif<sup>795</sup>. La déconnexion du fond et de la recevabilité est d'ailleurs explicite, le Conseil d'Etat indiquant clairement qu'une circulaire non impérative ne fait pas grief, « *quel qu'en soit le bien-fondé* »<sup>796</sup>. Pour autant, le critère dégagé dans la décision *Mme Duvignères* n'est pas d'un maniement facile<sup>797</sup> : l'impérativité des circulaires pose en effet l'énigme de son sens.

La jurisprudence *Institution Notre-Dame du Kreisker* entendait traiter en règlements les circulaires sortant de leur rôle interprétatif ; en cela, le juge leur prêtait bien des qualités normatives comparables à celles du règlement – la normativité reconnue à certaines circulaires ne semble d'ailleurs pas faire de doute en ce qu'elles posent une « règle

---

<sup>791</sup> Francis Donnat et Didier Casas, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 2002, p. 586 ; sur l'intérêt de l'arrêt *M. Villemain* quant à la dualité de jurisprudence, v. Pascal Fombeur, concl., *op. cit.*, p. 284.

<sup>792</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 2003*, Etudes et Documents, n° 54, La Documentation française, p. 29.

<sup>793</sup> Il ne s'agit pas d'un revirement pur et simple, puisque la distinction entre circulaires impératives et non impératives, n'a pas fait disparaître celle existant entre circulaires interprétatives et réglementaires, issue de la jurisprudence *Institution Notre-Dame du Kreisker*. Le rapport du Conseil d'Etat n'évoque d'ailleurs qu'une *modification* des règles jurisprudentielles (*ibid.*), et Mme Fombeur insiste sur les deux temps étapes qu'exige désormais l'examen des circulaires, concl., *op. cit.*, p. 287-288. Mme Koubi parle d'une « recomposition de l'analyse des circulaires », Geneviève Koubi, « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *RDJ* 2004, p. 501 ; pour des opinions doctrinales contraires, v. cet article, p. 500.

<sup>794</sup> Francis Donnat et Didier Casas, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA* 2003, p. 488.

<sup>795</sup> D'autant que la qualité d'acte faisant grief est une question d'ordre public, qui ne peut être tributaire de l'argumentation des parties, comme dans la jurisprudence antérieure. V. Pascale Fombeur, concl., *op. cit.*, p. 286.

<sup>796</sup> CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, préc.

<sup>797</sup> Francis Donnat et Didier Casas, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA* 2003, *op. cit.*

nouvelle » ; elles étaient donc obligatoires dans l'ordre juridique. Pour autant, la distinction introduite en 2002 trouble cette approche. En effet, si le caractère réglementaire des circulaires paraissait, jusqu'ici, leur conférer une normativité, qu'en est-il du caractère impératif ? Faut-il y avoir une assimilation d'impératif et normatif, contraire à la distinction établie entre le contenu et la valeur du droit, mais pourtant si fréquente ?

**331.** Deux remarques préalables s'imposent. Tout d'abord, l'impérativité d'une circulaire commande la recevabilité du recours contre cet acte ; c'est, à ce titre, un critère procédural<sup>798</sup>, utile à la technique contentieuse. En outre, l'impérativité d'une circulaire ne préjuge pas de son caractère réglementaire, puisque les distinctions jurisprudentielles se combinent. Dès lors, soit l'impérativité d'une circulaire est complètement étrangère à la notion de normativité, et seul le caractère réglementaire d'une circulaire est vecteur de normativité, soit la dimension impérative d'une circulaire lui confère une certaine forme de normativité, dont le caractère réglementaire n'est qu'une déclinaison possible.

**332.** Une voie d'explication réside dans l'utilité contentieuse attribuée au critère de l'impérativité. Il s'agit de déterminer les circulaires qui pourront ou non être déférées au juge. Autrement dit, de l'impérativité est déduit le caractère d'acte faisant grief. Or, font en principe grief les actes décisifs, c'est-à-dire ceux qui modifient l'ordre juridique, ou du moins l'affectent<sup>799</sup> ; ainsi, sont décisifs les actes créant des droits ou obligations, et ceux prenant position sur l'ordonnement existant sans y ajouter ou y retrancher. Le raisonnement suivi par Mme Fombeur fait des circulaires impératives des actes prenant position sur l'ordonnement juridique sans le modifier<sup>800</sup>. Ainsi, elles font grief.

Pour autant, circulaires impératives et actes décisifs sont-ils assimilables ? Comme le souligne justement M. Petit, « la formule « doivent être regardées comme faisant grief » permet de penser [...] que le terme *décision* a été évité » et « évoque même un effort d'assimilation à une catégorie à laquelle les actes en cause seraient normalement étrangers »<sup>801</sup>. *Effort* d'assimilation, et non assimilation. Il n'est donc pas certain que le Conseil ait vraiment entendu considérer les circulaires impératives comme des actes décisifs, même dans l'acception large du terme. En revanche, il leur reconnaît bien la

---

<sup>798</sup> Geneviève Koubi, « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *op. cit.*, p. 522.

<sup>799</sup> Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Sirey, 1982, n° 29.

<sup>800</sup> Concl., *op. cit.*, p. 287 ; Jacques Petit, « Les circulaires impératives sont des actes faisant grief (suite) », *op. cit.*, p. 514.

<sup>801</sup> Jacques Petit, *op. cit.*, p. 515.

qualité d'actes faisant grief<sup>802</sup>. Il en résulte que la catégorie des actes faisant grief est plus large que celle des décisions<sup>803</sup>. Cela souligne la vocation contentieuse de la première : ouvrir la voie du contrôle juridictionnel. Or, les déterminants pragmatiques de la solution du 18 décembre 2002 ne peuvent être ignorés. Mme Fombeur, dans ses conclusions, est claire sur ce point : « Vous vous montrez ainsi pragmatiques et vous acceptez de contrôler la légalité de divers actes qui ne modifient pas par eux-mêmes l'ordonnancement juridique mais ont toutefois des incidences pratiques. En particulier, comme le montre votre jurisprudence sur les actes types<sup>804</sup> et les actes déclaratifs<sup>805</sup>, *vous considérez dans certaines hypothèses qu'il vaut mieux opérer un contrôle en amont pour prévenir des illégalités ultérieures. Eu égard à l'importance qu'elles exercent, dans les faits, sur l'activité de l'administration, il nous semble que vous pouvez vous engager sur la même voie pour contrôler les circulaires interprétatives, dès lors du moins qu'elles revêtent un caractère impératif* »<sup>806</sup>.

**333.** La signification à donner à *impératif* semblerait donc circonscrite entre une définition souple de la notion d'acte décisoire et le recours au « sésame » que constitue l'acte faisant grief. Toutefois, il semble qu'au vu des conclusions de Mme Fombeur, l'impérativité d'une circulaire recouvre deux grandes hypothèses : « par dispositions impératives à caractère général, il nous semble qu'il faut entendre toutes les dispositions au moyen desquelles une autorité administrative vise soit à créer des droits ou des obligations, soit à imposer une interprétation du droit applicable en vue de l'édition de décisions »<sup>807</sup>. Dès lors qu'elle vise à créer des droits ou des obligations, une circulaire modifie bien l'ordonnancement juridique ; elle est décisoire, dans le sens le plus stricte du terme. En revanche, si l'impérativité résulte de l'imposition d'une interprétation du droit applicable en vue de l'édition de décisions, la circulaire s'éloigne de l'acte décisoire-type, et le recours à la catégorie plus large d'acte faisant grief s'avère nécessaire. L'impérativité d'une circulaire pourrait donc être caractérisée par des velléités plus ou moins abouties d'imposer une interprétation du droit positif. C'est donc à l'intention de son auteur<sup>808</sup> qu'il convient de s'attacher.

---

<sup>802</sup> Jean-Bernard Auby s'interroge cependant : « les interprétations émises par l'administrations ne peuvent être impératives que pour elles-mêmes. [...] Comment le caractère de décision faisant grief aux administrés peut-il découler de l'impérativité au sein de l'administration ? », *DA* mars 2003, p. 2.

<sup>803</sup> *Ibid.* René Chapus pose implicitement la question : *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 671 *in fine*.

<sup>804</sup> CE Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, *Rec.* p. 294.

<sup>805</sup> CE, 20 janvier 1971, *Le Gall*, *Rec.* p. 44.

<sup>806</sup> *Concl.*, *op. cit.*, p. 287 (italiques ajoutés).

<sup>807</sup> *Ibid.*

<sup>808</sup> *Op. cit.*, p. 288. Geneviève Koubi parle d'« objectif décisionnel, condition de l'impérativité » ; « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *op. cit.*, p. 505.



D'ailleurs, Mme Fombeur n'indique pas qu'une circulaire impérative crée des droits et obligations, mais *visé* à en créer, de même qu'elle *visé* à imposer une interprétation. Or, une telle intention se veut manifestement normative, en ce sens qu'elle tend à conditionner l'action des destinataires de la circulaire (notamment par des droits et obligations), à imposer une lecture du texte interprété, et donc à dire le droit ; réside donc bien ici une forme évidente de juridicité<sup>809</sup> – la position de l'auteur de la circulaire lui confère d'ailleurs une force illocutoire, une impérativité, au sens où l'entend M. de Béchillon<sup>810</sup>. Par ailleurs, est particulièrement révélatrice l'exclusion des « dispositions de circulaires qui exposent une politique ou assignent des objectifs et qui, si elles figuraient dans une loi ou un décret, seraient également dépourvues de portée normative »<sup>811</sup> ; ces considérations, qu'on nommerait en d'autres circonstances déclarations d'intentions, n'entendent rien imposer<sup>812</sup>. L'impératif renvoie donc, dans ce domaine, au prescriptif<sup>813</sup>, ou plus exactement à l'intention prescriptive.

**334.** On peut dès lors se demander pourquoi avoir retenu le terme *impératif* plutôt que *prescriptif*, qui s'oppose classiquement à *indicatif* ; une circulaire non impérative correspond bien à une circulaire indicative. L'expression d'autorité inhérente à l'impératif a sans doute été déterminante, mais en tant que document *écrit*, la référence à l'idée de prescription aurait été opportune, d'autant que le critère retenu par la Conseil d'Etat induit un doute quant au contenu des circulaires impératives. Ces dernières formulent-elles exclusivement des impératifs au sens déontique, c'est-à-dire des ordres, des commandements ? Une circulaire pourrait-elle avoir un contenu permissif et être qualifiée d'impérative ? Mme Fombeur excluait de la catégorie des circulaires impératives les directives, « se bornant à définir des

---

<sup>809</sup> « Dès lors que l'auteur de la circulaire expose aux services chargés de la mise en œuvre de la réglementation l'ensemble des règles applicables, en indiquant de façon univoque et non dubitative comment il faut le comprendre et l'appliquer, on peut considérer qu'il s'agit de dispositions à caractère impératif », *ibid.* V. aussi Geneviève Koubi, « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *op. cit.*, p. 504-505 : les circulaires impératives « comportent des commandements, posent des normes de conduite méthodiques pourvues de conséquences sur les situations juridiques ».

<sup>810</sup> Cf. *supra*.

<sup>811</sup> Concl., *op. cit.*, p. 287.

<sup>812</sup> On s'éloigne ainsi de l'idée d'impératif conditionnel avancée par M. de Béchillon. L'impérativité des circulaires ne paraît pas admettre le consentement de son destinataire à la réalisation de la prescription.

<sup>813</sup> Mme Fombeur oppose d'ailleurs les indications aux prescriptions ; concl., *op. cit.*, p. 287. V. CE, 19 février 2003, *Société Auberge Ferme des Genets*, JCP-A, 2003, n° 26, p. 858, note B. Tabaka : le juge dénie un caractère impératif à la circulaire qui se borne à donner « certaines indications »... A l'opposé, il a pu relever, dans les premières décisions faisant application du nouveau critère, le caractère prescriptif de circulaires et les qualifier d'impératives : CE, 3 février 2003, *Syndicat national de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et a.* (n° 235066 ; *Rec. t.*) et CE, 12 février 2003, *Syndicat Lutte pénitentiaire* (n° 219869). Cependant, contrairement à ce qu'affirme Benoît Tabaka (p. 860), la notion de prescription est plus large que celle d'impératif (v. n° 45 et s.).

orientations générales destinées à assurer la cohérence de l'action administrative dans des matières où l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation »<sup>814</sup>. Dès lors, une circulaire reconnaissant une faculté ne devrait pouvoir être qualifiée d'impérative, puisqu'elle préserve la liberté d'appréciation des agents<sup>815</sup>. Pourtant, certaines décisions admettent le caractère impératif de circulaires dont les dispositions critiquées sont à l'évidence permissives<sup>816</sup> ; d'autres, cependant, sont plus équivoques<sup>817</sup>.

**335.** Enfin, une dernière question se pose, qui consiste à savoir s'il est possible d'assimiler impérativité des circulaires et normativité. Selon la conception impérativiste de la normativité, il y aurait des liens évidents entre les deux notions<sup>818</sup>. En outre, les circulaires impératives entretiennent des relations étroites avec la catégorie des actes décisifs ; elles peuvent notamment créer des droits ou des obligations. De même, sont *a priori* exclues du champ des circulaires impératives celles dont les dispositions seraient, dans la loi ou le règlement, dénuées de portée normative. Toutefois, l'impérativité d'une circulaire, selon Mme Koubi, ne suffit pas à lui conférer valeur proprement normative : « pour acquérir une force spécifique dans le champ du droit, la norme impérative doit s'insérer dans le système de droit, dans l'ordonnement des règles juridiques. Cet enchaînement n'est pas décidé par celui qui émet la norme ; il procède d'une construction qui associe la posture et le statut de l'auteur de la norme dans un système organisationnel et institutionnel donné et la forme et la place de la norme au sein d'un système ordonné de dispositifs et de règles »<sup>819</sup>. Au demeurant, le caractère réglementaire de certaines circulaires impératives atteste bien d'une forme de normativité ; mais les questions qui se posent, avec le critère de l'impérativité, se situent en amont. Même non réglementaire et simplement interprétative, une circulaire impérative

---

<sup>814</sup> *Ibid.*

<sup>815</sup> Selon Benoît Tabaka, l'impérativité d'une circulaire serait liée, au regard de la jurisprudence, à la fixation de « normes obligatoires auxquelles il est impossible de déroger », note sous CE, 19 février 2003, *Société Auberge Ferme des Genets*, *op. cit.*, p. 561.

<sup>816</sup> V. not. CE, 6 octobre 2004, *Syndicat mixte de défense et de valorisation forestière*, n° 250413. Prise pour l'application du décret du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement, la circulaire en cause dispose : « Si le projet est réalisé en partie ou en totalité par le porteur de projet lui-même, peuvent être retenus en dépense subventionnable, des approvisionnements, des équipements et des dépenses de fonctionnement, y compris des dépenses de personnel, à l'exception des rémunérations de fonctionnaires territoriaux ». La faculté ouverte précise les dépenses subventionnables admissibles et les criconscrit en même temps. V. aussi CE, 27 février 2004, *M. Az*, n° 256475 : admission implicite de l'impérativité d'une circulaire, le juge estimant qu'une de ses dispositions a un caractère réglementaire, dans la mesure où elle « [crée] la possibilité que ne soit pas dispensé un enseignement antérieurement obligatoire, [...et étend] le champ des matières susceptibles de donner lieu à des travaux personnels encadrés ».

<sup>817</sup> Pour une décision où le juge considère que la circulaire « n'édicte pas de règles impératives », mais « se borne à indiquer (une) possibilité », que l'on peut analyser comme issue d'une disposition permissive : CE, 3 mars 2004, *M. Denis*, n° 253265.

<sup>818</sup> V. Jacques Combau, « Une avancée dans le contrôle juridictionnel des circulaires ? », *op. cit.*, p. 24.

<sup>819</sup> « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *op. cit.*, p. 517-518.

constitue-t-elle une pièce de l'ordonnement normatif ? Et surtout, quel statut entend-on conférer aux interprétations administratives ?

**336.** En définitive, le critère de l'impérativité dégagé dans l'arrêt *Mme Duvignères* témoigne plus de l'ambiguïté du terme *impératif* qu'il ne permet de saisir ses rapports avec la normativité. Dans le cadre du contrôle des circulaires, l'impérativité est indéniablement une notion fonctionnelle, visant à rationaliser le contrôle contentieux. Le recours à un tel critère n'est d'ailleurs pas sans lien avec un phénomène jurisprudentiel que M. Timsit qualifie d'« impérativisation »<sup>820</sup>. Par ce néologisme, l'auteur désigne une réaction des juridictions face au développement, dans la pratique administrative, de techniques ne relevant pas de l'exercice d'un pouvoir normatif classique, censément impératif et autoritaire : contrats, négociations, incitations, recommandations, directives, etc. Or, ces techniques, non obligatoires, « donnent lieu, de la part des juridictions qui ont à en connaître, à un traitement particulier... consistant précisément à leur dénier tout particularisme ». Le juge, prétendant dépasser la formulation ou l'appellation de ces techniques, recherche si elles peuvent s'analyser en des dispositions ou processus à caractère impératif, en l'occurrence réglementaire. Soit le juge cherche à les « annexer » à un acte obligatoire<sup>821</sup>, soit il découvre en elles une dimension obligatoire<sup>822</sup>, soient ils estiment que modifiant une règle obligatoire, elles acquièrent un caractère réglementaire<sup>823</sup>.

Cette dernière hypothèse intéresse d'ailleurs les circulaires dans le cadre de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Mme Duvignères*, puisque l'ajout au droit positif leur conférait le caractère réglementaire permettant au juge d'accueillir le recours formé contre elles. Avec la décision du 18 décembre 2002, c'est une autre modalité d'impérativisation qui semble s'être fait jour, témoignant combien le juge peine à appréhender la normativité en des termes étrangers à l'impératif. Mais à l'évidence, cette impérativité n'est pas celle du contenu des règles en cause, mais celle de leur valeur.

**337.** L'approche particulière du Conseil d'Etat s'agissant de la notion d'impérativité et de son application aux circulaires administratives, ne semble donc pas remettre en cause la distinction qu'il convient d'établir entre l'impérativité et l'obligatorité des normes juridiques.

---

<sup>820</sup> Gérard Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *op. cit.*, p. 378.

<sup>821</sup> *Ibid.* Il peut s'agir de l'annexion d'un contrat à un acte réglementaire. A cet égard, la théorie de l'acte détachable s'inscrit dans ce phénomène d'impérativisation.

<sup>822</sup> *Op. cit.*, p. 379.

<sup>823</sup> *Ibid.*

L'impératif semble n'être qu'un critère contentieux, se situant sur un autre plan que celui de la définition de la normativité juridique. Cependant, la position du juge administratif obscurcit la compréhension de ce phénomène et révèle combien l'unification terminologique en la matière est indispensable à une distinction claire du contenu et de la valeur de la norme juridique. D'ailleurs, une approche de la normativité débarrassée des *a priori* déontiques paraît s'imposer.

## B – L'INTERET D'UNE CONCEPTION NON DEONTIQUE DE LA NORMATIVITE

**338.** Les catégories de la logique déontique marquent intensément les représentations du droit. Les thèses impérativistes constituent une forme extrême de cette imprégnation, mais la reconnaissance même de normes permissives s'inscrit aussi dans une lecture déontique du droit. Les difficultés tenant à la question de l'obligatorité du droit, sa réductibilité à la contrainte, sont dues à ce parti pris, qui fait des normes des règles d'encadrement des conduites. Or, certains auteurs ont mis en évidence l'intérêt d'une appréhension de la norme juridique en terme de modèle (1), et pas nécessairement de modèle de conduite. Cette conception permet, semble-t-il, de dépasser la problématique du droit impératif, et offre aux normes permissives un cadre d'analyse qui ne réduit pas leur normativité à néant ou à une forme exceptionnelle, anormale., mais à une variété de modèle juridique (2).

### *1 – La norme juridique en tant que modèle*

**339.** Plusieurs auteurs proposent de considérer les règles de droit comme des modèles, faisant de la normativité juridique une forme de modélisation des rapports sociaux. Ainsi, M. Amserek estime-t-il que « l'idée mystérieuse du "devoir-être" n'est rien d'autre qu'une façon d'exprimer la structure même de norme, de modèle, d'instrument d'évaluation : le fait de penser un quelque chose comme modèle lui confère une apparence de "Sollen". Précisément, une proposition constitue une norme à partir du moment où j'assigne à ce qu'elle signifie, la fonction de modèle »<sup>824</sup>. M. Zénati écrit, quant à lui, que « la norme est un *modèle*, elle est le document technique ou le "patron" auquel l'homme de l'art se réfère pour réaliser son ouvrage ; elle est le type de comportement qu'un individu adopte pour se conformer aux

---

<sup>824</sup> Paul Amserek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, op. cit., p. 81 ; v. aussi p. 70, 100, 208, 275, 278.

mœurs ou aux modes en vigueur dans un groupe social déterminé »<sup>825</sup>. De même, pour M. Hart, les règles juridiques, quelles qu'elles soient, « constituent des *modèles* au regard desquels les actions individuelles peuvent faire l'objet d'une appréciation critique »<sup>826</sup>.

**340.** Cette conception de la norme juridique doit certainement à M. Jeammaud ses développements les plus approfondis<sup>827</sup>, d'autant que cet auteur se propose de rompre nettement avec l'approche communément déontique de la normativité, en vertu de laquelle le droit encadre les conduites humaines, les comportements : « c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer *comment les choses doivent être* qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite »<sup>828</sup>. Il fait à ce titre remarquer que de nombreuses dispositions de droit positif ne se présentent pas sous une forme déontique du type *X doit* ou *peut* faire..., et revêtent au contraire un caractère énonciatif<sup>829</sup>.

**341.** Or, parmi les partisans de la thèse du modèle, la plupart des auteurs ne considèrent, en fait de modèles, que des modèles de conduite, de comportement – cela aurait l'inconvénient de ne pas rompre avec la logique déontique<sup>830</sup>. Le recours à la notion de modèle doit pourtant permettre d'éclairer le large spectre que recouvre le champ normatif, qui ne se limite pas à la direction des conduites – fut-elle souple ou autoritaire<sup>831</sup> –, puisque les normes constituent des

---

<sup>825</sup> Frédéric Zénati, *La jurisprudence, op. cit.*, p. 144. Compar. Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ? op. cit.*, p. 171 : « ... la notion de modèle *abstrait*, dont nous avons besoin pour caractériser l'idée de norme, appelle un peu plus de subtilité : un modèle abstrait, c'est une construction purement mentale, pas un dessin, un plan, ou quoi que ce soit de ce genre. C'est *l'idée ou le concept* d'une situation, d'un comportement ou d'une chose auquel on veut rapporter une situation, un comportement ou une chose *réels* par le biais d'une opération de jugement. Au travers de cette opération, la conformité à son modèle de la chose « modélisée » pourra faire l'objet d'une *évaluation* ».

<sup>826</sup> Herbert. L. A. Hart, *Le concept de droit, op. cit.*, p. 50.

<sup>827</sup> Antoine Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*

<sup>828</sup> *Op. cit.*, p. 200 ; v. aussi p. 203 : « la reconnaissance de la signification normative d'un énoncé en langage du droit et, par là, sa contribution au gouvernement des actions, ne dépendent pas de la nature de son objet – de ce dont elle « parle » – puisqu'elle tient à sa vocation de modèle »

<sup>829</sup> *Op. cit.*, p. 201. V. aussi Frédéric Zénati, qui tient pour exceptionnel l'usage de formes déontiques (*La jurisprudence, op. cit.*, p. 139). Par ailleurs, l'effort de reformulation des énoncés du droit positif (le langage du législateur) en langage normatif (déontique), ou encore la nécessité de tenir l'indicatif juridique pour impératif, sont bien des conséquences d'une appréhension déontique de la normativité juridique.

<sup>830</sup> V. Paul Amssek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit, op. cit.*, p. 100 ; « Le droit technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 10, 1989, p. 7 ; Jean-Louis Sourieux, *Introduction au droit*, PUF, 1987, n° 24 ; Neil Mac Cormick, « La texture ouverte des règles juridiques », *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989, p. 122 : « Par « contenu de règle » j'entends un modèle d'action ou d'abstention présenté comme requis (« doit », « devrait », « devra »), interdit (« ne pourra pas », « interdit »), permis (« pourra », « n'est pas nécessaire ») ou comme étant l'exercice valable d'un pouvoir dans certaines circonstances décrites de manière générique. [...] Le contenu de la règle, ainsi compris, est normatif au sens où les gens peuvent consciemment s'y reporter pour guider leur conduite ou leur jugement à propos d'une conduite (comme bien ou mal, juridiquement vrai ou non, etc.) ».

<sup>831</sup> Sur la dichotomie proposée par Paul Amssek, « Norme et loi », *APD* t. 25, 1980, p. 89 ; « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 275 et s.

modèles pour les objets les plus variés : modèles de rapports entre les personnes, de qualification d'un sujet de droit, d'attribution de prérogatives à un sujet, d'effets d'une acte, de situations de fait, etc.<sup>832</sup>.

**342.** L'approche de M. Jeammaud présente sans aucun doute l'intérêt de simplifier la reconnaissance de la signification normative des dispositions du droit positif, en faisant l'économie de leur reformulation en langage déontique, selon lui en général appauvrissante et risquée<sup>833</sup>. Telles qu'elles sont énoncées, ces dispositions se donnent pour modèles, références, aptes à être mobilisées par les divers acteurs du droit (personnes privées, autorités administratives, juges, etc.), dans le cadre d'opérations de jugement : déterminer (pour soi-même ou autrui) ce qu'il est possible de faire, « contester ce qui a été fait, en vue de poursuivre éventuellement un résultat pratique » (mise en œuvre de la responsabilité d'autrui, annulation d'un acte...), « apprécier la conformité d'un certain état de choses aux règles en vigueur, en vue d'un constat aux usages variables » (activités d'audit, d'inspection, de contrôle...), etc.<sup>834</sup>. En tant que modèle, la norme doit donc « permettre l'évaluation de situations, rapports, actes, actions, conduites, ou d'autres objets encore, c'est-à-dire de déterminer comment ils doivent être, devront être, ou auraient dû être du point de vue du système auquel appartient cette norme »<sup>835</sup>.

En d'autres termes, la règle juridique a vocation à être utilisée en amont ou en aval de l'action, ce qui témoigne d'une double instrumentalité du droit : d'une part la prévention, en ce que la confrontation d'un projet de comportement ou d'acte, au modèle qu'incarne la norme, permet aux acteurs du droit de connaître leur marge d'action, les risques qu'ils encourent éventuellement, ce qu'ils peuvent escompter, etc. ; d'autre part, la répression/réparation, puisque le modèle du droit permet aussi une appréciation *a posteriori*, pouvant notamment se solder par le prononcé d'une sanction, d'une annulation, ou une condamnation à réparation.

C'est en ce sens que M. Zénati considère que « la norme juridique est un instrument technique qui permet à la fois d'organiser le mécanisme réparateur et de prévenir la nécessité d'y

---

<sup>832</sup> *Op. cit.*, p. 200, 203-204. M. Oriane estime que le droit remplit trois missions qui dépassent le simple plan technique : il relève certes de l'ordre du « faire » (droits et obligations), de l'ordre du « dire » (rôle de médiation et communication) et même de l'ordre de l'« être » (point de référence nécessaire à l'existence de la société) ; Paul Oriane, « Droit et gestion publique », *Bulletin international d'administration publique*, n° 36, oct-déc. 1975, p. 61.

<sup>833</sup> *Op. cit.*, p. 202, 204.

<sup>834</sup> *Op. cit.*, p. 203.

<sup>835</sup> *Ibid.*

recourir»<sup>836</sup>. La norme juridique n'est généralement pas de nature à peser sur les comportements en ce qu'elle dicte une conduite à ses destinataires, mais plutôt en ce qu'elle met le sujet de droit à même d'auto-évaluer ses intentions par rapport au modèle. En cela, elle constitue essentiellement un instrument de qualification, fonction que sa formulation énonciative, souvent jugée paradoxale, ne fait que révéler<sup>837</sup>.

**343.** Une telle instrumentalisation de la norme juridique démystifie une part de l'office du juge : ce dernier n'apparaît plus tout à fait comme l'autorité qui châtie les contrevenants à la règle, ceux qui ne se sont pas soumis au commandement. Il apparaît davantage comme arbitre d'un conflit, appréciateur d'une situation qui peut être irrégulière, sans pour autant ranimer le spectre du gendarme. En un sens, la conception de la norme juridique comme modèle « mûrit » les rapports des sujets de droit à la légalité, quand l'approche impérativiste contribue plutôt à les infantiliser. Certes, la représentation de la norme juridique comme modèle ne lui retire pas son autorité : elle reste non seulement ce vers quoi chacun doit tendre – les conséquences attachées aux qualifications qu'elles permettent ont un effet sur les comportements –, mais surtout, elle demeure pour l'essentielle imposée aux sujets de droit<sup>838</sup>. Seul son contenu n'a plus à procéder du commandement pour faire autorité, ce qui offre notamment de nouvelles bases d'appréciation de la *soft law*.

Ainsi, si les dispositions recommandatoires trouvent difficilement place dans les conceptions déontiques de la normativité, elles peuvent sans difficulté servir à des opérations de qualification et être regardées comme des modèles. Certes, leur raison d'être consiste à orienter – d'une manière douce – les comportements des sujets de droit, à obtenir leur adhésion, mais elles peuvent servir de référence dans l'appréciation de situations juridiques. Par exemple, la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991, *relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, qui recommande notamment de ne pas fumer (« *Pour être en bonne santé, ne*

---

<sup>836</sup> Frédéric Zénati, *La jurisprudence, op. cit.*, p. 139.

<sup>837</sup> Frédéric Zénati note, à propos du droit pénal, que « son objet n'est pas de prescrire ou d'interdire mais d'évaluer la sanction d'un comportement soigneusement défini ; il est de l'essence du droit répressif de s'appliquer après l'action et non pas de la régler, même si son influence sur le comportement se conçoit » (*ibid.*). Même si l'auteur situe principalement l'utilité de la règle pénale en aval de l'action, en tant que règle de qualification, et donc de jugement, il met en évidence la portée qu'elle peut avoir sur l'action. Règle de justice et règle de conduite sont totalement liées.

<sup>838</sup> Frédéric Zénati estime cependant qu'il ne faut pas négliger la liberté d'adhésion qui serait inhérente à la norme : « le *normal* n'est pas le produit d'une coercition, mais d'une adhésion volontaire, d'une imitation : la norme est un *modèle*, [...] elle est le type de comportement qu'un individu adopte pour se conformer aux mœurs ou aux modes en vigueur dans un groupe social déterminé. [...] l'imitation est inspirée par l'attraction, non pas par la contrainte » (*La jurisprudence, op. cit.*, p. 144). Cette conception explique peut-être ce qui incite les individus à ne pas violer les règles (encore que la crainte d'une sanction ou l'attente d'un bénéfice influent plus certainement), mais elle ne rend pas compte de la réalité du droit, qui s'impose quoi qu'il en soit comme outil de référence, dès lors qu'une situation entre dans son champ d'application.

*fumez pas* »), soulève des difficultés d'analyse dans le cadre des schémas déontiques classiques, en particulier en ce qu'elle avertit des effets nocifs du tabagisme (outre les dangers pour l'entourage, les femmes enceintes, la fertilité, le système cardio-vasculaire..., « *fumer tue* »). Ces informations en forme de conseil, qui ne sont manifestement pas des ordres<sup>839</sup>, n'en constituent pas moins des instruments de référence pour l'appréciation de situations futures. Qui peut dès lors prétendre engager une action en responsabilité contre l'Etat et les industriels du tabac pour défaut d'information sur les dangers du tabagisme<sup>840</sup> ? Sans minimiser l'intention des pouvoirs publics de sensibiliser les consommateurs de tabac, cette forme adoucie de droit joue un rôle de garantie juridique important au bénéfice des producteurs de tabac et des pouvoirs publics. C'est donc bien en ce qu'elles renseignent et préviennent que ces dispositions sont normatives.

**344.** De la même manière, il semble excessif de nier tout potentiel normatif aux dispositions réputées purement indicatives, dont regorge aujourd'hui le droit positif. Les « neutrons législatifs »<sup>841</sup> que fustige une partie de la doctrine, ces principes « au frontispice de nombreuses lois »<sup>842</sup>, qui ne font que formuler des intentions politiques, des déclarations, embarrassent ceux pour qui le droit est clairement prescriptif, ou n'est pas. Pourtant, comme met en garde Mme Bergeal, il ne faut pas sous-estimer le risque que le juge, partant du présupposé que toute loi a un contenu, confère une portée juridique à ces dispositions à la normativité *a priori* improbable<sup>843</sup>, ou encore « exténuée »<sup>844</sup>. Cette position rejoint celle de M. Jeammaud : « certains de ces énoncés finissent par jouer quelque rôle dans l'aménagement

---

<sup>839</sup> Sauf pour les fabricants de cigarettes qui sont tenus d'apposer ces mentions à caractère sanitaire sur les conditionnements : v. art. L3511-6 al. 4 du Code de la santé publique : « *Toutes les unités de conditionnement du tabac et des produits du tabac ainsi que du papier à rouler les cigarettes portent, dans les conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de la santé, un message général et un message spécifique de caractère sanitaire* » ; arrêté du 5 mars 2003 *relatif aux teneurs maximales en goudron, nicotine et monoxyde de carbone des cigarettes, aux méthodes d'analyse, aux modalités d'inscription de ces teneurs et de vérification de l'exactitude des mentions portées sur les conditionnements ainsi qu'aux modalités d'inscription des avertissements de caractère sanitaire sur les unités de conditionnement des produits du tabac* (JORF 9 mars 2003, p. 4159).

<sup>840</sup> Sur le précédent américain, v. Eric Leser, « La justice américaine réclame 280 milliards de dollars aux industriels du tabac », *Le Monde*, 21 septembre 2004.

<sup>841</sup> Jean Foyer, *JOAN*, débats, 21 juin 1982, p. 3667, à propos de la loi d'orientation de la recherche.

<sup>842</sup> Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>843</sup> Catherine Bergeal, *Savoir rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire...*, Berger-Levrault, 1997, p. 94 et s. La remarque est d'autant plus intéressante que l'auteur, maître des requêtes au Conseil d'Etat et exerçant les fonctions de commissaire du gouvernement, a du droit une approche pragmatique. Elle souligne d'ailleurs que « des règles normatives » ont bien été déduites du préambule de la Constitution de 1946, dont l'indétermination déontique est notable.

<sup>844</sup> Rémy Libchaber, « Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTDciv.* 1999, p. 242-244 : « Pour être plus incitatif, moins directif qu'autrefois, le droit contemporain n'en est pas moins du droit, dans la mesure où tout germe normatif est susceptible de prospérer sous l'influence du juge. C'est lui qui donne un contenu effectif aux notions floues comme aux standards ; qui se guide sur les déclarations d'intention pour interpréter les règles existantes, et faire advenir positivement les objectifs de la loi ; et qui fait parfois sortir des conséquences proprement juridiques de droit subjectifs platoniques ».



des situations juridiques et le règlement des différends, qu'ils orientent l'interprétation des règles elles-mêmes ou que les tribunaux les investissent d'une valeur normative ou en déduisent des règles implicites »<sup>845</sup>. Or, en considérant que les normes juridiques sont des modèles de qualification, une telle attitude n'a finalement rien de surprenant. Ces énoncés participent à la définition du modèle, et à sa compréhension ; leur utilité s'affirme à l'occasion de l'œuvre d'interprétation du droit positif<sup>846</sup>, qui n'apparaît plus seulement comme un *corpus* de droits et obligations clairement identifiables, mais davantage comme un ensemble référentiel, plus ou moins directif. Cette plasticité des normes juridiques renforce indéniablement le besoin d'interprétation, et confirme la participation des prétoires à l'élaboration du droit<sup>847</sup>. Comme un auteur a pu le faire remarquer, « le jugement sur la normativité d'une disposition contenue dans un texte n'est-il pas aussi fonction de la portée que l'organe chargé de son application lui confèrera<sup>848</sup> » ?

**345.** Une telle dilution du droit peut être regrettable – notamment sur le plan de la sécurité juridique<sup>849</sup> –, d'autant qu'elle conduit à juridiciser ce qui relève traditionnellement de la motivation des textes normatifs<sup>850</sup>. Mais elle reflète l'expression actuelle du droit positif, même si l'on peut le déplorer. Le rejet auquel les dispositions non-prescriptives donnent lieu au sein du Conseil constitutionnel notamment, est indissociable d'une conception où la norme est plus un précepte qu'un modèle. Mais dès lors que son aptitude à modifier

---

<sup>845</sup> Antoine Jammaud, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, p. 204.

<sup>846</sup> V. not. Jean-Louis Bergel, « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs. Essai de synthèse », Cahiers de méthodologie juridique, n° 4, *RRJ* 1989, p. 975 et s. Dans certains Etats, la déclaration d'objectifs dans le corps des textes législatifs est recommandée, voire obligatoire (Suisse). De même, dans la plupart des droits anglo-saxons, les préambules font partie intégrante des lois et servent à leur interprétation. « Les formulations d'objectifs peuvent, en définitive, servir de critère de contrôle juridictionnel de l'activité étatique, permettant au juge constitutionnel d'apprécier la conformité des normes techniques aux objectifs des lois qui les édictent, et guider l'interprétation des règles précises établies par le législateur. Dès qu'elles comportent un degré suffisant de précision et à condition de ne pas se limiter à de simples vœux pieux, les déclarations d'objectifs incluses dans le dispositif de la loi peuvent constituer de véritables normes. La méthodologie législative peut atteindre plus de clarté et de cohérence grâce à des textes finalisés ».

<sup>847</sup> V. Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 659-690, spéc. p. 678 : « l'absence de « pré-détermination » fait dépendre dans une large mesure la signification des énoncés juridiques de l'interprétation qui en sera donnée, notamment par le juge, dont le rôle de « co-détermination », voire de « sur-détermination » se renforce ».

<sup>848</sup> Nicolas Molfessis, « La distinction du normatif et du non-normatif dans les textes de loi (ou comment le Conseil constitutionnel répond à la processivité constitutionnelle des requérants) », *Justice*, n° 5, janvier/mars 1997, p. 232 et s.

<sup>849</sup> Conseil d'Etat, « De la sécurité juridique », *Rapport public 1991*, *op. cit.*, not. p. 32.

<sup>850</sup> L'exposé des motifs est en principe le lieu de telles explicitations, et non le *corpus* véritablement normatif des lois ; aussi, face à ce qui ressemble à un besoin des auteurs de loi de justifier leurs choix législatifs, le Conseil d'Etat préconisait-il que les projets de textes présentés au Conseil des ministres puis au Parlement comportent un exposé des motifs substantiel, de nature à éclairer l'opinion, établissant la nécessité et la faisabilité de la réforme envisagée, et publié au Journal officiel. Parallèlement, le texte de loi serait débarrassé des considérations qui, aujourd'hui, affaiblissent ses dispositions véritablement normatives (Conseil d'Etat, « De la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 32-36).

l'ordonnancement juridique apparaît comme le signe de la portée normative d'un énoncé, ne peut-on pas admettre que des dispositions non-prescriptives, en tant qu'instruments de qualification supplémentaires dans l'ordonnancement des modèles juridiques, puissent justement le modifier, l'enrichir – quitte à ce que l'étendue et la teneur de cette modification passent par le révélateur et modérateur qu'est le juge ? Ne peut-on pas admettre que la loi puisse créer des droits et fixer des obligations d'une manière plus ou moins déterminée<sup>851</sup>, dès lors que celle-ci est déterminable ?

Cela conduit à s'interroger sur un modèle normatif qui supposerait la libre détermination des sujets de droit : un modèle permissif.

## ***2 – La permissivité comme modèle normatif***

**346.** L'idée selon laquelle la norme permissive peut constituer un modèle normatif suppose d'abord de définir la nature de ce modèle (a) et de démontrer, ensuite, en quoi un tel modèle permet d'effectuer des opérations d'évaluation (b).

### **a – La nature du modèle normatif permissif**

**347.** *A priori*, la notion même de norme permissive se rapporte à une approche déontique du phénomène normatif. Sa caractérisation la plus élémentaire – mais non exclusive – passe en effet par l'identification de foncteurs marquant la permissivité : X *peut* faire une action A, Y *peut* ne pas faire une action B, etc. En s'opposant aux autres catégories modales que sont l'obligatoire et l'interdit, le permissif s'inscrit comme une manière de réglementer les conduites, par l'énoncé de prescriptions de comportement, dont l'originalité consiste à ne rien imposer. Pour autant, si l'approche déontique de la normativité favorise la mise en évidence des normes permissives – mais échoue à les identifier toutes –, elle est également à l'origine de leur assimilation aux impératifs ; cela tient en grande partie à l'empire exercé ici par la logique, et aux prolongements logicistes qui s'ensuivent.

**348.** Or, la thèse du modèle normatif présente l'intérêt d'écarter le critère de l'impérativité du débat théorique sur la normativité. Cela permet, d'une part, d'admettre sans détour le caractère normatif des énoncés constitutifs présents dans le droit positif, sans nécessiter leur reformulation en termes déontiques. D'autre part, l'impératif, et par suite la norme impérative,

---

<sup>851</sup> Le Tribunal constitutionnel espagnol considère que la Constitution ne limite pas la liberté du législateur d'établir le niveau de densité normative avec lequel il entend réglementer une matière. Assemblée plénière, 29 juin 2000, *Baremo de daños* (*Boletín oficial del Estado*, 180, 28 juillet 2000, p. 68-96).

à laquelle toute norme juridique aurait la particularité d'être réductible, perd inévitablement de son magistère. « Dépassionné », « neutralisé », le discours sur la normativité s'avère alors apte à reconnaître, à l'aune de la thèse du modèle, une dimension normative propre aux normes permissives. Mais en tant que modèles, il convient de caractériser ces dernières.

**349.** Elles constituent, sans conteste, des modèles de conduite : non qu'elles dirigent véritablement les conduites, mais en ce qu'elles permettent d'évaluer, en amont et en aval de l'action, ce qu'il est permis de faire, où se trouvent les champs respectifs de la licéité et de l'illicéité. La dimension référentielle du modèle normatif se vérifie donc particulièrement ici. De plus, à la différence des dispositions impératives, le modèle normatif permissif ne recherche pas nécessairement l'adhésion des sujets de droit : fondé sur le concept d'indifférence, il opère par voie de proposition.

**350.** Cela étant, la modélisation des conduites ne saurait être l'unique objet des normes permissives ; l'angle d'analyse proposé autorise une lecture plus fine du droit positif, par ailleurs révélatrice des fonctions assignées au modèle permissif. Quelques exemples permettent d'en saisir les principaux aspects. Ces normes constituent ainsi d'évidents modèles d'attribution de prérogatives, qu'ils s'agissent de pouvoirs<sup>852</sup> ou de libertés<sup>853</sup>. Plus particulièrement, elles peuvent se présenter comme des modèles de coopération d'institutions<sup>854</sup>, voire de délégation d'un pouvoir normatif<sup>855</sup>.

Les normes permissives peuvent aussi constituer des modèles de sanction et de jugement. N'est pas visée ici la vocation de toute norme juridique à servir de point de référence dans

---

<sup>852</sup> Outre les pouvoirs reconnus par la Constitution au Président de la République, v. par ex. CGCT, art. L4424-2 I : « *De sa propre initiative ou à la demande du conseil exécutif, ou à celle du Premier ministre, l'Assemblée de Corse peut présenter des propositions tendant à modifier ou à adapter des dispositions réglementaires en vigueur ou en cours d'élaboration concernant les compétences, l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des collectivités territoriales de Corse, ainsi que toutes dispositions réglementaires concernant le développement économique, social et culturel de la Corse* ».

La norme permissive permet plus précisément de caractériser l'étendue du pouvoir reconnu à une autorité habilitée à agir ; le modèle normatif permet ainsi de distinguer entre une situation de compétence liée ou une situation marquée par un pouvoir discrétionnaire.

<sup>853</sup> Cf. not. l'ensemble des « libertés-facultés » reconnues aux particuliers.

<sup>854</sup> Le cadre de la procédure législative française en fournit une illustration : v. le titre V de la Constitution, *Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement*, not. les articles 38, 39, 41, 44, 45, 47 et 49.

<sup>855</sup> V. not., concernant la collectivité territoriale de Corse, l'article 4424-2 II du CGCT : « *Sans préjudice des dispositions qui précèdent, dans le respect de l'article 21 de la Constitution, et pour la mise en oeuvre des compétences qui lui sont dévolues en vertu de la partie législative du présent code, la collectivité territoriale de Corse peut demander à être habilitée par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental* ». V. aussi le pouvoir d'adaptation des lois et règlements reconnu aux départements et régions d'outre-mer (Constitution, art. 73 al. 1 et 2), ou de fixation de certaines règles (art. 73 al. 3 et 4) ; de même, la notion de « loi de pays » relative aux collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie (art. 74 al. 3).

l'appréciation, notamment par le juge, de la régularité d'une action ou d'un acte, mais la propriété spécifique de certaines normes permissives, de proposer, à l'adresse du juge, une échelle ou des formes de sanctions possibles, en lui laissant le soin d'apprécier celle qui paraît la plus adaptée<sup>856</sup>. A l'opposé, les normes permissives peuvent constituer des modèles de requalification d'actes, comme dans le cas de la légitime défense.

Autre vocation non négligeable, la norme permissive constitue un modèle de dérogation, en autorisant la mise à l'écart de dispositions impératives. Dans une perspective assez semblable, les règles supplétives relèvent de la modélisation permissive : elles reconnaissent la faculté, pour leurs destinataires, d'opter pour des règles conventionnelles, en préférence aux dispositions *a priori* prévues par le législateur<sup>857</sup>. Enfin, en s'appuyant sur la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis*, et en admettant qu'elle constitue une norme permissive, cette dernière peut se poser, aussi, en modèle d'interprétation des lacunes dans le droit positif, des vides normatifs.

**351.** Les dispositions permissives du droit positif semblent donc à même de constituer des modèles de référence, tant pour l'action que pour l'évaluation de la régularité de cette action. Pour autant, cette assertion se heurte à une opinion doctrinale fréquemment soutenue, selon laquelle les normes permissives n'autoriseraient aucune opération d'évaluation en terme de légalité, de régularité. Déduite par opposition aux caractères de la norme impérative, cette affirmation s'appuie sur la liberté reconnue au destinataire de la norme. Se servir ou ne pas se servir de la faculté qui lui est ouverte constitue, pour ce dernier, « une alternative exhaustive de ses possibilités d'action »<sup>858</sup>. Partant, il serait impossible de ne pas se déterminer dans un sens autorisé par la norme permissive.

Selon deux auteurs espagnols, « une norme d'obligation constitue une raison pour réaliser l'action qu'elle mentionne ; une norme prohibitive constitue une raison pour éviter cette action. Une norme permissive, au contraire, ne constitue une raison ni pour réaliser l'action ni pour l'éviter. Elle ne peut pas non plus fonctionner comme critère d'évaluation des actions puisque – pour des raisons logiques – il est impossible d'agir d'une manière qui ne lui soit pas

---

<sup>856</sup> La plupart des dispositions pénales énonçant les peines attachées à une infraction déterminent en effet un plafond, en laissant le juge libre de se déterminer à l'intérieur de cette marge. Par ailleurs, les peines dites alternatives sont introduites par des dispositions permissives.

<sup>857</sup> Certes, la démarche supplétive vise davantage, et par nature, à remédier à l'éventuelle absence de volonté individuelle. Mais le fait même de poser la norme supplétive *a priori* dans le droit positif, en fait quasiment, en pratique, un impératif auquel il est permis de déroger, à la différence près que cette « mise à l'écart » ne revêt pas le caractère plus ou moins exceptionnel reconnu généralement aux dérogations.

<sup>858</sup> Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 126.

conforme »<sup>859</sup>. Pour M. Amselek, « l'idée qu'un manquement, qu'une faute, pourrait résulter de la non-conformité d'une conduite à une norme permissive n'a pas de sens : lorsqu'une norme me donne le modèle d'une conduite possible, m'habilite à me conduire de telle ou telle façon, elle implique, par hypothèse même, la possibilité de ne pas me conformer à elle »<sup>860</sup>. En d'autres termes, évoquer la violation d'une norme permissive serait un non-sens<sup>861</sup>. Au mieux, selon Mme Poggi, peut-on parler d'usage ou de non usage d'une permission<sup>862</sup>.

L'explication avancée par M. Amselek à cet égard est éclairante, qui se fonde sur la nature du rapport qu'établit la norme permissive avec la conduite de son destinataire ; alors qu'un rapport de *nécessité* unit la disposition impérative à sujet de l'obligation (ou de l'interdiction), un simple rapport de *possibilité* existe entre la norme permissive et le bénéficiaire de la faculté ouverte<sup>863</sup>. Il conviendrait donc de distinguer entre le modèle normatif impératif, directif et fondé sur un strict rapport d'obéissance, et le modèle normatif permissif, souple, qu'il ne serait pas possible de contrarier. Pour autant, faut-il en conclure que toute opération d'évaluation d'une opération permise est vaine ?

## **b – Un modèle d'évaluation concevable**

**352.** Avant d'agir, tout bénéficiaire d'une faculté soucieux d'en faire un usage régulier, se livrera à l'appréciation du champ d'action qui lui est ouvert. Certes, ce n'est pas la norme, en elle-même, qui constitue la raison de l'action de son destinataire ; la norme permissive suppose, en effet, une liberté de détermination<sup>864</sup>, étrangère aux impératifs, qui eux, emportent de force l'adhésion des consciences. Mais il n'est pas possible de nier tout potentiel évaluatif au modèle permissif, y compris pour des actions non-conformes à ce qui était permis. En effet, si une conduite conforme à une conduite permise « se trouve par là justifiée, douée de valeur positive »<sup>865</sup>, une conduite non-conforme peut, sans difficulté, être jugée au regard de la norme permissive. Le fait même d'évoquer, sans que cela ne paraisse incongru, une conduite non-conforme à une conduite permise, trahit, à l'évidence, la capacité de la norme

---

<sup>859</sup> Manuel Atienza et Juan Ruiz Manero, « Sobre permisos en el derecho », *op. cit.*, p. 817.

<sup>860</sup> Paul Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>861</sup> Au contraire, Catherine Teitgen-Colly évoque bien « la violation de certaines règles d'urbanisme – telles les règles permissives – » ; « Le juge administratif, un protecteur efficace des tiers en matière de permis de construire ? », note sur Cass. civ. 3, 4 février 1976, *Betuing c/ Hurdebourg*, *AJPI* 1981, p. 618 et s., spéc. p. 622.

<sup>862</sup> Francesca Poggi, « "Obbligatorio" implica "permesso" », *op. cit.*, p. 206 : « per le norme permissive non si puo parlare propriamente di efficacia. Un permesso non puo essere violato o adempiuto, puo solo essere usato o non usato » (on ne peut à proprement parler d'efficacité pour les normes permissives. Une permission ne peut pas être violée ou exécutée, elle peut seulement être utilisée ou non).

<sup>863</sup> Paul Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>864</sup> C'est en ce sens que Paul Amselek voit, dans la norme permissive, un « modèle de "pouvoir agir" » ; *ibid.*

<sup>865</sup> *Ibid.*

permissive à déterminer le possible et le non-possible, le régulier et l'irrégulier – du reste, le permis est bien, d'un point de vue étymologique, à la racine de la dichotomie licite/illicite.

**353.** Les difficultés d'analyse en la matière sont probablement dues à la confusion opérée entre deux dimensions du permis. En premier lieu, le permis fait référence à ce qui n'est pas impératif, pas imposé, et stipule une liberté d'appréciation. Compris dans ces limites, le permis autorise des comportements antagonistes de la part du bénéficiaire de la faculté ouverte ; ce dernier est libre d'opter ou non pour ce qui lui est proposé, sa conduite ne saurait être non-conforme à ce qui n'impose pas la conformité. Mais en second lieu, au permis s'identifie aussi le champ de licéité ouvert par la faculté, cette sphère dans laquelle, et dans laquelle seulement, pourra s'exercer la liberté d'option du permissionnaire. Or, cette acception du permis autorise bien une évaluation : pourront être reconnues irrégulières des actions que le législateur ou l'autorité administrative n'aura pas permises, c'est-à-dire instituées comme régulières. Ainsi, le titulaire d'un permis de construire se voit reconnaître la faculté de procéder à des travaux, qu'il peut ou non décider de réaliser effectivement ; en revanche, il ne peut entreprendre des travaux autres que ceux qui ont été autorisés par l'autorité compétente<sup>866</sup>.

**354.** Toutefois, la réalité du droit met en évidence combien une telle distinction, bien qu'utile, n'est pas suffisante : la détermination du bénéficiaire d'une faculté n'est pas toujours totalement libre et insusceptible d'évaluation. En effet, il en est d'abord ainsi chaque fois que l'exercice de la faculté ouverte est assorti du respect de conditions de fond ou de forme. Mais dans ce type d'hypothèse, le choix opéré par le bénéficiaire de la faculté est susceptible d'appréciation, du fait de sa liaison avec les conditions posées, qui constituent autant d'éléments impératifs. Ce sont ces derniers qui permettent l'évaluation juridictionnelle. Mais

---

<sup>866</sup> V. la notion d'efficacité-correspondance employée par Francesca Poggi : « Il fatto che le norme permissive non individuino azione scorette e non possano, pertanto, essere violate, non significa comunque che esse non esprimano modelli di comportamento alla luce di quali giudicare il mondo. Assumendo quale parametro una norma permissiva siamo in grado di stabilire che una data azione e/o omissione permessa (in senso forte) è corretta, è lecita » (le fait que les normes permissives ne déterminent pas des actions correctes et ne puissent, par conséquent, être violées, ne signifie toutefois pas qu'elles n'expriment pas des modèles de comportement à la lumière desquels évaluer le monde. Incarnant cette référence, une norme permissive serait en mesure d'établir qu'une certaine action et/ou omission permise (au sens fort) est correcte, est licite) ; *Norme permissive, op. cit.*, p 137 et s., spéc. p. 141.

de manière générale, le contentieux administratif démontre combien l'exercice de facultés fait fréquemment l'objet d'évaluation juridictionnelle<sup>867</sup>.

Ainsi la notion d'erreur manifeste d'appréciation ne vise-t-elle pas à permettre l'évaluation de situations normatives permissives ? Le concept même d'erreur manifeste tend d'ailleurs à conforter l'idée qu'existe une zone d'exercice *normal* de la permissivité, voire un ensemble de décisions qu'un administrateur-modèle prendrait nécessairement, comme il existe en matière civile un bon père de famille, aux actes rationnels. L'évolution du contentieux administratif confirme du reste que l'appréciation de l'exercice des facultés ouvertes dans le droit n'a fait que s'intensifier avec le temps, certains domaines donnant même lieu au développement de techniques de contrôle relativement poussées<sup>868</sup>. A cet égard, les dispositions instituant un mécanisme de dérogation, tenues pour permissives, apportent la preuve que la reconnaissance de facultés aux autorités administratives peut générer un dispositif appréciatif étoffé<sup>869</sup> ; il serait alors absurde d'affirmer que des tels modèles, parce qu'ils sont permissifs, ne permettent pas une évaluation contentieuse.

De même, de jurisprudence constante, le juge administratif annule les actes des autorités qui s'estiment liées alors qu'elles se trouvent dans une situation normative permissive, ou renoncent à son bénéfice. Lorsqu'elles se voient reconnaître des facultés, elles sont tenues de faire usage de la liberté d'appréciation qui leur est consentie, quand bien même leur méprise – méconnaissance volontaire – sur l'étendue de leur compétence jouerait en faveur des administrés<sup>870</sup>. Elles peuvent ainsi se croire tenues par un avis<sup>871</sup> ou par une autre décision<sup>872</sup>,

---

<sup>867</sup> Lorsque Maurice Hauriou indique, dans sa note sous l'arrêt *Blot* (CE, 26 janvier 1912, précité) que « la disposition de l'article 106 du décret du 28 mai 1895 était d'une telle espèce qu'elle ne pouvait pas être violée » car « indicative ou permissive », le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'avait pas encore vu le jour.

<sup>868</sup> Ainsi en est-il du contrôle des mesures de police administrative, ou de celui des déclarations d'utilité publique en matière d'expropriation. V. not, sur le contrôle des premières : René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 928 et s., et sur le contentieux de la déclaration d'utilité publique : Jean-Marie Auby, Pierre Bon, Jean-Bernard Auby, *Droit administratif des biens*, Dalloz, Précis, 4<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 646 et s.

<sup>869</sup> Toute faculté de dérogation présente un potentiel érosif qu'il est indispensable de canaliser ; à défaut, la réglementation impérative de principe, censée concourir à la sauvegarde de l'intérêt général et de l'harmonie des relations sociales, est mise en danger. Le dispositif de contrôle issu de l'arrêt *Ville de Limoges* (CE Ass., 18 juillet 1973, v. n° 625 et s.) témoigne de la vigilance du juge administratif à cet égard.

<sup>870</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1221-3°.

<sup>871</sup> CE, 5 mars 1948, *Des Isnards*, *Rec.*, p. 119 ; CE, 2 octobre 1964, *Wallut*, *Rec.*, p. 782 ; CE, 4 décembre 1974, *Ministre de l'Education nationale c/ Dame Chandelier*, *Rec.*, p. 993 ; CE, 3 mars 1993, *SA Laiterie de Carpiquet*, n° 85544.

<sup>872</sup> Par ex., commet une erreur de droit le ministre de la défense qui, se croyant lié par la décision du chef d'état-major des armées de ne pas qualifier, à tort, une mission d'opération extérieure au sens du décret du 1<sup>er</sup> octobre 1997, refuse à un militaire le bénéfice de l'indemnité de sujétions pour services à l'étranger : CE, 9 juin 2004, *M. XY*, n° 226043. V. aussi, en matière de délivrance de visa, la décision du consul général de France à Tananarive s'estimant, à tort, lié par l'existence d'une mesure de reconduite à la frontière : CE, 10 avril 2002, *M. Razakandrianaina*, n° 214503.

s'engager sur le sens d'une décision à venir alors qu'elles conservent toute latitude d'appréciation jusqu'au moment de la décision effective<sup>873</sup>, ou plus généralement faire une lecture erronée d'un texte permissif<sup>874</sup>. La sanction de ces cas d'*incompétence négative*<sup>875</sup>, qui révèle la portée obligatoire de l'ordre des compétences<sup>876</sup>, prouve donc, elle aussi, que les dispositions permissives n'excluent pas une évaluation par le juge.

355. La réalité jurisprudentielle dément donc l'opinion couramment admise qu'une norme permissive ne peut être méconnue, ou violée. Cette vue simplificatrice va à l'encontre même du vocabulaire en usage dans les décisions juridictionnelles<sup>877</sup>. Il semble donc prudent d'émettre des réserves quant à la prétendue inviolabilité des normes permissives. Non seulement, elles permettent à leurs destinataires et aux juges d'effectuer des opérations d'évaluation, de qualification – elles constituent donc des modèles normatifs –, mais l'hypothèse d'une non-conformité à leur objet n'est pas exclue.

Mais au travers de ces considérations sur la violabilité de la norme permissive, se pose la question de son exécution. Parmi les maux dont elle est accusée, son apparente résistance à la théorie de l'exécution semble l'un des plus sérieux. Présentée comme une objection à la théorie de la décision exécutoire<sup>878</sup>, la norme permissive se distingue-t-elle autant qu'on le prétend sur ce plan qui semble être non seulement au fondement de la notion de norme juridique, mais aussi extrêmement sensible aux représentations impérativistes de cette dernière ?

## SECTION 2 – LA FAUSSE CONTROVERSE SUR L'EXECUTION DES NORMES PERMISSIVES

---

<sup>873</sup> En matière de certificat d'urbanisme, v. not. CE, 22 février 1980, *Blouet*, préc.

<sup>874</sup> CE, 14 novembre 1973, *Ministre de l'Education nationale c/ Dame de Messire de Beaudiez*, Rec., p. 644. V. aussi la décision d'un maire, se croyant à tort lié par les dispositions jugées permissives d'un plan d'occupation des sols : CE, 21 novembre 1986, *Ministre de l'Urbanisme et du Logement*, n° 57741.

<sup>875</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Berger-Levrault, 1<sup>ère</sup> éd., 1887-1888, p. 491-492. Sur la genèse de la notion et la controverse doctrinale qu'elle suscite, v. Georges Schmitter, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJJC* 1989, p. 137-173, spéc. p. 140 et s.

<sup>876</sup> Toutefois, la jurisprudence utilise rarement la notion d'incompétence négative, et retient davantage l'erreur de droit commise par l'autorité qui a méconnu l'étendue de sa compétence. Ce faisant, le juge relève une illégalité interne, alors que la notion de compétence négative se rapporte à un moyen d'illégalité externe, relevable d'office : v. CAA Lyon, 20 mai 1999, *SA Comalait Industries*, *AJDA* 1999, p. 874, obs. J. Berthoud.

<sup>877</sup> V. par ex., à propos de l'article R111-21 du Code de l'urbanisme (article permissif du RNU) : Cass. civ. 3, 28 mars 2001, *Roger Christa c/ Nouvel Rousselot* : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la violation des règles de l'article R111-21 du Code de l'urbanisme peut être invoquée au soutien d'une action en démolition engagées sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* » (v. n° 650 et s.).

<sup>878</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 271.



**356.** La signification la plus communément admise du concept d'exécution fait le jeu de la conception impérativiste du droit : exécuter une norme juridique, c'est mettre en concordance ce qu'elle prévoit avec la réalité<sup>879</sup>, au besoin par la force. Or, une telle perspective n'offre guère de place à la norme permissive : comment s'apprécie, notamment, la mise en concordance de l'ouverture d'une faculté avec la réalité ? De même, la permissivité excluant, par nature, toute contrainte, l'exécution forcée ne semble avoir aucune prise sur ces normes. Faut-il en déduire qu'elles ne s'exécutent pas ?

**357.** La mise en évidence des limites du lien impérativité/normativité autorise sans doute une relecture du concept d'exécution. En effet, les développements qui précèdent prêtent à croire que l'exécution trouverait plus son fondement dans l'effet obligatoire des normes juridiques, que dans leur effet contraignant, simplement lié à leur éventuelle nature impérative. Aussi, l'adoption d'une définition pertinente de la notion d'exécution (§ 1) semble être le préalable essentiel à la réponse à la première des interrogations soulevées par la doctrine quant à la susceptibilité d'exécution des normes permissives. Dès lors, il apparaîtra de façon plus évidente que le seul particularisme des normes permissives sur cette question tient à leur impossible exécution forcée (§ 2).

## **§ 1 – LA RECHERCHE D'UNE DEFINITION PERTINENTE DE LA NOTION D'EXECUTION**

**358.** La définition classique de l'exécution repose sur la traduction de la prescription de la norme par les sujets de droit. En cela, l'exécution constitue la phase de réalisation, au sens le plus élémentaire, de l'énoncé abstrait contenu dans la norme (A). Cependant, cette piste n'offre pas un cadre d'explication satisfaisant à l'exécution des normes permissives. La considération des effets produits par les dispositions juridiques semble autoriser une lecture plus fine et complète du phénomène d'exécution (B).

### **A – UNE PISTE CLASSIQUE MAIS INSUFFISANTE : LA REALISATION DU DISCOURS NORMATIF**

**359.** La conception la plus communément admise de l'exécution offre l'avantage de la simplicité, voire du bon sens – c'est une définition relativement intuitive (1). Cependant,

---

<sup>879</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 741.

certaines catégories de normes, dont les normes permissives, mettent au jour son caractère inadapté (2).

### *1 – Une définition intuitive*

**360.** La notion d'exécution fait l'objet, dans le langage ordinaire comme dans celui des juristes, de définitions relativement proches, exprimant en général une même idée de *réalisation* d'une proposition abstraite. L'exécution assurerait ainsi le « passage du virtuel au réel, de l'état de puissance à l'état de fait, en vertu d'un acte de la volonté »<sup>880</sup> ; plus précisément, elle consisterait en l'« accomplissement de ce qui a été préconçu par l'esprit ou par la volonté »<sup>881</sup> – en ce cas, on parle de l'exécution d'un plan, d'un dessein, mais aussi d'un ordre.

**361.** L'exécution n'est donc autre qu'un *processus de transcription* dans le monde sensible, d'une proposition abstraite. Cette dernière n'est toutefois pas uniforme : il peut s'agir d'une idée, d'un projet personnel, intériorisé, dont l'exécution ressortira naturellement à celui qui en est à l'origine. Mais bien souvent, cette proposition sera celle d'autrui et se verra extériorisée par un acte de langage ; il est évident qu'en droit, le concept d'exécution intéresse principalement la seconde hypothèse, la proposition abstraite s'entendant du discours normatif, de la norme juridique, dont les canaux d'expression sont multiples : actes administratifs, législatifs, juridictionnels, etc. Ainsi, que la proposition en cause soit intime ou au contraire connue de tous, son exécution visera à lui faire produire pleinement ses effets, à la rendre effective, c'est-à-dire réelle<sup>882</sup>, mais aussi aboutie<sup>883</sup>.

L'exécution s'analyse donc comme un « passage à l'acte », envisagé tant au sens de passage de l'abstrait au réel, qu'à celui de réalisation effective, conforme à ce qui a pu être escompté. D'ailleurs, au plan de l'activité normative nationale, la répartition traditionnelle des rôles

---

<sup>880</sup> « Exécution » (sens I) in *Le Trésor de la Langue française informatisé*, *op. cit.*

<sup>881</sup> *Ibid.*

<sup>882</sup> V. à cet égard, ces définitions de l'exécution : « action d'exécuter, d'effectuer (qqch.), de passer à l'acte, à l'accomplissement » (*Le Grand Robert de la Langue française*, 2001) ; « action de passer du projet, du dessein conçu à l'acte, à l'accomplissement » (Emile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 3, *op. cit.*) ; en droit : « mise à la réalisation d'un acte, d'un contrat, d'un décret, d'un jugement » (*Le Trésor de la Langue française informatisé*, *op. cit.*). V. aussi *exécuter*, en droit : « rendre effectives les dispositions d'un acte, d'un arrêt, d'un jugement, d'une loi » (*op. cit.*, « Exécuter »).

<sup>883</sup> *Exécuter* : « mettre à effet, mener à accomplissement » (Emile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 3, *op. cit.*). L'idée de finalité est particulièrement marquée dans cette définition de l'*exécution*, au sens juridique : « mise à fin d'un jugement, d'un acte » (*Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, 1992). De même, l'étymologie du mot renvoie à la même idée : « lat. *exsecutio*, de *exsequi*, de *ex-*, et *sequi* "suivre, poursuivre" » (*ibid.*).

entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire<sup>884</sup> explique l'autre nom donné à ce dernier : le pouvoir exécutif est bien celui qui, en principe, exécute la loi, qui en réalise les prescriptions, les met en œuvre, en permet l'application.

**362.** A cet égard, il est possible de distinguer deux modes de réalisation de l'exécution d'une norme juridique. D'abord, l'exécution emporterait réalisation de la norme juridique en ce qu'elle en assurerait la *matérialisation*. Cette notion renvoie « à des agissements, à l'acte matériel traduisant dans le réel les prescriptions contenues dans la norme »<sup>885</sup>. Cette acception de l'exécution ne pose guère problème et elle correspond à l'expérience la plus ordinaire qu'en ont les sujets de droit : ne pas fumer dans un lieu où cela est interdit, avoir une tenue et un comportement qui ne compromettent pas l'ordre public, arrêter son véhicule lorsque le feu est rouge, etc. Pour autant, cette forme de réalisation, banale, évidente, ne doit pas occulter une autre modalité de l'exécution des normes juridiques, dont l'importance quantitative et opérationnelle est grande.

Il s'agit de la *concrétisation*, qui consiste en « l'édiction d'une décision subséquente permettant d'adapter la norme initiale à ses finalités en précisant les modalités de sa transcription dans le réel »<sup>886</sup>. La concrétisation traduit la nécessité d'un niveau intermédiaire, d'un relais, entre la proposition abstraite initiale et sa réalisation effective par le destinataire final de la norme ; c'est à ce moment-là que peut s'imposer la définition de termes génériques employés par la loi, l'appréciation d'une situation de fait, la réalisation de divers calculs, etc. L'édiction de l'avis d'imposition fait ainsi œuvre de concrétisation de la législation fiscale. L'exécution apparaît alors bien comme un processus, ici institutionnalisé, par lequel le discours normatif s'insère dans la réalité.

Il convient toutefois de distinguer cette forme de concrétisation, par laquelle une décision administrative assure directement le passage de la norme aux faits, avec une autre forme de concrétisation, qui renvoie, elle, à la notion d'applicabilité immédiate, et repose sur la collaboration qu'établissent les pouvoirs publics (essentiellement le législateur communautaire, le législateur national et l'administration) dans une structure normatrice

---

<sup>884</sup> La Constitution de 1958, et sa pratique, ont sensiblement remis en cause cette distribution, en renforçant l'autorité de l'Exécutif, et en accroissant notamment son autonomie normative. D'autre part, l'évolution de la technique législative est telle qu'à force de vouloir tout prévoir et de cultiver un sens aigu du détail, le législateur tend à devenir son propre « exécuteur ».

<sup>885</sup> Cette distinction est présentée par Hélène Gineste, *La notion d'exécution des actes administratifs unilatéraux*, thèse, Toulouse I, 1987, et reprise par Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à l'exécution*, *op. cit.*, p. 52 ; « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 272.

<sup>886</sup> *Ibid.*

complexe, classiquement organisée selon un modèle hiérarchique<sup>887</sup>. L'intervention de chaque niveau d'acteurs contribue bien à la concrétisation des normes juridiques – en ce sens qu'elles deviennent moins abstraites –, mais il n'est pas possible de parler ici d'exécution. En édictant un décret d'application, le pouvoir réglementaire n'exécute pas la loi, mais organise sa concrétisation, en la complétant le cas échéant ; de même, le législateur national n'exécute pas les directives communautaires, mais les transpose, c'est-à-dire les inscrit, en tant que normes, dans l'ordre juridique, afin d'en assurer l'application ultérieure. Si le contenu de la proposition initiale se trouve précisé à chaque étape, affiné, adapté à la réalité qu'il a comme finalité, il ne saurait être, par ces opérations, appliqué à des faits tangibles. Ces modes de concrétisation ne statuent pas sur des faits, mais encore sur des normes.

**363.** L'exécution d'une norme juridique est donc le point de contact entre la substance purement idéale du droit et sa vocation à régir la réalité. Généralement, l'exécution est même perçue comme le moment de la conformation des sujets de droit au message normatif, à ce qui est prescrit<sup>888</sup> ? Il est à ce titre révélateur d'évoquer le caractère exécutoire d'une loi, d'un acte administratif ou encore d'un jugement. Non seulement cela indique que la prescription produit des effets, qu'elle est entrée en vigueur, mais cela révèle aussi son caractère obligatoire : elle sera réalisée, de gré ou de force, comme en témoigne le procédé de l'exécution forcée, qui peut être mis en œuvre pour certaines prescriptions. Trois formes d'exécution forcée sont classiquement distinguées : « l'exécution sur la personne du débiteur, sous forme de *contrainte par corps* ; l'exécution sur ses biens, au moyen de *saisies* ; l'exécution directe ou *en nature* tendant à obtenir la prestation même à laquelle on a droit »<sup>889</sup>. Toutefois, la contrainte par corps ayant été abolie, l'exécution sur les biens du débiteur constitue aujourd'hui, notamment en matière civile, la principale forme d'exécution forcée, ce qui pose tout de même une limite à la conception de l'exécution comme *réa*-lisation du discours normatif ; l'exécution par équivalence, incarnée par la procédure de saisie, paraît certes adaptée à l'exécution d'obligations pécuniaires, mais peut s'éloigner de l'exécution par principe escomptée d'obligations extra-pécuniaires. Mais en tout état de cause, « en vertu du principe selon lequel *nul n'a le droit de se faire justice soi-même*, l'exécution forcée, sous quelque forme qu'elle soit poursuivie, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un *titre exécutoire*

---

<sup>887</sup> Cette représentation de l'univers normatif concentre toutefois, aujourd'hui, de nombreuses critiques : v. not. François Ost et Michel Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit. ; des mêmes auteurs, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, p. 1 et s.

<sup>888</sup> L'exécution est en effet au centre des opérations d'évaluation auxquelles donnent lieu les normes juridiques - la mauvaise exécution ou l'inexécution d'une prescription peuvent ainsi justifier le prononcé de sanctions.

<sup>889</sup> S. Corniot, *Dictionnaire de droit*, t. 1, Dalloz, 1966, p. 757 et s. [italiques du texte].

dressé et délivré conformément à la loi, et avec le concours de certaines autorités publiques désignées par la loi et visées par la formule exécutoire »<sup>890</sup>. Seules les autorités administratives, dont les décisions sont directement revêtues du caractère exécutoire, peuvent procéder directement à l'exécution forcée.

**364.** Partant, la notion d'exécution semble intimement liée à l'idée de contrainte : contrainte indirecte, qui conduit en principe le sujet de droit à respecter la prescription posée, et ainsi à réaliser le discours normatif, mais contrainte directe, lorsque la force exécutoire justifie qu'il soit procédé *manu militari*, à l'exécution de ladite prescription, quitte à n'obtenir qu'un succédané de réalisation. Or, une telle approche de la notion d'exécution ne ferait-elle pas le jeu d'une conception impérativiste du droit ? L'insertion des normes permissives dans ce cadre d'analyse risque fort d'être compromise.

## **2 – L'inadaptation comme lacune**

**365.** Appréhender l'exécution comme une réalisation du discours normatif pourrait emporter la conviction tant cette solution semble guidée par le bon sens. Cependant, la mise en concordance entre la norme et la réalité peut se révéler difficile à observer pour certaines normes, comme les normes permissives<sup>891</sup>. La constatation de la réalisation ou de la non-réalisation d'une prescription impérative est en principe assez aisée ; qu'elle soit injonctive ou prohibitive, elle impose un certain comportement, ou un état de choses donné, dont la traduction en actes est sans équivoque. Au contraire, la disposition permissive place son destinataire dans une situation juridique plus originale, qui rend plus délicate la question de son exécution. L'alternative proposée par la norme permissive n'est pas celle de la conformation ou de la violation, du respect ou du pari de l'illégalité, mais une alternative nécessairement légale, consubstantielle à l'idée de permis. Toute faculté ouverte par une disposition permissive autorise en effet deux types de comportements contraires ; en d'autres

---

<sup>890</sup> *Ibid.*

<sup>891</sup> Des difficultés d'analyse apparaissent aussi concernant les actes dit performatifs. Les actes performatifs, par exemple, s'exécutent-ils par une forme de réalisation du discours normatif ? La phrase « *la séance est ouverte* », prononcée par le président d'une assemblée, constitue un acte performatif, au sens où son prononcé se confond avec son exécution. Lorsque le règlement d'un jardin public indique qu'il est interdit de marcher sur les pelouses, l'exécution de cette prescription n'est pas assurée par son édicition-même, mais le sera – ou ne le sera pas –, selon le comportement de ses destinataires. Au contraire, dire que la séance est ouverte, c'est dire une norme (qui permet d'évaluer une situation, d'apprécier la validité et la portée des votes auxquels les membres de ladite assemblée peuvent procéder, etc.), mais aussi exécuter cette norme, instantanément. Or, l'exécution de l'acte performatif demeure manifestement abstraite, bien qu'elle ait des conséquences concrètes. Par ailleurs, les notions d'inexécution et d'exécution forcée souffrent d'une inadéquation à ce type d'actes. V. John Austin, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, Paris, 1970. Sur l'emploi douteux du terme *exécution* à propos des décisions prises en application de directives administratives, v. Pierre Delvolvé, « La notion de directive », *op. cit.*, p. 467.

termes, le discours normatif permissif est susceptible de donner lieu à deux voies opposées de réalisation, toutes deux valables.

**366.** L'appréciation de la réalisation effective du discours normatif permissif se révèle dès lors délicate. Ainsi, l'électeur qui s'abstient de voter n'exécute-t-il pas la faculté qui lui est reconnue ? La difficulté majeure tient à l'identification d'un comportement qui corresponde à une intention délibérée. Une faculté peut ne pas être mise en œuvre parce que son destinataire en a décidé ainsi, mais aussi parce qu'il ne s'est pas encore déterminé<sup>892</sup>. Un non-exercice apparent de la faculté ouverte peut en fait correspondre à un choix toujours pendant. Certes, assez souvent, l'exercice des facultés est enserré dans un laps de temps, un délai d'option<sup>893</sup>, au terme duquel la réalisation concrète de la norme sera réputée acquise. Par exemple, le bénéficiaire d'un permis de construire dispose d'un délai déterminé par la loi pour réaliser ou non ses ouvrages ; son renoncement éventuel sera aisé à identifier. De même, le particulier qui a la possibilité d'intervenir dans une enquête publique est limité par les délais prévus pour cette procédure. L'autorité compétente qui instruit un permis de construire ne peut également faire usage de son pouvoir de refus découlant de règles nationales d'urbanisme que pendant le délai d'instruction de la demande. Pour autant, ce balisage temporel n'exclut pas que ce qu'on tient pour exécution de la norme, c'est-à-dire pour choix effectif, relève en réalité d'une ignorance de la faculté ouverte (l'exemple de l'enquête publique est à ce titre probant).

En définitive, la fixation de délais d'option ne constitue pas une réelle solution au problème : l'exercice de la faculté peut être délibéré ou fortuit, sauf à considérer, ce qui est un autre problème, que seul l'usage positif de cette faculté correspond à l'exécution de la norme permissive. En effet, il est fréquent d'occulter la nature bilatérale de la notion de *permis*, et de centrer la perception de l'exécution d'une disposition permissive sur les termes exprès de son libellé : s'il est permis de déduire de ses revenus ses frais professionnels réels, seule l'option pour cette déduction est généralement perçue comme exécution de cette disposition permissive, mais pas la non-option pour cette possibilité fiscale. La perception – car il ne s'agit que de cela – de l'exécution des dispositions permissives conduit presque à penser que certaines d'entre elles, en vertu de leur libellé, se rapporteraient plus au *permis* déontique, et d'autres au *facultatif*. Or, ce sont les deux facettes inséparables de la permissivité ; d'un stricte

---

<sup>892</sup> La même difficulté survient, du reste, avec les normes prohibitives, puisque l'abstention de faire ce qui est interdit par le droit peut être délibérée ou fortuite. La question n'a cependant qu'un intérêt théorique, puisqu'en pratique, le résultat escompté, c'est-à-dire l'abstention d'action, est atteint quelle qu'en soit la raison.

<sup>893</sup> L'expression est d'ailleurs utilisée, en droit civil, dans la promesse unilatérale de vente.

point de vue normatif<sup>894</sup>, toute norme permissive, en dépit de son énoncé, exprime autant la permission que la facultativité.

**367.** Aussi, face à ces difficultés, serait-il plus simple de parler, comme M. Eisenmann, d'*application* des normes permissives, et de limiter l'usage du terme exécution aux dispositions impératives<sup>895</sup>. Cela permet notamment d'écarter du cadre d'appréciation de la réalisation effective des propositions permissives, l'option finalement prise par le bénéficiaire de la faculté ouverte. Au contraire, l'indétermination même de ce dernier semble constituer une composante de cette réalisation. M. Février considère ainsi que « dès lors [qu'une] norme ouvre une faculté, son exécution n'est pas liée à l'exercice de cette dernière. La concordance entre la norme et la réalité est effective, que le permissionnaire exerce ou non l'activité »<sup>896</sup>. Cette situation, conforme au principe d'indifférence, expliquerait la prétendue inviolabilité des normes permissives.

**368.** Cependant, une autre analyse, développée par M. Rivero, porte encore plus loin la spécificité des propositions permissives, quant à la question de leur exécution ; si loin, que cette dernière sort littéralement du champ normatif. Raisonnant à partir des décisions administratives permissives, comme le permis de construire, le doyen Rivero note d'emblée qu'en l'occurrence, « la notion d'exécution [...] change radicalement de sens, au point qu'on peut, à la limite, se demander si elle en conserve un »<sup>897</sup>. Il ajoute même qu'« exécution et autorisation sont deux notions qui ne se correspondent pas : on n'exécute pas une décision d'autorisation, parce qu'elle ouvre une possibilité, mais ne fonde aucune obligation »<sup>898</sup>. En d'autres termes, la notion d'exécution ne serait susceptible que de concerner les dispositions impératives, car elle suppose l'idée de contrainte, étrangère aux normes permissives. Mais surtout, l'auteur opère une distinction, voire une dissociation, entre la décision permissive, qui confère juridiquement une faculté d'action et le comportement de son bénéficiaire. Selon lui,

---

<sup>894</sup> Il est parfaitement possible, en revanche, que le choix pour un libellé insistant soit sur la permission, soit sur la facultativité, procède d'intentions de politique législative, et s'inscrivent dans certaines finalités.

<sup>895</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 472.

<sup>896</sup> Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, *op. cit.*, p. 55, note 107. Par « exercice » de la faculté ouverte, M. Février considère l'option pour le versant exprimé de la faculté ouverte.

<sup>897</sup> Jean Rivero, « Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives », *op. cit.*, p. 380.

<sup>898</sup> *Ibid.* M. Rivero considère ici les décisions permissives comme des autorisations, en ce sens qu'elles viennent lever une interdiction préalable. Cela s'explique par le fait que ces décisions s'inscrivent dans le cadre d'un régime préventif d'aménagement des libertés publiques, fonctionnant sur le mécanisme de l'autorisation préalable.

lorsque le titulaire d'un permis de construire se décide à bâtir, « c'est son projet de construction qu'il exécute, non l'autorisation qui rend ce projet licite »<sup>899</sup>.

Partant, la suspension de l'exécution d'une décision permissive serait paradoxale, puisqu'il ne s'agirait que de « différer la réalisation d'un projet privé, non l'exécution d'une décision administrative »<sup>900</sup>. La détermination du permissionnaire pour l'une des alternatives offertes par la faculté relèverait donc du domaine des faits, d'un choix personnel, tout comme le choix d'aller ou non voter<sup>901</sup>. Cependant, la pratique de la suspension d'exécution n'épouse pas les traits de cette conception pourtant intéressante. Le prononcé de suspensions d'exécution de décisions permissives n'a rien d'exceptionnel et justifie l'adoption d'un cadre d'analyse différent, structuré autour d'une autre définition de la notion d'exécution.

## B – L'EXECUTION APPREHENDEE EN TERMES D'EFFETS

**369.** M. Février a mis en évidence combien la jurisprudence administrative n'appréhende pas nécessairement la notion d'exécution comme une réalisation du discours normatif. Son étude sur le contentieux administratif du sursis à exécution montre que l'exécution s'y « distingue de l'application et renvoie à la notion d'effet, entendue comme « *tout phénomène en tant qu'il est conçu comme produit par une cause* » [A. Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, tome 1, p. 266] »<sup>902</sup>. Transposable au mécanisme actuel de suspension d'exécution, cette réflexion présente l'intérêt de considérer directement la question de l'exécution des normes permissives, notamment sous un angle contentieux.

Mais surtout, elle éclaire les solutions jurisprudentielles en matière de suspension d'exécution des décisions permissives. En effet, la jurisprudence administrative en matière de référésuspension – et auparavant, de sursis à exécution –, accueille la notion d'exécution avec un pragmatisme certain, qui apparaît nettement à propos des décisions permissives. A la thèse de la réalisation du discours normatif est en effet préférée une conception plus abstraite, indépendante du comportement effectif du destinataire de la norme, puisque la suspension de

---

<sup>899</sup> *Ibid.* De même, « ... le permissionnaire, en construisant, n'exécute pas l'acte attaqué, mais met en œuvre son droit de propriété sur le fonds qui va supporter l'édifice » ; *op. cit.*, p. 381.

<sup>900</sup> *Ibid.*

<sup>901</sup> Au contraire, lorsque l'administration décide d'un projet nécessitant une autorisation (construction d'un collège, par exemple), « en passant l'acte, elle n'exécute pas l'autorisation, mais la décision d'agir conditionnée par celle-ci. Il y a bien exécution d'une décision administrative », donc possibilité de suspension de cette exécution, mais il s'agit de la décision impérative de réaliser le projet ; *op. cit.*, p. 382.

<sup>902</sup> Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, *op. cit.*, p. 57 ; v. p. 46 et s.



l'exécution d'une décision peut parfaitement être prononcée alors même que ladite décision n'a pas encore reçu d'actes de réalisation ; dans cette perspective, la question de savoir s'il s'agit d'une décision impérative ou permissive paraît sans intérêt. En d'autres termes, l'absence de lien nécessaire entre la norme permissive et le comportement de son destinataire ne saurait constituer un obstacle au prononcé de la suspension.

**370.** Une telle position appelle deux observations. En premier lieu, accueillir une demande de suspension d'exécution à propos d'une décision permissive sous-entend que ce type d'acte est susceptible de donner lieu à une exécution et a un caractère exécutoire<sup>903</sup> ; la thèse de l'absence d'exécution des normes permissives paraît donc réfutée par les juridictions administratives. En second lieu, l'élément motivant la suspension de l'exécution ne se rapportant pas à la transcription en actes du discours normatif, il convient sans doute de le rechercher en amont de cette phase.

**371.** La position du juge administratif révèle une attitude préventive : comme le souligne M. Février, « sa vigilance s'exerce sur la norme et sur les effets de son application potentielle »<sup>904</sup>. Peu importe que l'acte soit impératif ou permissif, la simple considération des effets qu'il produit et est enclin à produire justifie le prononcé d'une suspension. Ce faisant, la procédure de suspension se trouve à même de remplir efficacement son office, puisqu'elle permet de neutraliser les effets d'une décision administrative sur la légalité de laquelle existe un doute sérieux, en l'absence même de commencement d'exécution matérielle. Dans certains domaines jugés plutôt sensibles, comme l'urbanisme ou les travaux publics, où l'exécution du projet autorisé peut en effet emporter des conséquences difficilement réversibles (début de construction d'un édifice, démolition, etc.)<sup>905</sup>, une telle politique jurisprudentielle s'avère particulièrement pertinente<sup>906</sup> ; « c'est d'ailleurs le seul moyen de donner à la procédure du

---

<sup>903</sup> Au contraire, les décisions non-exécutoires, comme les refus, ne pouvaient pas faire l'objet d'un sursis à exécution, en vertu de la jurisprudence *Amoros* (CE Ass., 23 janvier 1970, préc.). Cette solution a été abandonnée depuis l'arrêt *Ouatah* (CE, 20 décembre 2000, préc.) et l'introduction de la procédure de référé-suspension (loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, préc.).

<sup>904</sup> *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution, op. cit.*, p. 55.

<sup>905</sup> Cela permettait, sous le régime du sursis à exécution, de justifier assez aisément de conséquences difficilement réparables, et a même été à l'origine de l'institution de procédures spécifiques dans les domaines de l'urbanisme, de l'aménagement ou de l'environnement ; v. Code de justice administrative, art. L554-6 à L554-12 ; Code de l'environnement, art. L1221-1 et L123-12.

<sup>906</sup> De manière générale, la jurisprudence n'admet pas la recevabilité des demandes de suspension des décisions ayant déjà produit tous leurs effets, c'est-à-dire reçu une exécution complète ; v. CE, 22 février 2001, *Moret*, n° 230408 ; CE, 19 juin 2001, *Mme Barège*, n° 234511.

sursis un caractère préventif en limitant les décisions constatant l'entière exécution de la norme et prononçant le non-lieu à statuer »<sup>907</sup>.

**372.** Sur le plan théorique, l'exécution d'une norme ne se ramène donc pas, pour le juge de la suspension, à sa réalisation, mais au potentiel qu'elle présente, d'emporter des conséquences, tant juridiques que pratiques. Une telle conception permet ainsi de surmonter le paradoxe que met en évidence M. Rivero, selon lequel il ne serait pas logique de suspendre l'exécution des décisions permissives – tels les permis de construire – dans la mesure où c'est en réalité un projet privé qui se trouve exécuté matériellement. En considérant les effets qu'est susceptible de produire la décision permissive, il devient évident que ces derniers sont au fondement de la réalisation effective du projet autorisé, qu'ils ont partie liée avec son exécution. Prononcer la suspension de l'exécution de la décision permissive revient donc à geler ses effets, en l'occurrence à suspendre la levée d'interdiction produite par l'acte d'autorisation. Cette approche fournit ainsi une justification logique à l'atteinte portée au projet privé du permissionnaire, puisque privé temporairement de la faculté qui lui était ouverte, il n'est plus habilité à agir.

Par ailleurs, et bien que la remarque n'ait plus qu'un intérêt historique, les solutions anciennes en matière de sursis à exécution des décisions de refus s'expliquent en partie par les effets qu'elles étaient susceptibles de produire. *A priori*, leur absence d'effets pour leurs destinataires justifiaient le refus du sursis, qui n'aurait eu aucune utilité, leur situation juridique et pratique ne s'en trouvant pas modifiée. Au contraire, dès lors que la décision de refus entraînait un changement à la situation de droit ou de fait de l'intéressé telle qu'elle existait antérieurement, la solution de principe *Amoros* était écartée et le sursis possible<sup>908</sup>.

**373.** La conception courante de l'exécution s'intéresse essentiellement à la traduction de la prescription juridique dans la réalité ; le discours normatif est un donné, et ne retiennent l'attention que ses rapports avec le monde des faits. Plus complète apparaît en revanche la conception de l'exécution en termes d'effets produits par la norme juridique. Comme l'indique M. Février, toute norme juridique posséderait une double destination<sup>909</sup>. Elle viserait d'abord l'univers abstrait constitué par l'ordre juridique, en tant qu'ordonnement de

---

<sup>907</sup> *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution, op. cit.*, p. 55.

<sup>908</sup> V. CE, 31 mai 1978, *Fourquet*, *Rec.* p. 912.

<sup>909</sup> V. Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 273 : « élément de l'ordre juridique, la norme est par nature vouée à exister dans deux mondes différents, l'un idéal, l'autre réel. Cette mixité existentielle de la norme est consubstantielle à son appartenance à l'ordre juridique ».

propositions normatives. La norme juridique s’y exécute au sens où elle le modifie, l’enrichit ou le maintient en l’état ; autrement dit, elle affecte le cadre de modélisation juridique en vigueur – elle produit notamment des effets à l’égard des dispositions juridiques à venir, qui devront s’inscrire, selon le cas, dans un rapport de conformité ou de compatibilité avec leur contenu. Mais la norme produirait également des effets dans le « monde réel des sujets de droit »<sup>910</sup>, c’est-à-dire sur les situations ou les actions concrètes ; elle remplirait ainsi sa vocation sociale.

**374.** Toutefois, selon M. Février, la norme juridique est nécessairement « un ordre donné aux sujets de droit. [...] La norme est à la fois élément de l’ordre-système et expression sous forme de commandement, d’ordre, de ce système tourné vers l’extérieur, vers le réel, les sujets de droit »<sup>911</sup>. La notion d’exécution induirait donc un effet modificatif – de l’ordre juridique – et un effet obligatoire – employé ici au sens d’impératif – sur les sujets de droit<sup>912</sup>. Or, cette conception méconnaît visiblement la vocation des règles juridiques à servir de modèles de référence et de qualification, de guides pour l’action, d’étalons pour l’évaluation des comportements et des situations. Les effets qu’est susceptible de produire la norme sur les sujets et objets de droits ne se limitent pas à une forme de contrainte, mais recouvrent les genres variés de la modélisation juridique. Il paraît donc plus exact de considérer que les normes juridiques s’exécutent à raison de l’effet modificatif qu’elles induisent sur l’ordre juridique et de l’effet prescriptif – au sens large, c’est-à-dire en tant que modèles – qu’elles produisent sur le monde réel.

**375.** Au demeurant, la référence à l’effet obligatoire de toute norme sur les situations réelles est des plus ambiguës : dans la mesure où *obligatoire* équivaut ici à contraignant, impératif, cette analyse n’offre guère d’autre choix, concernant les normes permissives, que celui de rallier les positions réductionnistes<sup>913</sup>. Si l’exécution de toute norme suppose un effet modificatif et un effet obligatoire, la solution n’est susceptible de s’appliquer aux normes permissives que si l’on admet qu’elles se réduisent à une forme d’impératif adressé aux tiers, ou à une absence d’impératif. Mais surtout, l’emploi fait ici du terme *obligatoire* ne s’inscrit pas dans la distinction opérée entre force contraignante et force obligatoire du droit ; or, obligatoires, les normes le sont nécessairement par la vocation instrumentale qui leur est assignée, à constituer des modèles à l’usage des divers acteurs juridiques. Aussi, l’hypothèse

---

<sup>910</sup> *Ibid.*

<sup>911</sup> *Ibid.*

<sup>912</sup> Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, *op. cit.*, p. 66 et s.

<sup>913</sup> Ce parti est d’ailleurs celui que prend M. Février ; v. *op. cit.*, p. 79 et s.

d'une dissociation des effets modificatifs et obligatoires, envisagée un moment par M. Février à l'égard des normes permissives<sup>914</sup>, est-elle plus de nature à induire en erreur, qu'à éclairer la question de l'exécution des normes juridiques.

En conclusion, cette dernière n'apparaît pas liée à l'existence d'effets contraignants sur les sujets de droit ; une norme est réputée s'exécuter en raison des effets qu'elle produit dans l'ordonnement juridique – effet modificatif – et dans le monde réel, en tant qu'elle se pose comme modèle – la notion d'effet référentiel des normes juridiques pourrait en rendre compte. Cela étant, la distinction entre normes impératives et normes permissives semble bien se cristalliser sur l'idée de contrainte. Si les normes permissives sont susceptibles d'exécution, elles ne le sont pas d'exécution forcée, dès lors que celle-ci est précisément construite sur l'idée d'impératif.

## **§ 2 – L'IMPOSSIBLE EXECUTION FORCEE, PARTICULARISME DETERMINANT DE LA NORME PERMISSIVE**

**376.** Les normes permissives ne peuvent donner lieu à exécution forcée. La production d'effets impératifs est au fondement du mécanisme ; or, la permissivité normative suppose la libre détermination du sujet de droit quant à la faculté qui lui est ouverte – il ne saurait être contraint. Mais, si l'on a pu dire que cette incompatibilité relevait de la logique, elle doit être relativisée (A), d'autant qu'elle ne saurait priver les normes permissives d'un caractère exécutoire (B).

### **A – D'UNE « LIMITE LOGIQUE » A UNE LIMITE DE PRINCIPE**

**377.** Les normes permissives présentent l'originalité de poser une prescription en forme de proposition : elles confèrent une faculté, dont les bénéficiaires ne sont pas tenus de faire usage. Ainsi, tout comportement de ces derniers au regard de la faculté ouverte est réputé satisfaire au contenu de la prescription en cause. Cette liberté de détermination constitue sans aucun doute le trait distinctif de la permissivité normative. Partant, cette catégorie de normes s'inscrit nécessairement en marge du procédé de l'exécution forcée<sup>915</sup> ; ce mécanisme,

---

<sup>914</sup> Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, op. cit., p. 78 et s.

<sup>915</sup> Sur la notion et le régime de l'exécution forcée, v. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., n° 1357 et s., spéc. p. 1178. La possibilité de recourir à l'exécution forcée doit, en principe, être autorisée par le juge administratif. Cependant, suite à l'arrêt du Tribunal des conflits du 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just* (D 1903, III, p. 41, concl. Romieu ; S 1904, III, p. 20, note Hauriou), l'administration s'est vue reconnaître la faculté de recourir d'office à la contrainte, dans trois hypothèses : une situation d'urgence ; lorsque

permettant d'assurer par la contrainte, l'exécution d'une prescription juridique, est forcément inopérant pour les normes permissives. Comment concevoir, en effet, une forme de contrainte visant à assurer l'exécution d'une norme qui ouvre une simple faculté à son destinataire ?

**378.** L'antinomie entre la contrainte et le choix apparaît d'emblée et souligne l'incohérence qu'il y aurait à forcer à faire ce qui n'est ni obligatoire, ni interdit, sauf à considérer qu'il s'agit, en réalité, de forcer le bénéficiaire de la faculté à s'estimer libre et à se déterminer comme il l'entend. En effet, le mécanisme de l'exécution forcée est animé par l'objectif d'assurer, *manu militari*, la conformation de la réalité au contenu de la norme. Or, s'agissant des dispositions permissives, cette mise en concordance suppose de placer *effectivement* le bénéficiaire de la faculté ouverte dans une situation permissive, où il bénéficie d'une liberté de détermination. Une telle position est bien celle de la jurisprudence, qui considère qu'une autorité administrative bénéficiant d'un pouvoir discrétionnaire est tenue d'en faire un plein usage, et ne saurait s'estimer dans une situation de compétence liée ou encore aliéner tout ou partie de sa liberté d'appréciation. Cependant, cette forme de contrainte n'est en rien équivalente à l'exécution forcée. Elle résulte de l'effet obligatoire des normes juridiques, qui impose de faire jouer pleinement les prescriptions que ces normes contiennent, à l'égard des situations où elles ont vocation à s'appliquer.

**379.** Les normes permissives, qui n'ont pas d'effet impératif, mais présentent un caractère obligatoire, prescrivent de considérer leur destinataire – et que celui-ci se considère également – libre de se déterminer à son gré, au regard de la faculté dont il bénéficie. Or, le procédé de l'exécution forcée est consubstantiel à l'effet impératif ; son objet est d'assurer l'effectivité de la contrainte qu'implique cet effet propre aux normes impératives. L'exécution forcée n'est pas liée à l'effet obligatoire des normes juridiques, mais à l'effet impératif qu'elles produisent le cas échéant. Cette précision démontre à nouveau combien l'appréhension de la notion d'exécution en termes d'effets est plus fine qu'en termes de transcription dans la réalité des prescriptions énoncées par les normes juridiques. La conclusion de M. Schwarzenberg, selon

---

la loi le prévoit ; en l'absence de sanctions pénales ou d'autres voies de droit permettant de faire pression efficacement sur l'administré récalcitrant. Dans tous les cas, cette exécution d'office doit être justifiée par un refus bien établi d'obéissance de la part de l'administré, et consister en des mesures strictement nécessaires pour assurer le respect de la loi. Si Jean Romieu, dans ses conclusions, entendait que ce procédé demeure exceptionnel, au nom de la garantie des droits et libertés fondamentaux, les cas d'exécution d'office se sont multipliés par l'effet de multiples lois, le procédé tendant « de plus en plus, à devenir la règle dans des cas où il n'y a aucun enjeu fondamental immédiat » : Nicole Belloubet-Frier et Pierre-Laurent Frier, « La deuxième mort de Jean Romieu », *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 1 et s., spéc. p. 9. et . V. aussi Charles Sirat, « L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative », *JCP* 1958, I, n° 1440.

laquelle le mécanisme de l'exécution forcée rencontre, avec la norme permissive, une « limite logique »<sup>916</sup>, se trouve parfaitement justifiée : non seulement par l'absence d'effet impératif, mais aussi en raison de la bilatéralité inhérente à la notion de faculté, sur laquelle s'articule le « modèle permissif ».

**380.** Toutefois, le cadre réel d'application des normes juridiques n'a pas toujours la pureté que supposent les dissections théoriques du phénomène normatif. Bien souvent, l'exercice d'une faculté n'est qu'un prélude à la soumission à un ensemble d'obligations. Il n'est pas rare que la mise en œuvre d'une autorisation conduise à assumer certaines obligations. Autrement dit, une forme de contrainte normative peut être réintroduite en conséquence même de l'usage de certaines facultés. Ce fait renvoie à la question du potentiel contraignant des normes permissives, qui s'explique essentiellement par la coexistence et la combinaison, dans le droit positif, de dispositions impératives et permissives, dont l'application est parfois interdépendante. Dès lors, il n'est pas infondé de penser que la mise en œuvre de certaines facultés puisse, par un effet de cascade, être à l'origine de la mobilisation, en aval, du procédé de l'exécution forcée.

Par exemple, le titulaire d'un permis de construire, qui décide de réaliser les travaux autorisés va se trouver obligé par les dispositions fiscales impératives relatives aux taxes et participations d'urbanisme<sup>917</sup>. Il est évident que s'il ne s'acquitte pas de ces sommes, une procédure de recouvrement forcé pourra être entreprise, qui aura bien en partie pour origine l'acte permissif : si cette forme d'exécution forcée trouve son origine directe dans les dispositions impératives posant le principe de l'imposition ou de la participation, le permis de construire constitue bien, pour le droit fiscal, le fait générateur de ces prélèvements<sup>918</sup>.

Plus généralement, les mécanismes contractuels, qui reposent sur une simple faculté d'engagement, conduisent les co-contractants à s'obliger, et à s'exposer, en vertu de la force obligatoire des conventions (article 1134 du Code civil), à une procédure d'exécution forcée. La permissivité, ici incarnée par le principe d'autonomie de la volonté, se réduit à la liberté de se lier. Bien qu'elle ne soit que facultative pour les sujets de droit, l'impérativité du contrat produit tous ses effets à l'égard de ceux qui s'y sont soumis. La personne privée co-

---

<sup>916</sup> Roger-Gérard Schwarzenberg, *L'autorité de chose décidée*, op. cit.

<sup>917</sup> V. art. L332-6, L332-6-1 et L332-9 du Code de l'urbanisme.

<sup>918</sup> Art. L332-28 du Code de l'urbanisme : « Les contributions mentionnées ou prévues au 2° de l'article L. 332-6-1 et à l'article L. 332-9 sont prescrites, selon le cas, par l'autorisation de construire, l'autorisation de lotir, l'autorisation d'aménager un terrain destiné à l'accueil d'habitations légères de loisir ou l'acte approuvant un plan de remembrement. Cette autorisation ou cet acte en constitue le fait générateur [...] ».

contractante de l'administration, qui s'est librement liée, connaît une situation semblable, notamment en ce que l'administration peut, constatant la non-réalisation d'une obligation contractuelle, se substituer ou substituer un tiers au co-contractant défaillant, afin d'assurer l'exécution du contrat, aux frais et risques de ce dernier<sup>919</sup>.

**381.** S'agissant des personnes publiques, le recours à l'exécution forcée est impossible à leur rencontre. Toutefois, certaines voies de droit révèlent des procédés autoritaires, qui ne sont pas sans rappeler le principe de l'exécution forcée. Tel est le cas du pouvoir de substitution des autorités de tutelle qui peut trouver à s'appliquer en conséquence de la mise en œuvre d'une faculté : par exemple, lorsqu'un conseil général ou un conseil régional décide d'organiser un référendum local<sup>920</sup>, les maires des communes concernées, en tant qu'agents de l'Etat, sont tenus d'organiser le scrutin. « *Si un maire refuse de procéder à cette organisation, le représentant de l'Etat, après l'en avoir requis, y procède d'office* »<sup>921</sup>. Ce pouvoir de substitution ne constitue bien sûr pas une forme d'exécution forcée *stricto sensu*, mais il vise bien à remédier à l'inexécution d'une obligation, générée en l'occurrence par la mise en œuvre d'une norme permissive.

**382.** En conséquence, s'il est juste d'évoquer une « limite logique » à propos de l'exécution forcée des normes permissives, il serait sans doute souhaitable d'y voir avant tout une *limite de principe* : il semble en effet que seul le choix du bénéficiaire de la faculté ouverte par la norme permissive soit préservé de toute forme de contrainte. En revanche, les conséquences normatives de ce choix ne sont pas insusceptibles d'asseoir des mécanismes plus ou moins proches de l'exécution forcée. Seul le processus décisionnel résiste à toute pression ; il constitue très certainement le noyau irréductible de la permissivité normative.

Partant de ce constat, la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si la norme permissive, articulée sur un mécanisme optatif, était ou non pourvue d'un caractère exécutoire.

---

<sup>919</sup> Sur ces sanctions coercitives, complémentaires des sanctions pécuniaires et de la résiliation à titre de sanction, v. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1377.

<sup>920</sup> En application de l'article L1112-1 du CGCT, de nature permissive : « *L'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale peut soumettre à référendum local tout projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité* ».

<sup>921</sup> Art. LO 1112-4 al. 2 du CGCT.

## B – UNE LIMITE NON EXCLUSIVE DE CARACTERE EXECUTOIRE

**383.** La norme permissive est traditionnellement présentée, en doctrine, comme une objection décisive à la théorie de la décision exécutoire<sup>922</sup>, à tel point qu'elle semble n'être qu'une notion purement fonctionnelle, employée à tracer les contours de cette théorie. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que cette théorie fondamentale du droit public aurait été construite sans considération de ce type de norme. Selon M. Rivero, « la théorie de la décision exécutoire a été élaborée dans la perspective de ceux des actes unilatéraux qui créent aux particuliers des obligations vis-à-vis de l'administration, ou qui leur imposent des interdictions »<sup>923</sup>. En d'autres termes, les autorisations, et l'ensemble des décisions permissives, ne seraient pas visées par la théorie de la décision exécutoire. M. Eisenmann est plus explicite encore : « nos théoriciens de la décision exécutoire ne songeaient en réalité, dans leurs explications, qu'aux seules "décisions impératives", oubliant tout une partie des actes unilatéraux, les "décisions permissives" »<sup>924</sup>.

Au moins deux questions se posent : cette exclusion est-elle délibérée ou résulte-t-elle simplement d'un oubli, à une époque où l'Etat était essentiellement perçu comme une puissance de commandement ? Par suite, faut-il en conclure que les normes permissives sont dépourvues de tout caractère exécutoire ?

**384.** Sans nul doute, le nœud du problème réside-t-il dans la définition à donner à la notion de décision exécutoire. L'examen de la doctrine révèle, sur ce point, une certaine confusion. Les auteurs qui ne considèrent comme décisions exécutoires que les seules dispositions impératives, ont une approche restrictive de la notion de caractère exécutoire. Selon eux, ce dernier est lié au mécanisme de l'exécution forcée ; seules ont un caractère exécutoire les normes susceptibles de donner lieu à une telle procédure. Les normes permissives ne sauraient donc, dans une telle perspective, revêtir un caractère exécutoire, puisque l'exécution forcée leur est par nature étrangère.

---

<sup>922</sup> V. Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, *op. cit.*, p. 46-47.

<sup>923</sup> Jean Rivero, « Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives », *op. cit.*, p. 379.

<sup>924</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif, DES, Droit public, 1953/54*, *op. cit.*, p. 280. V. aussi *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 750 : « Il est clair que l'affirmation du « privilège de l'exécution d'office » et même du « privilège du préalable » (qui est fortement lié au premier), l'affirmation du droit de l'Administration de passer à l'exécution n'ont de sens que pour ces normes-là [impératives], et ne visent qu'elles » ; p. 779 : « ... dans cette théorie de l'exécution, ou de la décision exécutoire, et même de l'acte unilatéral, la doctrine dominante se laisse constamment aller à ne penser qu'aux "normes impératives" ».



C'est dans cette perspective que s'inscrit M. Eisenmann, qui, constatant une dualité au sein des décisions administratives (impératives et permissives), déplore un dispositif théorique inadapté : « c'est pour ces normes "attributrices" que l'appellation de décision exécutoire est particulièrement contre indiquée, parce qu'elle est tout à l'opposé de la situation juridique réelle : puisqu'il n'est pas question pour elles d'exécution forcée, de voies de contrainte contre leur sujet passif, c'est-à-dire une personne publique – et surtout pas contre l'Etat »<sup>925</sup>.

Pour autant, nombre d'auteurs laissent entrevoir une définition plus large de la notion de décision exécutoire, *a priori* indépendante du mécanisme d'exécution forcée, et dans laquelle les normes permissives peuvent trouver place.

**385.** Pour M. Rivero, « la décision exécutoire est l'acte dans lequel l'administration met en œuvre [son] pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques. Tous les autres ne tendent pas à modifier l'ordre juridique. Les uns sont simplement déclaratifs [...], d'autres précèdent et préparent les décisions [...], d'autres les suivent sans rien y ajouter. La décision exécutoire se caractérise par la volonté d'apporter un changement dans la situation juridique »<sup>926</sup>. Rien ne semble s'opposer, dans les termes de cette définition, à concevoir une décision exécutoire permissive : ayant pour objet d'ouvrir une faculté, elle tend bien à modifier l'ordonnancement juridique, à apporter un changement dans la situation juridique de certains sujets de droits.

**386.** M. Vedel ne lie pas, lui non plus, caractère exécutoire et exécution forcée. Définissant la décision exécutoire comme un acte juridique faisant « naître unilatéralement des obligations et éventuellement des droits au profit ou à la charge des tiers sans le consentement de ceux-ci »<sup>927</sup> – ce qui n'interdit en rien de considérer comme exécutoires les décisions permissives, notamment en ce qu'elles peuvent créer des droits –, il précise par ailleurs que « ce serait une erreur de croire que, par définition, une décision exécutoire peut être exécutée par la force ». Et de poursuivre : « ce qui est vrai, c'est qu'elle a force exécutoire par elle-même, mais ceci n'équivaut nullement à dire qu'elle peut en tous les cas faire l'objet d'une exécution forcée. [...] Le problème de l'exécution par la force des décisions exécutoires est donc un problème-limite ; il ne recouvre pas toute la force exécutoire des décisions et il n'est donc pas

---

<sup>925</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 778.

<sup>926</sup> Jean Rivero, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 1961, p. 77-78.

<sup>927</sup> Georges Vedel, *Droit administratif*, PUF, 1961, p. 140.

contradictoire de dire qu'une décision exécutoire n'est pas nécessairement susceptible d'exécution forcée »<sup>928</sup>.

M. Vedel démontre d'ailleurs combien la possibilité d'exécution forcée est, de manière très pragmatique, tributaire de l'objet de la décision en cause. En effet, celle-ci peut n'avoir d'autre effet que la modification de l'ordre juridique (comme la collation de l'honorariat à un fonctionnaire) ; de même, sa réalisation matérielle peut être poursuivie sans recours à la force (ainsi, l'exécution matérielle de la révocation d'un fonctionnaire est-elle assurée par l'arrêt du versement de son traitement)<sup>929</sup>. Une décision peut dès lors être exécutoire, alors même que son objet n'offre pas de prise au procédé de l'exécution forcée, le prive d'intérêt. Une tel argument conforte donc l'idée qu'une décision administrative dont l'objet serait d'ouvrir une faculté à son ou ses destinataire(s) pourrait constituer une décision exécutoire, bien qu'insusceptible d'exécution forcée.

**387.** Quant à Maurice Hauriou, qui fait figure d'autorité en ce domaine<sup>930</sup>, il n'associe pas, lui non plus, la décision exécutoire à la possibilité d'exécution forcée : selon lui, constitue ainsi une décision exécutoire « toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés émise par une autorité administrative dans une forme exécutoire, c'est-à-dire une forme qui entraîne l'exécution d'office »<sup>931</sup>. Le doyen de Toulouse n'indique pas que la décision exécutoire suppose une possibilité d'exécution forcée, mais s'en tient à souligner qu'elle est susceptible d'exécution, c'est-à-dire qu'elle produit ses effets, immédiatement. En d'autres termes, le caractère exécutoire se ramène ici au « privilège du préalable », à cette « autorité de chose décidée »<sup>932</sup> fondée sur une présomption de légalité<sup>933</sup>, qui caractérise les actes administratifs unilatéraux ; rien n'interdit donc, une fois encore, de reconnaître un tel caractère exécutoire aux dispositions permissives.

Cependant, la lecture du doyen Hauriou peut apparaître déconcertante tant l'auteur développe une terminologie qui lui est souvent propre, et d'un usage quelquefois de nature à induire en

---

<sup>928</sup> Georges Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, p. 161.

<sup>929</sup> *Ibid.*

<sup>930</sup> Comme l'écrit Gilles Darcy, si le doyen Hauriou n'invente pas la théorie de la décision exécutoire, « il recueille un héritage dispersé auquel il confère une cohérence intellectuelle qui lui faisait défaut. Il extériorise des idées sous-jacentes afin de proposer une théorie générale de l'acte administratif » ; « La décision exécutoire. Esquisse méthodologique », *op. cit.*, p. 668.

<sup>931</sup> Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Sirey, 11<sup>ème</sup> éd., 1927, p. 356, cité par Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français, op. cit.*, p. 414 et s.

<sup>932</sup> Roger-Gérard Schwarzenberg, *L'autorité de chose décidée, op. cit.* Cette autorité demeure inférieure à l'autorité de chose jugée.

<sup>933</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 501.

erreur. Certaines inconstances rédactionnelles, dont les implications théoriques sont lourdes, compliquent en outre la tâche du lecteur. Ainsi, M. Sfez remarque-t-il qu'entre deux définitions de la décision exécutoire figurant dans le *Précis de droit administratif*, l'une énonce qu'il s'agit de « toute déclaration de volonté en vue de produire des effets de droit », et l'autre d'une « déclaration de volonté en vue de produire... »<sup>934</sup>. Or, « si la décision exécutoire est un acte unilatéral (et non *tout* acte unilatéral, différence fondamentale), cette catégorie d'acte unilatéral coexiste avec une autre catégorie d'acte unilatéral, la catégorie des actes unilatéraux permissifs »<sup>935</sup>. Certes, la remarque est pertinente, mais elle semble fondée sur le présupposé selon lequel caractère exécutoire signifie possibilité d'exécution forcée. De plus, elle ne tient pas vraiment compte de la première définition, selon laquelle *toute* déclaration de volonté de l'administration – y compris, donc, de nature permissive – constitue une décision exécutoire. La norme permissive oscille ainsi entre deux conceptions du caractère exécutoire que rien ne clarifie, d'autant que M. Sfez ajoute au trouble en estimant que le doyen Hauriou distingue bien force exécutoire (au sens de privilège du préalable) et exécution forcée<sup>936</sup>.

L'étude menée par M. Schwarzenberg permet de prendre la mesure de ce « flou » d'Hauriou qui suscite donc bien des controverses<sup>937</sup>. Il en ressort effectivement que l'éminent publiciste ne confond pas caractère exécutoire et exécution forcée. Selon M. Schwarzenberg, les expressions « décision exécutoire », « exécution d'office », « exécution préalable », « action d'office » ou « privilège du préalable » feraient ainsi référence à « l'effet obligatoire » des décisions administratives<sup>938</sup>, c'est-à-dire leur applicabilité immédiate et nécessaire – cet effet justifiant le mécanisme de suspension d'exécution. Au-delà, les expressions « exécution forcée » ou « coercition administrative » correspondraient à « l'effet exécutoire »<sup>939</sup>, en tant qu'effet particulier à certaines décisions seulement : les décisions impératives. Cette

---

<sup>934</sup> Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p ; 360.

<sup>935</sup> Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, *op. cit.*, p. 415. Et d'ajouter, « Hauriou n'a jamais confondu la décision exécutoire avec *tout* acte unilatéral, laissant la porte ouverte à des actes unilatéraux qui ne seraient pas des décisions exécutoires », p. 419.

<sup>936</sup> *Op. cit.*, p. 414-419.

<sup>937</sup> Roger-Gérard Schwarzenberg, *L'autorité de chose décidée*, *op. cit.*, p. 106 et s.

<sup>938</sup> *Op. cit.*, p. 112 et s.

<sup>939</sup> *Ibid.* Il convient tout de même d'apporter une réserve sur la notion d'« effet exécutoire », telle qu'employée par M. Schwarzenberg : s'il est convenu, ici, qu'elle se rapporte à la notion d'exécution forcée, elle est propice à ajouter à la confusion. Aussi convient-il de se garder d'en faire usage selon cette acception.

clarification met donc en évidence combien « le procédé de l'exécution forcée est bien traité comme une "voie extraordinaire" »<sup>940</sup> par Maurice Hauriou.

**388.** En définitive, la norme permissive présente un caractère exécutoire en dépit de son impossible exécution forcée. Si l'on peut concevoir que certains actes unilatéraux ne constituent pas des décisions exécutoires (comme les décisions de refus<sup>941</sup>), il n'est donc pas possible d'y inclure les actes permissifs. Comme le souligne M. Février, cette catégorie de normes « ne peut que prouver l'impossible assimilation de la décision exécutoire à la norme susceptible d'exécution forcée »<sup>942</sup> ; comme si du statut d'objection à une théorie majeure, les normes permissives passaient à celui de révélatrices de son obscurité. Aussi, plutôt que d'admettre l'idée selon laquelle la notion de décision exécutoire recèle deux significations : au sens large, « décision qui est entrée en vigueur », et au sens strict « décision dont l'administration peut assurer l'exécution *manu militari* »<sup>943</sup>, serait-il souhaitable de ne conserver que son acception la plus étendue. Elle présente en effet deux qualités essentielles à la connaissance du phénomène juridique : le réalisme, car il est impossible de nier les effets produits dès son entrée en vigueur par une norme permissive (modification de l'ordonnement juridique, position comme modèle de qualification, etc.) ; et surtout la neutralité, caractère qui fait défaut à la conception restrictive de la décision exécutoire, dont le parti pris idéologique confirme l'ancrage profond des réflexes impérativistes dans la connaissance du phénomène juridique.

**389.** Dès lors, si un caractère fait évidemment défaut aux normes permissives, il s'agit du caractère contraignant, et par définition de l'impérativité<sup>944</sup>, qui tout deux, ont partie liée avec le procédé de l'exécution forcée. Ce dernier n'est en effet qu'une *conséquence* du caractère exécutoire de *certaines normes* seulement, celles dont le contenu exprime une forme de

---

<sup>940</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 272, note 19, renvoyant au *Précis* d'Hauriou, 11<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, p. 475.

<sup>941</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 503.

<sup>942</sup> Jean-Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, *op. cit.*, p. 79. V. aussi « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 272 : « La catégorie des normes permissives présente l'avantage de permettre une réfutation définitive de l'assimilation de la décision exécutoire au régime de l'exécution forcée ».

<sup>943</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*

<sup>944</sup> M. Delvolvé retient que les actes qui « permettent, autorisent, habilitent » présentent bien un effet modificateur de l'ordre juridique (ils sont des décisions) mais sont dépourvus d'effet obligatoire, au sens qu'ils ne contraignent pas leur destinataire à faire quelque chose (*L'acte administratif*, *op. cit.*, n° 45). Il semble qu'il soit préférable, s'agissant de ce dernier effet, de parler d'effet impératif, dans un souci de cohérence avec la distinction établie entre obligatorité et impérativité des normes juridiques. Partant, l'effet impératif fait donc défaut aux normes permissives ; cependant, elles présentent bien un effet obligatoire, qui accompagne leur effet modificateur : elles s'insèrent comme un modèle normatif obligatoire dans l'ordre juridique.

contrainte. L'exécution forcée ne d'identifie pas au caractère exécutoire, il en est une conséquence parmi d'autres, spécifique aux normes impératives.

La tentation est alors grande, de chercher un substitut à la qualification de décision exécutoire<sup>945</sup>, terminologie jugée « trompeuse »<sup>946</sup>. Mais aussi ambiguë soit-elle, elle constitue un héritage précieux de la pensée publiciste, une pierre angulaire<sup>947</sup> autour de laquelle s'est construite une réflexion féconde, et sur laquelle reposent des mécanismes comme le référé-suspension. *A fortiori*, elle porte fort bien l'idée selon laquelle l'exécution est plus affaire d'effets produits, que d'agissements concrets. Sans doute convient-il de porter davantage l'attention sur la définition des termes de la théorie juridique et de veiller à la rigueur de leur usage.

**390.** Comme la valeur obligatoire de la règle de droit a pu être disqualifiée en valeur contraignante, le caractère exécutoire s'est mué en exécution forcée. Voilà deux raccourcis qui, à l'analyse, appauvrissent et obscurcissent considérablement la compréhension du phénomène juridique. Y a-t-il préjudice à constater que le droit n'est pas l'ensemble monolithique tant décrit par la doctrine impérativiste ? La norme permissive perturbe les poncifs doctrinaux et la théorie de l'exécution n'échappe pas à la revue. Elle apporte de la nuance à qui accepte un certain pluralisme ou cherche ailleurs qu'en l'impérativité, le facteur d'unité du droit. Mais pas plus que la confusion du permissif dans l'impératif, leur opposition simpliste n'est satisfaisante ; si la norme permissive constitue une limite au procédé de l'exécution forcée, ce n'est pas nécessairement d'une manière absolue.

---

<sup>945</sup> Jacques Moreau (*Droit administratif, op. cit.*, p. 209) propose ainsi de substituer l'expression « acte administratif impératif » à celle de décision exécutoire, si l'on considère que ces dernières sont des actes dotés d'un « effet modificatif » (ce qui exclut les décisions de refus) et d'un « effet obligatoire » (au sens d'impératif, contraignant) ; autrement dit, la qualification proposée par l'auteur ne concernerait que l'acception restrictive de la notion de décision exécutoire, relative aux actes impératifs, susceptibles d'exécution forcée. Or, il est sans doute regrettable d'éluder ici toute référence au caractère exécutoire au sens large de ces actes, qui comme tous les actes administratifs, impératifs et permissifs, bénéficient du privilège du préalable.

<sup>946</sup> V. Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien, *Droit administratif et institutions administratives*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 429 ; Pierre Delvolvé, *L'acte administratif, op. cit.* ; Nicole Belloubet-Frier et Pierre-Laurent Frier, « La deuxième mort de Jean Romieu », *op. cit.*, p. 3, renvoyant à la chronique de L. Touvet et L. Stahl, sous CE, 21 octobre 1994, *Société des tapis Saint-Maclou*, *AJDA* 1994, p. 874. Comme le souligne Charles Eisenmann, « bon gré mal gré, "décision exécutoire" est associé à l'idée de décision d'injonction, de norme autoritaire », *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 751.

<sup>947</sup> C'est la « règle fondamentale du droit public » ; CE Ass., 2 juillet 1982, *Huglo et a.*, préc.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**391.** Les difficultés d'analyse de la norme permissive, et les questionnements sur l'autonomie de la notion, proviennent de la conception impérativiste de la normativité juridique. Or, celle-ci ne constitue pas un obstacle insurmontable. En dépit de la vigueur de l'impératif dans les discours sur la normativité, il est possible de construire une conception non déontique de cette dernière, fondée sur l'idée de modèle normatif : obligatorité et impérativité de la norme juridique s'en trouvent dissociées, ce qui permet d'accueillir une notion de norme permissive à part entière.

Toute norme juridique est alors un modèle normatif de référence, d'évaluation, doté d'un caractère obligatoire pour toute situation entrant dans son champ d'application, indépendamment de sa nature impérative, permissive, ou de sa forme prescriptive ou simplement indicative. Ainsi déconnectée de l'impératif, la norme permissive laisse mieux entrevoir les modalités de son exécution. Insérée comme un élément obligatoire dans l'ordonnement juridique, elle modifie ce dernier en ouvrant une faculté qui impose que soit respectée la liberté d'action – ou d'inaction – de son bénéficiaire. Elle présente donc bien un effet exécutoire. Cependant, dépourvue d'effet impératif, elle n'est pas susceptible d'exécution forcée : tel est son principal particularisme.

## CONCLUSION DU TITRE

**392.** L'autonomie de la notion de norme permissive n'est donc pas inconcevable, dès lors que le primat de l'impératif est remis en cause. La norme juridique est un modèle de référence, d'évaluation, doté d'un caractère obligatoire, indépendamment de sa nature déontique. L'impératif est donc dissociable de l'obligation, et la permissivité conciliable avec elle. Les thèses réductionnistes, auxquelles pouvait être reprocher une approche « logiciste » du droit, présentaient, en outre, l'inconvénient d'assimiler impératif et obligation, au détriment de l'autonomie de la notion de norme permissive.

Partant, cette dernière n'est pas étrangère à l'obligatorité du droit, elle impose simplement un modèle normatif qui ne cherche pas à contraindre les sujets de droit, mais au contraire à leur garantir une liberté de détermination. En d'autres termes, la norme permissive oblige à être libre.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

**393.** L'identification de la norme permissive permet d'appréhender, derrière le phénomène, une notion juridique. La norme permissive est une forme à part entière de la modélisation juridique, indépendante de la notion de norme impérative. Elle rend compte d'un ensemble de manifestations normatives qu'une perception trop souvent intuitive, ou au contraire des positions dogmatiques, ne permettaient pas d'appréhender comme une unité. Unité au sens de ce qui ne fait qu'un : la norme permissive est une qualification générique de normes ouvrant une faculté d'action à leur destinataire. Unité au sens d'élément : les normes permissives sont une pièce de la normativité juridique, ce qui ne s'oppose pas à leur existence dans le droit en général, et dans le droit public en particulier. Leurs implications sur ce dernier sont d'ailleurs révélatrices de leur intérêt et de leurs limites.

## **Seconde partie – Les implications de la norme permissive sur le droit public**

*394.* *A priori*, la conception classique du droit public – droit d'autorité, droit de pouvoir, droit exorbitant – n'augure pas une discipline acquise à la permissivité normative. Pourtant, l'observation du droit positif permet de constater que les normes ouvrant des facultés à leur destinataire y sont nombreuses. Mieux, elles semblent même se développer. Il est d'ailleurs prétendu que la catégorie des normes permissives permettrait de rendre compte des évolutions de la discipline : l'Administration serait ainsi plus encline à rechercher des modes d'intervention moins autoritaires, moins unilatéraux, en reconnaissant des facultés nouvelles aux divers acteurs juridiques, publics et privés.

Autrement dit, la notion de norme permissive produirait non seulement des effets dans l'ordonnement juridique, en tant que modèle normatif obligatoire, mais aurait également des implications sur le droit public en tant que technique visant à organiser les rapports des personnes publiques entre elles et avec les particuliers.

Ces implications sont fréquemment signalées quant au rapport au droit : supposant l'absence de contrainte normative, elles impliqueraient essentiellement une mutation des moyens de l'action publique. Toutefois, d'autres implications semblent devoir être soulignées, tant les évolutions récentes du droit positif en fournissent l'illustration : les normes permissives présentent à l'évidence des implications quant à l'adaptabilité du droit face à une réalité complexe et changeante.

Titre 1 – Implications quant au rapport au droit

Titre 2 – Implications quant à l'adaptabilité du droit



# **TITRE PREMIER – IMPLICATIONS QUANT AU RAPPORT AU DROIT**

*395.* La norme permissive est présentée comme remettant en cause la contrainte normative traditionnelle du droit public. Cela constituerait même son seul intérêt selon une partie de la doctrine. Cependant, si la norme permissive constitue bien un modèle normatif non contraignant, cela ne signifie pas qu'elle remette complètement en cause la contrainte normative inhérente au droit public. Plus caractéristiques seraient en revanche ses implications sur la compétence des autorités administratives, dès lors qu'en leur reconnaissant de simples facultés d'action, la norme permissive les investit d'une responsabilité à la mesure de la liberté consentie.

Chapitre 1 – Un facteur incertain d'érosion de la contrainte normative

Chapitre 2 – La source d'une « compétence permissive » de l'administration

## CHAPITRE 1 – UN FACTEUR INCERTAIN D'ÉROSION DE LA CONTRAINTE NORMATIVE

396. Selon M. Février, le discours doctrinal sur la norme permissive n'est pas dénué d'intentions idéologiques : il entend démontrer, en s'appuyant sur cette catégorie normative, que la conception traditionnelle de l'Etat, autoritaire, centralisé, maniant exclusivement l'*imperium*, est obsolète. « La notion de norme permissive s'inscrit [...] dans la volonté explicite de rompre avec un modèle d'action de la puissance publique centré sur l'activité de commandement. La catégorie des normes permissives doit illustrer les mutations de l'administration tendues vers un modèle d'action moins contraignant, axé sur la participation et le protectorat social »<sup>948</sup>. En d'autres termes, cette technique normative est censée caractériser les évolutions de l'Etat et des relations des pouvoirs publics, entre eux, mais aussi avec les citoyens.

Les réflexions sur les mutations de l'Etat ne cessent, en effet, d'avancer l'idée d'une véritable érosion de la contrainte normative, en ce sens que le droit épouserait désormais des formes inédites, n'hésitant plus à abandonner ses attributs prétendument constitutifs : l'obligatorité et l'impérativité. Le renouvellement de la conception de l'Etat retentirait ainsi sur celle de l'arsenal normatif et un « droit en douceur »<sup>949</sup> s'infiltrerait dans la société. Certes, des instruments non-contraignants connaissent un essor certain et relaient, sur le plan de la technique normative, ces transformations. De même, l'unilatéralisme qui présidait aux rapports des pouvoirs publics et des citoyens connaît un net infléchissement, sous l'effet de la promotion de la participation de ces derniers aux décisions publiques.

N'imposant plus – ou tout au moins n'imposant plus nécessairement –, et ne s'imposant plus uniquement par voie d'autorité, le droit subit des mutations certaines. Pour autant, peut-on vraiment soutenir que « la notion de norme permissive est poussée en avant pour illustrer ce phénomène »<sup>950</sup> ? Il convient de s'interroger sur la pertinence de la thèse d'une connotation de la norme permissive (Section 1). Il en résultera qu'elle est partiellement infondée, cette catégorie de norme ne constituant qu'une technique normative parmi d'autres (Section 2).

---

<sup>948</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 271.

<sup>949</sup> Gustavo Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, trad. de l'italien par Michel Leroy, PUAM, Economica, 2000.

<sup>950</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 272.

## **SECTION 1 – UNE CATEGORIE NORMATIVE CONNOTEE ?**

**397.** Les études consacrées par la doctrine aux mutations de l'Etat et de la technique normative se révèlent moins catégoriques que ne pourrait le laisser penser la lecture de M. Février. Abstraction faite de la permissivité comme jugement de valeur, peu d'auteurs se réfèrent explicitement à la norme permissive. Néanmoins, il est un fait que les mutations décrites permettent toutes de penser la norme permissive comme l'un des outils envisageables de ces changements. L'association aux mutations récentes de l'Etat ne semble donc pas exclue, mais elle n'est à l'évidence qu'implicite dans le débat doctrinal (§ 1). Sur le plan administratif, cette évolution semble se traduire notamment par la participation croissante des administrés aux décisions publiques, concrétisée par l'ouverture de facultés d'intervention à leur profit (§ 2).

### **§ 1 – UNE PRESENCE IMPLICITE DANS LES DISCOURS SUR LES MUTATIONS DE L'ÉTAT ET DU DROIT**

**398.** Les travaux de la doctrine portant sur les mutations récentes et la modernisation de l'Etat et du droit sont assez nombreux, alimentant les réflexions sur la réforme de l'Etat, leitmotiv des gouvernements successifs. Mais les ouvrages ou articles qui traitent des évolutions à l'œuvre en ce domaine, n'abordent pas à proprement parler la notion de norme permissive, et lorsqu'ils considèrent les mutations de la technique normative, ce n'est bien souvent qu'en termes assez généraux, procédant par « lancement » de nouveaux concepts, censés caractériser ces mutations. Toutefois, il n'est pas exclu d'opérer un rapprochement entre la norme permissive et ces évolutions, dans la mesure où l'analyse doctrinale met en évidence un cadre général dans lequel la technique normative permissive pourrait trouver place. La présence de la norme permissive, implicite dans les constats doctrinaux, se déduit des formes et de la teneur des évolutions en cours, et qui affectent tant l'Etat (A) que le droit lui-même, comme technique (B).

#### **A – LES MUTATIONS DE LA FIGURE ETATIQUE : POINTS D'ANCRAGE ENVISAGEABLES DE LA NORME PERMISSIVE**

**399.** Les diverses conceptions de l'Etat qui se sont succédées durant les six dernières décennies sont le reflet des crises auxquelles il a été confronté, et des moyens qu'il a dû déployer pour y répondre. Or, la caractérisation des repositionnements de la figure étatique

dans la société constitue sans doute le point de départ nécessaire à une analyse des répercussions de ces mutations sur la technique juridique, et plus particulièrement à l'égard de la catégorie des normes permissives. Plus précisément, c'est à l'avènement d'un Etat partenaire que conduisent les transformations observées (1), une posture de l'Etat qui apparaît favorable au développement de la technique normative permissive (2).

### ***1 – L'avènement progressif du partenariat***

**400.** Dès la fin des années 1970, l'Etat-providence, qui s'était imposé dans les démocraties occidentales au sortir de la Seconde Guerre mondiale, et avait contribué à modifier la figure étatique, entre en crise. De ce phénomène aux causes multiples, l'Etat, qui s'était imposé en promoteur et garant de droits nouveaux, se trouve affaibli, tant dans son prestige que dans son autorité : décrédibilisé, il ne parvient plus à régler les problèmes économiques et sociaux auxquels est confrontée la société. Les pouvoirs publics semblent souffrir d'un déficit d'efficacité, voire de légitimité. En effet, s'impose alors, en réaction à l'Etat-providence, dont les interventions sont jugées sclérosantes, un mouvement de reflux de l'Etat, soutenu notamment par les courants politiques libéraux<sup>951</sup>. Sur le plan juridique, ce slogan du « trop d'Etat » se traduira par la déréglementation<sup>952</sup>, thème dominant des années 1980.

Il s'agira alors de réduire l'encadrement législatif et réglementaire, imputé à l'Etat interventionniste, et qui est supposé entraver les activités privées<sup>953</sup> ; la déréglementation peut se définir comme « l'ensemble des mesures, de portée très diverse, ayant pour objet de *diminuer le volume et/ou le poids des normes juridiques* : cette diminution peut être d'ordre seulement quantitatif et prendre la forme d'un simple réaménagement du dispositif existant [...] ; elle peut aussi traduire un processus de relâchement des contraintes d'ordre juridique pesant sur l'exercice des activités sociales »<sup>954</sup>. Il est ainsi possible de distinguer des mesures visant, d'une part, à supprimer les contraintes applicables à *l'exercice* d'une activité, ou à en diminuer la portée (suppressions d'autorisations administratives préalables, relèvement du

---

<sup>951</sup> La politique instaurée au Royaume-Uni par Mme Thatcher, dès 1979, et l'élection de M. Reagan à la présidence des Etats-Unis en 1980, en sont deux manifestations majeures. En France, en dépit de l'élection d'un président de la République socialiste en 1981, ce reflux de l'Etat s'annoncera dès 1983, et s'intensifiera avec la première cohabitation, de 1986 à 1988.

<sup>952</sup> Michel Bazex, « La déréglementation », *AJDA* 1986, p. 635-642 ; Jacques Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », *RDP* 1987, p. 281-319.

<sup>953</sup> Paul Bernard, *L'Etat républicain au service de la France*, Economica, 1988, spéc. p. 230-231 : la « déréglementation [...] consiste à lever les contraintes découlant de la règle. En effet la réglementation n'est plus ressentie comme protectrice des libertés mais au contraire comme une source de contraintes administratives qui freinent la liberté ».

<sup>954</sup> Jacques Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », *op. cit.*, p. 284.

seuil au-delà duquel une autorisation est exigée, etc.), et d'autre part, à supprimer les contraintes relatives à l'accès à une activité (abolition des monopoles publics)<sup>955</sup>. En France, cette doctrine sera appliquée à de nombreux domaines, comme les prix, les changes, le crédit, les relations de travail, ou encore l'urbanisme et la construction<sup>956</sup>.

**401.** Toutefois, ce mouvement de déréglementation ne doit pas être envisagé comme la seule force à l'œuvre dans la crise de l'Etat-providence. En effet, en même temps que reculait l'Etat au profit du jeu des marchés, un ensemble considérable de normes d'origine supra-étatique s'est peu à peu agrégé aux ordres juridiques nationaux. En Europe, particulièrement, l'entreprise d'harmonisation des législations nationales et le processus d'intégration communautaire sont à l'origine d'une recrudescence de normes juridiques, qui constituent autant de prescriptions précises et contraignantes<sup>957</sup>. Aussi, cette période doit-elle être appréciée comme amorçant davantage un repositionnement de l'Etat<sup>958</sup>. Repositionnement, dans la mesure où celui-ci s'est vu contraint de composer avec des institutions supra-étatiques disposant de prérogatives normatives de plus en plus importantes<sup>959</sup>, et des acteurs nationaux (citoyens, collectivités territoriales, et surtout acteurs économiques) revendiquant plus d'autonomie.

**402.** La déréglementation pourrait donc ne constituer qu'une phase de transition entre l'Etat-providence, et un nouveau modèle d'Etat, que M. Chevallier qualifie d'*Etat post-moderne*<sup>960</sup>. Selon cet auteur, les valeurs de modernité ayant servi de fondement à la construction de l'Etat

---

<sup>955</sup> Michel Bazex, « La déréglementation », *op. cit.*, p. 641.

<sup>956</sup> Pour un inventaire des domaines concernés, v. Michel Bazex, *op. cit.*, p. 636-639. V. aussi Michel Prieur, « La déréglementation en matière d'environnement », *RJE* 1987, n° 3, p. 319.

<sup>957</sup> La réglementation communautaire prend, à bien des égards, des airs de nouveau « colbertisme ». Sur cette notion, v. not. Philippe Delelis, « La fin du colbertisme », Roger Fauroux et Bernard Spitz (dir.), *Notre Etat. Le Livre vérité de la fonction publique*, Hachette Littératures, Robert Laffont, 2000, p. 437-453, spéc. p. 440 : « La réglementation industrielle, détaillée et tatillonne, constituera la clé de voûte et la principale originalité du colbertisme ».

Entre 1660 et 1690, l'activité réglementaire bat son plein. Rien n'est laissé au hasard : ni l'origine, ni les dimensions, ni la nature des produits, ni les modes de production. Tout est normalisé, détaillé. »

<sup>958</sup> Selon Jean-Bernard Auby, le phénomène de « désétatisation [...] apparaît à beaucoup d'égards comme abritant davantage une transformation des modalités de l'intervention publique qu'une véritable régression de celle-ci » ; « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912-926, spéc. p. 914.

<sup>959</sup> Dans le cadre communautaire, l'effectivité de ce transfert de pouvoir normatif au profit des institutions supranationales s'est d'ailleurs accrue avec l'évolution des modalités de prise de décision au sein de l'Union européenne (abandon de la règle de l'unanimité au profit de celle de la majorité qualifiée).

<sup>960</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Droit et Société, 2003, spéc. p. 48 : « La fin du protectorat exercé par l'Etat sur la vie sociale, notamment sous la pression de la mondialisation, ne signifie pas davantage la fin de l'Etat ou le retour à l'Etat libéral du passé, mais le passage à une conception nouvelle du rôle de l'Etat, l'esquisse d'un nouveau modèle d'Etat ».

occidental et de son système juridique, ont peu à peu été remises en cause<sup>961</sup>. Etat et droit auraient ainsi été démythifiés, le dogme de l'efficacité détrônant celui de la raison, qui avait entraîné la rationalisation de l'organisation technique, économique, mais aussi politique et administrative. Quant aux sources du droit, leur multiplication mettrait à mal la représentation unifiante et hiérarchisée de la pyramide kelsénienne. Curieusement, la place de l'individu s'avère incertaine : si le droit s'est, d'une certaine manière, « déssubjectivé » (notamment avec l'avènement d'un nombre croissant de droits reconnus au profit de groupes : droit au développement, droit à la paix...), il convient de souligner tant une tendance à l'absolutisation de l'individu<sup>962</sup> qu'une exaltation des différences et des singularités – les revendications communautaristes et les appels au différencialisme sont à ce titre significatifs.

Ainsi, apparaîtrait l'Etat post-moderne, caractérisé par une position moins éminente et exclusive dans l'ordre politique et juridique, interface entre la sphère internationale – et communautaire, en Europe – et la sphère locale – des collectivités territoriales et des administrés. Cette multiplication des acteurs aboutit à l'émergence d'un Etat polycentrique, déléguant un nombre important de compétences, selon une logique de subsidiarité et de « territorialisation »<sup>963</sup>, et s'installant dans le rôle moins autoritaire d'un coordonnateur, d'un partenaire<sup>964</sup>.

**403.** La notion de partenariat tend d'ailleurs à s'imposer, aujourd'hui, comme un axe majeur de définition de la place de l'Etat dans la société. Elle fait ainsi florès dans la littérature juridique, qu'elle soit doctrinale, administrative, ou législative – récemment, elle s'est invitée dans le droit des marchés publics depuis la création, par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, du contrat de partenariat public-privé<sup>965</sup>. Déjà, en 1989,

---

<sup>961</sup> *Op. cit.*, p. 96 et s. V. aussi Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998-1, p. 659-690, spéc. p. 661-663.

<sup>962</sup> Jean-Bernard Auby note : « La tendance actuelle est au contraire à une invasion des subjectivités ». Selon lui, la vie publique connaîtrait une évidente pénalisation, et le contentieux administratif, « de moins en moins une affaire de discipline objective de l'administration », accorderait une place de plus en plus importante aux intérêts personnels et subjectifs (« La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 917). Il faut ajouter à ces évolutions une véritable judiciarisation de la société ; d'ailleurs, sous couvert d'invoquer des droits collectifs comme le droit à vivre dans un environnement sain, les justiciables entendent bien souvent protéger leurs intérêts personnels, comme en atteste le phénomène NIMBY (*Not In My Back Yard*), qui a suscité la constitution de tant d'associations de riverains.

<sup>963</sup> Jacques Chevallier, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *RA* 1998, n° 301, p. 43-53, spéc. 44.

<sup>964</sup> V. Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 77 : l'auteur souligne la « logique de la subsidiarité et du partenariat qui est celle de l'Etat post-moderne ».

<sup>965</sup> *JORF* n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994, texte n° 2. V. art. L1414-1 du CGCT. V. la circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales (*JORF* n° 291 du 15 décembre 2005, p. 19271, texte n° 16) ; Florian Linditch, « Les partenariats public-privé devant le Conseil

la Commission du X<sup>e</sup> Plan mettait le thème du partenariat en avant, en suggérant de « traiter les usagers en partenaires responsables »<sup>966</sup>, et de « passer d'une relation d'assujettissement des citoyens à une relation de partenariat adaptée aux besoins de chaque service »<sup>967</sup>.

Le terme a donc quitté le champ strictement financier pour entrer dans celui de la relation des pouvoirs publics avec la société civile. La doctrine en fait ainsi un élément fort de la nouvelle posture adoptée par les pouvoirs publics, et notamment par l'Etat. M. Bernault, consacrant quelques réflexions au thème, affirme ainsi que « sous l'influence de plusieurs facteurs, eux-mêmes liés à la modification du rôle et de la perception de l'Etat dans la nation, [la] situation d'unilatéralité [de l'action administrative] a tendance à s'atténuer », et que « la relation administration-assujetti a donc tendance, dans d'importants secteurs de la vie administrative, à faire place à une relation de partenariat »<sup>968</sup>.

**404.** La signification précise de la notion, dans le contexte politico-administratif, n'est cependant pas clairement établie ; elle n'a pas de contenu juridique spécifiquement et objectivement déterminé<sup>969</sup>. Certes, des auteurs ont pu tenter de recenser les implications du partenariat sur la jurisprudence administrative, mais leurs observations devaient demeurer tributaires de ce qu'ils choisissaient d'inclure dans la notion<sup>970</sup>. Le partenariat demeure un « terme vague »<sup>971</sup>. Au mieux, est-il possible de broser à grands traits les tendances que le concept vise à synthétiser.

**405.** M. Graziani associe, semble-t-il, partenariat et interdépendance : « l'interdépendance ou si l'on préfère le partenariat [...] une des données centrales de nos sociétés modernes. [...] Nous sommes voués à l'interdépendance, et [...] les pouvoirs publics modernes ne fonctionneront bien, désormais, que s'ils savent coopérer entre eux... »<sup>972</sup>. La synonymie qui

---

constitutionnel », *JCP-A*, n° 41, 6 octobre 2003, p. 1289-1294 ; Olivier Debouzy et Pierre Guillot, « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *Dalloz* 2005, n° 5, chron., p. 319-328.

<sup>966</sup> Commission « Efficacité de l'Etat » du X<sup>e</sup> Plan, présidée par François de Closets, *Le pari de la responsabilité*, DF, 1989, Payot, 1989, spéc. p. 139, chapitre 1<sup>er</sup>.

<sup>967</sup> *Op. cit.*, p. 141.

<sup>968</sup> François Bernault, « Quelques réflexions sur le thème du partenariat », *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Guy Gardavaud et Henri Oberdorff (dir.), Actes du colloque du 40<sup>ème</sup> anniversaire des tribunaux administratifs, de l'Institut français des sciences administratives (section Rhône-Alpes), Grenoble, 11-12 mars 1994, PUG, 1995 (447 p.), p. 115-125, spéc. p. 115.

<sup>969</sup> V. Véronique Hémerly, « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », *RFDA* 1998, p. 347-357.

<sup>970</sup> V. les articles consacrés au partenariat, notamment Corinne Lepage-Jessua, « La vision des avocats », in Guy Gardavaud et Henri Oberdorff (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 127-151.

<sup>971</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, p. 128.

<sup>972</sup> Paul Graziani, *Le nouveau pouvoir. Essai sur la décentralisation*, Albin Michel, 1985, cité par Jean-Benoît Albertini, *Réforme administrative et réforme de l'Etat en France. Thèmes et variations de l'esprit de réforme de 1815 à nos jours*, *Economica*, 2000, p. 116.

est proposée souligne ici la nécessité, pour les autorités publiques, d'entretenir un certain nombre de relations plurilatérales, dans un but d'efficacité commune. L'interdépendance n'apparaît pas comme une conséquence de l'action, mais bien comme une de ses modalités.

La société civile, qui n'est pas visée par M. Graziani ici, ne saurait toutefois en être exclue<sup>973</sup>. D'autres auteurs, en effet, soulignent que le partenariat suppose la participation d'une multiplicité d'acteurs, pas exclusivement publics, à la réalisation d'actions communes. Selon M. Chevallier, « le « partenariat » se traduit par le souci d'associer les acteurs sociaux à la mise en œuvre des actions publiques, par des formules de participation, voire de délégation de responsabilité »<sup>974</sup>.

**406.** Une telle vision s'inscrit parfaitement dans le processus de repositionnement de l'Etat<sup>975</sup> : non seulement le partenariat suppose qu'il agisse avec d'autres acteurs publics et privés et qu'il entretienne avec eux des relations moins marquées par son autorité et sa supériorité, mais la place de l'Etat, dans ces rapports complexes, tend à être celle d'un déléguant : à ce titre, le partenariat ne se concevrait pas sans la mise en œuvre d'une certaine subsidiarité.

M. Bernard explique ainsi que l'Etat « doit laisser faire ce que les autres savent mieux faire que lui et faire ce que les autres ne font pas, ne veulent pas faire ou ne peuvent faire seuls »<sup>976</sup>. Selon M. Bernault, « le partenariat est un système où le « faire faire » se substitue au « faire ». Il s'agit, pour l'Etat, de multiplier ses moyens d'action en associant des intervenants périphériques ou extérieurs, qui sont traités en co-décideurs ou en décideurs responsables et disposant d'un certain degré (variant, selon les espèces, en plus ou en moins) d'autonomie »<sup>977</sup>.

M. Chevallier estime d'ailleurs que le modèle d'action de l'Etat post-moderne repose, en plus du partenariat, sur deux autres idées : la suppléance, impliquant le principe de subsidiarité, et la proximité : « le principe fondamental de *subsidiarité* [...] signifie que l'intervention de

---

<sup>973</sup> Le nouveau contrat de partenariat public-privé rend parfaitement compte de l'interdépendance qui peut exister entre les acteurs publics et privés, et lui offre un cadre juridique spécifique.

<sup>974</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>975</sup> V. Jean-Benoît Albertini, *Réforme administrative et réforme de l'Etat en France. Thèmes et variations de l'esprit de réforme de 1815 à nos jours*, *op. cit.*, p. 114 : « Ce partenariat ne constitue pas à proprement parler une nouvelle mission de l'Etat mais plutôt une modalité nouvelle de l'exercice de la fonction régulatrice [...] : l'Etat est incité non pas à se désengager mais à s'engager autrement, comme un partenaire » ; p. 115 : le partenariat est une « nouvelle posture de l'Etat vis-à-vis des ses interlocuteurs pour l'accomplissement de ses missions et non comme une mission nouvelle qui contrarierait l'exercice des fonctions qu'il peut seul remplir ».

<sup>976</sup> Paul Bernard, *L'Etat républicain au service de la France*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>977</sup> François Bernault, « Quelques réflexions sur le thème du partenariat », *op. cit.*, p. 123.



l'Etat n'est légitime qu'en cas d'insuffisance ou de défaillance des mécanismes d'auto-régulation sociale (*suppléance*), étant entendu qu'il convient alors de privilégier les dispositifs les plus proches des problèmes à résoudre (*proximité*) et de faire appel à la collaboration des acteurs sociaux (*partenariat*). [...] La « suppléance » implique que l'Etat, au lieu de se substituer aux acteurs sociaux, encourage les initiatives qu'ils prennent en ce qui concerne la gestion des fonctions collectives (mécénat, bénévolat, associatisme, économie sociale...) et appuie les accords qu'ils négocient pour régler leurs relations mutuelles [...]. La « proximité » postule que les problèmes soient traités au niveau où ils se posent pour les citoyens, en évitant tout mécanisme de remontée systématique »<sup>978</sup>.

Cela étant, « l'Etat partenaire » ne semble pas faire de la subsidiarité un moyen de son désengagement. Certes, il privilégie l'action des acteurs les plus à même d'agir avec une plus grande efficacité que lui, mais il n'en demeure pas moins présent ; simplement, les modalités de cette présence ont évolué : l'Etat s'attache surtout à « rendre possible et favoriser les initiatives et les projets individuels et collectifs en créant un environnement propice à leur réalisation sur le plan réglementaire »<sup>979</sup>. En d'autres termes, subsidiarité et présence de l'Etat ne sont pas antinomiques<sup>980</sup> : l'autonomie et la responsabilité que confère le principe de subsidiarité n'excluent pas un encadrement normatif, par l'autorité centrale, de nature à favoriser, à rendre attractif ou simplement possible, l'action de proximité : levée d'obstacles juridiques, simplifications administratives, incitations et nécessairement reconnaissance de facultés d'action... C'est d'ailleurs au travers de cet encadrement normatif que sera perçue, dans bien des cas, la mise en œuvre d'un principe de subsidiarité.

**407.** Deux dynamiques se dessinent donc au travers du thème du partenariat, que M. Bernault exprime dans deux notions : il évoque d'une part, le « partenariat de participation », qui supposerait que l'Etat invite les autres pouvoirs publics et la société civile à prendre part à l'action collective, encouragés par des processus d'incitation et de contractualisation ; cela implique notamment une évidente démocratisation des choix publics<sup>981</sup>, de même qu'une

---

<sup>978</sup> Jacques Chevallier, *l'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>979</sup> Paul Bernard, *L'Etat républicain au service de la France*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>980</sup> V. les réserves formulées par M. Albertini sur le rapport entre partenariats et subsidiarité : Jean-Benoît Albertini, *Réforme administrative et réforme de l'Etat en France. Thèmes et variations de l'esprit de réforme de 1815 à nos jours*, *op. cit.*, p. 114. Au contraire, M. Papadopoulos considère que « ... constater les limites, voire l'impasse du pilotage politique centralisé n'implique pas que la simple auto-organisation des diverses sphères sociales soit une réponse pertinente ou crédible à ces problèmes : l'Etat supervise souvent cette auto-organisation et aide à sa réalisation » ; Yannis Papadopoulos, *Démocratie directe*, Economica, 1998, p. 261-262.

<sup>981</sup> Paul Bernard note qu'à cet égard, la notion de partenariat « vient opportunément enrichir l'Etat de droit. Pour la République, ce néologisme ne traduit pas véritablement une mutation. Ce serait plutôt un retour à la source du

égalisation du rapport à l'Etat. A ce premier visage du partenariat, il ajoute le « partenariat de transfert », qui reposerait sur des processus de déconcentration, décentralisation, délégation, et sur l'octroi d'une autonomie de décision aux partenaires de l'Etat<sup>982</sup>. Si ces déclinaisons aident à mieux percevoir les dynamiques propres au partenariat, sans doute convient-il de moins les opposer que les associer, puisque le transfert implique nécessairement la participation, et que la participation tend à inclure de plus en plus un tel transfert<sup>983</sup>.

Il reste à apprécier les liens que pourrait entretenir la notion de norme permissive avec ces mutations.

## ***2 – Un cadre théorique favorable à la norme permissive***

**408.** Le sens des évolutions en cours, affectant l'Etat et d'une manière générale l'ensemble des pouvoirs publics, autorise à penser que la catégorie des normes permissives peut en être une traduction normative, ou tout au moins trouver un environnement politique favorable à sa mobilisation. M. Février souligne à cet égard le lien établi en doctrine entre ces mutations et la norme permissive<sup>984</sup> : cette dernière se verrait assigner la mission d'« illustrer »<sup>985</sup> ce phénomène ; elle serait instrumentalisée à l'appui d'une démonstration. Or, la démonstration tourne court. En effet, contrairement à ce qu'affirme M. Février, les observateurs et théoriciens de la transformation de l'Etat et de l'administration se gardent bien de faire référence à la notion de norme permissive ; ils décrivent tout au plus des évolutions générales, des tendances, les caractères nouveaux du rôle et de la position des pouvoirs publics. Leur démarche est essentiellement institutionnelle. Mais il n'existe pas de véritable démonstration ; tout au plus devine-t-on une intuition doctrinale, dont M. Février se fait l'écho. Pourtant, il faut bien admettre que si la norme permissive n'est pas franchement mise en avant, elle trouve dans les mutations décrites des points d'ancrage possibles.

**409.** Certes, avant même d'entrer en crise, l'Etat-providence s'était présenté comme le fruit d'une mutation importante de l'Etat libéral, en incarnant la figure du protectorat social, et

---

pouvoir par la mise en pratique de la citoyenneté. Les Français ne sont pas seulement des membres d'une société civile, libres d'agir et de penser ; en tant que citoyens il sont aussi, et surtout, détenteurs de parcelles de la souveraineté populaire et donc ils disposent naturellement d'un droit de regard sur les affaires publiques et d'un droit (ou d'une obligation) de participation » (*L'Etat républicain au service de la France, op. cit.*, p. 226).

<sup>982</sup> François Bernault, « Quelques réflexions sur le thème du partenariat », *op. cit.*, p. 119-125.

<sup>983</sup> Le développement dans le droit positif des procédures de participation – au profit des acteurs publics non étatiques ou des particuliers – semble être animé d'une logique d'approfondissement qui tend à faire du participant un co-décideur.

<sup>984</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 271.

<sup>985</sup> L'auteur emploie deux fois le verbe. *Op. cit.*, p. 271 et 272.

s'illustrant comme un pourvoyeur de droits – la reconnaissance des principes particulièrement nécessaires à notre temps, dans le Préambule de la Constitution de 1946, est un acte fondateur. Cependant, il serait abusif d'associer trop étroitement Etat-providence et norme permissive pour cette raison précise ; les rapports entre cette catégorie de normes et ce visage de l'Etat doivent être mieux cernés. En effet, un certain nombre de droits reconnus à cette époque ne s'analysent pas toujours en facultés d'action, en « droit de », mais exclusivement en « droit à », en créances sur les pouvoirs publics. Ainsi en est-il notamment, dans le Préambule de 1946, des droits à l'égalité entre hommes et femmes (alinéa 3), à la non-discrimination dans le travail (alinéa 5), à ce que la Nation « assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » (alinéa 10), ou des droits de solidarité de l'alinéa 11 (protection de la santé, sécurité matérielle...). Pour autant, d'autres reposent sur un mécanisme véritablement permissif, comme le droit de grève (alinéa 7 du Préambule de 1946), ou le droit à la liberté syndicale (alinéa 6) ; certes, l'intervention positive de l'Etat peut être nécessaire à l'effectivité de ces droits, mais elle complète, à titre de garantie, un dispositif normatif qui, sur le principe, est permissif.

Aussi, la conception de l'Etat-providence comme promoteur et garant de droits nouveaux, notamment sur le plan économique et social, ne doit-elle pas porter à considérer la catégorie des normes permissives comme le support normatif nécessaire de ces évolutions ; les individus peuvent se voir reconnaître des droits sans que ceux-ci relèvent directement de normes permissives. Cela étant, il est fort possible que la concrétisation de ces droits-créances dans l'ordonnement juridique, donne lieu à l'édition de normes permissives, visant précisément à ouvrir des facultés d'action nécessaires à l'effectivité des droits proclamés. Les développements les plus récents du droit positif en fournissent une illustration<sup>986</sup>. Par exemple, la faculté ouverte à certaines personnes de demander le bénéfice de la Couverture Maladie Universelle s'inscrit dans des politiques sociales qui participent à la mise en œuvre de droits-créances reconnus par le Préambule de 1946 (alinéas 10 et 11)<sup>987</sup>. De même, la

---

<sup>986</sup> La création, aujourd'hui, de mécanismes contribuant à la mise en œuvre des droits proclamés dès 1946 montre combien, en droit, la « succession » des divers visages de l'Etat (libéral, interventionniste, etc.) se traduit par un phénomène de sédimentation normative, et que l'Etat-providence, révolu pour les sciences politiques, demeure dans le droit positif.

<sup>987</sup> La loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 *portant création d'une couverture maladie universelle* (JORF 28 juillet 1999 et rectificatif JORF 20 octobre 1999) ne recourt d'ailleurs pas à une formulation expressément permissive, puisque la faculté instaurée résulte de l'interprétation logique de ses articles 1 (« *Il est créé, pour les résidents de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer, une couverture maladie universelle qui garantit à tous une prise en charge des soins par un régime d'assurance maladie, et aux personnes dont les revenus sont les plus faibles le droit à une protection complémentaire et à la dispense d'avance de frais* ») et 2-I (« *Le quatrième alinéa de l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale est ainsi rédigé :*

faculté de saisir la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité procède-t-elle d'une norme permissive<sup>988</sup> visant à assurer la mise en œuvre des droits à la non-discrimination et à l'égalité, notamment dans leurs aspects consacrés en 1946<sup>989</sup>.

**410.** Parallèlement, l'Etat-providence s'est manifesté par son interventionnisme dans de nombreux domaines, excédant les tâches qui étaient traditionnellement celles de la puissance publique. En plus de reconnaître des droits nouveaux, il s'est avéré nécessaire de conduire des actions directement sur les structures sociales ou économiques, notamment pour suppléer les carences des seuls mécanismes privés (dans le secteur du logement par exemple), ou pour assurer un contenu aux droits proclamés (droit à la protection sociale notamment). Or, certains nouveaux domaines d'intervention ont vite démontré l'inefficacité des modes impératifs assortis de sanctions : l'aménagement du territoire, la politique sanitaire et sociale, ou encore l'économie exigeaient une forme d'intervention des pouvoirs publics moins rigide et autoritaire<sup>990</sup>. En effet, la contrainte juridique pouvait y être perçue comme inopportune, voire incohérente.

Ainsi, jusqu'à la loi du 7 janvier 1983<sup>991</sup>, l'article L121-1 du Code de l'urbanisme imposait-il aux communes ayant une population supérieure à 10 000 habitants, de se doter d'un plan d'occupation des sols (sur le fondement d'une loi du 15 juin 1943). Or, un tel impératif juridique, outre le fait qu'il heurtait le principe de libre administration des collectivités territoriales, rendait l'intervention étatique pesante et parfaitement inadaptée : certaines communes, bien qu'atteignant le seuil prescrit, connaissaient des conditions d'évolution qui, du point de vue de l'opportunité, ne rendaient pas nécessaire une telle planification urbaine (commune amorçant une phase de déclin démographique due à l'exode rural par exemple). La

---

*"Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et le rattachement de leurs ayants droit à un ou plusieurs régimes obligatoires" »). Sur la mise en œuvre des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946, v. la décision du Conseil constitutionnel n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle (JORF 28 juillet 1999, p. 11250).*

<sup>988</sup> V. art. 4 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (JORF 31 décembre 2004, p. 22567) et art. 20 et s. du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (JORF 6 mars 2005, p. 3862). V. aussi les art. 41 à 46 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (JORF 2 avril 2006, p. 4950), qui a renforcé les pouvoirs de la Haute autorité.

<sup>989</sup> Alinéa 3 du Préambule : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes » ; alinéa 5 : « Chacun a le droit de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Cela étant, il va de soi, au vu des nombreuses sources de ces droits essentiels, que la loi n° 2004-1486 s'inscrit dans un cadre qui dépasse le seul Préambule de 1946.

<sup>990</sup> V. Jean Rivero, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821-833, spéc. p. 830.

<sup>991</sup> Loi n° 83-8 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat (JORF 9 janvier 1983).

réponse permissive apparaissait alors comme favorisant l'adaptation de l'action publique et l'autonomie des acteurs.

**411.** Cependant, avec l'entrée en crise de l'Etat-providence, une nouvelle situation s'est présentée, qui a eu, elle aussi, des répercussions sur la technique normative. De manière générale, les réponses apportées à cette crise témoignent de l'inclination du corps social à moins de contrainte normative ; toutefois, deux périodes ont été distinguées – celle du reflux de l'Etat, puis celle de son repositionnement en partenaire –, dont il faut préciser les implications quant à la catégorie des normes permissives.

**412.** Au reflux de l'Etat fait écho la phase de déréglementation des années 1980. Or, l'impact de cette dernière sur la technique juridique, et plus précisément sur la norme permissive, est ambigu. *A priori*, un tel mouvement pouvait trouver en la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* une expression suffisante du droit. En effet, la déréglementation visait à alléger le poids de la réglementation dans plusieurs domaines où l'absence de droit paraissait – politiquement – opportune. Cependant, deux approches ont été remarquées. Quantitativement, la déréglementation a pu effectivement se traduire par une volonté de réduction de l'encadrement juridique, c'est-à-dire une véritable remise en cause de la présence du droit. Tel aurait été le cas pour la France<sup>992</sup>. Mais la déréglementation a également connu une acception qualitative, se traduisant plutôt par un assouplissement de la réglementation. Si M. Bazex objecte que certains phénomènes ne sauraient constituer une réelle déréglementation, notamment parce qu'ils ne se traduisaient que par des pratiques administratives en aval de la règle de droit (application moins stricte, tolérances...) <sup>993</sup>, il faut bien admettre qu'une déréglementation qualitative a bien existé. L'étai du droit sur les activités a pu être desserré par diverses interventions sur la teneur des règles juridiques, et pas uniquement sur leur nombre. A cet égard, la technique normative permissive a pu jouer un rôle important, qui porte à considérer la déréglementation, dans une certaine mesure, comme une « dés-impérativisation » du droit. Si la réglementation juridique a été jugée trop pesante, c'est essentiellement du fait de son caractère souvent impératif. Or, l'introduction, non pas tant de nouvelles « facultés de faire », que de « facultés de ne pas faire », a constitué une voie simple et efficace de déréglementation.

---

<sup>992</sup> V. Michel Bazex, « La déréglementation », *op. cit.*, p. 641 ; Jacques Caillosse, « Les réformes administratives et la question du droit », *AJDA* 1989, p. 6.

<sup>993</sup> Michel Bazex, « La déréglementation », *op. cit.*, p. 640.

413. Les interventions du premier Gouvernement de cohabitation dans le secteur de l'urbanisme sont à ce titre significatives. La loi dite Méhaignerie, du 23 décembre 1986<sup>994</sup>, est ainsi revenue sur l'existence, dans chaque commune, d'un plafond légal de densité<sup>995</sup>. Afin de relancer l'offre foncière, cette loi a ainsi rendu facultative l'institution, ainsi que la détermination<sup>996</sup>, d'un plafond légal de densité, diminuant de ce fait la contrainte juridique étatique sur les collectivités territoriales<sup>997</sup>. La loi du 23 décembre 1986 avait également restauré la faculté de faire une application anticipée des dispositions des plans d'occupation des sols en cours de révision<sup>998</sup>, afin d'éviter que la lourdeur de cette procédure ne retarde la reprise de l'activité foncière – d'ailleurs, il s'agissait sans doute aussi de permettre de faire au plus tôt application des dispositions du futur plan, qui pouvait ouvrir à la construction des terrains que le plan en vigueur (et en principe applicable jusqu'au terme de la procédure de révision) rendait inconstructibles.

Enfin, la loi n° 86-972 du 19 août 1986 *portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales*<sup>999</sup> fournit une autre forme de déréglementation dans le secteur de l'urbanisme, qui organise bien un desserrement qualitatif de l'emprise du droit. En effet, cette loi permettait d'assouplir considérablement la règle dite de la constructibilité limitée, qui interdisait aux communes dépourvues de plan d'occupation de sols, d'autoriser des constructions en dehors de leur parties actuellement urbanisées<sup>1000</sup>. Or, non seulement la loi

---

<sup>994</sup> Loi n° 86-1290 *tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière* (JORF 24 décembre 1986).

<sup>995</sup> La loi du 31 décembre 1975 avait créé le plafond légal de densité (PLD), qui permettait d'exiger des propriétaires désirant construire au-delà d'un plafond autorisé un versement correspondant à la valeur du terrain qu'il leur fallu normalement acquérir pour ne pas dépasser le PLD. Fixé à 1 sur l'ensemble du territoire national, et à 1,5 à Paris, il était devenu possible, suite à la loi de finances pour 1983, de le doubler dans les communes de plus de 50 000 habitants, puis dans toutes les communes avec la loi du 18 juillet 1985. Sur ce mécanisme, v. not. Jean-Bernard Auby et Hugues Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, *op. cit.*, n° 178 et s. ; Fernand Bouyssou, « Le versement pour dépassement du plafond légal de densité », *Dr. fiscal* 1977, p. 68.

<sup>996</sup> Cependant, les communes n'ont obtenu que la liberté de majorer le PLD. La faculté de fixer le plafond en-dessous de 1 (et 1,5 pour Paris), envisagée par le Sénat, a été rejetée, afin de préserver les citoyens contre les abus éventuels, un plafond très faible pouvant induire une véritable « spoliation » (*JO Sénat*, séance du 6 novembre 1986, p. 4434).

<sup>997</sup> Sur ces réformes, v. *Droit et ville* 1987, n° 23, not. Fernand Bouyssou, « Les modifications concernant le droit de l'urbanisme », p. 129-142 ; et Jean-Louis Gousseau, « Les aménagements de la fiscalité de l'urbanisme », p. 211-219, spéc. p. 216. V. aussi Pierre-Paul Danna et Gilles Zalma, « L'urbanisme dans la loi Méhaignerie », *Etudes foncières*, n° 34, mars 1987, p. 34.

<sup>998</sup> V. Fernand Bouyssou, qui parle d'une « dérogation-anticipation » en matière de plan d'occupation des sols en révision : « Les modifications concernant le droit de l'urbanisme », *op. cit.* ; Jean-Bernard Auby, « L'application anticipée des plans d'occupation de sols en cours de révision », *CJEG* 1990, p. 33. La loi du 13 décembre 2000, *Solidarité et renouvellement urbains*, a toutefois supprimé la faculté d'application anticipée, que son déficit démocratique (application d'un document n'ayant pas encore fait l'objet d'une enquête publique) rendait contestable.

<sup>999</sup> JORF 22 août 1986.

<sup>1000</sup> Cette règle a été complètement refondue par l'article 3 de la loi du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains* (préc.).

du 19 août 1986 a modifié, vers plus de souplesse, la liste des exceptions à cette règle d'airain, en y autorisant une dérogation motivée par l'intérêt communal (elle créait un 4° à l'article L111-1-2 du Code de l'urbanisme), mais elle a surtout ressuscité les « cartes communales ». Ces documents de planification *a minima* permettaient au conseil municipal, conjointement avec le préfet, de définir les modalités d'application du Règlement national d'urbanisme (MARNU), afin d'en rendre la mise en œuvre plus claire et objective, dans un zonage simplifié<sup>1001</sup>. L'intérêt de cet outil était d'écarter la règle de la constructibilité limitée. Mais le dispositif antérieur à 1986 n'y voyait qu'une solution transitoire, en n'autorisant leur adoption que lorsqu'un plan d'occupation des sols avait été prescrit, et en limitant leur existence à deux ans, sans possibilité de renouvellement. La loi de 1986 est venue supprimer la condition de prescription préalable d'un plan d'occupation des sols et a ouvert la faculté de renouvellement des cartes communales, d'une validité désormais quadriennale<sup>1002</sup> ; ce faisant, les cartes communales étaient promues au rang d'instruments de planification autonomes<sup>1003</sup>. En facilitant le recours à un mécanisme simple, visant précisément à écarter un impératif lourd (quoique incitatif, puisqu'il enjoignait les communes de se doter d'un plan d'occupation des sols), la loi de 1986 participe donc bien au processus de déréglementation, compris comme un relâchement de la *contrainte* normative, et non un reflux, en soit, du droit.

**414.** Le repositionnement de l'Etat comme partenaire, et l'avènement de l'Etat post-moderne, confirment la place importante de formes non exclusivement contraignantes de droit. La norme permissive apparaît assez logiquement comme un rouage normatif de premier ordre des nouveaux modes d'action des pouvoirs publics. La mise en place du partenariat justifie ainsi l'ouverture de facultés au bénéfice des divers acteurs impliqués (collectivités territoriales, administrés) : facultés d'intervention dans les politiques publiques, de participation au processus décisionnel, mais aussi facultés directes d'action au profit des acteurs délégataires de nouvelles compétences. Il s'agit, avec la norme permissive, de donner consistance au partenariat de participation et au partenariat de transfert.

---

<sup>1001</sup> Franck Moderne, « Double mort et survie des cartes communales », *Quot. jur.*, 21 juin 1983, p. 3 ; Antoine Givaudan, « Urbanisme à la campagne et bêtise à la française », *Etudes foncières*, n° 71, juin 1996, p. 54.

<sup>1002</sup> Patrick Hocreître, « Les aménagements à la règle de la constructibilité limitée et aux cartes communales », *R DFA* 1987, p. 111 ; Hubert-Gérald Hubrecht, « La constructibilité limitée en 1986 : l'adoption d'une nouvelle conception de la planification urbaine », *Droit et ville* 1987, n° 23, p. 145-162.

<sup>1003</sup> La loi du 13 décembre 2000, *Solidarité et renouvellement urbains*, a parachevé l'évolution amorcée en 1986, et par la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE Sect., 22 juillet 1992, *Syndicat viticole de Pessac et Léognan*, *Rec.*, p. 297, *CJEG* 1992, p. 540, concl. Duteil), en consacrant les cartes communales comme des instruments à part entière de la planification locale (leur élaboration donne dorénavant lieu à une enquête publique).

Parallèlement, le contexte de post-modernité étatique, décrit par M. Chevallier, devrait lui aussi favoriser le recours à la technique de la norme permissive. Certes, comme le souligne l'auteur, le droit-type de l'Etat post-moderne semble apparemment distinct de celle-ci : il repose notamment sur des outils recommandatoires, programmatoires, incitatifs, dont la particularité serait d'être dépourvus de dimension obligatoire. Or, la norme permissive n'est certes pas impérative, mais elle est obligatoire<sup>1004</sup>. Pourtant, ces formes nouvelles de droit ne sont qu'une modalité de la réponse juridique apportée aux aspirations de la société, et les techniques plus classiques ne sont pas tombées en désuétude. A cet égard, la technique normative permissive jouit encore d'une utilité incontestable. La demande sociale d'une meilleure prise en compte des particularismes de toute sorte (culturels, économiques, géographiques, etc.) et l'aspiration à un traitement juridique respectueux des différences plaident en faveur de dispositifs normatifs s'adaptant à la fois à la situation et à la volonté, éventuellement spécifique, de leurs destinataires. L'aménagement de facultés de dérogation, le recours à des mécanismes simplement facultatifs<sup>1005</sup>, et plus généralement la reconnaissance d'un « droit de ne pas » s'inscrivent dans cette perspective<sup>1006</sup>.

**415.** Par ailleurs, dans le contexte de judiciarisation des rapports sociaux, l'accès à la justice s'est progressivement imposé comme une garantie fondamentale des droits des justiciables, voire une revendication de leur part, devenant alors une préoccupation majeure des pouvoirs publics<sup>1007</sup>. Or, la consécration du droit au juge n'est rien moins, à la base, que la garantie de la faculté, qu'a tout justiciable, de porter une réclamation devant une juridiction<sup>1008</sup>. Fondamentalement, le droit d'ester en justice procède d'une norme permissive. En outre, parmi les mesures positives adoptées par les Etats pour assurer l'effectivité de ce droit,

---

<sup>1004</sup> Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 677.

<sup>1005</sup> La technique normative permissive peut même jouer à rebours en préservant l'Etat des effets centrifuges de certaines revendications locales. Par exemple, le Conseil constitutionnel, en retenant que l'enseignement de la langue corse dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et élémentaires ne saurait revêtir qu'un caractère facultatif, subordonnait la constitutionnalité des dispositions de l'article 7 de la loi déferée à la nature permissive de cette disposition. Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse* (§ 22 à 25), *Rec. CC*, p. 70.

<sup>1006</sup> L'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 *relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme* (préc.) rend ainsi facultative la procédure du permis de démolir, en subordonnant son instauration à une décision du Conseil municipal, sauf lorsque la construction relève d'une protection particulière définie par décret en Conseil d'Etat (art. L421-3 du Code de l'urbanisme).

<sup>1007</sup> Jean-Marc Varaut, *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991 ; Joël Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque du Centre d'étude sur le droit des organisations européennes (CEDORE), Institut du droit de la paix et du développement, Nice Sophia-Antipolis, 25-26 avril 1997, LGDJ, 1998 ; Ludovic Garrido, *Le droit d'accès au juge administratif : enjeux, progrès et perspectives*, thèse, Bordeaux IV, 2005.

<sup>1008</sup> Sur le caractère permissif des recours en justice, v. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 453 : principe d'exercice facultatif : « Sans doute, ce principe ne fait l'objet, dans les textes comme dans la jurisprudence, d'aucune formulation explicite. Il n'est pas moins certain. »



notamment pour accélérer le fonctionnement de la justice, désengorger les prétoires, et faire en sorte que les décisions juridictionnelles satisfassent aux mieux les justiciables, un certain nombre de dispositions intéressent directement la technique normative permissive. Ainsi, le droit positif a-t-il ouvert aux justiciables la faculté d'opter pour des modes alternatifs de règlement des litiges : transaction, conciliation, etc. ont peu à peu trouvé place dans les divers contentieux<sup>1009</sup>. En matière administrative, ils ont complété l'instauration, depuis la loi du 3 janvier 1973, du médiateur de la République, puis de ses délégués départementaux<sup>1010</sup>. De même, le législateur a-t-il doté le juge administratif de nouveaux moyens, comme le pouvoir d'injonction<sup>1011</sup>, et réorganisé les procédures d'urgence<sup>1012</sup>, afin d'améliorer l'efficacité de la justice administrative, et restaurer son image aux yeux des justiciables<sup>1013</sup>.

**416.** L'intuition doctrinale associant la catégorie des normes permissives aux mutations récentes de l'Etat semble donc se vérifier : s'il n'est pas possible d'affirmer que la norme permissive illustre à elle seule les évolutions constatées, elle y participe pleinement. Cela se poursuit sur le plan de la technique normative.

## B – LES MUTATIONS DE LA TECHNIQUE NORMATIVE : LA NORME PERMISSIVE EN FILIGRANE

**417.** Ces mutations, qui accompagnent les précédentes, sont marquées par la substitution de l'activité de régulation à celle de réglementation. Loin d'exclure les normes permissives, liées pourtant à cette dernière, la régulation pourrait s'articuler sur des instruments permissifs et rendre la distinction réglementation/régulation plus incertaine (1). Par ailleurs, le sens des évolutions constatées précédemment favorise l'évasion du commandement comme mode d'intervention normative, au profit de la proposition : or, la norme permissive se présente bien comme une manifestation basique de ce droit proposé (2).

---

<sup>1009</sup> Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 *relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits* (JORF 22 décembre 1998).

<sup>1010</sup> Loi n° 73-6 *instituant un médiateur* (JORF 4 janvier 1973, rectificatif JORF 6 janvier 1973). V. aussi le décret n° 86-237 du 18 février 1986 *relatif aux délégués départementaux du médiateur* (JORF 25 février 1986, p. 2965), la loi du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations* (art. 26), qui modifie la loi de 1973 et confère un statut légal aux délégués. Thierry S. Renoux, « Le médiateur de la République française », *LPA* 12 février 1992, p. 4 ; Diego Pollet, « Le médiateur et le juge dans l'ordre administratif », *LPA* 1999, n° 81, p. 4 et n° 82, p. 5.

<sup>1011</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* (JORF 9 février 1995).

<sup>1012</sup> V. not. Jean Gourdou et Antoine Bourrel, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, 2003.

<sup>1013</sup> V. Jean-Bernard Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 915.

## ***1 – Un instrument compatible avec le « droit de régulation »***

**418.** L'activité normative de l'Etat est traditionnellement qualifiée d'activité de réglementation : interdire, ordonner, permettre... L'Etat fixerait ainsi les références, les modèles, indispensables pour l'action et la qualification des actions et des situations<sup>1014</sup>. La technique normative permissive s'inscrit parfaitement dans ce cadre, en ce qu'elle ouvre des facultés, des « droits de », indique ce qui n'est pas impératif, et contribue – avec la prohibition – à prescrire le champ des possibles juridiques.

**419.** Cependant, il semble que l'éventail des modalités de l'intervention normative de l'Etat ne se limite plus, aujourd'hui, à la seule réglementation. Le discours doctrinal s'est en effet enrichi du nouveau concept de régulation<sup>1015</sup>. Notamment incertain<sup>1016</sup>, soupçonné de céder à l'anglomanie<sup>1017</sup>, ce dernier serait directement lié aux mutations ayant affecté l'Etat, notamment à la redéfinition de sa place dans la société.

A l'origine<sup>1018</sup>, la régulation s'est en effet imposée dans le contexte de reflux de l'Etat touchant certains domaines, comme l'économie. En ce sens, le processus de déréglementation a joué un rôle important dans l'émergence de cette nouvelle normativité<sup>1019</sup>. L'ouverture de grands marchés, impliquant la suppression des monopoles étatiques, a ainsi appelé l'adoption d'instruments d'organisation, et de moralisation, de ces espaces de liberté, ainsi que la création d'instances régulatrices, en marge de l'architecture administrative classique ; en France, les autorités administratives indépendantes assurent ce rôle de tiers régulateur<sup>1020</sup>. Ces

---

<sup>1014</sup> Réglementer, « c'est fixer la norme, afficher la référence de l'ordre (à la fois commandement et harmonie). C'est la tâche traditionnelle à laquelle l'Etat a pu s'identifier pendant longtemps », Paul Bernard, *L'Etat républicain au service de la France*, *op. cit.*, p. 137.

<sup>1015</sup> *La régulation entre droit et politique*, colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'Etat, 1-2 octobre 1992, Montpellier 1, L'Harmattan, 1995 ; Gérard Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP* n° 78, avril-juin 1996, p. 376 ; Jacques Chevallier, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *RA* 1998, p. 43-53 ; « La régulation », *RFAP* n° 109, 2004 ; Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, dossier spécial *in LPA* 3 juin 2002, n° 110.

<sup>1016</sup> Thierry Tuot, « La planète des sages », Roger Fauroux et Bernard Spitz (dir.), *Notre Etat. Le Livre vérité de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 688-712, spéc. p. 689.

<sup>1017</sup> *Op. cit.*, p. 690 : « Il est même possible que, en définitive, la France n'en soit venue à débattre de régulation qu'à la suite d'un malentendu linguistique. La manie de préférer un terme anglo-saxon à son équivalent français a pu faire croire que le *regulation* anglais devait être préféré, en faisant litière du fait que la traduction française de "regulation" est, littéralement, "réglementation" ... ».

<sup>1018</sup> Toutefois, Jean-Louis Autin fait remarquer que l'usage du concept est ancien en droit public, puisqu'il était déjà utilisé dans les années 1930 pour désigner le Conseil d'Etat. Cependant, la notion n'avait pas alors le sens technique qui s'y attache aujourd'hui, et ne connaissait pas l'engouement doctrinal actuel, qui tend à la banaliser (« Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *La régulation entre droit et politique*, *op. cit.*, p. 43-55, spéc. p. 44 et s.).

<sup>1019</sup> M. Tuot y voit une véritable filiation (« La planète des sages », *op. cit.*, p. 689).

<sup>1020</sup> V. Conseil d'Etat, *Rapport public 2001*, « Les autorités administratives indépendantes », Etudes et documents, n° 52, La Documentation française, p. 253 et s.

instances ont la particularité de cumuler un ensemble de compétences juridiques habituellement dissociées dans les structures administratives traditionnelles : édiction de normes générales, décisions individuelles, contrôle, sanction<sup>1021</sup>.

La régulation a donc initialement été propre au droit économique et financier<sup>1022</sup>. Mais si ce lien avec les marchés – d’ailleurs les plus divers<sup>1023</sup> – a un temps été une caractéristique constante du droit de régulation, ce dernier tend à se développer dans de nouveaux domaines<sup>1024</sup>, apparemment sans lien avec aucun marché, comme le domaine des libertés publiques et des droits individuels<sup>1025</sup>. M. Tuot explique ceci par le fait que si, selon lui, la régulation suppose un marché, « il ne s’agit pas – pas toujours ou pas seulement – de réguler un marché » : il peut être nécessaire de concilier l’exercice de certaines libertés ou certains intérêts publics avec un marché<sup>1026</sup>. Toutefois, la redéfinition du rôle de l’Etat en partenaire tend à ouvrir à la régulation de nouveaux champs qui montrent que le phénomène est aujourd’hui moins lié à l’existence d’un marché véritable, même indirectement, qu’à la marge d’autonomie reconnue à des acteurs divers : collectivités territoriales, personnes privées, etc. Autrement dit, l’Etat serait contraint de substituer la régulation à la réglementation du fait des prérogatives et responsabilités reconnues à ses partenaires. Sans cette mutation des formes et finalités de l’intervention normative, le principe même de la coopération entre acteurs plus ou moins autonomes serait vain.

**420.** Les multiples significations du terme *régulation* que relève la doctrine semblent bien exprimer cette évolution qualitative, ce glissement vers une conception instrumentale, technicienne, de la notion<sup>1027</sup>. Ainsi, M. Gaudemet en souligne-t-il deux acceptions : la régulation au sens strict, tenant à l’objet de l’intervention normative, qui se rapporte nécessairement au marché et peut notamment impliquer des contraintes pour les acteurs de ce

---

<sup>1021</sup> V. Jacques Chevallier, « Régulation et polycentrisme dans l’administration française », *op. cit.*, p. 47.

<sup>1022</sup> Les formes les plus anciennes de régulation, au sens technique, apparaissent d’ailleurs dans le domaine financier : en 1941, avec la création de la Commission bancaire, en 1967, avec la Commission des opérations de bourse (COB).

<sup>1023</sup> Par ex., marchés des assurances, avec la Commission de contrôle des assurances, de l’audiovisuel avec le Conseil supérieur de l’audiovisuel, commercial avec la Commission nationale d’équipement commercial, pharmaceutique, avec l’Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.

<sup>1024</sup> V. not. Marie-Anne Frison-Roche, « Les nouveaux champs de la régulation », *RFAP* 2004, n° 109, p. 53-64.

<sup>1025</sup> Commission nationale informatique et libertés (CNIL), Commission d’accès aux documents administratifs (CADA), Médiateur de la République... M. Tuot y voit toutefois un « marché des droits individuels » ; Thierry Tuot, « La planète des sages », *op. cit.*, p. 693.

<sup>1026</sup> *Op. cit.*, p. 692 : conciliation de la liberté d’opinion et de communication avec le marché de l’audiovisuel (CSA) ; protection de la santé publique et marché des produits alimentaires (Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA)).

<sup>1027</sup> M. Tuot présente, de manière plutôt révélatrice, la régulation comme l’« ensemble de *procédés, organes et méthodes* qui désormais sont ceux de l’Etat dans bien des domaines » [italiques ajoutées] ; *op. cit.*, p. 689.

dernier ; mais aussi la régulation au sens large, tenant à la forme de l'intervention normative, et consacrant l'usage d'instruments souples, incitatifs, etc.<sup>1028</sup> Pour sa part, M. Timsit propose trois définitions de la régulation : comme « moyen de pallier les défaillances du marché », ce qui relève de son rôle traditionnel ; comme « moyen de pallier les déficiences de la hiérarchie », dans la mesure où elle remettrait en cause l'uniformité et le caractère imposé de la normativité classique, hiérarchique et monolithique ; enfin comme « moyen de pallier un déficit de légitimité », puisqu'elle permettrait de « faire de la normativité, l'expression la plus adéquate des aspirations de ceux dont elle doit régir l'activité », et impliquerait le développement de la participation, du dialogisme, etc.<sup>1029</sup>

**421.** A travers ces définitions, ce sont finalement les dynamiques de participation et de transfert propres au partenariat qui ressurgissent. Le droit de régulation se présente alors à l'évidence comme la traduction normative des mutations affectant la figure étatique<sup>1030</sup>. Ce droit vise à assurer les conditions d'efficacité du partenariat<sup>1031</sup> ; la plasticité de la norme juridique devrait donc répondre à cette finalité. Loin de signifier une désaffection pour le droit, la régulation témoignerait de son adaptation à des nécessités nouvelles. M. Chevallier l'exprime clairement : « l'émergence du thème de la régulation traduit bien une vision nouvelle du rôle de l'Etat ; et elle implique une adaptation corrélative de ses formes d'intervention dans la vie sociale »<sup>1032</sup>.

**422.** Dès lors, le droit de régulation se distinguerait en ce qu'il ne repose pas sur la logique de contrainte propre au droit de réglementation. La régulation « modifie [...] profondément les conditions d'utilisation de la technique juridique et, au-delà, de la conception même du droit »<sup>1033</sup>. Le caractère obligatoire de la règle de droit, qui impose d'en faire usage lorsque ses conditions d'application sont réunies, semble faire défaut à certains instruments normatifs de régulation : les recommandations, par exemple, ne présentent d'obligatorité ni quant à leur contenu, ni quant à leur usage. C'est d'ailleurs cette absence de caractère obligatoire qui

---

<sup>1028</sup> Yves Gaudemet, « Introduction » à des contributions sur la notion de régulation, *RFAP* n°109, 2004, p. 13-16.

<sup>1029</sup> Gérard Timsit, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP* n° 109, 2004, p. 5-12, spéc. p. 8-10.

<sup>1030</sup> Sur la notion d'Etat régulateur, v. Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 55-60 ; Commission « Efficacité de l'Etat » du X<sup>e</sup> Plan, présidée par François de Closets, *Le pari de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 236 : « Le développement et la reconnaissance de la société civile, les lois de décentralisation, l'essor de la norme communautaire assignent désormais à l'Etat une fonction de régulateur plus que de gestionnaire direct ».

<sup>1031</sup> V. Paul Bernard, *L'Etat républicain au service de la France*, *op. cit.*, p. 137 : réguler, « c'est mettre en ordre, c'est rationaliser et réduire les écarts relevant de la conjoncture ou de l'exercice des libertés. Cette tâche nouvelle de liaison exprime une évolution de l'Etat moderne ».

<sup>1032</sup> V. Jacques Chevallier, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *op. cit.*, p. 45.

<sup>1033</sup> *Op. cit.*, p. 48.

explique que des recommandations au contenu formellement impératif peuvent légitimement ne pas être suivies par leurs destinataires. Le droit de régulation présenterait donc une palette d'instruments à l'obligatorité et à l'intensité prescriptive variables. M. Autin relève des « formes progressives et variées d'émergence du droit visant, par l'édiction de règles souples et flexibles, à encadrer la pratique des acteurs sociaux, à orienter leur comportement, à favoriser leur auto-discipline, avant d'en arriver à l'énoncé de normes contraignantes »<sup>1034</sup>.

**423.** Cependant, il semble excessif d'opposer catégoriquement droit de réglementation et droit de régulation. En effet, bien que supposant le recours à des instruments normatifs plus souples, adaptables, la régulation ne peut pas complètement faire l'économie de certaines formes traditionnelles de droit. La fixation des « règles du jeu » implique autant le déploiement de procédés incitatifs, contractuels, organisant positivement la coopération des partenaires, que la définition de limites, d'impératifs essentiels à l'harmonie de ce jeu. Il s'avère notamment indispensable de prévoir un minimum de règles à caractère contraignant, notamment pour prévenir les discriminations. En d'autres termes, la régulation n'exclut pas toute réglementation.

**424.** De même, la norme permissive, qui relève *a priori* du droit de réglementation, est-elle aussi susceptible de répondre aux finalités de la régulation. Elle peut ainsi se poser en règle structurante d'un marché : la Communauté européenne repose, depuis son origine, sur quatre libertés fondamentales, qui ne sont rien moins que la reconnaissance de facultés élémentaires indispensables à la réalisation et au bon fonctionnement du marché intérieur : libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux<sup>1035</sup>. Leur caractère obligatoire assure leur respect par tous les protagonistes, tandis que leur contenu non-contraignant préserve l'autonomie de ces derniers. En outre, l'attribution de facultés d'action aux acteurs de la régulation, comme certaines autorités administratives indépendantes, repose sur des mécanismes permissifs ; ceux-ci en constituent même les seuls vecteurs normatifs envisageables. En effet, lier la compétence de ces instances pourrait compromettre leur efficacité, notamment leur capacité à s'adapter à la diversité des situations qu'elles rencontrent ; de plus, la qualification d'autorités administratives *indépendantes* serait illusoire si ne leur était pas reconnue quelque autonomie. Plus précisément, ce sont leurs pouvoirs de

---

<sup>1034</sup> Jean-Louis Autin, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *La régulation entre droit et politique, op. cit.*, p. 55.

<sup>1035</sup> Ces quatre libertés sont reprises à l'article III-130 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

contrôle, d'investigation, mais aussi d'injonction et de sanction, qui s'articulent sur un dispositif permissif.

C'est ainsi que la loi du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*<sup>1036</sup> ouvre à la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) de nombreuses facultés d'action. A titre d'exemple, elle reconnaît aux membres de la CNIL et aux agents habilités un droit d'accès « *aux lieux, locaux, enceintes, installations ou établissements servant à la mise en oeuvre d'un traitement de données à caractère personnel et qui sont à usage professionnel* » (article 44-I), la faculté de « *demander communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission...* », ou de « *recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement et toute justification utiles* » (article 44-III). De même, l'article 45-I de la loi de 1978 dispose que la CNIL « *peut prononcer un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la présente loi* » et « *peut également mettre en demeure ce responsable de faire cesser le manquement constaté dans un délai qu'elle fixe* » ; s'il ne s'y conforme pas, la Commission « *peut prononcer à son encontre, après une procédure contradictoire [...] une sanction pécuniaire [...] une injonction de cesser le traitement [...] ou un retrait de l'autorisation accordée en application de l'article 25* » de la loi<sup>1037</sup>. La caractère permissif de ces dispositions est une garantie d'existence d'un véritable *pouvoir* de régulation.

**425.** Associée au champ de la réglementation, sans doute pour des motifs liés à quelque réductionnisme<sup>1038</sup>, la norme permissive verrait donc minorer l'un de ses effets essentiels, pourtant compatible avec les mécanismes de la régulation : reconnaître un pouvoir d'intervention, une autonomie de décision, à son destinataire. Manifestation d'autorité pour celui qui permet, elle est surtout un gage de liberté pour celui qui la met en œuvre, et à ce titre, ne saurait être rigoureusement tenue pour étrangère aux formes et aux finalités du droit de régulation. D'ailleurs, avant même l'essor du « droit mou », la norme permissive se présentait comme une alternative au droit formulé comme un commandement.

---

<sup>1036</sup> Loi n° 78-17 (*JORF*, 7 janvier 1978 et rectificatif *JORF*, 25 janvier 1978).

<sup>1037</sup> Voir aussi les articles 45-II à 49 de la loi de 1986.

<sup>1038</sup> Le fait que la norme permissive soit encore souvent réduite à l'absence d'impératif ou à l'imposition d'impératifs sur les tiers pourrait être un élément d'explication.

## 2 – Une forme évidente d'alternative au droit comme commandement

426. M. Amssek est l'un des premiers à avoir souligné l'importance de l'érosion de la contrainte normative dans les sociétés occidentales. Distinguant entre « direction autoritaire » et « direction souple » des conduites humaines<sup>1039</sup>, il a mis en évidence une certaine tendance des pouvoirs publics à substituer, dans bien des domaines, la recommandation au traditionnel commandement juridique. Et quand bien même ce phénomène serait remarquable en ce qui concerne les rapports des pouvoirs publics avec les particuliers, il affecte également les relations qu'entretiennent, entre eux, les premiers. Ainsi, les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales sont-elles marquées par l'autonomie de plus en plus importante reconnue à celles-ci, l'Etat, dans la logique du partenariat, proposant davantage qu'il n'impose.

427. Cette évolution semble d'ailleurs trouver une traduction juridique intéressante à propos du principe de légalité. Pierre angulaire du droit administratif, le principe marque traditionnellement du sceau de la subordination la relation existant entre législateur et autorités administratives, de même que l'organisation hiérarchique de ces dernières. Cependant, pour plusieurs auteurs, le principe de légalité tendrait à devenir, malgré sa raison d'être initiale, non plus une limite, mais une ressource juridique pour l'action administrative. M. Chevallier relève ainsi que « la loi apparaît moins comme une contrainte que comme un moyen d'action par lequel l'Etat va poursuivre l'exécution de ses missions ; et cette instrumentalisation croissante fait passer au second plan l'objectif de limitation du pouvoir qui était au cœur du principe de légalité »<sup>1040</sup>.

Autrement dit, la loi perdrait son ancienne vocation à limiter le pouvoir, pour aujourd'hui le servir. Cette mutation de la légalité renouvelle donc le cadre de l'action administrative. Les autorités administratives ne sont plus exclusivement *tenues* par la légalité ; elles sont de plus en plus *dotées* de moyens juridiques fournis par la loi, et dont l'usage est laissé à leur discrétion. « L'autorité ne s'exerce plus selon le couple *hiérarchie-obéissance* mais par le biais de larges *délégations* de pouvoir faisant place à l'initiative des subordonnés »<sup>1041</sup>. La

---

<sup>1039</sup> Paul Amssek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », Charles-Albert Morand (publié par), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, op. cit., p. 129-154, spéc. p. 143 (v. cet article est aussi publié à la RDP 1982, p. 275-294).

<sup>1040</sup> Jacques Chevallier, « La dimension symbolique du principe de légalité », RDP 1990-2, p. 1651 et s., spéc. p. 1667.

<sup>1041</sup> Jacques Chevallier et Danièle Loschak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », RFAP n° 24, 1982, p. 679-720, spéc. p. 684.

Commission du X<sup>e</sup> Plan estimait à cet égard que « la règle doit désormais encadrer l'action et non prescrire les moindres décisions »<sup>1042</sup>.

**428.** La norme permissive n'est pas en marge de ces évolutions. Excluant par principe toute impérativité, elle ne constitue, pour son destinataire principal, qu'une proposition du droit. Ainsi, édictées par le législateur pour encadrer l'action des autorités administratives, les normes permissives contribuent-elles à la mutation qualitative du principe de légalité. Qu'elles s'analysent en des levées d'interdictions, des exceptions à des impératifs préalables, ou bien qu'elles soient instaurées *ex nihilo* dans le droit positif pour accorder des prérogatives nouvelles, elles ne peuvent être perçues comme visant à poser des limites à l'action administrative ; au contraire, elles viennent en alimenter les ressources, en ouvrant le champ des « possibles administratifs ».

**429.** D'une manière générale, le recours à des dispositions juridiques rompant avec la tradition impérative et coercitive du droit implique une profonde remise en cause de la rationalité juridique traditionnelle. En effet, cette dernière supposait notamment la « prévisibilité absolue des comportements », grâce à « l'existence d'un réseau dense de prescriptions indiquant la conduite à tenir en chaque occasion [permettant] de donner une réponse à n'importe quelle question, ne laissant place ni à l'improvisation, ni à l'imprévu »<sup>1043</sup>. Or, force est de reconnaître qu'en substituant la proposition au commandement, le droit tend à s'éloigner de ce modèle légal-rationnel<sup>1044</sup>. La question de son application ne se pose plus simplement en termes d'obéissance ou de méconnaissance du contenu de la norme posée. Si adhésion à la norme il y a, elle n'est plus, dans ce cas, imposée – et recherchée par la force en cas de résistance du destinataire –, mais reste à la discrétion de ce dernier : l'adhésion est consentie<sup>1045</sup>. Une telle approche de la norme juridique paraît coïncider avec l'économie des normes permissives : ouvrant une simple faculté, elles laissent leurs destinataires libre d'en faire l'usage qu'ils jugent opportun.

---

<sup>1042</sup> Commission « Efficacité de l'Etat » du X<sup>e</sup> Plan, *Le pari de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>1043</sup> Jacques Chevallier et Danièle Loschak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *op. cit.* p. 685-694.

<sup>1044</sup> V. Jean-Bernard Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 917. M. Fomerand note un métissage entre « la tradition de la norme impersonnelle » et les « valeurs [et...] pratiques d'individualité de type anglo-saxon » (Gérard Fomerand, *Crise des valeurs et mutation de l'Etat. Vers une alternative locale ?* Loysel, 1994, p. 42). Pour M. Bernault, le « modèle jacobin-centralisateur-autoritaire s'affaiblit au profit d'un modèle anglo-saxon-libéral-décentralisateur qui fait sa part à l'initiative et à la liberté des citoyens, des entreprises et des collectivités locales » (François Bernault, « Quelques réflexions sur le thème du partenariat », *op. cit.*, p. 119).

<sup>1045</sup> V. Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 128.



*430.* Si les liens entre la notion de norme permissive, et les mutations de la figure étatique et de la technique juridique n'apparaissent pas de manière aussi évidente qu'il a pu être prétendu, force est d'admettre que cette catégorie de norme s'inscrit en filigrane des évolutions observées. Elle y trouve un cadre théorique favorable, en ce sens que le développement du partenariat et de l'interdépendance des acteurs juridiques nécessite le recours à des instruments normatifs reconnaissant des facultés d'action, davantage d'autonomie par rapport au centre et une plus grande souplesse. Par ailleurs, les transformations de la réglementation juridique, notamment l'émergence d'une forme de droit moins coercitif – un droit de « régulation » – pourraient impliquer un recours accru à des instruments normatifs permissifs. Directement lié à ces évolutions, l'essor de la participation des administrés aux choix publics fournit un exemple significatif de sollicitation de dispositifs permissifs.

## **§ 2 – UN INSTRUMENT DE PROMOTION DE LA PARTICIPATION DES ADMINISTRÉS AUX CHOIX PUBLICS**

*431.* Le phénomène d'érosion de la contrainte normative ne se limite pas à la forme même des normes juridiques ; elle est susceptible de se rapporter à la manière dont ces normes sont élaborées. Le droit administratif témoigne à cet égard, depuis plusieurs années, d'une association de plus en plus étroite des administrés aux procédures publiques, comme si les décisions des autorités administratives ne bénéficiaient plus, en soi, d'une légitimité suffisante, même appuyées par l'expertise scientifique ou technique. En droit positif, les diverses procédures de participation instaurées répondent à ce besoin d'adhésion des sujets de droit à la règle. Or, la catégorie des normes permissives entretient un commerce évident avec ce droit à la participation, qui se traduit concrètement par la reconnaissance de facultés d'ingérence plus ou moins déterminantes sur les processus décisionnels (B). Partant, c'est l'unilatéralisme normatif qui se trouve remis en question (A).

### **A – LE REMISE EN CAUSE DE L'UNILATERALISME NORMATIF**

*432.* L'impérativité du droit ne réside pas seulement dans le contenu autoritaire auquel certains auteurs le réduisent. L'image d'Epinal d'un droit perçu comme un commandement, imposé et non négocié, perd de son éclat depuis plusieurs décennies ; quel que soit d'ailleurs son contenu, impératif ou non, la norme juridique tend à devenir le produit d'un processus plurilatéral, associant les pouvoirs publics, mais aussi les destinataires des futures normes ou

décisions. L'unilatéralisme jupitérien<sup>1046</sup> du droit, particulièrement du droit administratif<sup>1047</sup>, se délite ainsi à mesure que s'affirme le droit à la participation des administrés. Or, le phénomène s'intensifie, et semble directement lié au paradigme du partenariat<sup>1048</sup>. Comme le souligne M. Chevallier, « l'Etat accepte de discuter sur un pied d'égalité avec ses partenaires et [...] privilégie la voie consensuelle ; le modèle traditionnel fondé sur l'unilatéralité et la contrainte fait place à un modèle pluraliste et interactif »<sup>1049</sup>.

Toutefois, cette évolution n'est pas tant liée à une simple volonté d'ouverture des pouvoirs publics qu'à la nécessité de conférer une plus grande légitimité à la règle de droit (1). Mais pour intéressée qu'elle soit, cette démocratisation du processus d'élaboration des normes juridiques repose sur un ensemble de normes permissives édictées au bénéfice des administrés (2).

### ***1 – La participation comme voie de légitimation du droit***

433. Longtemps, le droit a été réputé légitime en raison de sa rationalité supposée, intrinsèque, et de la légitimité s'attachant à ses auteurs, investis par l'élection ou agents de l'édifice bureaucratique. En d'autres termes, les normes juridiques bénéficiaient de la légitimité de leurs auteurs parce qu'ils étaient détenteurs réguliers d'un pouvoir décisionnel. Cependant, à mesure que la société s'est complexifiée, la foi en la science n'a cessé de croître, à tel point qu'au seul pouvoir s'est ajouté l'exigence du savoir. L'expertise scientifique et technique s'est alors imposée comme un gage supplémentaire de légitimité des choix publics – l'essor de la technocratie européenne s'en est d'ailleurs fait l'écho.

Pourtant, ce culte de la décision scientifiquement et techniquement fondée s'est lui aussi émoussé, sous l'effet d'une véritable crise de la certitude. La société contemporaine est devenue une société de risques (technologiques, biotechnologiques, environnementaux,

---

<sup>1046</sup> François Ost, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », Gérard Timsit, Alain Claisse et Nicole Belloubet-Frier (dir.), *Les administrations qui changent. Innovations techniques ou nouvelles logiques ?* PUF, 1996, p. 73-84.

<sup>1047</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 70 : « On reproche au droit administratif d'être par essence un droit d'inégalité et de privilège : irrémédiablement marqué du sceau de l'unilatéralité, il serait l'instrument de la mise en tutelle de la société par l'Etat ; or, ce modèle étatique de régulation sociale serait frappé d'obsolescence, compte tenu d'une conception plus exigeante de la citoyenneté ».

<sup>1048</sup> V. par ex. François Bernalt, « Quelques réflexions sur le thème du partenariat », *op. cit.*, p. 116 : le partenariat implique notamment une « véritable administration participative où la décision ne se conçoit pas sans une phase préalable de concertation avec les agents et les usagers ».

<sup>1049</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 211.

sanitaires...)<sup>1050</sup> et de doute, si bien que la science ne fournit plus toujours un appui clair et certain aux décideurs. Le principe de précaution est d'ailleurs apparu comme une réponse du droit à l'incertitude scientifique affectant, dans bien des domaines, les processus décisionnels. De même, en dépit du développement d'outils d'aide à la décision, l'idée d'optimum décisionnel demeure illusoire, confrontée aux aspérités du monde réel (pressions sociales, pesanteurs organisationnelles, etc.). Aussi n'est-il pas surprenant que la légitimité des décisions publiques soit dorénavant recherchée dans l'adhésion<sup>1051</sup> de leurs destinataires, à la faveur d'une démarche incrémentale<sup>1052</sup>. L'efficacité sociale de la décision supplante ainsi la croyance en sa rationalité intrinsèque ou en l'assise scientifique, qui lui fait quelquefois défaut. Cette légitimité procédurale du droit repose sur la participation des sujets de droit à son élaboration.

**434.** Une telle conception épouse ainsi les thèses participationnistes<sup>1053</sup>, favorables à l'intervention des citoyens dans les décisions publiques ; l'élévation du niveau moyen de formation et le discrédit porté à la classe politique contribuent d'ailleurs à disqualifier les objections formulées par un courant élitiste, selon lequel les citoyens seraient incompétents en matière de décision publique et qu'il serait dangereux pour la « gouvernabilité » de dépasser le cadre sécurisant de la représentation politique<sup>1054</sup>. D'ailleurs, l'argument tenant au caractère suffisant de la démocratie représentative, sous-jacent dans l'interdiction classique d'organiser des référendums locaux décisionnels<sup>1055</sup>, ne semble plus jugé recevable.

Traditionnellement, en effet, la démocratie représentative est réputée faire obstacle à la participation directe des administrés dans les procédures administratives ; elle épuise, en

---

<sup>1050</sup> Cf. Conseil d'Etat, « Responsabilité et socialisation du risque », *Rapport public 2005*, Etudes et documents, n° 56, La Documentation française, p. 205 et s.

<sup>1051</sup> Selon Jean Rivero, « ... consciente de s'adresser à des personnes, c'est-à-dire à des êtres doués de raison et de liberté, [l'autorité administrative] juge nécessaire de rechercher l'obéissance non dans le seul respect de son pouvoir, étayé par la contrainte de la sanction, mais dans l'adhésion des intelligences... » (« Démocratie et administration », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 253-264, spéc. p. 254).

<sup>1052</sup> Jacques Chevallier, « La rationalisation de la production juridique », *op. cit.*, p. 11-48, spéc. p. 37.

<sup>1053</sup> Sur le débat contemporain entre participationnistes (Habermas, Macpherson...) et élitistes, v. Yannis Papadopoulos, *Démocratie directe*, *op. cit.*, p. 111 et s.

<sup>1054</sup> S'inscrivent dans ces courants des auteurs comme Max Weber, Hans Kelsen, Joseph Schumpeter, Seymour Martin Lipset, John Plamenatz ou encore Giovanni Sartori ; *ibid.*

<sup>1055</sup> Du moins s'agit-il d'une conséquence tirée de l'article 72 de la Constitution, dans sa rédaction antérieure à mars 2003, au terme duquel : « *Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus* ». Toutefois, le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à se prononcer sur la question. Cf. rapport de M. René Garrec, Sénat, n° 27, 2002-2003, in *L'organisation décentralisée de la République*, coll. « Aux sources de la loi », Les éditions des journaux officiels, 2003, p. 37-87, spéc. p. 43. En revanche, avant l'adoption de lois introduisant certains mécanismes participatifs, le juge administratif sanctionnait traditionnellement les décisions des collectivités territoriales laissant peu ou prou les électeurs prendre une décision ; v. par ex. CE, 7 avril 1905, *Commune d'Aigre*, *Rec.*, p. 345 ; TA Saint-Denis-de-la-Réunion, 2 août 1982, *Hubert-Delisle*, *JCP* 1983, II, p. 1999, note Miclo.

quelque sorte, la possibilité pour les particuliers de prendre part aux décisions publiques. La seule participation concevable est celle de l'individu en tant que citoyen lors de l'élection de ses représentants. En dehors de cette sphère politique, l'individu se voit privé du seul pouvoir de décision qui lui est reconnu – le droit de suffrage<sup>1056</sup> – et subit la relation administrative comme un assujetti<sup>1057</sup>. La plupart des vocables employés pour qualifier les particuliers dans leurs rapports avec l'administration expriment peu ou prou cette idée de subordination : usager<sup>1058</sup>, contribuable, redevable, justiciable, etc. Cette distinction théorique entre champs politique et administratif s'avère néanmoins fragile aujourd'hui. Elle a surtout comme conséquence de limiter les occasions, pour les individus, de prendre part à la chose publique. La participation, tant qu'elle est liée au système représentatif, demeure cyclique. Or, comme le souligne M. Fomerand, « le vote électoral est rare et n'assure pas réellement un contrôle de proximité [...]. Dans cette option, le rythme de participation politique des citoyens est trop espacé pour être effectif »<sup>1059</sup>.

**435.** La participation des individus aux décisions publiques, en dehors du cadre classique de la démocratie représentative, s'est donc imposé comme une nécessité politique, « comme complément, ou comme contrepoids, au système représentatif »<sup>1060</sup>. Si cette participation est somme toute limitée en matière législative, où le principe de la représentativité conserve une certaine vigueur<sup>1061</sup>, elle s'est nettement infiltrée dans le domaine administratif. « Les démocraties occidentales sont depuis quelques décennies entraînées par un mouvement commun qui y conduit à dépasser les exigences classiques de la démocratie représentative pour aller vers la reconnaissance directe des citoyens, la recherche du contact avec lui, l'octroi de prérogatives par lesquelles il exprime directement ses vœux et ses besoins, et les fait valoir »<sup>1062</sup>. Cette évolution conduirait donc à faire des relations administratives un cadre

---

<sup>1056</sup> La participation des individus par le biais du référendum, si elle fait exception au principe de la démocratie représentative, concerne bien ceux-ci en tant que citoyens, ce qui explique leur pouvoir de décision.

<sup>1057</sup> « La relation administrative a été construite sur la base d'une claire distinction avec la relation politique : citoyen dans l'ordre politique, l'individu devenait sujet dans l'ordre administratif ; il était tenu d'obéir aux commandements d'une administration sur laquelle il était censé n'avoir nulle prise » (Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 202).

<sup>1058</sup> Sur cette notion, v. Dominique Maillard Desgrées du Loû, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 24 et s.

<sup>1059</sup> Gérard Fomerand, *Crise des valeurs et mutation de l'Etat. Vers une alternative locale ?* *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>1060</sup> *Op. cit.*, p. 113.

<sup>1061</sup> Le législateur est justement un produit direct du système représentatif. Cependant, le développement de la démocratie participative tend à nuire à son magistère : M. Philippe Ardant relève ainsi que « les élus de la Nation sont court-circuités dans des procédures de participation », qui permettent aux individus (généralement regroupés en syndicats) d'intervenir, *via* l'exécutif, dans la processus législatif (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, Manuel, 17<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 463).

<sup>1062</sup> Jean-Bernard Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 914-915.

privilegié d'exercice de la démocratie – ainsi parle-t-on de l'administré comme d'un *citoyen* dans la loi du 12 avril 2000 –, et à donner du domaine réglementaire une vision moins autoritaire. Pour autant, la réserve s'impose : le champ réglementaire est celui de la proximité – ce que renforce l'approfondissement de la décentralisation – et les procédures de participation s'y développent surtout parce qu'elles y trouvent un terrain favorable.

**436.** D'ailleurs, le recours à la participation n'est pas étranger à l'intérêt que peuvent en tirer les autorités publiques ; elles y voient un moyen d'améliorer, de manière globale, l'efficacité de leur action. Il est d'abord manifeste qu'est ainsi renforcée l'*acceptabilité* de la décision publique ; rapprochant celle-ci de l'idée d'une décision commune, associant les autorités publiques et les sujets de droit, la participation favorise l'émergence d'une direction plus autonome des conduites humaines<sup>1063</sup>.

La participation a donc un « *effet impliquant* » à l'égard des sujets de droit qui, du fait de cette inclusion dans les processus décisionnels, sont amenés à percevoir le droit moins comme une altérité, que comme le produit d'un cheminement auquel ils ont pris part. La décision publique, et ce qu'elle implique de détermination de l'intérêt général, d'arbitrage, devient une œuvre collective, construite et non donnée<sup>1064</sup>. Ce n'est donc pas tant par la persuasion que par l'implication, que la participation contribue à renforcer l'acceptabilité de la règle de droit ; elle joue un rôle psychologique, mais en s'appuyant sur la responsabilité de chacun.

**437.** Cela étant, la participation implique aussi – et cet aspect n'est pas négligeable – un accompagnement de l'action des pouvoirs publics, notamment de l'action administrative, puisque c'est en ce domaine que la participation s'est particulièrement développée. Inviter les administrés à prendre part aux décisions publiques présenterait ainsi un triple intérêt technique : *éclairer* l'administration sur ses choix, contribuer à la *qualité* des décisions et améliorer l'*efficacité* administrative<sup>1065</sup>. En effet, l'intervention des administrés dans les procédures décisionnelles permet à l'autorité compétente d'être au fait de leurs besoins, mais aussi de leurs réactions à l'égard de certaines orientations envisageables. Si l'expertise éclaire le décideur d'un savoir d'autorité, souvent déconnecté des contingences pratiques, la

---

<sup>1063</sup> Paul Amserek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *op. cit.*, p. 150.

<sup>1064</sup> Pour Jean-Claude Helin, « l'intérêt général n'est plus une donnée mais la recherche difficile et combien tâtonnante d'un construit dans lequel les citoyens *es qualités*, et non plus seulement leurs représentants, ont leur mot à dire » (« Entre régulation sociale et régulation juridique : la "charte de la concertation" », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 153-165, spéc. p. 165).

<sup>1065</sup> Bénédicte Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, 1993, p. 133.

consultation des administrés l'éclaire d'une connaissance du terrain, du milieu qui est justement le récepteur de la mesure à prendre ; c'est à son attitude qu'est suspendue le succès ou l'infortune de celle-ci, dès lors que la force n'est plus considérée comme légitime face aux résistances et que l'adhésion conditionne la pertinence de l'action publique. Il est dès lors logique de lier cette information du décideur sur les besoins et les craintes du public, à la qualité de la décision, puisqu'une décision de qualité sera réputée prendre en considération ces éléments et y apporter une réponse idoine, car consensuelle. La participation doit permettre une « meilleure identification de l'intérêt général »<sup>1066</sup>, et accroître ainsi l'efficacité administrative.

**438.** Il convient à ce propos de relever que la sociologie des organisations a très tôt mis en lumière combien l'autorité est plus efficace lorsqu'elle est *permissive*, c'est-à-dire lorsqu'elle associe les intéressés aux processus décisionnels. L'Ecole lewinienne<sup>1067</sup> opposa ainsi, dès les années 1940, *leadership autoritaire* et *leadership permissif*. Cette distinction rapportée au droit, le premier fait écho à la conception traditionnelle d'un droit administratif impératif et unilatéral, tandis que le second renvoie aux développements les plus récents de la discipline, impliquant le recours à la participation des administrés. Certes, le *leadership* permissif ne repose pas sur l'idéal type bureaucratique, mais M. Crozier explique justement que « ce n'est pas l'organisation la plus rationnelle au sens weberien qui atteindra les meilleurs résultats, mais l'organisation la plus vivante, c'est-à-dire celle où les subordonnés seront amenés à participer le plus aux décisions qu'ils auront à appliquer »<sup>1068</sup>. En d'autres termes, le *leadership* permissif puise son efficacité dans l'implication et l'adhésion qu'il suscite parmi les destinataires des mesures qui seront prises.

## ***2 – Du caractère permissif de la participation***

**439.** Une telle évolution intéresse la notion de norme permissive, non pas tant parce que les sociologues parlent de *leadership* permissif, mais en raison du fait qu'elle ne saurait s'appuyer sur d'autres procédés normatifs que permissifs, c'est-à-dire des procédés reconnaissant au profit des individus, la simple *faculté* d'intervenir dans l'élaboration des

---

<sup>1066</sup> *Op. cit.*, p. 134.

<sup>1067</sup> Ecole fondée aux Etats-Unis dans les années 1940, par Kurt Lewin. D'abord au MIT, cette école a ensuite développé ses travaux au Survey Research Center de l'Université du Michigan. V. Michel Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Seuil, 1963, p. 181-182. V. aussi Bénédicte Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés...*, *op. cit.*, p. 135, renvoyant à Maurice Duverger, *Méthode de sciences sociales*, PUF, 1961, p. 306 ; et Rensis Kikert, *New Patterns of Management*, M° Graw Hill Book Company, Inc. N.Y., 1961, p. 222 et s.

<sup>1068</sup> Michel Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, *op. cit.*, p. 220.

décisions publiques ; il ne saurait exister de participation forcée. Il serait sans doute excessif d'exiger la participation des administrés dans les diverses procédures conduites par les autorités publiques.

Non seulement cette sollicitation pourrait devenir aliénante<sup>1069</sup> – au niveau local, un nombre important de procédures pouvant être suivies simultanément –, mais elle s'inscrirait quelque peu en défaut de la conception selon laquelle l'électorat est un droit, et non une fonction rendant le vote obligatoire. Procédant à l'évidence de la philosophie participationniste, ce mouvement ne peut s'appuyer sur des mécanismes relevant d'une vision élitiste de la chose publique. Cela serait d'autant plus paradoxal là où la participation permet de dépasser le simple stade de la consultation des administrés, en prenant les traits du référendum local par exemple : un tel procédé de démocratie directe est incompatible avec le vote obligatoire.

**440.** Il en va sans doute différemment des mécanismes organisant la participation de certains organismes consultatifs ou encore des collectivités territoriales. Leur participation *es qualités* leur fait remplir avant tout une fonction, qui révèle l'objet essentiellement technique de leur association à la procédure : ils interviennent pour délivrer un avis visant à éclairer le choix de l'autorité compétente, ou pour faire connaître leur position sur une question ou un projet. Aussi la participation de ces entités se révèle-t-elle bien souvent non permissive, en ce qu'elle ne leur laisse pas le loisir de ne pas participer. Une conséquence en est l'introduction, dans le droit positif, de la technique de l'avis réputé favorable – et plus rarement défavorable – attaché au silence de l'organisme consulté. En lui « arrachant » une réponse, en réputant son silence signifiant, le droit lui impose de fait la participation – tel n'est pour l'instant pas le cas des procédures organisant la participation des administrés.

A titre d'exemple, l'article L122-3 du Code de l'urbanisme dispose que le projet de périmètre d'un schéma de cohérence territoriale adopté par les conseils municipaux ou l'organe délibérant du ou des établissements de coopération intercommunale compétents est communiqué au préfet, qui doit recueillir l'avis du ou des conseils généraux concernés ; or, cet avis est réputé favorable au bout de trois mois. Que penser de tels mécanismes ? Obéissant à un impératif d'efficacité, ils évitent notamment de suspendre le déroulement d'une procédure à la diligence des autorités consultées, mais ils organisent une forme de

---

<sup>1069</sup> Cet effet pourrait aussi être ressenti par les autorités publiques elles-mêmes, en raison du « surpeuplement » des politiques publiques que cette participation obligatoire générerait. Sur la notion de surpeuplement ou *overcrowding*, v. Yannis Papadopoulos, *Démocratie directe*, *op. cit.*, p. 140.

participation qui peut paraître artificielle, en tout cas plus proche de la nécessité que de la concession.

**441.** Toutefois, le droit positif reconnaît de plus en plus une simple faculté de participation à bon nombre d'organismes ou d'autorités publiques associés à certaines procédures, quand ce n'est une véritable faculté de participation volontaire. Le caractère permissif de la participation apparaît en filigrane dès lors que l'autorité associée n'est pas tenue de délivrer un avis ; sa participation tient surtout au fait qu'elle a potentiellement des intérêts à faire valoir dans la procédure en cours, ou des informations pertinentes à communiquer. C'est en ce sens qu'à l'initiative du maire ou à la demande du préfet, les services de l'Etat sont associés à l'élaboration du projet de plan local d'urbanisme<sup>1070</sup> ; ces services sont invités à prendre part à la procédure, mais la teneur de leur participation est à leur entière discrétion. Ainsi, la participation de ces entités se rapproche-t-elle de celle des administrés, qui demeurent libres de prendre part activement à la procédure ou d'en demeurer de simples observateurs.

**442.** Quant à la participation volontaire de certaines entités publiques ou para-publiques, elle tient une place non négligeable. S'agissant du domaine de l'urbanisme, et plus précisément de la procédure d'élaboration du schéma de cohérence territoriale, les départements et les régions peuvent se voir associés à leur demande, au même titre que les services de l'Etat, s'ils en font la demande<sup>1071</sup>. De même, chaque fois qu'ils le demandent, l'Etat, les régions, les départements, les chambres consulaires, les autorités compétentes en matière d'organisation des transports urbains ou les organismes de gestion des parcs naturels régionaux, sont consultés tout au long de la procédure d'élaboration du schéma<sup>1072</sup>. Enfin, les associations locales d'usagers agréées ou les associations agréées de protection de l'environnement sont consultées à leur demande par le maire ou le président de l'établissement de coopération communale concerné<sup>1073</sup>. Non seulement ces facultés d'intervention permettent d'accroître la cohérence du document en cours d'élaboration, mais elles renforcent la logique fédératrice qui y préside.

Assurément, l'objet de tels mécanismes de participation consiste à la fois à améliorer l'identification de l'intérêt général – ici en matière d'aménagement de l'espace, de planification urbaine – et à créer un consensus autour du document en cours d'élaboration.

---

<sup>1070</sup> Art. L123-7 du Code de l'urbanisme.

<sup>1071</sup> Art. L122-6 du même code.

<sup>1072</sup> Art. L121-4 et L122-7 du même code.

<sup>1073</sup> Art. L121-5 du même code.



Quant à la technique permissive utilisée, elle pallie, certes, la suppression de l'association systématique de certaines entités, mais elle permet d'ajuster le degré de participation aux conditions locales du projet : présence ou absence de certains acteurs, culture de concertation plus ou moins développée, teneur de l'investissement associatif, interaction avec d'autres politiques publiques, comme la préservation d'espaces sensibles, etc. Il reste cependant que la vigueur de la participation sera, avec ces instruments permissifs, fonction de la propension des acteurs à faire usage de la faculté qui leur est ouverte.

**443.** Tous ces dispositifs s'inscrivent donc dans une volonté d'ouverture de l'élaboration des projets et décisions publics vers divers acteurs, dans le but d'identifier au mieux l'intérêt général et de créer un consensus propice à leur bonne exécution. Cependant, si la participation répond à un impératif de légitimation, elle n'entame en général pas le pouvoir de décision de l'autorité administrative compétente. Comme l'a écrit M. Rivero, « elle s'informe, elle informe, mais elle décide seule »<sup>1074</sup>. Pourtant, si telle demeure la conception couramment répandue du droit à la participation, force est de constater qu'existe en la matière une certaine diversité, une véritable graduation de l'intensité participative des administrés. Techniquement, cela se reporte sur l'objet de la faculté ouverte par le droit positif.

## B – UNE FACULTE D'INTERVENTION GRADUELLE SUR LE PROCESSUS DECISIONNEL

**444.** Si la participation se présente en principe sous les traits d'une faculté pour les administrés, le droit positif la décline en plusieurs formes concrètes, qui induisent un impact de degré variable sur les procédures publiques. L'érosion de l'unilatéralisme normatif qu'est censé entraîner le développement d'instruments participatifs est en fait lié aux modalités et à la portée précises de la participation consacrée. Il existe en effet, sous le vocable de *participation*, une gamme relativement étendue de mécanismes visant à associer les administrés aux décisions publiques. Souvent, il s'agit d'organiser leur consultation, afin qu'ils émettent, sur demande de l'autorité publique, un avis sur un certain projet. Toutefois, le droit positif a récemment instauré des formes de participation correspondant à une conception plus exigeante de la démocratie participative : la faculté de participer se double alors de celle de solliciter la consultation, voire d'une véritable faculté de décision.

---

<sup>1074</sup> Jean Rivero, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 823.

Afin de rendre compte de cette graduation, il convient de distinguer entre trois modalités de participation, selon que les participants jouissent de la faculté d'émettre des observations (1), de formuler un avis (2), ou de décider (3).

### *1 – La faculté d'émettre des observations*

**445.** Classiquement, le droit positif organise la participation des administrés aux procédures publiques comme une faculté d'être consulté. Ce premier stade de participation<sup>1075</sup> souligne immédiatement la passivité du sujet consulté – qui doit être sollicité – et les ambitions limitées de sa participation. Des diverses interventions du législateur en la matière, il résulte un ensemble assez complexe de mécanismes, qui consacrent des facultés d'intervention des administrés, toujours revêtues d'une portée infra-décisionnelle, mais surtout plus ou moins médiates. Pour cette raison, il semble plus opportun d'y voir de simples facultés d'émettre des observations, qui entreront en compte de manière indirecte dans le processus décisionnel. Le droit positif organise ainsi des procédures de concertation<sup>1076</sup>, de débat public<sup>1077</sup> ou encore d'enquête publique<sup>1078</sup>.

**446.** Or, une de leurs caractéristiques communes est d'insérer, entre la participation proprement dite des administrés et la phase de prise de décision, une ou plusieurs « opérations-tampon ». La procédure de l'enquête publique à cet égard est révélatrice. Elle présente une phase de restitution, par une autorité publique, des observations et réactions des

---

<sup>1075</sup> Il s'agit bien d'un premier stade dans la mesure où l'information, qui procède d'un effort de transparence administrative, ne saurait être tenue pour une forme de participation. Or, le législateur a pu amalgamer les deux notions comme dans la loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement* (JORF 3 février 1995). L'article L110-II-4° du Code de l'environnement énonçait ainsi initialement « *Le principe de participation, selon lequel chacun doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement...* ». La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 *relative à la démocratie de proximité* (JORF 28 février 2002) est venue apporter un correctif en ajoutant que « *le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* ». L'information est donc redéfinie comme un préalable à la participation, une condition nécessaire mais insuffisante.

<sup>1076</sup> V. art. L300-2 du Code de l'urbanisme, s'agissant de l'élaboration ou de la révision des schémas de cohérence territoriale ou des plans locaux d'urbanisme, ou encore la réalisation de projets d'aménagement (comme la création de zones d'aménagement concerté). V. not. *Juris-classeur Collectivités territoriales*, fasc. 1022, et bibliographie p. 23 ; Pierre Bijou, « Le recours à la concertation en urbanisme », *Droit et ville*, n° 54, 2002, p. 103-135.

<sup>1077</sup> Loi du 2 février 1995 (préc.), et modifiée par la loi sur la démocratie de proximité du 27 février 2002 (préc.) ; v. *Juris-classeur Collectivités territoriales*, fasc. 1022 ; Jean-François Struillou, « La Commission nationale du débat public et le droit à la participation », *Etudes foncières* 2003, n° 104 ; Bénédicte Delaunay, « La réforme de la procédure du débat public entre en vigueur », *AJDA* 2002, p. 1447-1450 ; Yves Jégouzo, « La loi de démocratie de proximité réorganise la procédure du débat public », *RDI* 2001, p. 191-198, spéc. p. 191-194.

<sup>1078</sup> *Juris-classeur Collectivités territoriales*, fasc. 1020 ; v. Yves Jégouzo, « La loi de démocratie de proximité réorganise la procédure du débat public », *op. cit.*, p. 194-195.

personnes consultées. A la clôture de l'enquête, le commissaire enquêteur (ou la commission d'enquête) est chargé de rendre un rapport et ses conclusions<sup>1079</sup>. Le rapport doit relater de façon fidèle et complète le déroulement de l'enquête, procéder à l'examen des observations du public et analyser les contre-propositions éventuellement formulées<sup>1080</sup> ; la jurisprudence se montre relativement exigeante, ce qui constitue une garantie quant à la participation du public. Ainsi, le rapport doit-il analyser de manière suffisamment détaillée les observations du public et y répondre de façon circonstanciée<sup>1081</sup>, de même qu'il ne saurait contenir d'inexactitudes matérielles<sup>1082</sup>.

447. Cependant, les conclusions du commissaire enquêteur posent davantage de questions quant à la portée des observations du public. En effet, contrairement à la Commission nationale du débat public<sup>1083</sup>, le commissaire enquêteur est tenu de se prononcer sur le fond du projet, puisqu'il doit rendre des « conclusions motivées, en précisant si elles sont favorables ou non à l'opération »<sup>1084</sup>. La jurisprudence vérifie donc que les conclusions du commissaire enquêteur expriment bien un avis personnel, et qu'il prend parti librement sur le projet, quels que soient le nombre et le sens des observations du public<sup>1085</sup>. La solution est ancienne : « aucune disposition législative ou réglementaire n'imposant au commissaire enquêteur l'obligation d'émettre un avis défavorable au projet en cas d'opposition de l'ensemble des propriétaires intéressés, les requérants ne sauraient, en tout état de cause, se prévaloir de ce que lesdits propriétaires se seraient opposés au projet pour soutenir que le commissaire aurait, à tort, émis un avis favorable »<sup>1086</sup>. Il ne peut donc se borner à entériner, sans justifier son point de vue, ni les préoccupations de l'administration sur le projet<sup>1087</sup>, ni les observations du public.

---

<sup>1079</sup> A la différence de l'article R11-11 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, applicable aux enquêtes publiques « de droit commun », l'article 20 du décret n° 85-453 du 23 avril 1985, relatif aux enquêtes régies par la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement (dite « loi Bouchardeau »), distingue nettement entre d'une part le rapport, et d'autre part, les conclusions.

<sup>1080</sup> CAA Marseille, 26 octobre 2000, *SCI Le Douard*, n° 96MA00827 et 96MA00828.

<sup>1081</sup> CAA Marseille, 31 janvier 2002, *Commune de Morières-les-Avignon*, *Juris-Data* n° 2002-175308. Cependant, le commissaire enquêteur peut ne pas répondre à toutes les observations : CE, 23 avril 1986, *Dorison*, *RDP* 1987, p. 838 ; *CJEG* 1987, p. 732.

<sup>1082</sup> CE, 11 juillet 1990, *Bouffinier*, *Quot. Jur.* 20 novembre 1990, p. 5, obs. M.-C. Rouault.

<sup>1083</sup> Art. L121-1 du Code de l'environnement.

<sup>1084</sup> Art. 20 al. 4 du décret du 23 avril 1985, précité. V. aussi art. R11-10 du Code de l'expropriation.

<sup>1085</sup> CE, 14 avril 1995, *Commune de Ventabren*, *RJE* 1996, p. 147, obs. R. Hostiou ; TA Montpellier, 12 février 1992, *Ricard c/ Commune de Saint-Paul-de-Fenouillet*, n° 8616736.

<sup>1086</sup> CE, 19 juillet 1968, *Consorts Troussier*, *Rec.*, t., p. 971 ; *AJDA* 1969, p. 109, note A. Homont.

<sup>1087</sup> CE, 10 février 1995, *Commune de Casaglione*, *RJE* 1996, p. 145, obs. R. Hostiou.

En d'autres termes, l'obligation, pour le commissaire enquêteur, de rendre un avis personnel amoindrit nécessairement la portée de ces dernières qui, déjà restituées dans un document de synthèse – le rapport –, se trouvent occultées par un avis ultérieur, exerçant de fait une plus grande influence sur l'autorité de décision. Néanmoins, l'obligation de motivation qui pèse sur l'avis du commissaire enquêteur constitue une certaine garantie pour le public de voir ses positions prises en compte, d'autant que le contrôle du juge administratif se montre vigilant<sup>1088</sup>. Ne saurait ainsi suffire, la seule indication qu'aucune des observations formulées ne fait opposition au projet<sup>1089</sup>. Enfin, l'analyse du commissaire enquêteur doit porter sur l'intégralité des observations, ce dont la rédaction de son rapport doit rendre compte<sup>1090</sup>.

**448.** La procédure de l'enquête publique donne donc lieu à une relation des observations formulées par le public ; à ce titre, le droit positif prévoit la formulation, par l'autorité responsable de la consultation, d'un véritable « avis sur l'avis ». Il en résulte que l'impact de la faculté, pour les administrés, de faire connaître leurs points de vue, se mesure surtout à la portée qu'auront les conclusions d'enquête sur l'autorité décisionnelle.

L'avis du commissaire enquêteur, favorable ou défavorable, ou en pratique ponctué de réserves et suggestions, ne lie pas l'autorité compétente qui dispose de l'intégralité de son pouvoir de décision<sup>1091</sup>. Mais surtout, la loi du 27 février 2002 a supprimé une des conséquences directes du caractère défavorable des conclusions du commissaire enquêteur en matière d'expropriation : si, auparavant, des conclusions défavorables imposaient que la déclaration d'utilité publique soit prononcée par décret en Conseil d'Etat – et non par simple arrêté ministériel ou préfectoral, comme c'était le cas en présence de conclusions favorables<sup>1092</sup> –, désormais, le sens des conclusions n'influe plus sur la détermination de l'autorité habilitée, le recours à un décret en Conseil d'Etat ayant été supprimé<sup>1093</sup>.

La présence d'une telle modification dans un titre de cette loi consacré à « *la participation du public à l'élaboration des grands projets* » (titre IV, art. 132 à 155) peut surprendre, et

---

<sup>1088</sup> CE, 20 mars 1985, *Commune de Morigny-Champigny*, RFDA 1985, p. 704, note B. Pacteau ; CJEG 1986, p. 269 ; D 1986, IR, p. 411, chron. P. Bon. V. aussi RJE 1/2003, obs. R. Hostiou sous : CAA Bordeaux, 22 novembre 2001, *Commune de Clérac* – CAA Bordeaux, 20 décembre 2001, *Commune de Soorts-Hossegor* – CAA Marseille, 31 janvier 2002, *Commune de Morières-les-Avignon* – CAA Douai, 25 avril 2002, *SCEA Tessy c/ Commune d'Ambrumesnil* – CE, 14 juin 2001, *Commune de Gemenos et SEMA-DER*.

<sup>1089</sup> CAA Nantes, 29 juin 2001, *Gérard Raffaud*, RJE 2002, p. 104.

<sup>1090</sup> CE, 3 décembre 1990, *Ville d'Amiens et a.*, RFDA 1991, p. 196 ; LPA 19 juin 1991, n° 73, p. 8, note J. Morand-Deville.

<sup>1091</sup> CE, 2 avril 1993, *Kraminer*, n° 87150.

<sup>1092</sup> Anciens art. L11-2, R11-1 et R11-2 du Code de l'expropriation.

<sup>1093</sup> V. art. 140 de la loi du 27 février 2002 modifiant l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. L11-2 du Code de l'expropriation.

comme le soulignent MM. Hélin et Hostiou, « ce n'est, à l'évidence, que par un artifice de langage qu'elle peut être présentée comme relevant d'une volonté d'améliorer la participation du public »<sup>1094</sup>. En effet, la formulation d'un avis défavorable ou de réserves à un avis favorable pouvait être une manière, pour le commissaire enquêteur, de provoquer une seconde lecture du projet à l'échelon central de l'Etat<sup>1095</sup>, notamment parce qu'il aurait constaté une vive opposition du public. Toutefois, le sens de l'avis du commissaire enquêteur conserve une importance juridique dans le cadre des enquêtes régies par la loi du 12 juillet 1983, dans la mesure où, en cas d'avis défavorable, le juge administratif des référés, saisi d'une demande en suspension d'une décision prise à l'issue de l'enquête, est tenu d'y faire droit si elle comporte un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de cette décision<sup>1096</sup>. Le juge perd donc la faculté de refuser la mesure, dès lors que le doute sérieux est établi.

**449.** Il ne suffit donc pas de relever que les administrés bénéficient de la faculté de faire connaître leur avis sur certaines projets, pour connaître leur degré effectif de participation aux procédures publiques. L'aménagement concret de ces dernières, est à cet égard déterminant. La procédure de l'enquête publique organise une forme de participation médiata, dans la mesure où l'information ascendante – provenant du public consulté – se trouve synthétisée dans un rapport<sup>1097</sup>, et qu'elle implique même qu'un avis soit formulé *a posteriori* par une autorité dont la position est susceptible, de fait, d'être prépondérante dans l'appréciation du décideur. La situation est cependant toute autre s'agissant d'un autre instrument visant à recueillir l'avis des administrés, et communément qualifié de « *référendum* » *consultatif*.

## ***2 – La faculté de formuler un avis***

**450.** Le mécanisme avait été à l'origine instauré, après une période d'incertitudes<sup>1098</sup>, par les lois d'orientation du 6 février 1992 à l'échelon communal<sup>1099</sup>, et du 4 février 1995 dans le cadre des établissements publics de coopération intercommunale, mais exclusivement pour les

---

<sup>1094</sup> Jean-Claude Hélin et René Hostiou, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », *AJDA* 2002, p. 291-304, spéc. p. 291.

<sup>1095</sup> *Op. cit.*, p. 302.

<sup>1096</sup> Art. L123-12 du Code de l'environnement.

<sup>1097</sup> Il s'agira d'un bilan en matière de concertation ou de débat public.

<sup>1098</sup> V. not. Jean-Marie Denquin, « Référendums consultatifs », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 79-93, spéc. p. 90-91.

<sup>1099</sup> Loi n° 92-125 *relative à l'administration territoriale de la République* (*JORF* 8 février 1992), art. 21 ; Jean-Bernard Auby, « La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale », *RFDA* 1993-1, p. 37 et s.

questions d'aménagement<sup>1100</sup>. Suite à la révision constitutionnelle de 2003 sur l'organisation décentralisée de la République, la loi du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales* (art. 122) a réorganisé le dispositif<sup>1101</sup>. Désormais, « les électeurs d'une collectivité territoriale peuvent être consultés sur les décisions que les autorités de cette collectivité envisagent de prendre pour régler les affaires relevant de la compétence de celle-ci »<sup>1102</sup>. En d'autres termes, le « référendum » consultatif peut désormais être mis en oeuvre dans toutes les collectivités – et dans les établissements publics de coopération intercommunale –, sur l'ensemble ou une partie seulement de leur territoire. Certes, la dénomination officielle est celle de *consultation*, et la référence au référendum est impropre dès lors que cet instrument est dépourvu de dimension décisionnelle<sup>1103</sup>, mais l'idée de référendum rend avantageusement compte d'un procédé, qui diffère nettement des précédents<sup>1104</sup>.

**451.** En effet, il ne s'agit pas d'organiser la participation du public au travers d'expositions, de réunions, de la mise à disposition de registres d'observations, etc., dans le cadre de l'élaboration d'un projet déterminé. Il s'agit de poser une question, aux seuls électeurs<sup>1105</sup> de la collectivité concernée, sur un projet d'acte ou de délibération. Le mécanisme repose sur le suffrage. La faculté de participation des administrés est ainsi à la fois plus restreinte dans ses modalités – elle se réduira à faire connaître, par « oui » ou « non », leur approbation au projet

---

<sup>1100</sup> Loi n° 95-115 *d'orientation pour l'aménagement du territoire* (JORF 5 février 1995), art. 85 ; Gabrielle Rochdi, « Le référendum local dans la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement du territoire », *LPA* 18 décembre 1996, p. 4 ; Seydou Traoré, « Le référendum local dans la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement du territoire », *LPA* 7 février 1997, p. 8.

<sup>1101</sup> V. les art. L1112-15 et s., et, dans le cadre des établissements publics de coopération intercommunale, les art. L5211-49 et s. du CGCT – pour ces derniers, la limitation du champ de la consultation aux questions d'aménagement a été supprimée. V. le décret d'application n° 2005-1551 du 6 décembre 2005 (JORF 13 décembre 2005, p. 19169).

<sup>1102</sup> Art. L1112-15 du CGCT. La jurisprudence retient une conception assez restrictive de la notion d'affaires de la compétence de la collectivité : v. not. CE, 16 décembre 1994, *Commune d'Avrillé*, *AJDA* 1995, p. 838 ; TA Grenoble, référé, 16 août 2001, *Préfet de la Haute-Savoie*, *AJDA* 2002, p. 153. Cependant, elle ne restreint pas les décisions en cause aux seules délibérations des organes délibérants des collectivités, mais y inclut les décisions de la compétence de leurs exécutifs, notamment du maire agissant au nom de la commune : CE Sect., 29 décembre 1995, *M. Géniteau*, *RFDA* 1996, p. 3, note M. Guillot ; *D* 1996, p. 273, note M. Verpeaux.

<sup>1103</sup> Jacques Vigiuer, « De la mauvaise utilisation du terme « référendum » au plan local (la différence logique entre référendum national et consultation locale) », *LPA* 25 février 1998, p. 12 ; Michel Verpeaux, « Le « référendum » communal devant le juge administratif : premier bilan », *Revue administrative* 1996, p. 95 ; « Référendum local, regards croisés », *Lamy CT*, juillet-août 2006, p. 46-61.

<sup>1104</sup> Au demeurant, le décret n° 2005-1551 du 6 décembre 2005 (préc.) précisant le régime des consultations locales procède largement par renvoi aux dispositions relatives au référendum local ; sur cet aspect, v. Michel Verpeaux, « La dernière réforme – en date – du droit des consultations locales en France », *AJDA* 2006, p. 866-872.

<sup>1105</sup> Sur ce plan, le « référendum » consultatif s'avère plus fermé que les procédures de concertation, du débat public ou de l'enquête publique, puisque les non-nationaux, à l'exception des ressortissants de l'Union européenne, seront exclus, alors même qu'en tant qu'habitants, ils pourraient évidemment être concernés. Cela est d'autant plus critiquable qu'il ne s'agit que d'une demande d'avis, et que la qualité d'électeur – donc de décideur – n'est alors pas déterminante. V. Nicole Belloubet-Frier, « Les référendums municipaux », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 163-179, spéc. p. 174.

d'acte ou de délibération qui leur sera présenté<sup>1106</sup>, et aucune observation, suggestion ou contre-proposition ne sera possible –, mais sans doute plus assurée dans sa portée : en effet, l'issue de la consultation ne suppose pas d'opération de restitution, elle s'impose d'elle-même, dans son objectivité numérique, comme le résultat de tout suffrage.

Des réunions, débats et procédures d'information pourront être organisées, qui relèveront alors de la campagne « référendaire », mais seule sera prise en considération la délibération populaire finale. Ainsi, « *après avoir pris connaissance du résultat de la consultation, l'autorité compétente de la collectivité territoriale arrête sa décision sur l'affaire qui en a fait l'objet* »<sup>1107</sup>. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée juridique de cette disposition, d'intérêt surtout formel, qui ne prive pas cette autorité de sa liberté de décision ; la délibération arrêtant le principe et les modalités de la consultation indique d'ailleurs à dessein, et de manière expresse, qu'il ne s'agit que d'une demande d'avis<sup>1108</sup>.

**452.** L'intérêt de la réforme consiste sans doute, outre la généralisation de la procédure, en l'instauration d'une initiative partagée, entre la collectivité – ce qui est classique – et les électeurs eux-mêmes. En effet, l'initiative populaire auparavant circonscrite aux consultations en matière d'aménagement, dans le cadre d'établissements publics de coopération intercommunale, devient désormais un principe commun, tempéré par des exigences de seuil : ainsi, un cinquième des électeurs inscrits sur les listes de la commune dans le cadre d'une consultation communale, et un dixième s'agissant des autres collectivités, peuvent-ils demander que soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante l'organisation d'une consultation sur toute affaire relevant de la décision de cette assemblée – est donc exclue l'initiative populaire s'agissant des décisions relevant de l'exécutif<sup>1109</sup>. Cette faculté de proposition approfondit, sur le principe, le degré de participation des administrés aux procédures publiques : ils ne sont plus exclusivement des sujets passifs, ne pouvant délivrer un avis que sur sollicitation. Cela étant, à la collectivité appartient toujours le droit de satisfaire ou non l'initiative populaire<sup>1110</sup>, ce qui contribue à maintenir en partie les électeurs dans une situation de dépendance<sup>1111</sup>.

---

<sup>1106</sup> Art. L1112-20 du CGCT.

<sup>1107</sup> Art. L1112-20 du CGCT.

<sup>1108</sup> Art. L1112-17 du CGCT.

<sup>1109</sup> Art. L1112-16 du CGCT.

<sup>1110</sup> Art. L1112-16 al. 4 et L5211-49 al.3 du CGCT.

<sup>1111</sup> Il convient d'ajouter à cela une autre limite : un électeur ne peut formuler qu'une seule demande de consultation par an. V. art. L1112-16 al. 2 et L5211-49 al.3 du CGCT.

**453.** Cette faculté d'initiative est une application par la loi du *droit de pétition* reconnu par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, à l'article 72-1 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution : « *La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence* ». L'intérêt de cette innovation semble tenir à la généralité des termes employés par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 72-1, qui autorise à considérer que le droit de pétition pourrait être combiné à d'autres mécanismes pour lesquels une initiative populaire n'existe pas encore, à condition, toutefois, que le législateur procède à une telle « greffe ». Le mécanisme permissif ainsi institué est donc susceptible de développer l'intervention des électeurs dans la vie administrative locale, même si sa mise en œuvre concrète peut susciter des réserves. En effet, l'introduction du droit de pétition s'entend, pour l'heure, d'un droit de *demander* l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante d'une collectivité, d'une question relevant de sa compétence : rien ne garantit que cette demande soit accueillie favorablement<sup>1112</sup>.

Il reste cependant qu'en tout état de cause, ce dispositif confère au principe de participation une nouvelle dimension, comme la consécration récente d'une véritable faculté de décision au profit des administrés.

### **3 – La faculté de décider**

**454.** La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 peut être considérée, sur le plan de la démocratie locale, comme une étape symbolique, dans la mesure où elle donne enfin à la notion de participation une signification qui dépasse le simple stade consultatif. Certes, existait, depuis 1971, un mécanisme de référendum décisionnel en matière de fusions de communes, au terme des articles L2113-2 et L2113-3 du CGCT. Cependant, l'usage restreint de celui-ci, et surtout la vocation plus générale des instruments récemment institués justifient l'intérêt que suscitent ces derniers. Deux procédés, ouvrant aux électeurs la faculté de décider peuvent ainsi être identifiés. Le premier concerne l'outre-mer, et renforce le principe de la consultation des populations concernées avant tout changement institutionnel concernant leurs collectivités. Le second consacre un référendum décisionnel local.

---

<sup>1112</sup> V. n° 905.



**455.** L'article 72-4 de la Constitution pose ainsi la règle selon laquelle les collectivités territoriales situées outre-mer, ou certaines parties de celles-ci<sup>1113</sup>, ne peuvent changer de statut, c'est-à-dire passer du régime de l'identité législative, organisé par l'article 73 de la Constitution, à celui de la spécialité législative de l'article 74, ou *vice versa*, qu'avec le *consentement* de leurs électeurs, ou de ceux de la partie de territoire concernée. Ce consentement *doit*<sup>1114</sup> être recueilli à l'occasion d'une consultation décidée par le Président de la République, sur proposition du Gouvernement ou proposition conjointe des deux assemblées de la collectivité intéressée.

Cette forme de participation, qui trouve également à s'appliquer en cas de création par la loi d'une collectivité se substituant à un département ou une région d'outre-mer, ou à l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités<sup>1115</sup>, est ainsi dotée d'une valeur décisionnelle, dans la mesure où le projet de changement de statut devient caduc en cas de rejet populaire, et doit être abandonné. Les électeurs de la collectivité en cause se voient donc reconnaître la faculté de faire échec à un projet des pouvoirs publics<sup>1116</sup>, ce qui parachève une évolution initiée avec la loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000<sup>1117</sup>, qui prévoyait une simple consultation, pour avis, des populations concernées<sup>1118</sup>. D'ailleurs, le fait que le sens de l'avis émis ne lie pas le législateur était une condition de constitutionnalité de ces consultations, au demeurant facultatives<sup>1119</sup>.

**456.** Une telle forme de participation dépasse nettement les mécanismes voisins de consultations pour évolution statutaire. En effet, l'article 72-4 de la Constitution, qui mêle volontiers permissivité et impérativité, prévoit, en son alinéa 2, qu'une consultation *peut* être organisée sur une question relative à l'organisation, aux compétences ou au régime législatif d'une collectivité territoriale située outre-mer. En d'autres termes, cette consultation demeure

---

<sup>1113</sup> Celles mentionnées à l'article 72-3 al. 2 de la Constitution, c'est-à-dire les départements et régions d'outre-mer, les collectivités d'outre-mer, à l'exclusion de la Nouvelle-Calédonie et des Terres australes et antarctiques françaises.

<sup>1114</sup> La rédaction de l'article 72-4, maladroite, est toutefois claire sur ce point : son alinéa 1<sup>er</sup> dispose qu' « aucun changement [...] de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs [...] ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant ». L'impératif de consultation ne semble pas faire de doute, et il est même logique eu égard à l'exigence d'un consentement de la population concernée.

<sup>1115</sup> Art. 73, al. 7 de la Constitution.

<sup>1116</sup> V. par ex. les articles consacrés au rejet de la réforme statutaire en Guadeloupe et en Martinique suite au référendum du 7 décembre 2003 ; *in Le Monde*, 9 et 10 décembre 2003.

<sup>1117</sup> Loi n° 2000-1207 (*JORF* 14 décembre 2000, p. 19760).

<sup>1118</sup> Art. L5916-1 du CGCT. V. Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *op. cit.*

<sup>1119</sup> V. les décisions du Conseil constitutionnel n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Consultation de la population de Mayotte*, *Rec. CC*, p. 70 et n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer* (préc.).

facultative pour les pouvoirs publics, et son issue un simple avis, tandis que celle relative au *changement* de régime législatif est obligatoire et décisionnelle – il faut donc lire le second alinéa de l'article 72-4, en ce qu'il prévoit que les électeurs *peuvent* être consultés sur une question relative au régime législatif d'une collectivité, en liaison avec l'alinéa 1<sup>er</sup>, prescrivant qu'« *aucun changement [...] de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans [...] le consentement des électeurs de la collectivité* »<sup>1120</sup>.

De la même manière, il faut bien distinguer entre cette forme de consultation décisionnelle, propre à l'outre-mer, de la consultation prévue par l'article 72-1 alinéa 3, et relative à toutes les collectivités territoriales, y compris hors-métropole. Cette consultation *peut* être organisée, par la loi, pour la création d'une collectivité territoriale à statut particulier ou la modification de son organisation, ainsi que pour la modification des limites territoriales d'une collectivité territoriale. Dans ces hypothèses, de la consultation ne peut résulter qu'un avis.

457. La seconde illustration d'une forme de consultation à caractère décisionnel provient de l'introduction, par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, du *référéndum local*, qui cette fois, mérite bien sa qualification en raison de l'effet modificatoire qu'il produit sur l'ordonnement juridique<sup>1121</sup>. L'article 72-1 alinéa 2 de la Constitution dispose : « *Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité* ». La loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003, *relative au référendum local*, précise le dispositif<sup>1122</sup>.

Ainsi, l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale peut-elle soumettre au référendum local tout projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de la collectivité<sup>1123</sup> ; pour sa part, l'exécutif est en mesure de proposer à cette assemblée de

---

<sup>1120</sup> La lecture combinée des deux alinéas de l'art. 72-4 permet de comprendre que le chef de l'Etat peut, en effet, décider (ou pas) de consulter les électeurs sur l'une des questions indiquées, notamment sur le régime législatif de la collectivité concernée ; mais si, et seulement si, cette consultation est relative à un *basculement* de l'un vers l'autre des régimes législatifs prévus par les articles 73 et 74, elle est obligatoire pour le chef de l'Etat, et doit déboucher sur un accord des électeurs pour que le changement de régime soit possible. Cela implique donc qu'il *peut* y avoir consultation des électeurs sur une question relative au régime législatif de la collectivité sans qu'il s'agisse pour autant d'en changer. Pour un avis convergeant, v. Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA* 2003, p. 564-570, spéc. p. 566, note 10

<sup>1121</sup> Sur ce critère du caractère décisionnel d'un référendum : Jean-Marie Denquin, « Référendums consultatifs », *op. cit.*, p. 82.

<sup>1122</sup> Loi organique n° 2003-705 (préc.). Jean-Pierre Duprat, « La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003 », *AJDA* 2003, p. 1862.

<sup>1123</sup> Art. LO 1112-1 du CGCT. *A priori*, la jurisprudence devrait avoir la même conception restrictive de la notion d'affaires de la compétence de la collectivité qu'en matière de « référendum » consultatif. Par ailleurs, le

soumettre au référendum local un projet d'acte relevant des attributions qu'il exerce au nom de la collectivité, exceptés les projets d'actes individuels, comme les diverses autorisations d'urbanisme<sup>1124</sup>. En d'autres termes, l'initiative est partagée entre ces deux organes de la collectivité ; cependant, elle n'est pas purement symétrique, dans la mesure où l'assemblée délibérante décide exclusivement du principe du référendum, mais que seul l'exécutif peut proposer un référendum sur les actes relevant de sa compétence.

**458.** Contrairement à ce qui existe en matière de consultation, aucune initiative populaire n'a été prévue par la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003 : si la faculté de décider a bien été ouverte aux électeurs avec le référendum local, il semblerait qu'ils ne puissent s'exprimer que sur sollicitation des autorités compétentes. Certes, il n'est pas exclu, pour certains<sup>1125</sup>, que le droit de pétition de l'article 72-1 alinéa 1<sup>er</sup> puisse être combiné au mécanisme du référendum local, mais il convient que la loi y pourvoie, or tel n'est pas le cas actuellement. Peut-être faut-il voir là une méfiance à l'égard d'un procédé aux effets potentiellement obligatoires, méfiance que le droit qu'a l'assemblée délibérante de la collectivité de décider de l'opportunité du référendum rend cependant peu légitime.

**459.** S'agissant du caractère décisionnel du référendum local, l'article LO 1112-7 du CGCT pose une double condition, qui rend en réalité l'adoption d'un projet par les électeurs assez exigeante. Non seulement la majorité des suffrages exprimés est nécessaire – ce qui va de soi –, mais il faut que la moitié au moins des électeurs inscrits ait pris part au scrutin. Ce *quorum* de participation constitue une certaine limite de la faculté reconnue aux électeurs de prendre part aux décisions publiques ; certes, une logique de représentativité préside à cette exigence, mais elle dissimule mal une volonté de protection des prérogatives des élus locaux, relayée par le Sénat<sup>1126</sup>.

Or, comme l'explique M. Denquin à propos de l'instrument référendaire en règle générale, « l'exigence d'une majorité qualifiée profite au *statu quo*. [...] par le jeu de telles dispositions, le caractère décisionnel ou consultatif d'un référendum peut être fonction du nombre des votants. S'il est inférieur au quorum fixé, le peuple – c'est-à-dire les électeurs inscrits – a été consulté, mais les votants n'ont pas décidé, même si en majorité ils se sont prononcés pour le

---

recours au référendum local n'est pas prévu dans le cadre des établissements publics de coopération intercommunale.

<sup>1124</sup> Art. LO 1112-2 du CGCT.

<sup>1125</sup> V. en ce sens Michel Verpeaux, « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA* 2003, p. 540 et s., spéc. p. 542.

<sup>1126</sup> *JORF*, débats, Sénat, p. 3881.

changement du droit positif»<sup>1127</sup>. Au contraire, il semblait important, pour M. Clément, d'éviter que le référendum local n'ait qu'un « caractère formel »<sup>1128</sup>, en étant présent dans l'arsenal du droit positif, mais pratiquement inefficace – M. Devedjian prévenait, quant à lui, du risque que la procédure soit inutilisée et inopérante<sup>1129</sup>. Une même réserve se lit dans la limitation de la consultation référendaire aux seuls électeurs de la collectivité, les non-nationaux étant exclus, notamment pour ne pas dissocier ceux qui sont appelés à désigner les conseils élus des collectivités, et ceux qui sont susceptibles de prendre directement certaines décisions par le biais du référendum local<sup>1130</sup>.

**460.** Il reste que sur le plan normatif, les décisions ainsi prises par les électeurs seront de nature administrative, comme les décisions des autorités représentatives de la collectivité. Le juge administratif est donc susceptible de les contrôler<sup>1131</sup>, notamment pour vérifier qu'elles respectent le principe de légalité ; leur transmission au représentant de l'Etat est également prévue. L'article LO 1112-7 alinéa 2 du CGCT dispose que « *Le texte adopté par voie de référendum est soumis aux règles de publicité et de contrôle applicables à une délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité ou à un acte de son exécutif* ». Il ne saurait donc être question, en la matière, d'une expression directe du souverain comme pour les autres catégories de référendum<sup>1132</sup>, insusceptibles de contrôle juridictionnel<sup>1133</sup>, mais d'une simple modalité alternative d'expression de la libre *administration* des collectivités territoriales.

**461.** En conclusion, le droit positif consacre donc une variété évidente de facultés d'intervention des administrés dans le champ des procédures publiques. Souvent en deçà de la prise de décision, l'exercice de ces facultés permet de mettre en œuvre une démocratie « délibérative »<sup>1134</sup>, où les intérêts et opinions du public sont des éléments déterminants – bien qu'en fait uniquement – du choix du décideur. Cette démocratisation contenue dénote la

---

<sup>1127</sup> Jean-Marie Denquin, « Référendums consultatifs », *op. cit.*, p. 90.

<sup>1128</sup> Pascal Clément, 2<sup>ème</sup> séance, 15 juillet 2003, *JORF*, débats, AN, p. 7629.

<sup>1129</sup> Patrick Devedjian, 2<sup>ème</sup> séance, 24 juillet 2003, *JORF*, débats, AN, p. 7952.

<sup>1130</sup> La participation des ressortissants de l'Union européenne n'est envisageable que dans la mesure où l'article 88-3 de la Constitution n'est pas interprété trop strictement. Cf. Michel Verpeaux, « Référendum local, consultations locales et constitution », *op. cit.*, p. 541-542.

<sup>1131</sup> Le Conseil constitutionnel est en effet juge de la régularité des opérations des seuls référendums législatif (art. 11) et constituant (art. 89), en vertu de l'article 60 de la Constitution, modifié par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003.

<sup>1132</sup> Le principe d'indivisibilité de la souveraineté nationale (art. 3 de la Constitution) s'y oppose d'ailleurs.

<sup>1133</sup> Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel : décisions n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, *Rec. CC*, p. 27 et n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, *Rec. CC*, p. 94.

<sup>1134</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 171-174.

persistance d'une certaine prudence, et de mentalités solidement ancrées<sup>1135</sup>. Aussi M. Garrec devait-il noter, peu avant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, qu'en dépit de la mise en place de « structures destinées à favoriser la participation des citoyens aux décisions locales [...] la démocratie locale [demeurait] essentiellement une démocratie représentative »<sup>1136</sup>. Or, les dernières évolutions du droit en la matière témoignent de l'instauration d'une véritable « démocratie participative »<sup>1137</sup>, dès lors que de véritables facultés de décision sont reconnues aux électeurs des collectivités territoriales.

**462.** La norme permissive est donc clairement mise au service de cette participation accrue des citoyens à la chose publique, qui contribue notablement aux mutations récentes du fonctionnement des institutions publiques et du droit. La thèse implicite du lien entre norme permissive et érosion de la contrainte normative semble pouvoir être avancée. Toutefois, elle n'est pas absolue. Comme toute norme juridique, la norme permissive constitue un instrument de régulation des rapports sociaux, politiques, administratifs. Or, cette dimension instrumentale l'inscrit nécessairement parmi un ensemble de techniques normatives mobilisées par les acteurs juridiques. Force est alors de constater que non seulement l'érosion de la contrainte normative n'est pas un trait spécifique de la norme permissive, mais que cette dernière peut valablement être employée dans une perspective coercitive. La catégorie des normes permissives doit donc plus justement être considérée comme une technique normative parmi d'autres.

## SECTION 2 – UNE TECHNIQUE NORMATIVE PARMIS D'AUTRES

**463.** La catégorie des normes permissives n'est pas révélatrice, à elle seule, des diverses formes empruntées par l'érosion de la contrainte normative. Le phénomène est complexe : il s'appuie sur plusieurs éléments susceptibles d'affecter l'emprise et l'empire du droit sur la société, et de renouveler les modes d'action des pouvoirs publics, notamment leurs modes d'action normative : développement d'un « droit mou », multiplication des rapports contractuels y compris dans la sphère publique... Mettre en avant la seule catégorie des normes permissives pour exprimer et illustrer ce phénomène s'avère donc insuffisant. Il existe indéniablement d'autres facteurs d'érosion de la contrainte normative, qui opèrent de concert

---

<sup>1135</sup> Jean Rivero, « L'administré face au droit administratif », *AJDA* 1995, n° spéc., p. 149.

<sup>1136</sup> René Garrec, Rapport Sénat, n° 27, 2002-2003, in *L'organisation décentralisée de la République*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>1137</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 174-177.

avec la permissivité normative, mais peuvent aussi y être totalement étrangers. En d'autres termes, la catégorie des normes permissives participe à des mutations qui ne lui sont pas réductibles (§ 1). D'ailleurs, ce sentiment est renforcé par l'incertitude qui affecte la thèse d'une prétendue filiation idéologique de la catégorie des normes permissives<sup>1138</sup> (§ 2).

## **§ 1 – L'IRREDUCTIBILITE DE L'EROSION DE LA CONTRAINTE NORMATIVE A LA NORME PERMISSIVE**

**464.** L'érosion de la contrainte normative est la conséquence de multiples facteurs qui tendent à remettre en cause les qualités traditionnelles de la règle de droit : son impérativité et son obligatorité. L'identification de ses causes suppose donc de rechercher les évolutions récentes qui pourraient être susceptibles de produire de tels effets dans le domaine normatif. Ces formes alternatives d'érosion de la contrainte normative sont connues (A). Cela étant, parmi elles, la contractualisation semble entretenir des liens de complémentarité avec la permissivité normative (B), révélant le caractère pluri-factoriel des mutations constatées.

### **A – LES FORMES ALTERNATIVES D'EROSION DE LA CONTRAINTE NORMATIVE**

**465.** Deux phénomènes paraissent particulièrement remarquables des évolutions récentes du droit. L'érosion de la contrainte normative pourrait d'abord tenir au déficit prescriptif et/ou au défaut d'obligatorité de nombreuses dispositions introduites dans le *corpus* des règles de droit ; à la fonction traditionnelle de commandement de cette dernière se substituerait une fonction d'information, de communication, révélatrice de nouveaux modes d'action des pouvoirs publics. D'où l'émergence d'une « droit communicationnel » (1). L'autre source d'érosion de la contrainte normative semble être le développement du procédé contractuel, qui tend à devenir un paradigme de l'action publique (2).

#### ***1 – L'enracinement d'un « droit communicationnel »***

**466.** L'approche phénoménologique de la norme juridique a permis de distinguer sa force contraignante – liée au degré d'impérativité de son contenu – de sa force obligatoire – en principe inhérente à toute norme juridique, indépendamment de son caractère contraignant. Ainsi, les normes permissives sont-elles non-contraignantes, puisqu'elles excluent toute impérativité, sans pour autant être dénuées de caractère obligatoire, en ce qu'elles sont

---

<sup>1138</sup> Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *op. cit.*, p. 272.

d'usage obligatoire pour « toute situation entrant dans le champ de validité de l'ensemble normatif auquel elles appartiennent »<sup>1139</sup>. Or, le droit positif connaît, surtout depuis les quinze dernières années<sup>1140</sup>, un véritable foisonnement de dispositions formellement juridiques – car contenues dans des actes réputés juridiques : déclarations, résolutions, recommandations – pourtant dépourvues de toute force obligatoire. Certaines présentent un contenu impératif, d'autres simplement recommandatoire, mais leur point commun serait de ne pas être d'usage obligatoire pour les situations entrant dans leur champ de validité, ou du moins tel semble être la caractéristique qu'elles partagent le plus communément. En effet, la question du caractère obligatoire ou non-obligatoire de ces dispositions de « droit mou » n'est pas nettement tranchée, l'hétérogénéité de la « catégorie » posant un sérieux obstacle à l'analyse.

**467.** Si, toutefois, on considère celles de ces dispositions, qui sont dénuées de dimension obligatoire, il est clair qu'elles contribuent à un encadrement juridique moins autoritaire des rapports sociaux ou institutionnels. Face aux normes impératives traditionnelles, se développent, au côté des normes permissives, ces dispositions à la normativité particulièrement ambiguë, dont l'originalité consiste à se présenter comme d'usage facultatif. Elles n'obligent pas leurs destinataires à les considérer comme modèles de conduite ou de qualification de situations données. L'adhésion des sujets de droit ne se rapporte plus simplement à ce qu'énonce la règle de droit, mais à ce qu'elle est, un instrument de référence, que les pouvoirs publics n'entendent en l'occurrence pas imposer. Le caractère non-obligatoire de ces dispositions est ainsi susceptible d'emporter des conséquences contentieuses : par principe, elles ne sauraient être mobilisées par le juge à l'appui d'un raisonnement dans la mesure où les parties n'ont pas entendu s'y soumettre.

**468.** Il reste cependant que la raison d'être de ces dispositions fait question. Leur caractère non-obligatoire les rapproche des normes morales, qui ne lient que ceux qui y adhèrent. Le droit se présente donc, au travers de ces dispositions, comme un modèle simplement proposé aux sujets de droit – d'ailleurs, peut-on encore parler de sujets de droit dès lors que leur soumission n'accompagne plus nécessairement l'édiction de ces « normes » ? Assurément, ce « droit mou » illustre une manifestation remarquable de l'érosion observée de la contrainte

---

<sup>1139</sup> Antoine Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, p. 206.

<sup>1140</sup> M. Freiburghaus évoque ainsi de « nouvelles branches [qui] poussent sur le vieil arbre du droit », et qualifiées de « "soft law", de loi souple, et de loi réflexive » (Dieter Freiburghaus, « Le développement des moyens de l'action étatique », Charles-Albert Morand (publié par), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, *op. cit.*, p. 49-63, spéc. p. 50. L'auteur ne pousse pas la métaphore jusqu'à parler de « droit vert », expression qui rend pourtant compte de l'importance du phénomène en droit de l'environnement.

normative, érosion qui affecte ici le droit dans son caractère intrinsèque : l'obligatorité. Mais la reconnaissance d'une liberté d'adhésion des sujets de droit, dont l'autonomie serait préservée, n'est sans doute pas exclusive d'autres explications du phénomène. L'adoption de telles dispositions peut en effet précéder celle de règles de droit obligatoires, comme c'est le cas au niveau communautaire. De nombreux instruments de « droit mou » visent à initier une intervention normative, à formaliser un consensus, et à préparer les acteurs à l'édiction de mesures contraignantes. Ce faisant, ces dispositions peuvent remplir un rôle de communication des pouvoirs publics aux autres acteurs concernés. Cette fonction ne serait d'ailleurs pas sans importance, selon certains auteurs, dans les modes actuels de l'action publique.

**469.** Ainsi, selon M. Freiburghaus, l'information devrait-elle être considérée comme un véritable moyen de l'action étatique. Cet auteur considère que l'Etat, après avoir cherché à peser sur les comportements sociaux au moyen de la violence, puis du droit, et plus récemment de l'argent, en serait venu à faire de l'information un nouveau levier de son intervention<sup>1141</sup> : convaincre, associer, obtenir l'adhésion, persuader... autant d'intentions nouvelles des pouvoirs publics, qui passent par l'outil informatif, et partant, par la communication. Dans cette perspective, où communiquer tend à devenir un impératif<sup>1142</sup>, le support normatif pourrait être apparu comme un vecteur possible de communication, favorisant l'avènement d'un véritable « droit communicationnel », dont la finalité serait déviée<sup>1143</sup>. Il y aurait érosion de la contrainte normative à la faveur d'une dilution de la fonction traditionnelle du droit dans une autre fonction : communiquer.

Pourraient ainsi se comprendre les dérives propres à la législation contemporaine, qui se traduisent par l'introduction dans la loi – acte sans conteste doté de la force obligatoire – de dispositions non-prescriptives, voire purement incantatoires ou mémorielles<sup>1144</sup>. Sans doute

---

<sup>1141</sup> Dieter Freiburghaus, « Le développement des moyens de l'action étatique », *op. cit.*, p. 55. « De l'économie de l'énergie à la prévention contre le SIDA, de la séparation des déchets ménagers jusqu'à la sécurité de la circulation, l'Etat utilise de plus en plus l'information comme moyen important pour exercer une influence sur notre comportement » (p. 61).

<sup>1142</sup> Notamment communiquer mieux. Est à ce titre topique la création, par arrêté du 2 juillet 2001, du Comité d'orientation pour la simplification du langage administratif (COSLA) (*JORF* 3 juillet 2001, p. 10624). Plus généralement, sur l'impératif de communication qui affecte notamment la classe politique, v. Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », *Rapport public 2006, op. cit.*, p. 254-256.

<sup>1143</sup> Sur le plan politique, le recours au droit comme instrument de communication relève d'une « utilisation spectaculaire de la fonction normative » (Jean-Pierre Henry, « Vers la fin de l'Etat de droit ? », *RDP* 1977, p. 1207-1235, spéc. p. 1226).

<sup>1144</sup> V. not. la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 (*JORF* 30 janvier 2001) ; ou les polémiques articles 1<sup>er</sup> et 4 al. 2 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.



faut-il y voir une conséquence de l'interdiction faite au Parlement, sous la V<sup>e</sup> République, d'adopter des résolutions (sauf dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution)<sup>1145</sup>, mais cela contribue, en faisant jouer à la loi un rôle qui n'est pas le sien, à l'érosion de la contrainte normative. Il en résulte une situation paradoxale, les dispositions en cause ayant bien une force obligatoire, en raison de leur support législatif, mais leur caractère prescriptif restant faible, voire nul. Aussi n'est-il pas totalement exclu que le juge puisse en tirer quelques développements normatifs, ces éléments s'imposant bien dans le *corpus* du droit positif applicable ; auquel cas, l'érosion de la contrainte normative bénéficierait essentiellement au pouvoir prétorien, qui disposerait d'une évidente marge de manœuvre face à ces textes.

**470.** En d'autres termes, qu'il s'agisse du « droit mou », dépourvu de force obligatoire ou, au contraire, de dispositions dotées d'un caractère obligatoire mais insuffisamment ou nullement prescriptives, certaines formes contemporaines de la production juridique participent singulièrement à l'érosion de la contrainte normative. S'instaurerait un nouveau type d'action publique, purement nominal, dénué d'exécution, mais visant à renforcer le consensus politique, désamorcer des crises, voire « démontrer ostensiblement le zèle réformateur des gouvernants »<sup>1146</sup>.

Malgré les mises en garde et la fronde qui semble s'élever contre lui, ce droit communicationnel tend à s'enraciner dans le paysage normatif actuel<sup>1147</sup>, et invite à relativiser l'importance de la place des normes permissives dans le cadre des mutations récentes de l'action publique : non seulement elles ne sont pas une illustration exclusive de l'évolution de la technique normative, mais surtout, elles perturbent moins les canons établis que ces « objets juridiques mal identifiés » qui dévoient manifestement la règle de droit et dissolvent l'unité de la discipline.

Un autre aspect semble particulièrement symptomatique des bouleversements contemporains des modes de l'action publique vers moins de contrainte normative : il s'agit du recours de plus en plus fréquent au procédé contractuel.

---

<sup>1145</sup> Dominique Rémy, *Légistique : l'art de faire les lois*, op. cit., p. 269 ; Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », *Rapport public 2006*, op. cit., p. 261.

<sup>1146</sup> V. Jacques Chevallier, *Science administrative*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd. refondue, 2002, p. 532.

<sup>1147</sup> V. Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », *Rapport public 2006*, op. cit., p. 261-262.

## 2 – *Le paradigme du contrat*

471. Le contrat – ou la convention<sup>1148</sup> – constitue sans aucun doute, aujourd’hui, l’instrument privilégié de l’action publique. Déjà en 1989, la Commission du X<sup>e</sup> Plan considérait que « le souci de moins réglementer par voie d’autorité [devait] aller de pair avec une meilleure reconnaissance du procédé contractuel »<sup>1149</sup>. Ce dernier incarne donc l’alternative à un droit purement unilatéral, fait de commandements autoritaires de la puissance publique. A ce titre, il est considéré comme « emblématique de la post-modernité juridique »<sup>1150</sup>, et son inscription dans le cadre du partenariat entre les personnes publiques d’une part, et entre celles-ci et les particuliers d’autre part, ne fait pas question : « répondant à de fortes aspirations à moins d’autorité dans les relations avec les administrés en même temps qu’à plus de souplesse dans les procédés d’action publique, l’administration contractuelle s’est beaucoup développée tout au long du XX<sup>e</sup> siècle »<sup>1151</sup>.

472. Partant, le contrat s’extrait-il de la sphère des relations subjectives où il opère d’ordinaire (qu’il s’agisse des relations entre les personnes privées, entre les personnes publiques, ou bien mixtes), pour s’imposer dans le cadre plus objectif de l’action publique, en dépassant la logique de réciprocité et de relativité qui est normalement la sienne. M. Morand le souligne lorsqu’il écrit que « le contrat a été utilisé non plus comme une forme juridique permettant aux particuliers d’aménager leurs relations interindividuelles, mais comme un moule générant des règles pour les membres des groupes qui y acquiesçaient ou pour l’ensemble des administrés »<sup>1152</sup>. C’est également à cette nouvelle dimension du contrat, à cette extériorisation, que renvoie l’expression éponyme d’un ouvrage de M. Gaudin :

---

<sup>1148</sup> Il existe un débat théorique sur la pertinence du terme *contrat* appliqué à l’action publique : renvoyant à une situation subjective, non générale et impersonnelle, et créant de lui-même une obligation, il serait inadapté. Au contraire, celui de *convention*, plus généralement relatif à l’idée d’accord de volonté, semblerait en l’occurrence plus approprié. V. Denis de Béchillon, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA* 1992, p. 15-35, spéc. p. 16-17. Cependant, la finalité du présent exposé n’interdit pas de tenir ces termes pour équivalents, d’autant que la doctrine comme le droit positif sont guère précis en la matière, quand d’autres notions ne sont pas proposées : chartes, accord...

<sup>1149</sup> Commission « Efficacité de l’Etat » du X<sup>e</sup> Plan, *Le pari de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>1150</sup> Jacques Chevallier, *L’Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 125. Et d’ajouter que « le contrat illustre pleinement en effet le passage d’un droit de commandement à un droit reposant sur l’accord des volontés ».

<sup>1151</sup> Bernard Stirn, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA* 1998, p. 673-675, spéc. p. 673. V. à cet égard le dossier sur « L’administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970-993, not. les propos introductifs de M. Renaud Denoix de Saint Marc, « La question de l’administration contractuelle », faisant le lien entre procédé contractuel et partenariat (p. 970-971).

<sup>1152</sup> Charles-Albert Morand, « La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit », Charles-Albert Morand (publié par), *L’Etat propulsif. Contribution à l’étude des instruments d’action de l’Etat*, Publisud, 1991, p. 181-219, spéc. p. 182.

« gouverner par contrat »<sup>1153</sup>. En d'autres termes, le contrat a pu emprunter à certains égard les caractères de la norme réglementaire : les contrats conclus par les agents publics, les conventions collectives étendues par arrêté ministériel, etc., ne sont pas traitées autrement par le juge administratif que comme des normes conventionnelles, mais les effets qu'ils produisent dépassent le schéma contractuel de droit commun.

473. Cependant, le droit positif, dans sa complexité, fait aussi du contrat un moyen, pour les administrés, d'influer sur l'application de normes réglementaires : ainsi, l'article L332-11-2 du Code de l'urbanisme permet-il aux propriétaires de terrains à construire de conclure avec la commune une convention par laquelle ils offrent de verser la participation pour voirie et réseaux<sup>1154</sup> avant la délivrance de toute autorisation de construire, cette convention ayant pour effet de « geler », pendant les cinq années suivant sa signature, les dispositions d'urbanisme applicables à ces propriétaires. Les dispositions concernées étant celles que cette convention mentionne, sans autre précision, il s'en suit que cet accord à l'échelle de la commune est susceptible de produire des effets à l'égard de règles supra-communales. Non seulement ce contrat fait échec au jeu ordinaire du droit d'essence réglementaire, mais il est susceptible de heurter la hiérarchie des normes.

474. Ces évolutions, qui bouleversent les conceptions traditionnelles héritées de la réflexion civiliste<sup>1155</sup>, tendent ainsi à vérifier la *loi de Maine*, qui énonce que la technique juridique serait appelée à évoluer irrésistiblement du statut au contrat. Cette « loi », formulée par Henry Maine<sup>1156</sup>, est généralement interprétée comme identifiant le *statut* au droit impératif. Elle intéresse donc surtout la distinction civiliste entre droit d'ordre public et droit supplétif<sup>1157</sup>. Toutefois, cette grille d'analyse ne souffre pas d'être transposée au droit administratif, le statut s'incarnant dans la norme unilatérale et autoritaire : le règlement, auquel le procédé contractuel tend à discuter l'exclusivité de la production normative<sup>1158</sup>. Plus que la place du contrat, c'est celle du *procédé* contractuel qui doit être soulignée, dans une perspective

<sup>1153</sup> Jean-Pierre Gaudin, *Gouverner par contrat : l'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999.

<sup>1154</sup> Art. L332-11-1 du Code de l'urbanisme : « Le conseil municipal peut instituer une participation pour voirie et réseaux en vue de financer en tout ou en partie la construction des voies nouvelles ou l'aménagement des voies existantes ainsi que l'établissement ou l'adaptation des réseaux qui leur sont associés, lorsque ces travaux sont réalisés pour permettre l'implantation de nouvelles constructions. »

<sup>1155</sup> Denis de Béchillon, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *op. cit.*, p. 15.

<sup>1156</sup> V. Giorgio Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, p. 404 et s. ; Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 2004, p. 89.

<sup>1157</sup> A cet égard, M. Carbonnier fait remarquer que si le procédé contractuel a pris un essor considérable, il reste « plombé par l'ordre public », qui l'encadre considérablement (*ibid.*).

<sup>1158</sup> Les discussions sur la place du contrat dans le droit de la fonction publique sont symptomatiques de cette dialectique statut/convention. V. Conseil d'Etat, « Perspectives pour la fonction publique », *Rapport public pour 2003*, Etudes et documents, n° 54, La Documentation française.

essentiellement instrumentale<sup>1159</sup> : « le terme « contrat » renvoie moins à une réalité juridique précise qu'il n'évoque un nouveau type de rapports fondé sur le dialogue et la recherche du consensus, plutôt que sur l'autorité »<sup>1160</sup>. Le vocable de *contractualisation*, employé pour qualifier le phénomène, paraît donc le plus apte à rendre compte de cette dynamique<sup>1161</sup>.

475. Il en résulte, en droit positif, une kyrielle de mécanismes apparentés plus ou moins directement au contrat, et dont le nombre ne cesse de croître<sup>1162</sup>. Initialement, ce sont les rapports économiques qui ont donné prise aux premières formes de contractualisation<sup>1163</sup>, mais le procédé contractuel s'est ensuite déployé dans d'autres domaines, amorçant une phase de « contractualisation territoriale »<sup>1164</sup> construite notamment autour des contrats de plan Etat-régions consacrés lors du IX<sup>e</sup> Plan (1984-1988)<sup>1165</sup>, et depuis 1992, une « période du tout contractuel »<sup>1166</sup>, traduisant autant un engouement qu'une banalisation et une distorsion évidentes de l'instrument conventionnel. Certains contrats sont ainsi particulièrement atypiques, comme ceux conclus par deux personnes publiques dont l'une exerce une tutelle sur l'autre (Etat-universités), voire par des signataires relevant d'une même personne publique<sup>1167</sup>.

476. Néanmoins, l'engouement contractuel demeure contenu par l'exclusion du procédé dans certains domaines de l'activité des personnes publiques. Ces limitations, souvent anciennes, résultent de la nature de l'activité en cause. Ainsi, le recours au procédé contractuel est-il par

---

<sup>1159</sup> « La contractualisation ainsi entendue prend un sens instrumental, qui produit des effets sur le modèle d'administration publique : les rapports administratifs classiques sont ainsi renouvelés par la substitution des relations de négociation aux relations de contrainte » (Laurent Argentiéri, « Du risque pour les collectivités territoriales de contracter avec l'Etat, *JCP CT-I*, 2005, n° 1, p. 7-11, spéc. p. 7).

<sup>1160</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, op. cit., p. 126.

<sup>1161</sup> V. not. Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien, *Droit administratif*, op. cit., p. 423-425.

<sup>1162</sup> Gérard Marcou, « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA* 2003, p. 982-985.

<sup>1163</sup> V. not. les quasi-contrats du IV<sup>e</sup> Plan (1962-1965), les « conventions de plan » du V<sup>e</sup> Plan (1966-1970), puis les contrats de plan, pérennisés par la loi du 29 juillet 1982 *sur la planification* : Laurent Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973-975, spéc. p. 973.

<sup>1164</sup> V. les conventions de mise à disposition de services (lois n° 82-213 du 2 mars 1982 et n° 83-8 du 7 janvier 1983, préc.), les coopérations contractuelles entre collectivités territoriales dans le but de faciliter l'exercice de compétences (art. L5111-1 du CGCT), les contrats de ville (loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 *d'orientation pour la ville*, *JORF* 19 juillet 1991) ou d'agglomération (loi n° 99-533 du 25 juin 1999 *d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire*, art. 25 et 26 (*JORF* 29 juin 1999)).

<sup>1165</sup> Ils constituent des contrats administratifs (CE Ass., 8 janvier 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg et autres*, *RFDA* 1988, p. 25, concl. S. Dael) et deviennent contrats de *projets* Etat-régions à compter de 2007 : v. Comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires : [http://www.diact.gouv.fr/Datar\\_Site/DATAR\\_Actu.nsf/Frame/Actus?opendocument&ID=CLAP-6MMGUM&](http://www.diact.gouv.fr/Datar_Site/DATAR_Actu.nsf/Frame/Actus?opendocument&ID=CLAP-6MMGUM&)

<sup>1166</sup> V. Laurent Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », op. cit., p. 974.

<sup>1167</sup> V. art. L6145-16 du Code de la santé publique.

principe exclu en matière de maintien de l'ordre public<sup>1168</sup>, d'organisation du service public<sup>1169</sup>, en matière fiscale ou encore pour la détermination du domaine public<sup>1170</sup>. Seule la loi peut prévoir des exceptions, comme pour la coordination de la mise en œuvre des forces de police<sup>1171</sup>. Cependant, elle peut également faire obligation à l'administration d'intervenir par voie d'acte administratif unilatéral : par exemple, pour déterminer les modalités de contrôle des établissements privés d'enseignement agricole<sup>1172</sup>, ou pour fixer les conditions imposées aux installations classées pour la protection de l'environnement<sup>1173</sup>.

477. Le procédé contractuel s'est donc imposé comme un support de premier ordre de l'action publique, impliquant une remise en cause évidente de l'unilatéralisme normatif, soit que le contrat vienne se substituer à la pratique de l'acte administratif unilatéral, soit qu'il apparaisse opportun pour la conduite de nouvelles actions ou l'établissement de nouvelles relations entre les divers acteurs du partenariat. Fondamentalement, le contrat est un vecteur puissant d'érosion de la contrainte normative, en ce qu'il génère un droit négocié, et non plus exclusivement imposé.

Dès lors, il est assez étonnant de prétendre que la notion de norme permissive soit poussée en avant pour illustrer un phénomène qui, selon de nombreux observateurs, est le résultat du développement du procédé contractuel. Y aurait-il erreur sur la cause ? Après tout, la norme permissive reste souvent associée à l'acte unilatéral ; seule l'impérativité de ce dernier est remise en cause, mais le procédé reste « vertical » : l'autorité permet. La norme permissive illustrerait donc surtout l'infléchissement de la logique impérative de l'acte administratif unilatéral. Pour autant, cette catégorie de normes est-elle étrangère à la démarche contractuelle ? La réponse à cette question suppose de dissocier la notion de permissivité normative – qui s'attache au *negocium* – de l'*instrumentum*.

---

<sup>1168</sup> CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec.*, p. 595 ; CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, *DA* 1998, n° 44 (contrat confiant à une société privée la surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune).

<sup>1169</sup> CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de La Marnière*, *Rec.*, p. 25.

<sup>1170</sup> V. Jacques Moreau, « Les matières contractuelles », *AJDA* 1998, p. 747-752, spéc. p. 751.

<sup>1171</sup> Art. L2212-6 du CGCT.

<sup>1172</sup> CE Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *Rec.*, p. 22.

<sup>1173</sup> CE, 8 mars 1985, *Association Les amis de la Terre*, *Rec.*, p. 73 ; *RFDA* 1985, p. 363, concl. P.-A. Jeanneney ; *AJDA* 1985, p. 382, note J. Moreau.

## B – LA COMPLEMENTARITE POSSIBLE DU PROCEDE CONTRACTUEL ET DE LA NORME PERMISSIVE

**478.** Contrat et norme permissive n'appartiennent pas au même registre. Le contrat est un *procédé*, une *technique*, opposée à l'acte unilatéral (qu'il soit acte administratif ou encore acte législatif). La norme permissive est une *qualité* de norme, c'est-à-dire de proposition posée comme modèle de qualification obligatoire de situations ou d'actions. Elle est relative au fond du droit, à la substance de ce qui *doit être*. Avancer la notion de norme permissive pour caractériser l'érosion de la contrainte normative semble aller de soi, puisqu'elle s'oppose à la norme impérative, caractéristique de cette contrainte. Cependant, cette approche, centrée sur le seul *negocium*, s'avère insuffisante, et doit être combinée à une analyse de l'*instrumentum*, d'autant que rien ne permet d'associer nécessairement norme impérative et acte unilatéral, ni norme permissive et contrat. Le degré de contrainte normative s'apprécie donc par un regard croisé de ces deux niveaux d'analyse.

Dans cette perspective, un contrat peut parfaitement poser une norme permissive, c'est-à-dire ouvrir une faculté à l'un des co-contractants. Le support normatif ne préjuge pas du discours normatif (2). Cela étant, la norme permissive ne se réduit pas à un contenu possible d'engagement contractuel, elle entretient nécessairement, en amont, des liens avec la possibilité même de recourir au contrat (1).

### ***1 – Norme permissive et liberté contractuelle***

**479.** Le principe même de liberté contractuelle repose sur la permissivité normative, qu'il s'agisse des personnes publiques comme des personnes privées. En effet, la norme permissive suppose l'ouverture d'une faculté, qui correspond autant à un pouvoir qu'à une liberté. Or, d'après Mme Bréchon-Moulènes, « par définition, le système des contrats est lié à la notion de liberté »<sup>1174</sup> ; et de poursuivre : « la liberté contractuelle n'est-elle pas la faculté pour la personne publique d'exercer une compétence qui ne passe pas par la voie de l'autorité ? La faculté de traiter avec son cocontractant, sans lui imposer sa seule volonté »<sup>1175</sup> ? Cependant, posé le principe du lien entre norme permissive et la liberté contractuelle, qui implique qu'il ne s'agit bien que d'une simple faculté, non d'une obligation, il reste à trancher la question du caractère exprès ou tacite d'une telle norme.

---

<sup>1174</sup> Christine Bréchon-Moulènes, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 1998, p. 643-650, spéc. p. 644.

<sup>1175</sup> *Op. cit.*, p. 645.

**480.** A la lecture de la jurisprudence, la position du juge n'est pas toujours nette. Il arrive d'abord que le juge administratif appréhende la liberté contractuelle des personnes publiques comme procédant d'une norme permissive tacite – permissivité faible –, « dans le creux de la réglementation »<sup>1176</sup>. Ainsi, le juge se borne-t-il à relever qu'« aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement »<sup>1177</sup>, ou encore qu'« aucun principe général du droit n'oblige les collectivités publiques à recourir au préalable à la concurrence lors de la passation de leurs contrats d'assurances »<sup>1178</sup>.

Dans d'autres espèces, le juge reconnaît explicitement la liberté contractuelle des personnes publiques mais la circonscrit immédiatement<sup>1179</sup>, ou bien n'évoque, en fait de liberté contractuelle, qu'une « marge d'appréciation [laissée] aux collectivités concernées pour la négociation [de] contrats »<sup>1180</sup>; mais il n'est guère plus clair sur le fondement de cette prérogative des personnes publiques, ni même lorsqu'il évoque à cet égard un droit<sup>1181</sup>, un pouvoir<sup>1182</sup> ou une règle<sup>1183</sup>.

En d'autres termes, l'affirmation de la liberté contractuelle peut-être plus ou moins explicite, il est difficile de la rattacher à une norme permissive déterminée. L'arrêt de section du Conseil d'Etat du 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, bien qu'affirmant le principe de la liberté contractuelle, n'apporte rien sur ce point<sup>1184</sup>. D'ailleurs, la qualification retenue de principe, si elle augure du caractère général et fondamental de cette liberté, révèle bien le flou qui préside à son ancrage dans le droit positif.

**481.** Il a cependant été décidé par le Conseil constitutionnel que « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle » et « que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis »<sup>1185</sup>. Selon M. Stirn, il

---

<sup>1176</sup> *Op. cit.*, p. 646.

<sup>1177</sup> CE Sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, *Rec.*, p. 41.

<sup>1178</sup> CE Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurance*, *Rec.*, p. 326.

<sup>1179</sup> TA Nice, 21 mars 1995, *Préfet du Var c/ Commune de Sanary*, n° 94-2798, 94-2799, 94-2925, 94-2926.

<sup>1180</sup> TA Lyon, 18 avril 1996, *Communauté urbaine de Lyon c/ Préfet du Rhône*, *LPA* 23 septembre 1996, p. 10.

<sup>1181</sup> CE, 10 avril 1970, *Beau et Lagarde*, *Rec.*, p. 243

<sup>1182</sup> CE, 3 mai 1974, *Flesh*, *Rec.*, p. 259.

<sup>1183</sup> CE Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télévision et autres*, *Rec.*, p. 97.

<sup>1184</sup> *RFDA* 1998, p. 455 ; *AJDA* 1998, p. 287.

<sup>1185</sup> Décision n° 97-338 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite* (Daloz 1999, somm., p. 234, L. Favoreu, et p. 236, F. Mélin-Soucramanien). V. aussi la décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n°*

résulterait de la combinaison des décisions du Conseil constitutionnel et de l'arrêt *Société Borg Warner*, « qu'il existe en droit public un principe de liberté contractuelle, que ce principe n'est pas en lui-même de niveau constitutionnel, qu'il appartient au législateur – et au législateur seul – d'en tracer les limites »<sup>1186</sup>.

S'agissant des collectivités territoriales, le rattachement de la liberté contractuelle à la libre administration<sup>1187</sup> contribue à renforcer un sentiment ambivalent d'évidence et de mystère quant à son fondement, mais confirme la compétence du législateur en la matière. Il lui revient, dans le cadre de la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de formaliser cette liberté contractuelle. Aussi, de nombreuses facultés de s'engager contractuellement sont-elles expressément ouvertes aux collectivités territoriales dans le cadre de la loi.

**482.** Pour autant, si une « habilitation législative préalable » semble nécessaire<sup>1188</sup>, cela n'exclut pas l'introduction dans la loi, non pas d'une faculté de contracter, mais d'un véritable impératif. Ainsi, l'article 26 alinéa 2 de la loi du 2 mars 1982 disposait-il que « dans chaque département et jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi prévue à l'article 1<sup>er</sup> de la présente loi et relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, une convention conclue entre le représentant de l'Etat dans le département et le président du conseil général, et approuvée par arrêté du ministre de l'intérieur, constate la liste des services ainsi placés sous l'autorité du président du conseil général ».

Non seulement l'établissement de cette liste était impératif – en cas de carence, il y serait procédé par décret en Conseil d'Etat<sup>1189</sup> –, mais le procédé contractuel était lui aussi imposé ; cependant, il avait une portée bien relative puisque la convention en cause visait à adapter « à la situation particulière de chaque département les dispositions d'une convention type approuvée par décret »<sup>1190</sup>. Mais l'idée même de liberté contractuelle devrait faire obstacle à l'existence d'obligations de contracter, et postuler pour une permissivité de principe. Or, la

---

92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des Communautés européennes, *Rec. CC*, p. 117 : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ».

<sup>1186</sup> Bernard Stirn, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *op. cit.*, p. 673.

<sup>1187</sup> La liberté contractuelle est un attribut de la libre administration. Le législateur ne peut y porter une atteinte excessive. V. décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption* (RJC I-516).

<sup>1188</sup> V. Jacques Moreau, « Les matières contractuelles », *op. cit.*, p. 750.

<sup>1189</sup> Art. 26 al. 3 de ladite loi.

<sup>1190</sup> *Ibid.*



liberté contractuelle n'est pas un droit fondamental<sup>1191</sup>, et n'a pas directement valeur constitutionnelle ; aussi, le législateur est-il libre de l'aménager, notamment pour y apporter des limites qui, bien que devant être interprétées strictement<sup>1192</sup>, pourront autant priver les personnes publiques de la faculté de recourir au contrat, que de celle de ne pas y recourir.

**483.** A l'analyse, il ressort toutefois des textes imposant un recours au contrat, qu'il s'agit moins d'obliger les personnes publiques à faire usage de leur faculté de contracter, que d'imposer l'instrument contractuel pour formaliser la mise en œuvre d'une autre faculté ; en d'autres termes, le contrat devient une obligation imposée pour l'exercice d'une faculté, comme cela apparaît clairement dans la décision du Conseil constitutionnel du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, à propos de l'article L441-1 du Code de la construction et de l'habitation. Ce dernier permet au représentant de l'Etat de déléguer au maire ou, avec l'accord du président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat, tout ou partie de ses droits de réservation de logements appartenant aux organismes d'habitations à loyer modéré ; or, selon le Conseil, « *l'exercice de cette faculté est subordonné à la conclusion d'une convention qui fixe les engagements du délégataire en vue de la mise en œuvre du droit au logement [...], les conditions du retrait de cette délégation...* »<sup>1193</sup>. Un raisonnement similaire peut être suivi s'agissant de l'article 28 alinéa 3 de la loi du 13 août 2004, qui prévoit que le transfert de propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion de certains aérodromes civils appartenant à l'Etat aux collectivités territoriales, fait l'objet d'une convention qui dresse un diagnostic de l'état de l'aérodrome, définit les modalités du transfert et fixe sa date d'entrée en vigueur. La convention est une formalité imposée à l'exercice de la faculté ouverte.

**484.** Si la permissivité normative semble entretenir, en dépit de certaines limites, des liens essentiels avec la liberté contractuelle, il ne fait pas de doute que le contrat puisse servir de support à des dispositions permissives.

---

<sup>1191</sup> Sur cette question, v. *in AJDA* 1998 : Etienne Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental », p. 651-666 ; Philippe Terneyre, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », p. 667-672 ; Bernard Stirn, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *op. cit.*

<sup>1192</sup> CE Sect., 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, préc.

<sup>1193</sup> Décision n° 2004-503 DC, cons. 24 (CCC, n° 17 ; *LPA* 31 août 2004, p. 3-13).4

## 2 – Norme permissive et engagement contractuel

485. Le contrat est une technique visant à produire, par principe, des effets juridiques entre les parties. Or, si l'on parle couramment d'obligation contractuelle, cette expression ne préjuge pas du contenu possible du contrat. La notion d'obligation contractuelle renvoie à l'idée d'un *devoir-être*, de nature contractuelle – ce *devoir-être* est la « loi des parties »<sup>1194</sup>. Cela implique que les dispositions d'un contrat peuvent non seulement édicter un impératif, mais aussi ouvrir une faculté au profit d'un ou de plusieurs co-contractants. Certes, les contrats visent surtout à déterminer des engagements impératifs, la marge de permissivité provenant du contrat résultant surtout du non-dit contractuel. Toutefois, les stipulations expressément permissives sont relativement communes.

486. Il est ainsi fréquent que les contrats contiennent des dispositions relatives à leur modification. A titre d'exemple, le chapitre IV de la Convention particulière « Culture », prise en application du volet 3-2 « L'action régionale, développement de l'attractivité (programme 3-2-3) » du IV<sup>e</sup> contrat du plan entre l'Etat et la Région du Limousin signé le 26 juin 2000, dispose que « *la présente convention pourra être modifiée sur proposition d'un des membres de la commission mixte visée au chapitre 2. Après consultation de cette commission, la modification sera proposée pour décision au Préfet de Région et au Président du Conseil Régional* »<sup>1195</sup>.

De même, la faculté de résiliation peut être formalisée dans un contrat, soit pour permettre de mettre fin à un engagement à durée indéterminée, soit pour résilier, avant terme, un contrat à durée déterminée. Dans ce dernier cas, la formalisation de la faculté de résiliation peut consister également à déterminer les conditions et conséquences de cette résiliation, en terme d'indemnisation du co-contractant notamment. Toutefois, une faculté de résiliation existe nécessairement pour les engagements à durée indéterminée – il ne peut y avoir d'engagement perpétuel – et la jurisprudence considère qu'elle existe même sans texte, s'agissant des engagements à durée déterminée. Il en est d'ailleurs de même des pouvoirs de résiliation<sup>1196</sup> et de modification<sup>1197</sup> unilatérales appartenant à l'administration dans les contrats administratif, qui résultent d'une norme permissive permanente et non-écrite.

---

<sup>1194</sup> Cela résulte de la force *obligatoire* des contrats, en application de l'article 1134 du Code civil.

<sup>1195</sup> <http://www.limousin.culture.gouv.fr/pageshtmlsitedrac/contratdeplan.htm>

<sup>1196</sup> CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, préc.

<sup>1197</sup> CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33.

**487.** Au-delà de ces facultés concernant l'existence même du contrat, et l'évolution de son contenu, des stipulations permissives peuvent véritablement organiser les rapports des co-contractants dans l'exécution du contrat. La convention de concession passée entre l'Etat et la Compagnie Eiffage du viaduc de Millau<sup>1198</sup> en apporte plusieurs illustrations. Les facultés reconnues peuvent ainsi se rapporter aux pouvoirs de surveillance, de contrôle et de sanction du concédant : l'article 5.3 de la convention stipule ainsi que « *l'Autorité chargée du contrôle pourra se faire communiquer tous les documents relatifs à l'exécution de l'Ouvrage (plans d'assurance qualité, rapports d'audit, études, plans d'exécution, notes de calculs, contrôles, essais, comptes-rendus de réunions,...)* » ; l'article 39.1 prévoit, quant à lui, que « *le concédant [...] pourra exiger du concessionnaire, après mise en demeure infructueuse dans le délai fixé et l'avoir mis en mesure de présenter ses observations, le versement d'une pénalité pour tout manquement aux obligations du présent cahier des charges* ». Mais le concessionnaire peut également se voir ouvrir des facultés d'action – ce que la détermination de droits et obligations du concessionnaire suppose d'ailleurs : ainsi, l'article 25.6 énonce que « *le concessionnaire pourra établir des tarifs différents selon les périodes, notamment en vue d'assurer une meilleure fluidité du trafic* » ; l'article 27 qu'il « *pourra, dans le cadre des lois et règlements en vigueur, procéder à toutes vérifications auprès des usagers destinées à déterminer le tarif de péage à appliquer* ».

**488.** Par ailleurs, il arrive que les contrats pris en application de dispositions législatives reproduisent celles-ci, qui constituent alors une partie souvent substantielle de leur contenu. Par suite, les clauses d'un contrat sont donc susceptibles de reproduire les dispositions permissives contenues dans la loi de référence. Par exemple, l'article L5211-4-1-II du CGCT prévoit, en son alinéa 1<sup>er</sup>, que « *les services d'un établissement public de coopération intercommunale peuvent être en tout ou partie mis à disposition d'une ou plusieurs de ses communes membres, pour l'exercice de leurs compétences, lorsque cette mise à disposition présente un intérêt dans le cadre d'une bonne organisation des services. Une convention conclue entre l'établissement et les communes intéressées fixe alors les modalités de cette mise à disposition* ». Or, selon les alinéa 3 et 4 : « *le maire [...] adresse directement au chef du service mis à disposition toutes instructions nécessaires à l'exécution des tâches qu'il confie audit service. Il contrôle l'exécution de ces tâches.*

---

<sup>1198</sup> V. Décret n° 2001-923 du 8 octobre 2001 *approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau pour le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien du viaduc de Millau* et le cahier des charges annexé à cette convention (JORF 10 octobre 2001).

*Il peut donner, sous sa surveillance et sa responsabilité, par arrêté, délégation de signature au chef dudit service pour l'exécution des missions qu'il lui confie en application de l'alinéa précédent ».*

Il s'en suit bien qu'au moins deux facultés, ouvertes au profit du maire, pourront être introduites dans la convention. Si le dernier alinéa ne prête pas à discussion sur ce point, l'alinéa 3, qui procède à une habilitation du maire, ne saurait toutefois être compris autrement que comme une norme permissive, en ce qu'il permet au maire d'exercer son pouvoir d'instruction. En revanche, la mission de contrôle de l'exécution des tâches confiées devrait plutôt donner lieu à la formulation d'un impératif dans la convention.

**489.** La norme permissive n'est donc pas nécessairement liée au procédé unilatéral d'autorisation, et peut résulter du contrat. Certes, la réalité sociologique de l'élaboration du contrat en cause peut révéler une absence de véritable négociation entre les parties – le contrat peut se réduire à un contrat d'adhésion<sup>1199</sup> – mais sur le plan formel, les engagements souscrits, comme les facultés ouvertes, sont bien de nature conventionnelle. M. de Béchillon souligne à cet égard l'illusion contractuelle qui peut naître dans les rapports entre l'autorité administrative et le pétitionnaire d'un permis de construire.

Certes, ce dernier doit solliciter l'autorisation pour en bénéficier, et l'autorité administrative ne lui délivrera pas de permis sans cette démarche. *Prima facie*, cette relation semble reposer sur un accord. Toutefois, il ne saurait être question d'une relation contractuelle entre les deux « parties » : l'acte unilatéral conserve sa nature, même si le permissionnaire a sollicité le permis<sup>1200</sup>. En effet, la situation juridique du pétitionnaire procède, *a priori*, du cadre impératif et unilatéral – du statut – qui lui fait justement obligation de solliciter un permis. Au contraire, avec le contrat, la situation juridique naît complètement de l'accord de volontés, celles d'autorités ayant toutes deux un pouvoir normatif. En réalité, la demande du pétitionnaire « est une condition d'octroi du permis [...], mais pas une codécision de l'octroyer »<sup>1201</sup>.

**490.** Enfin, les rapports entre contrat et norme permissive soulèvent une dernière interrogation : certains contrats conclus par les personnes publiques entre elles, notamment

---

<sup>1199</sup> V. Jacques Chevallier, *Science administrative, op. cit.*, p. 436.

<sup>1200</sup> Denis de Béchillon, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *op. cit.*, p. 18.

<sup>1201</sup> Denis de Béchillon, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *ibid.*

pour la programmation de l'action publique, n'ont parfois qu'une faible portée juridique<sup>1202</sup>. Au bénéfice d'une inflexion évidente du « contrat-loi des parties », ces conventions ne sont pas toujours exécutées avec rigueur, et les défaillances ou retards des partenaires peuvent ne pas donner lieu à l'engagement de leur responsabilité contractuelle. *A priori*, cette situation tient à un déficit du caractère obligatoire de ces contrats et est étrangère à leur éventuel contenu permissif.

Le Conseil d'Etat jugeait en effet, en 1996, que le contrat de plan Etat-régions « n'emporte en lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit »<sup>1203</sup>. De là, les tiers ne sont pas admis à former des requêtes pour non-respect des engagements contenus dans ces contrats. Il en résulte que les contrats de plan Etat-régions font plus volontiers figure de protocoles d'accords réciproques que d'engagements juridiques véritables, dotés de la force obligatoire nécessaire à leur exécution effective ; à cet égard, le droit produit par ces contrats s'apparente au « droit mou » des recommandations ou déclarations, tant la formulation de leurs stipulations, serait-elle impérative, n'impliquerait aucune contrainte normative efficace<sup>1204</sup>.

**491.** Cela étant, il semble que ces handicaps propres aux contrats programmatoires soient en passe d'être surmontés. Sur le plan politique, déjà, la bonne exécution, par l'Etat, de ses engagements contractuels, doit être l'objet d'une attention particulière dans le cadre des contrats de projets Etat-régions pour 2007-2013<sup>1205</sup>. Mais surtout, le juge administratif a considéré qu'un tiers peut poursuivre l'annulation des actes détachables d'un contrat de plan conclu entre l'Etat et La Poste (comme la décision de les signer), à condition toutefois de démontrer que ses stipulations soient de nature à léser ce tiers dans ses intérêts de manière certaine et directe<sup>1206</sup>.

---

<sup>1202</sup> Au contraire d'autres contrats auxquels la jurisprudence confère un caractère obligatoire certain. Ainsi, le juge administratif a-t-il annulé des décisions remettant en cause des engagements contractuels pris sur le fondement de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 : CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle (Rec., p. 105 ; RFDA 1989, p. 466, concl. Fornacciari ; AJDA 1989, p. 315, chron. E. Honorat et Baptiste)* ; CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine (Rec., p. 192 ; AJDA 1992, p. 480, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; JCP 1992, IV, 1930, note M.-C. Rouault)*.

<sup>1203</sup> CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie, DA 1997, n° 121 ; RFDA 1997, p. 339, concl. J.-H. Stahl, note Y. Madiot*.

<sup>1204</sup> V. *contra*. CE, 15 novembre 2000 (2 espèces), *Région Alsace et Département du Haut-Rhin (CJEG 2001, p. 118, concl. A. Seban)* où le juge retient la responsabilité pour faute de l'Etat pour non-respect d'un engagement formel et précis.

<sup>1205</sup> Le Comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires du 6 mars 2006 en fait un « fondement » des nouveaux contrats (*op. cit.*).

<sup>1206</sup> CE Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicale Force ouvrière des travailleurs des Postes et Télécommunications, Rec., p. 354*. V. aussi CAA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 12 juillet 2001, *Amaury Nardone, n° 2001-*

492. Il reste que dans certaines hypothèses, le jeu même de la liberté contractuelle peut permettre à des co-contractants publics de limiter les conséquences de leurs engagements. Ainsi, l'article L6145-16 du Code de la santé publique, dispose que « *le contrat négocié puis cosigné entre le directeur et le président de la commission médicale d'établissement, d'une part, et chaque responsable de pôle d'activité, d'autre part, définit [...] les conséquences en cas d'inexécution du contrat* ». En théorie, cette disposition législative reconnaît implicitement la faculté d'exclure toute responsabilité contractuelle pour non exécution des engagements pris ; l'indétermination de l'habilitation législative lui confère un caractère forcément permissif. Cependant, dans ce cas de figure, c'est justement la force obligatoire de la convention qui permettrait paradoxalement aux parties d'échapper à leurs engagements.

493. Les relations entre contrat et norme permissive sont donc riches : au fondement même de la liberté contractuelle, la permissivité est susceptible de présider aux rapports instaurés par les parties dans leur engagement. Le contrat, technique normative, œuvre sans aucun doute pour une érosion de la contrainte normative mais l'appréciation de cette dernière suppose une approche globale, tant au plan du procédé créateur du droit : convention ou acte unilatéral, qu'à celui de la nature du droit créé : impératif ou permissif, obligatoire ou non.

494. La catégorie des normes permissives n'est donc manifestement pas l'unique source d'érosion de la contrainte normative. Sur le fond du droit, les dispositions insuffisamment prescriptives qui se sont multipliées dans le droit positif y concourent amplement. Mais surtout, cette érosion tient en grande partie au développement d'un droit dénué de force obligatoire et à la ferveur dont témoignent les pouvoirs publics à l'égard du procédé contractuel : cela remet alors en cause la propension du droit à s'imposer nécessairement et unilatéralement aux acteurs juridiques. A l'érosion de la contrainte normative correspond alors une requalification de la volonté des destinataires des règles de droit. La norme permissive n'apparaît donc que comme un facteur parmi d'autres d'une mutation empruntant à différents registres : nature déontique, teneur prescriptive, obligatorité, *instrumentum*, etc. Cette « banalisation » de la norme permissive – qui s'exprime aussi dans son association possible à la démarche contractuelle – efface donc un premier présupposé faisant de la permissivité la mesure de la crise de l'autorité du droit. D'ailleurs, la thèse même d'une dimension idéologique de la permissivité suscite des réserves.

---

168299, cité par Laurent Argentieri, « Du risque pour les collectivités territoriales de contracter avec l'Etat », *op. cit.*, p. 9.

## § 2 – UNE FILIATION IDEOLOGIQUE DISCUTABLE

495. L'adjectif *permissif* confère-t-il à la variété de norme étudiée une connotation idéologique particulière ? Sur le terrain de l'analyse déontique, la notion est neutre : *permissif* n'est qu'une manière de qualifier ce qui n'est pas *impératif*. Toutefois, le premier adjectif – plus encore que le second – renvoie immanquablement à quelque appréciation d'ordre idéologique, à un sens véhiculé par le langage courant. Après tout, la norme permissive est l'instrument normatif qui reconnaît des droits, donne licence, laisse le sujet de droit se déterminer librement quant à ce qui ne lui est que proposé. Au plan de l'action publique, la norme permissive organise les rapports des divers acteurs sur un mode plutôt incitatif, basé sur le volontariat, et en tout cas non-directif. Que le discours sur la notion de norme permissive soit influencé par des représentations idéologiques n'a donc rien de surprenant.

Cependant, le fait que l'érosion de la contrainte normative à l'œuvre ne puisse être tenue pour exclusivement liée à cette catégorie de normes, tempère ce point de vue. Mais surtout, un double constat s'impose, qui dilue dans le droit positif la prétendue idéologie attachée à la permissivité normative : le procédé de la norme permissive est consubstantiel à la reconnaissance aux autorités publiques de prérogatives assorties d'un pouvoir plus ou moins discrétionnaire. La norme permissive n'est donc pas foncièrement étrangère à l'autorité (B). Et quant bien même la norme permissive serait un instrument visant à octroyer des droits et libertés aux personnes privées, l'aménagement concret de l'exercice de ceux-ci joue un rôle déterminant ; à cet égard, la reconnaissance de facultés en droit administratif repose dans une large mesure sur le système de l'autorisation préalable, régime d'exercice contraignant des libertés publiques (A).

### ***A – Le régime d'exercice contraignant de certaines facultés ouvertes aux administrés***

496. Selon M. Mourgeon, « l'affirmation juridique des droits s'effectue par divers procédés qui aboutissent tous au même résultat : la limitation des droits »<sup>1207</sup> ; il s'en suit donc que toute production normative, même permissive, s'avère restrictive des droits et libertés. Aussi est-ce peut-être la norme permissive implicite – la permission faible –, celle qui résulte d'une absence d'impératif, que procède l'expression la plus libérale de la permissivité normative, en

---

<sup>1207</sup> Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 71.

dépôt du faible degré de garantie offert à son bénéficiaire et des incertitudes quant à sa situation juridique.

**497.** A l'opposé, la formulation positive d'une faculté dans le droit positif, qui implique une plus grande garantie de celle-ci face aux tiers notamment, constituerait paradoxalement une situation normative moins libérale. En effet, l'ouverture expresse de facultés aurait nécessairement pour corollaire un conditionnement de celles-ci, et par suite, une restriction de la faculté ouverte. Pour Mme Barthe-Gay, ce conditionnement serait même la seule explication de l'utilité de la formulation expresse de facultés dans le droit positif, puisqu'à défaut de cette nécessité, la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* pourrait suffire<sup>1208</sup>.

Certes, un tel conditionnement accompagne fréquemment l'ouverture d'une faculté dans le droit, qu'il s'agisse d'un conditionnement sur le fond, quant aux finalités, ou qu'il résulte d'un complexe de normes ; mais il n'est nullement systématique. En revanche, ce qui semble l'être, c'est la *circonscription* de la faculté ouverte – et non son conditionnement – par le fait même de sa formulation. Exprimer une faculté la délimite nécessairement, borne en fait et en droit la liberté de son bénéficiaire. Partant, l'utilité de la formulation expresse des facultés ne se rapporte plus à leur conditionnement – qui n'est qu'éventuel –, mais simplement à leur délimitation. Que ces facultés soient par ailleurs conditionnées est un autre point, qui n'est pas l'explication première de l'effet restrictif de la formulation expresse des facultés par les normes permissives.

**498.** Pour autant, s'agissant des facultés reconnues aux administrés, la question de leur formulation expresse n'épuise pas la discussion relative au degré de liberté juridique accordé par le droit. En effet, ce degré de liberté est tributaire du régime d'exercice des facultés prévu ; en d'autres termes, du recours ou non à un mécanisme d'autorisation préalable pour leur mise en œuvre par les administrés. L'ouverture d'une faculté peut en effet résulter de l'insertion dans le droit positif d'une norme permissive qui ne subordonne son exercice à aucune formalité spécifique : la faculté en cause est directement et librement mobilisable par les sujets de droit, ce qui correspond au régime dit répressif d'aménagement des libertés publiques. Postulant la liberté d'action, ce régime est le plus libéral. Au contraire, le régime préventif d'exercice des libertés publiques subordonne l'usage effectif d'une faculté à l'obtention d'une autorisation préalable. La situation juridique du sujet de droit est

---

<sup>1208</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 246-247.



nécessairement moins libérale. Celui-ci est même dans l'impossibilité d'exercer librement cette faculté en raison d'un impératif de principe, qui fait obstacle à cet exercice.

**499.** Dans cette perspective, l'intervention de l'administration apparaît bien comme permissive – l'acte édicté par l'autorité compétente s'analysera, si elle accorde l'autorisation, en une norme permissive – puisqu'elle est susceptible de rendre effective la faculté qui était jusqu'ici simplement virtuelle. En outre, c'est bien l'impératif de principe qui proscrie le libre exercice de la faculté en cause. Toutefois, aussi contraignant soit-il, ce dernier s'impose à tous les sujets de droit, indifféremment et indépendamment de toute intervention administrative. Au contraire, l'acte permissif, censément favorable au pétitionnaire, est le lieu de manifestation de la délibération administrative, et source d'une évidente incertitude pour l'administré, d'autant qu'il est fréquent que l'autorité administrative détienne elle-même une faculté d'accorder ou non l'autorisation<sup>1209</sup>. Le mécanisme de l'autorisation préalable implique donc un cadre d'exercice moins libéral des facultés ouvertes aux administrés. La norme permissive résultant de l'acte administratif d'autorisation recèle ainsi un paradoxe tenant à ce qu'elle vise à reconnaître une liberté (autorisation) ou donner licence (dérogation) aux administrés, alors même qu'elle suppose l'intervention de la puissance administrative dans le cadre d'un contrôle préventif systématique des activités de ces derniers.

**500.** Bien que fondamentalement permissif, le procédé encourt donc un certain nombre de griefs, exprimés par la doctrine. M. Rivero rappelle ainsi que « sous toutes ses formes, dans toutes ses incarnations, l'autorisation préalable est la bête noire des libéraux, car, si elle laisse au citoyen la liberté du projet, elle confisque au profit de l'autorité administrative la liberté véritable, celle de la décision qui permet de passer du projet à l'acte »<sup>1210</sup>. Plus durement encore, il écrit : « la prévention met la liberté à la discrétion de l'Exécutif, par l'autorisation préalable ou l'interdiction. Elle est donc, par définition, la porte ouverte à l'arbitraire, quelles que soient les limites dans lesquelles le juge administratif, infirmant les défiances initiales, s'efforcera de l'enfermer. Le système répressif, lui, ouvre à l'individu un vaste champ où il est seul maître de ses comportements, sans avoir de comptes à rendre à personne »<sup>1211</sup>.

---

<sup>1209</sup> Mme Barthe-Gay parle à cet égard de norme permissive ouvrant une « double faculté » : « le titulaire a le droit-faculté de conférer un droit du même type au destinataire » (« Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 243 et s.).

<sup>1210</sup> Jean Rivero, préface à l'ouvrage de Pierre Livet, *L'autorisation préalable et les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>1211</sup> Jean Rivero, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 549-561, spéc. p. 552.

M. Livet tient le même discours : « Dès lors en effet que la possibilité d’agir n’est pas directement reconnue à l’individu, mais au contraire se trouve subordonnée à l’intervention permissive d’une tierce personne – fût-elle une autorité administrative – il devient difficile de prétendre que cet individu soit véritablement libre »<sup>1212</sup> ; il considère même que l’administration détient « de très larges moyens d’influencer, dans un sens négatif, l’exercice des libertés publiques »<sup>1213</sup>.

**501.** Ces critiques trouvent un écho retentissant dans les discours sur la réforme et la modernisation de l’Etat : en témoignent les *leitmotivs* de l’allègement des formalités administratives et de la réduction du nombre d’autorisations que les administrés, et notamment les entreprises, sont obligés de solliciter<sup>1214</sup>. De même, l’hostilité que semble manifester le juge administratif dans certains arrêts relatifs aux pouvoirs de police administrative, tant à l’égard du mécanisme de l’autorisation préalable<sup>1215</sup>, qu’à celui de la déclaration préalable<sup>1216</sup>, renforce ce sentiment de suspicion ; certes, ces procédés sont *a priori* moins contraignants que les mesures d’interdiction et pourraient mieux préserver les libertés publiques, mais cette position semble se justifier par le risque de traitement inégal des administrés qui leur est inhérent. Seul le législateur peut donc, en principe, instituer un système d’autorisation ou de déclaration préalable, reconnaissant une faculté d’interposition de l’administration<sup>1217</sup>. Toutefois, rien ne garantit que le Conseil constitutionnel n’estime pas qu’un régime d’autorisation discrétionnaire constitue une atteinte excessive à une liberté, là où un régime de compétence liée aurait probablement été jugé régulier<sup>1218</sup>.

**502.** Cette prégnance du régime préventif semble aller de pair avec la prépondérance du pouvoir administratif dans notre système de droit. Singularité culturelle<sup>1219</sup> ou fruit d’une

---

<sup>1212</sup> Pierre Livet, *L’autorisation préalable et les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>1213</sup> *Op. cit.*, p. 8.

<sup>1214</sup> V. la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit (*JORF* 10 décembre 2004, p. 20857 – rectificatif *JORF* 2 mars 2005 p. 3697).

<sup>1215</sup> Par ex., retenant l’illégalité de la subordination à autorisation de la circulation de véhicules publicitaires : CE Sect., 2 avril 1954, *Petronelli, Rec.*, p. 208 ; *AJDA* 1954, 2 bis, p. 9, chron. M. Long ; *DA* 1954, p. 98, concl. P. Laurent. Sur l’illégalité de l’institution d’un régime d’autorisation en matière d’affichage : CE, 31 juillet 1996, *Société France Affichage Vauchuse, Rec.*, p. 316 ; *RFDA* 1996, p. 1050.

<sup>1216</sup> En matière d’affichage : CE, 8 décembre 1999, *Commune de Pont-à-Mousson, JCP* 2000, n° 10331, note. J.-P. Strebler.

<sup>1217</sup> Il ne semble y avoir d’exception au principe que lorsque l’exercice de l’activité en cause suppose ne occupation privative du domaine public ; v. par ex. : CE, 22 juin 1983, *Ville de Lyon, Rec.*, p. 269 ; *DA* 1983, n° 338 ; CE, 17 janvier 1986, *Mansuy, AJDA* 1986, p. 185 ; *RDP* 1987, p. 817.

<sup>1218</sup> V. décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi sur la solidarité et le renouvellement urbains (JORF* 14 décembre 2000, p. 19840 ; *RFDC* 2001, p. 346, note F. Mélin-Soucramanien ; *LPA* 28 décembre 2001, n° 259, p. 26, note F. Robbe ; *AJDA* 2001, p. 18, note J.-E. Schoettl ; *CCC* 2001, n° 10, p. 9).

<sup>1219</sup> V. Blandine Kriegel, *Etat de droit ou Empire ?* Bayard, 2002 ; Gwénaëlle Calvès, « La société sous l’emprise du droit : France – Etats-Unis : deux cultures juridiques », *Le droit dans la société*, Cahiers français,

évolution irrésistible<sup>1220</sup>, cette situation place une partie des droits et libertés sous la surveillance – « renforcée »<sup>1221</sup> – de l'autorité administrative, le contrôle de leur bon exercice s'opérant *a priori*, par le prisme de la délibération administrative. Sans doute est-ce cette situation de liberté « retenue »<sup>1222</sup>, suspendue à l'appréciation de l'autorité compétente, qui constitue l'explication du caractère aliénant du mécanisme. En effet, en règle générale, l'intervention administrative se borne à rendre possible – ou à empêcher – l'exercice effectif d'une faculté qui existe déjà dans le droit positif ; elle revêt, autrement dit, une dimension recognitive. Le droit positif ouvre une faculté qu'il « paralyse » immédiatement par l'édiction d'un double impératif : une prohibition de l'usage direct de cette faculté<sup>1223</sup> et une obligation de solliciter l'autorité administrative. Ainsi, la faculté de démolir un immeuble est-elle une modalité matérielle de l'*abusus*, attribut du droit de propriété ; toutefois, le droit de l'urbanisme subordonne l'exercice concret de cette faculté à l'obtention d'un permis de démolir<sup>1224</sup>. De même, l'ouverture d'une installation industrielle susceptible de générer des pollutions, bien que procédant de la liberté du commerce et de l'industrie, suppose une autorisation administrative rendant véritablement possible l'exercice de cette faculté<sup>1225</sup>.

**503.** La justification de l'intervention administrative ne souffre pourtant pas la critique. Il s'agit la plupart du temps de concilier l'exercice de facultés concurrentes, ou encore de s'assurer du respect, par l'activité projetée, d'une réglementation complexe<sup>1226</sup>. Il peut aussi être nécessaire de vérifier que la mise en œuvre d'une faculté ne causera pas un dommage éventuellement irréversible. Ainsi, l'autorisation d'installation classée pour la protection de l'environnement permet-elle à l'autorité administrative de s'assurer de la compatibilité entre

---

La Documentation française, n°288, oct.-déc. 1998, p. 28-29 ; Jacques Caillosse, « Variations sur le modèle juridique d'administration. La modernisation de l'Etat », *AJDA* 1991, p. 755-764, spéc. p. 761.

<sup>1220</sup> Il convient, à ce sujet, de se reporter à la théorie du doyen Hauriou selon laquelle « les peuples vont d'un mouvement irrésistible de l'aristocratie et de la démocratie à des empires administratifs » (V. Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, *op. cit.*, p. 289 et s.). Pour sa part, M. Mathiot relève que « c'est à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle que la bureaucratie française s'est particulièrement établie, dans le cadre de deux régimes incontestablement républicains. La croissance de ce « quatrième pouvoir » marque d'ailleurs l'histoire de toutes les démocraties libérales, alors que d'une manière à peu près symétrique, les tenants du libéralisme ne cessaient de dénoncer les maux, d'après eux, inséparables de la bureaucratie » (André Mathiot, « Bureaucratie et démocratie », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 223-252, spéc. p. 227).

<sup>1221</sup> Pierre Livet, *L'autorisation préalable et les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1222</sup> *Ibid.*

<sup>1223</sup> Des sanctions sont en général prévues pour faire respecter cet impératif : par exemple, pour la construction sans permis de construire (art. L480-4 du Code de l'urbanisme).

<sup>1224</sup> Art. L430-2 du Code de l'urbanisme.

<sup>1225</sup> Art. L512-1 du Code de l'environnement, relatif aux autorisations d'installations classées pour la protection de l'environnement.

<sup>1226</sup> Le principe d'indépendance des législations, qui veut notamment que les autorisations d'urbanisme réservent les droits des tiers (par exemple au plan civil), a en effet dans ce domaine une portée assez relative, tant le droit de l'urbanisme, déjà fort complexe, est pénétré par d'autres branches du droit, comme le droit de l'environnement, le droit de la construction, ou le droit de la domanialité publique.

l'usage de sa liberté par l'industriel d'une part, la préservation de l'environnement et la sauvegarde de la sécurité publique d'autre part. Comme l'exprime fort bien M. Rivero, « on pouvait sans doute se contenter de la répression lorsque l'homme ne disposait pour nuire, que de moyens relativement limités. Mais le développement de la technique multiplie entre ses mains les possibilités de créer l'irréparable. S'en remettre à sa sagesse, et faire confiance à sa liberté pour qu'il n'abuse pas de ses pouvoirs, c'est jouer avec le feu »<sup>1227</sup>.

**504.** Dans d'autres hypothèses, cependant, l'intervention permissive de l'administrative mérite d'autant plus cette qualification qu'elle crée elle-même la faculté en cause : il ne s'agit plus de la libération effective d'une faculté virtuellement reconnue par le droit positif. Ainsi en est-il lorsque l'administration délivre une autorisation d'occupation privative du domaine public. Celle-ci constitue un usage anormal<sup>1228</sup> de la dépendance domaniale : la faculté du permissionnaire ne se fonde sur aucun droit préexistant – ni aucun droit tiré de son autorisation, puisqu'elle n'est délivrée qu'à titre précaire. Au contraire, la faculté normale prévue par le droit, et préexistant à l'autorisation privative, est celle de l'usage collectif de la dépendance, qui est en principe direct<sup>1229</sup>.

**505.** Bien que les normes permissives consacrent aux personnes privées un ensemble considérable de facultés, qui témoignent d'une conception moins autoritaire de la puissance publique, et d'une promotion des droits et libertés, il semble contestable d'en conclure que cette catégorie normative s'inscrit dans un cadre idéologique déterminé. La nuance s'impose, tant l'ouverture de ces facultés s'articule, en fait, avec des mécanismes réservant à l'administration un pouvoir d'appréciation éminent, qui freine quelque peu l'élan de libéralisme juridique incarné par la permissivité normative. Par ailleurs, limiter l'approche « idéologique » de la catégorie des normes permissives aux facultés qu'elles consacrent au profit des personnes privées conduit à passer sous silence un point essentiel : les normes permissives ouvrent également des facultés au profit des personnes publiques. Ce faisant, elles concourent directement à l'exercice des prérogatives de la puissance publique, et par

---

<sup>1227</sup> Jean Rivero, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », *op. cit.*, p. 560.

<sup>1228</sup> Cependant, le juge administratif veille à ce que l'autorisation d'occupation privative se concilie avec les usages conformes à la destination de la dépendance : CE Sect., 3 mai 1963, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins* (Rec. p. 259 ; RDP 1963, p. 1174, note M. Waline ; CJEG 1964, p. 186, note J. Virole) ; CE Sect., 23 juin 1995, *Association « Défense Tuileries »* (Rec. p. 268 ; CJEG 1995, p. 376, concl. J. Arrighi de Casanova) ; CE, 10 mai 1996, *SARL La Roustane et Université de Provence* (Rec. p. 168 ; AJDA 1996, p. 553, concl. R. Schwartz ; RDI 1996, p. 557, chr. J.-B. Auby).

<sup>1229</sup> Cependant, l'administration délivrera une autorisation privative fondée sur la liberté d'usage collectif, donc liée à l'usage normal du domaine public, à l'exploitant d'une société de transports en commun.

suite au commandement, celui-là même auquel le droit permissif est censé être une alternative.

## B – L'EXISTENCE DE FORMES DE PERMISSIVITE « AUTORITAIRE »

**506.** Le lien entre la catégorie des normes permissives et l'exercice de la puissance publique ne doit pas être minoré. La mobilisation de la notion de norme permissive au soutien de la thèse de « l'Etat partenaire » a tendance à opposer diamétralement permissivité et autorité. Pourtant, la norme permissive « se révèle avoir un autre sens et peut servir à rendre compte des règles qui ouvrent une faculté à l'administration, et non aux administrés »<sup>1230</sup>. Il est à cet égard intéressant de relever que la permissivité normative accompagne la reconnaissance de prérogatives de puissance publique au profit des autorités administratives (2), et plus largement, d'ailleurs, permet d'ouvrir un nombre important de facultés aux pouvoirs publics constitutionnels (1).

### ***1 – La reconnaissance de facultés aux pouvoirs publics constitutionnels***

**507.** Les normes permissives semblent intimement liées à la notion de puissance publique, qui suppose, pour les autorités qui la détiennent, une liberté d'appréciation, de décision, une évidente marge de discrétionnalité, sans laquelle l'autorité et le pouvoir seraient de vains mots. La permissivité semble consubstantielle au pouvoir, qu'il soit privé ou public. Aussi, la récurrence de dispositions formellement permissives dans le texte constitutionnel, s'agissant tant des prérogatives attachées à la magistrature suprême, qu'à celles liées au jeu du pouvoir politique, paraît-elle logique.

**508.** De nombreuses dispositions constitutionnelles se présentent ainsi comme des énoncés permissifs, qui ouvrent des facultés aux autorités qu'ils visent. Le Président de la République est ainsi détenteur de nombreux pouvoirs qui procèdent de normes permissives<sup>1231</sup>. Ainsi, a-t-il le pouvoir – et la simple faculté – de demander une nouvelle délibération de la loi avant l'expiration du délai de promulgation<sup>1232</sup>, de soumettre un projet de loi au référendum<sup>1233</sup>, de

---

<sup>1230</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 233.

<sup>1231</sup> Il convient de remarquer qu'il est toutefois destinataire d'impératifs, comme à l'article 10 de la Constitution, concernant la promulgation des lois dans les quinze jours suivant la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. En refusant de promulguer une loi, le chef de l'Etat s'exposerait à l'accusation de haute trahison (Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 398 bis).

<sup>1232</sup> Art. 10 al. 2 de la Constitution.

<sup>1233</sup> Art. 11 de la Constitution.

dissoudre l'Assemblée nationale<sup>1234</sup>, de mettre en œuvre l'article 16 de la Constitution, de faire grâce<sup>1235</sup>, d'adresser un message au Parlement<sup>1236</sup> ou encore de déférer une loi au Conseil constitutionnel<sup>1237</sup>.

Il faut toutefois remarquer que ses prérogatives permissives et les pouvoirs propres<sup>1238</sup> qui lui sont reconnus ne se recoupent pas nécessairement. Par exemple, la nomination du Premier ministre prévue par l'article 8 de la Constitution, constitue un impératif pour le chef de l'Etat ; toutefois, il bénéficie d'un pouvoir d'appréciation en la matière, mais qui ne saurait être confondu avec le pouvoir tiré d'une norme permissive. Il en est de même s'agissant de son pouvoir de désignation de trois membres du Conseil constitutionnel, dont son président<sup>1239</sup>. A l'inverse, certaines prérogatives ne constituant pas des pouvoirs propres ont un caractère permissif : l'article 89 alinéa 3 de la Constitution prévoit que le Président de la République peut décider de ne pas soumettre un projet de révision constitutionnelle au référendum, mais au Parlement convoqué en Congrès<sup>1240</sup>. De même, l'article 72-4 alinéa 2 ouvre au chef de l'Etat la faculté de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif.

**509.** Par ailleurs, la lecture permissive faite de certaines dispositions constitutionnelles formellement impératives est révélatrice de l'importance de la permissivité – notamment pour le premier intéressé – attachée à l'exercice de certaines prérogatives. Le Président François Mitterrand donnera ainsi à l'article 13 de la Constitution, prescrivant (*lato sensu*) au chef de l'Etat la signature des ordonnances prises sur le fondement de l'article 38, un caractère permissif, qui seul était susceptible de maintenir son autorité face au Gouvernement de cohabitation ; il écrira d'ailleurs : « Certes, l'article 38 autorise les ordonnances et la plupart des Gouvernements [...] ont eu recours à cette procédure. Aussi *n'ai-je pas cru devoir en refuser* la faculté au Gouvernement actuel »<sup>1241</sup>. Or, ce n'est qu'en sa qualité d'interprète

---

<sup>1234</sup> Art. 12 de la Constitution.

<sup>1235</sup> Art. 17 de la Constitution.

<sup>1236</sup> Art. 18 de la Constitution.

<sup>1237</sup> Art. 61 de la Constitution.

<sup>1238</sup> V. art. 19 de la Constitution.

<sup>1239</sup> Art. 56 de la Constitution.

<sup>1240</sup> Si le chef de l'Etat n'a en principe qu'une compétence de procédure (sa faculté se limiterait au choix entre l'une ou l'autre des voies de révision, mais ne lui permettrait pas de décider de la poursuite ou de l'abandon de la révision), il peut néanmoins faire obstacle, par le biais de la faculté qui lui est reconnue, à la poursuite de la révision. L'absence de moyens juridiques permettant de le contraindre a pour conséquence qu'il bénéficie, de fait, d'un pouvoir d'ajournement illimité des révisions engagées. V. Henri Roussillon, « Le devenir du projet Pompidou de 1973 », *La révision de la Constitution*, 1993, p. 93-104.

<sup>1241</sup> Message du Président de la République au Parlement du 8 avril 1986, *Le Monde*, 10 avril 1986 (italiques ajoutées).

authentique de l'article 13 qu'il a pu s'estimer dans une situation normative lui laissant cette « liberté de croire » qu'il pouvait accorder ou refuser au Gouvernement le bénéfice de la législation déléguée. Plus généralement encore, la pratique de la V<sup>e</sup> République a rendu permissive, au profit du Président de la République, la disposition de la Constitution prévoyant que ce dernier met fin aux fonctions du Premier ministre sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement<sup>1242</sup>.

**510.** Le Premier ministre est également destinataire de normes permissives<sup>1243</sup> et l'exercice de son pouvoir réglementaire, comme de son droit d'initiative en matière législative, suppose que soit respectée sa liberté de détermination. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré « *que le législateur ne saurait, sans excéder la limite de ses pouvoirs, enjoindre au Premier ministre de donner une réponse dans un délai déterminé à une proposition de modification de la législation ou de la réglementation, émanant de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale* »<sup>1244</sup>. Autrement dit, l'injonction adressée au Premier ministre de donner suite à la proposition faite par la collectivité remettrait en cause la liberté inhérente aux attributions qu'il tient des articles 21 et 39 de la Constitution. La pratique de la V<sup>e</sup> République a également conduit à voir une simple faculté dans l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 49, en dépit d'une rédaction impérative : « *le Premier ministre [...] engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale* ». Soit cet article est tombé en désuétude, soit il a été considéré comme contenant une norme permissive, qui laisse une liberté de décision au Premier ministre. En revanche, l'alinéa 4 de l'article 49 est expressément permissif, le Premier ministre ayant « *la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale* ».

**511.** Enfin, l'équilibre des armes, qui accompagne la séparation souple des pouvoirs dans le régime parlementaire établi par la Constitution de 1958, repose sur des dispositifs permissifs. Les pouvoirs législatif et exécutif y disposent de moyens de mise en cause réciproques, simplement facultatifs, qui visent à assurer un contrôle mutuel et à créer un équilibre institutionnel de crainte. L'article 49 alinéa 2 ouvre à l'Assemblée nationale la faculté de

---

<sup>1242</sup> La deuxième phrase de l'article 8, prescrivant que le chef de l'Etat met fin aux fonctions du Premier ministre, sur présentation par ce dernier de la démission du Gouvernement, doit en réalité être lue comme n'excluant pas la faculté, pour le premier, de refuser la démission de ce dernier. V. Jean-Eric Gicquel, « La démission du Premier ministre après les élections nationales », *RA* n° 343, p. 5-17.

<sup>1243</sup> V. not. les art. 29 (provocation d'une session extraordinaire du Parlement), 45 al. 2 (initiative de la commission mixte paritaire), 49 al. 3 (engagement de la responsabilité du Gouvernement sur un texte) ou 61 (saisine du Conseil constitutionnel).

<sup>1244</sup> Décisions n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, *Rec. CC*, p. 50 et n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer* (préc.).

voter une motion de censure contre le Gouvernement. Or, en contrepoint de ce pouvoir, le texte constitutionnel reconnaît, au profit du Président de la République, la faculté de dissoudre l'Assemblée nationale<sup>1245</sup>. Cette combinaison de normes permissives préserve une marge de manœuvre indispensable au jeu des forces politiques. La prérogative présidentielle agit inévitablement comme un frein à la mise en œuvre de la faculté reconnue par l'article 49 alinéa 2 ; elle incarne une menace de riposte laissée à l'appréciation du chef de l'Etat, dont le déploiement simplement probable laisse planer un doute censé assurer une certaine stabilité gouvernementale.

**512.** La Constitution renferme donc un ensemble de normes permissives, issues directement de sa lettre ou nées de la pratique des institutions, qui témoignent que cette catégorie de normes n'est pas seulement liée à l'érosion de la contrainte normative, et qu'elle participe à la définition des prérogatives des plus éminentes autorités de l'Etat. Cela apparaît également s'agissant des prérogatives de puissance publique reconnues à l'administration.

## ***2 – L'attribution de prérogatives de puissance publique***

**513.** Sur un plan plus strictement administratif, la présence des normes permissives est également notable, imprimant paradoxalement à la matière son caractère autoritaire. Le domaine de la police administrative<sup>1246</sup> fait ainsi le lit de la permissivité bénéficiant aux autorités administratives, en ouvrant à ces dernières la faculté d'édicter des mesures réglementaires et individuelles impératives visant à assurer le maintien de l'ordre public. Plusieurs illustrations en rendent compte.

**514.** D'abord, en se bornant à indiquer que « *le maire est chargé [...] de la police municipale* »<sup>1247</sup>, et à définir les domaines qu'elle comprend<sup>1248</sup>, le législateur n'adresse pas expressément d'impératif au maire<sup>1249</sup> : il lui confère une habilitation générale en matière de police municipale, mais ne préjuge pas de la manière dont cette police devra être exercée. Or, par principe, une liberté d'appréciation est reconnue à l'autorité de police dans la mise en

---

<sup>1245</sup> Art. 12 de la Constitution.

<sup>1246</sup> D'autres champs et modes de l'action administrative pourraient également être pris en exemple : en matière contractuelle, les pouvoirs de modification et résiliation unilatérales de la personne publique contractante constituent ainsi une hypothèse classique. Mais le domaine de la police administrative est remarquable en ce qu'il véhicule, à tort ou à raison, l'image autoritaire de la puissance publique.

<sup>1247</sup> Art. L2212-1 du CGCT. Sur le pouvoir de police générale du président du conseil général : art. L3221-4 du CGCT.

<sup>1248</sup> Art. L2212-2 du CGCT.

<sup>1249</sup> Cependant, « *l'exécution des actes de l'Etat [...] relatifs* » à ces polices semble impliquer une obligation (art. L2212-1 préc.). De même, l'existence d'un péril grave et imminent impose l'action au maire (art. L2212-4 du CGCT).



œuvre de ses pouvoirs. Ainsi, de manière classique, le maire *peut-il* interdire, dans la commune, la projection d'un film qui, en raison de son caractère immoral et de circonstances locales, risquerait d'être préjudiciable à l'ordre public<sup>1250</sup>. Cette permissivité de principe est notamment confortée par l'interprétation *a contrario* des solutions jurisprudentielles imposant, dans certaines circonstances seulement, une obligation d'action à l'autorité de police<sup>1251</sup>.

**515.** Les polices spéciales sont sans doute le lieu où se manifeste le plus clairement cette permissivité, les formulations expressément permissives étant très fréquentes dans le droit positif. Ainsi, « *la circulation, la distribution ou la mise en vente en France des journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés en langue étrangère peut être interdite par décision du ministre de l'Intérieur.*

*Cette interdiction peut également être prononcée à l'encontre des journaux ou écrits de provenance étrangère rédigés en langue française, imprimés à l'étranger ou en France »*<sup>1252</sup>.

De même, en matière de police des étrangers : « *l'accès au territoire français peut être refusé à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public ou qui fait l'objet soit d'une interdiction du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion »*<sup>1253</sup> ; « *l'autorité administrative compétente peut, par arrêté motivé, décider qu'un étranger sera reconduit à la frontière »*<sup>1254</sup> ; « *sous réserve des dispositions des articles L521-2, L521-3 et L521-4, l'expulsion peut être prononcée si la présence en France d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public »*<sup>1255</sup>.

Le caractère permissif de ces dispositions n'est pas exclusif de l'exercice de prérogatives de puissance publique, bien au contraire. Si le verbe *pouvoir* donne habilitation aux autorités administratives pour agir, il n'en exprime pas moins une évidente permissivité, qui fonde leur pouvoir discrétionnaire en la matière.

**516.** Dans d'autres domaines, la faculté d'action de l'administration peut apparaître moins attentatoire à la liberté individuelle, mais elle n'en est pas, pour autant, exempte

---

<sup>1250</sup> CE, 18 décembre 1955, *Société « les films Lutetia »*, S 1960, 3, p. 99, concl. Mayras ; D 1960, J, p. 171, note P. Weil.

<sup>1251</sup> CE Sect., 14 décembre 1959, *Doublet* (v. n° 634 et s.)

<sup>1252</sup> Article 14 de la loi du 29 juillet 1881, *relative à la liberté de la presse* (JORF 30 juillet 1881)

<sup>1253</sup> Art. L213-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>1254</sup> Art. L511-1 du même code.

<sup>1255</sup> Art. L521-1 du même code.

d'autoritarisme. En matière environnementale, par exemple, les préfets disposent ainsi de la faculté de prendre des arrêtés de protection de biotopes, qui fixent, dans le but de prévenir la disparition d'espèces figurant sur la liste prévue par l'article R411-1 du Code de l'environnement, « *les mesures tendant à favoriser, sur tout ou partie du territoire d'un département à l'exclusion du domaine public maritime où les mesures relèvent du ministre chargé des pêches maritimes, la conservation des biotopes tels que mares, marécages, marais, haies, bosquets, landes, dunes, pelouses ou toutes autres formations naturelles, peu exploitées par l'homme, dans la mesure où ces biotopes ou formations sont nécessaires à l'alimentation, à la reproduction, au repos ou à la survie de ces espèces* »<sup>1256</sup> ; l'atteinte aux prérogatives des propriétaires concernés (interdiction de détruire les haies, de déboiser, de procéder à des écobuages, etc.) est d'autant plus forte que des sanctions pénales sont prévues par la loi<sup>1257</sup>.

**517.** Enfin, le pouvoir de substitution du préfet en cas de carence du maire dans l'exercice de ses pouvoirs de police municipale procède également de dispositions explicitement permissives : « *le représentant de l'Etat dans le département peut prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques* »<sup>1258</sup> ; « *si le maintien de l'ordre est menacé dans deux ou plusieurs communes limitrophes, le représentant de l'Etat dans le département peut se substituer, par arrêté motivé, aux maires de ces communes...* »<sup>1259</sup>.

**518.** Mme Barthe-Gay fait remarquer que « les prérogatives de l'administration les plus contraignantes pour les administrés (exécution forcée d'office des actes, expropriation des biens...) résultent de normes permissives : les autorités ont la faculté et non l'obligation de recourir à ces procédés »<sup>1260</sup>. Il n'y a donc pas nécessairement de correspondance entre l'existence d'une norme permissive et la création d'une situation normative favorable aux administrés. Le procédé permissif n'est en définitive véritablement « favorable » qu'au destinataire principal de la norme, c'est-à-dire au bénéficiaire de la faculté ouverte.

---

<sup>1256</sup> Art. R411-15 du Code de l'environnement.

<sup>1257</sup> V. Michel Prieur, *Droit de l'environnement, op. cit.*, n° 677.

<sup>1258</sup> Art. L2215-1 1° du CGCT.

<sup>1259</sup> Art. L2215-1 2° du CGCT.

<sup>1260</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 242, note 42.

Or, dans les hypothèses où ce dernier est une autorité administrative, l'édiction d'une décision favorable aux administrés est certes envisageable : octroi d'un agrément, délivrance d'une autorisation, bénéfice d'une dérogation, etc., mais elle ne saurait par définition constituer un impératif pour l'administration, qui maîtrise le sens de sa décision. Il faut par ailleurs souligner à cet égard que le droit positif semble plus souvent doter les autorités administratives de facultés de faire obstacle aux desseins des pétitionnaires, de leur imposer des sujétions, que de facultés de leur octroyer des avantages. Les normes permissives du Règlement national d'urbanisme sont en effet rédigées sur le modèle suivant : *le permis peut être refusé si...*, *le permis peut n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si...*<sup>1261</sup>, *le permis peut être subordonné à...*<sup>1262</sup>

La faculté pour l'administré d'obtenir une décision favorable résulte donc, le plus souvent, de l'implicite (l'administration pouvant, d'après le texte, refuser, elle peut en toute logique également accorder), ou d'une déduction de l'impératif prescrivant que l'exercice de telle activité requiert l'obtention d'une autorisation. Sans doute est-ce là une conséquence de la nécessité d'encadrer le pouvoir ainsi conféré à l'administration, en lui imposant en réalité les conditions dans lesquelles elle pourra refuser le permis de construire ; cela vérifie que la formalisation de la faculté entraîne la circonscription mais aussi, en l'occurrence, le conditionnement.

**519.** Toutefois, le fait que les normes permissives à destination des autorités administratives renferment des facultés susceptibles de générer une contrainte ou un désagrément pour les administrés ne doit pas conduire à penser que la permissivité, entre les mains de l'autorité publique, se réduise à cela. L'administration est avant tout tenue d'agir dans l'intérêt général ; il est la mesure de l'exercice de la liberté dont elle jouit. La faculté de se déterminer librement qui lui est reconnue par la norme permissive permet autant de limiter les libertés des administrés (instauration d'un couvre-feu pour les mineurs dans certaines circonstances troublées), de restreindre leurs projets (refus du permis de construire un immeuble ne respectant pas les prescriptions architecturales imposées par les documents locaux d'urbanisme), que de protéger leurs intérêts (si ce permis était sollicité pour une construction en zone inondable).

---

<sup>1261</sup> Par ex. : Code de l'urbanisme, art. R111-2 ; R111-3-1 ; R111-3-2 ; R111-5.

<sup>1262</sup> Art. R111-7 du même code.

La prérogative de puissance publique incarne les moyens de l'autorité, elle n'est pas foncièrement attentatoire aux droits et libertés des particuliers. Le refus préfectoral de prêter le concours de la force publique à l'exécution de jugements prononçant l'expulsion de locataires insolvables est autant une expression de la permissivité, que la conduite d'une perquisition. L'office du juge est lui même travaillé par ces deux forces dont la norme permissive se fait le vecteur : s'il peut ordonner une expertise, procéder à un déplacement sur les lieux, prononcer une astreinte, il peut aussi accorder des délais pour l'exécution d'une obligation, condamner un prévenu à une peine alternative à l'emprisonnement, ou dispenser de peine. Néanmoins, dans ces différentes hypothèses, l'exercice de la faculté ouverte traduira un acte d'autorité, une décision obligatoire de la puissance publique.

**520.** Il est donc avéré que la norme permissive constitue un support normatif possible des prérogatives des autorités publiques. La sauvegarde de l'intérêt général, la conduite de la politique nationale, ou encore l'exercice du jeu politique supposent l'existence d'une certaine permissivité, sans laquelle il n'existe pas de véritable pouvoir. Cela montre combien il est réducteur de ne penser la catégorie des normes permissives qu'à travers la thèse d'une érosion de *l'imperium* juridique.

D'ailleurs, cette approche est doublement hasardeuse : elle ignore non seulement les liens existant entre autorité et permissivité, mais également la contribution de l'impératif juridique aux mutations de la puissance publique et du droit. En témoignent les nombreux impératifs introduits dans le droit positif pour protéger les intérêts des particuliers, et notamment leur garantir un certain nombre de droits dans leurs relations avec l'administration : obligation de motivation<sup>1263</sup>, obligation d'accuser réception<sup>1264</sup>, obligation de transmission des demandes mal dirigées<sup>1265</sup>, etc. Or, l'impératif n'implique pas, ici, la contrainte et le commandement de la puissance publique à l'égard des particuliers, mais au contraire un ordre public protecteur<sup>1266</sup>. La thèse d'une filiation idéologique de la norme permissive ne trouve finalement guère prise dans le droit positif. D'ailleurs, la thèse de la filiation idéologique de toute norme juridique est un non-sens si l'on considère cette dernière du point de vue instrumental, qui doit être celui du juriste.

---

<sup>1263</sup> Loi n° n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs (relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (JORF 12 juillet 1979).

<sup>1264</sup> Art. 19 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

<sup>1265</sup> Art. 20 de la même loi.

<sup>1266</sup> Sur ces impératifs, v. Bénédicte Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, op. cit., p. 458 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

*521.* Si la norme permissive semble accompagner le phénomène d'érosion de la contrainte normative observé dans les rapports des personnes publiques entre elles et avec les particuliers, elle ne saurait constituer une technique normative connotée. Sa présence implicite dans les discours sur les mutations de l'Etat et du droit, ou encore le fait qu'elle soit liée au développement de la participation des administrés aux décisions publiques, n'excluent pas l'importance d'autres facteurs – le développement d'un droit « communicationnel », l'essor de la contractualisation – dans ce phénomène d'érosion. Par ailleurs, si la norme permissive n'implique pas la contrainte comme moyen du droit, en ouvrant une faculté à une personne publique, elle est susceptible de servir des finalités autoritaires, comme l'exercice de prérogatives de puissance publique. En revanche, ce qu'il convient de souligner, ce sont les implications de la simple ouverture d'une faculté sur la compétence de l'administration.

## **CHAPITRE 2 – LA SOURCE D’UNE « COMPETENCE PERMISSIVE » DE L’ADMINISTRATION**

522. L’édiction de normes permissives à destination des autorités administratives place ces dernières dans une situation normative qui est traditionnellement caractérisée comme leur reconnaissant un pouvoir discrétionnaire. Cependant, la source de la discrétionnalité ne semblant pas réductible à la permissivité normative, il convient de rendre compte plus largement des effets de la norme permissive sur la compétence des autorités administratives. A cette fin, sera qualifiée de « compétence permissive », la compétence d’une autorité administrative résultant de l’ouverture à son profit d’une faculté par une norme permissive. Après avoir cerné les implications de la simple faculté d’agir que suppose cette compétence (Section 1), seront analysées ses répercussions sur les modalités du contrôle juridictionnel (Section 2).

### **SECTION 1 – LA « COMPETENCE PERMISSIVE » OU LES IMPLICATIONS DE LA SIMPLE FACULTE D’AGIR**

523. En reconnaissant à l’administration une simple *faculté* d’agir, le législateur lui transfère la liberté d’apprécier l’opportunité de ses interventions. Contrairement à l’application d’une disposition impérative, qui place l’administration dans une situation de compétence liée et en fait la servile exécutrice de l’injonction légale, la mise en œuvre d’une norme permissive confère à l’administration un certain pouvoir discrétionnaire qui constitue sans doute l’élément irréductible de sa « compétence permissive » (§ 2). Mais il semble également que la faculté d’agir reconnue par la norme permissive, rapportée au champ de l’action administrative, ait quelque implication concernant la teneur de la détermination de la règle de droit par le législateur : en ouvrant une faculté, ne retient-il pas sa compétence en invitant l’administration à écrire, avec lui et après lui, une partie de la règle de droit (§ 1) ?

#### **§ 1 – UNE ECRITURE DU DROIT EN DEUX TEMPS**

524. On peut dire du compositeur, lorsqu’il écrit une pièce musicale, qu’il est l’artiste du premier temps, et de l’interprète qui exécute son œuvre, qu’il est celui du second temps. L’un après l’autre contribuent, chacun à sa manière, à écrire l’œuvre : le premier l’écrit sur la

partition, abstraite, le second l'inscrit dans la réalité, l'écrit dans le monde sensible. L'interprétation de Bach par Glenn Gould est particulièrement révélatrice. Si l'œuvre du premier temps est unique, liée à la seule action du compositeur, celle du second temps est susceptible d'autant d'écritures qu'il y a d'interprètes.

Lorsqu'il ouvre une faculté à l'administration, le législateur semble faire œuvre d'artiste du premier temps : il inscrit une faculté, le principe de la permissivité, dans l'ordonnement juridique, mais seule l'administration, artiste du second temps, donnera une substance tangible à ce qui n'est alors qu'une virtualité. Du point de vue de la répartition des rôles entre législateur et administration, n'y aurait-il pas, sous couvert pour le premier de laisser à la seconde une autonomie, un partage, voire un transfert de la charge d'écrire le droit ? Partant, se pose la question de la constitutionnalité d'un tel aménagement implicite à l'ordre des compétences. Si l'hypothèse d'une fragmentation de la compétence normative se vérifie à certains égards (A), elle ne semble cependant pas mise en cause en elle-même par le Conseil constitutionnel (B).

## A – UNE FRAGMENTATION DE LA COMPÉTENCE NORMATIVE

**525.** La question qui se pose est celle de savoir si l'ouverture d'une faculté au profit de l'administration n'est pas susceptible, de fait, de lui conférer une partie de la compétence normative, en dehors de toute habilitation formelle ? Autrement dit, l'ouverture d'une faculté ne pourrait-elle pas constituer une délégation de fait (1) ? En conséquence, en fait de liberté d'action, l'administration se verrait investie de la responsabilité de décider (2).

### ***1 – L'ouverture législative de la faculté : une délégation de fait ?***

**526.** Seront d'abord présentés les rapports de la norme permissive avec la notion formelle de délégation (a), puis les éléments permettant d'envisager l'édition d'une norme permissive comme une délégation informelle (b).

#### **a – Norme permissive et délégation formelle**

**527.** Dans le langage courant, *déléguer* se définit comme le fait de « transmettre, confier, donner quelque chose, en particulier certaines attributions le plus souvent officielles, à une personne physique ou morale, à une collectivité »<sup>1267</sup> ; la *délégation* est donc l'action opérant

---

<sup>1267</sup> *Trésor de la langue française informatisé.*

un tel transfert. Elle suppose nécessairement deux entités : le délégant, qui se décharge d'une attribution sur un délégataire, alors investi de cette attribution, en lieu et place du premier. Le mécanisme de délégation suppose donc un mouvement de translation entre ces deux pôles : translation d'attributions (mission, devoir, pouvoir, etc.) qui semble impliquer un transfert de responsabilité corrélatif.

**528.** En droit public, la notion de délégation de compétence est connue<sup>1268</sup>, et même consacrée au plus haut rang normatif. La Constitution permet ainsi au Président de la République de déléguer par décret son pouvoir de nomination des fonctionnaires au Premier ministre<sup>1269</sup> ; de même, celui-ci peut-il déléguer « *certaines de ses pouvoirs* » aux ministres<sup>1270</sup>. Ces derniers se voient également reconnaître la faculté de déléguer par arrêté certaines attributions à des membres de leur cabinet et fonctionnaires de leurs services<sup>1271</sup>, ainsi qu'aux préfets de région et de département<sup>1272</sup>. Le représentant de l'Etat peut quant à lui procéder à diverses délégations<sup>1273</sup>. Enfin, au niveau décentralisé, le maire « *peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions* » aux adjoints ou à des membres du conseil municipal<sup>1274</sup>.

**529.** Si la notion de délégation de *fonctions* est ambiguë<sup>1275</sup>, la doctrine s'accorde toutefois pour distinguer entre la délégation de signature et la délégation de pouvoir. Cette dernière est opérée au profit d'un délégataire abstrait, ès qualités, indépendamment de sa personne, tandis que la seconde est consentie à une autorité nominativement désignée. Seule la délégation de pouvoir emporte transfert juridique de compétence, en opérant un véritable dessaisissement du délégant. Au contraire, en déléguant sa signature, une autorité demeure titulaire des

---

<sup>1268</sup> L'histoire constitutionnelle récente compte d'ailleurs deux illustrations contestables du phénomène, avec la délégation du pouvoir constituant à l'Exécutif, par les lois constitutionnelles du 10 juillet 1940 au profit du « *Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain* », et celle du 3 juin 1958, au bénéfice du « *Gouvernement investi le 1<sup>er</sup> juin 1958* ».

<sup>1269</sup> Art. 13 de la Constitution ; art. 3 de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958. Il peut aussi, à titre exceptionnel, lui déléguer la présidence du Conseil des ministres (art. 21).

<sup>1270</sup> Art. 21 de la Constitution.

<sup>1271</sup> Décret n° 47-233 du 23 janvier 1947 modifié *autorisant les ministres à déléguer, par arrêté, leur signature* (JORF 28 janvier 1947)

<sup>1272</sup> Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 *relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements*, art. 16 (v. Marie-Christine Rouault, « Du renforcement des pouvoirs des préfets de région et de département », note sur le décret 2004-374, JCP-A, n° 30, 19 juillet 2004, p. 1023-1026).

<sup>1273</sup> Décret précité, not. art. 38 (délégations consenties par le préfet de région) et 43 (délégations consenties par le préfet de département) ; art. 24 (délégation de signature aux responsables des services déconcentrés). V. aussi la notion de « délégation interservices » (art. 29).

<sup>1274</sup> Art. L2122-18 du CGCT.

<sup>1275</sup> La précision du texte : « *sous sa surveillance et sa responsabilité* », ainsi que le caractère individualisé de ces délégations, invitent toutefois à voir ici une délégation de signature. Celle-ci est de manière générale le type de délégation le plus usité au sein des services administratifs.



attributions dont elle n'a transféré que la charge matérielle<sup>1276</sup>. Pour être régulière, une délégation doit réunir quatre conditions : être autorisée par un texte ; être explicite et suffisamment précise quant à l'étendue des compétences déléguées ; elle ne doit pas porter sur l'ensemble des compétences du délégant – elle peut donc n'être que partielle<sup>1277</sup> ; enfin, elle doit être publiée<sup>1278</sup>.

**530.** Le mécanisme des ordonnances de l'article 38 de la Constitution se présente comme une déclinaison du procédé de la délégation, au plan des rapports entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif. En permettant au Parlement d'autoriser le Gouvernement à intervenir dans les matières de l'article 34, la Constitution organise une délégation spécifique de compétence normative – aussi parle-t-on de *législation déléguée*. Parallèlement, l'article 73 de la Constitution organise lui aussi une délégation de compétence normative entre pouvoirs législatif et exécutif, en disposant qu'à l'exception du département et de la région de la Réunion, « pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi »<sup>1279</sup>.

**531.** La délégation entretient certains liens évidents avec la notion de norme permissive. En premier lieu, la délégation est par principe un procédé facultatif, auquel le droit positif donne corps au travers d'une disposition permissive, ouvrant une simple faculté à l'éventuel délégant. Conçue comme un gage de souplesse en matière administrative, la délégation s'accommoderait d'ailleurs mal de l'impératif : ce mode déontique remettrait en cause l'idée que cet instrument est *proposé* à l'autorité administrative dans le but de faciliter et optimiser la gestion d'un service – il ne saurait devenir une contrainte. De même, s'agissant des délégations du pouvoir législatif au pouvoir réglementaire, leur caractère exceptionnel, du point de vue de la répartition des compétences normatives, postule le recours au mode permissif<sup>1280</sup>. La délégation est donc un instrument à usage facultatif, introduit dans l'ordonnement juridique par une disposition permissive.

**532.** En second lieu, délégations et normes permissives sont loin de s'exclure dans la mesure où il est courant que les actes portant délégation contiennent eux-mêmes des normes

---

<sup>1276</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1293, spéc. 1293-C.

<sup>1277</sup> *Ibid.*

<sup>1278</sup> CE Ass., 17 février 1950, *Meynier, Rec.*, p. 111.

<sup>1279</sup> V. alinéas 3 et 4.

<sup>1280</sup> V. par ex. les art. 73 de la Constitution (préc.), ou l'art. 38.

permissives. Ainsi, dans l'arrêt de Section du 2 mars 1990, *Commune de Boulazac*<sup>1281</sup>, le Conseil d'Etat relève-il que le ministre de l'Economie et des Finances avait, par arrêté, délégué aux préfets la compétence pour déroger au régime des prix qu'il avait défini. Or, le pouvoir de déroger repose sur une simple faculté et reconnaît un pouvoir discrétionnaire à l'autorité compétente ; cela implique logiquement que l'arrêté portant délégation ouvrait une faculté aux préfets et exprimait une norme permissive. Dans une autre espèce, s'agissant de la délégation du pouvoir d'autoriser la remise en exploitation d'une centrale nucléaire, le décret en cause disposait que « *le fonctionnement du réacteur pourra être autorisé...* »<sup>1282</sup> ; son caractère permissif est parfaitement explicite. Enfin, la délégation de signature consentie au profit du secrétaire général d'une préfecture, notamment pour signer les décisions préfectorales d'expulsion des étrangers, en application de l'article – permissif – 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945<sup>1283</sup>, confère une simple faculté<sup>1284</sup>.

**533.** S'il est possible – et fréquent – que les actes portant délégation soient permissifs, il convient toutefois de préciser un point important. La « délégation permissive » ne paraît être qu'une variété de délégation ; toute délégation n'est pas permissive. Mais surtout, permissivité et délégation n'appartiennent pas au même registre. La permissivité renvoie au contenu déontique de la norme, au type de prescription – au sens large – en cause. La notion de délégation, elle, n'est pas relative à ce contenu déontique : elle se rapporte à la compétence d'une autorité. Comme l'habilitation, elle rend un sujet de droit capable, juridiquement, d'accomplir certains actes qui, selon les cas, devront ou pourront être édictés.

D'ailleurs, la délégation ne semble être qu'une forme spécifique d'habilitation, rendant compte d'un transfert de compétence entre deux autorités. En effet, l'habilitation, en elle-même, n'est pas toujours constitutive d'un tel transfert : une autorité administrative peut être habilitée *ab initio* par le droit ; en revanche, la délégation implique nécessairement un transfert. Habilitation et délégation confèrent donc à une autorité la qualité, la compétence pour agir, tandis que selon qu'elles s'incorporent à norme permissive ou impérative, l'autorité ainsi habilitée ou délégataire se verra ouvrir une faculté ou imposer une obligation d'action.

---

<sup>1281</sup> *Rec.*, p. 57 ; *RFDA* 1990, p. 621, concl. R. Abraham.

<sup>1282</sup> CE, 27 mai 1991, *Ville de Genève*, *AJDA* 1991, p. 690, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; *CJEG* 1991, p. 317, concl. M. Legal.

<sup>1283</sup> V. art. L213-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>1284</sup> CE, 29 mars 2000, *Ludiakueno*, *DA* 2000, n° 127, obs. P. F.

534. Dans cette perspective, la permissivité renseigne davantage sur les *modalités* du transfert de compétence, la délégation s'envisageant comme *l'objet* de la norme. Toute norme portant délégation n'emprunte pas une forme permissive, de même que toute norme permissive n'a pas pour objet de consentir une délégation. Les articles L142-1 et suivants du Code de l'urbanisme distinguent nettement entre délégation et ouverture d'une faculté. L'article L142-1 dispose qu'« *afin de préserver la qualité des sites, des paysages, des milieux naturels et des champs naturels d'expansion des crues et d'assurer la sauvegarde des habitats naturels selon les principes posés à l'article L. 110, le département est compétent pour élaborer et mettre en oeuvre une politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles, boisés ou non* ».

Cette disposition a pour objet de porter délégation ; elle semble purement constitutive. Au contraire, les articles L142-2 et L142-3, ouvrent respectivement au conseil général la faculté d'instituer une taxe départementale visant à financer cette politique de protection, et celle d'exercer un droit de préemption. Bien que concourant à la même politique, délégation et permissivité sont bien distinctes : la norme permissive apparaît comme l'outil permettant de rendre opérationnelle la délégation consentie au département<sup>1285</sup>.

Ces précisions apportées, il semble pourtant que les rapports de la norme permissive et de la délégation puissent emprunter des voies plus informelles, s'agissant des rapports entre la loi et le règlement.

#### **b – Norme permissive et délégation informelle**

535. En effet, en dehors des hypothèses de délégations de pouvoir normatif *stricto sensu*, dès lors qu'une loi ouvre au profit de l'administration la faculté d'édicter certaines mesures, le libre choix de prendre ou non certaines décisions, n'est-il pas possible de déceler une forme de délégation de fait ? La distinction objet/modalités apparaît alors bien fragile : la reconnaissance d'une faculté au profit de l'administration n'est-elle pas également l'objet de la norme dont l'auteur entend laisser au destinataire une marge d'appréciation ? Dès lors que la délégation opère un transfert de compétence, le déplacement d'une charge d'une autorité sur une autre, il ne semble pas impossible de voir dans l'ouverture d'une faculté au bénéfice de l'autorité administrative, une semblable *dynamique de report*, sur cette dernière.

---

<sup>1285</sup> Il semble d'ailleurs significatif que la délégation soit consentie au département, et les facultés ouvertes au profit du conseil général.

Lorsqu'il adresse des impératifs à l'administration – en prévoyant des cas de compétence liée –, le législateur ne lui abandonne aucune marge de manœuvre et se réserve l'exclusivité de l'appréciation en opportunité. Il statue seul et sans partage ; il appartient à l'administration de se conformer au produit de sa volonté. Il en résulte que la mission d'exécution de la loi est clairement circonscrite dans un cadre législatif prédéterminé. Mais lorsque le législateur reconnaît une faculté d'appréciation à l'autorité administrative, autrement dit lorsqu'il édicte une norme permissive, la mission d'exécution de la loi n'empiète-t-elle pas, dans une certaine mesure, sur celle de sa détermination ?

**536.** Observateurs attentifs des mutations de la production normative, Mme Loschak et M. Chevallier reconnaissaient, dès 1982, que le pouvoir du législateur est encadré « en aval par les compétences de plus en plus larges reconnues à l'administration dans l'exécution » ; et de poursuivre : « Les lois se présentent davantage comme des textes d'*habilitation* [...] que comme des dispositifs visant à borner et à limiter l'exercice de la puissance administrative ; elles constituent, pour l'administration, moins des freins et des entraves que des moyens de développer sa capacité d'action et de renforcer sa liberté d'appréciation : le « peut » tend de plus en plus à se substituer au « doit », ou tout au moins à en être le corollaire indispensable »<sup>1286</sup>.

Le lien entre norme permissive et habilitation/délégation est clairement exprimé par ces auteurs. En laissant une liberté, un pouvoir discrétionnaire, à l'administration, le législateur lui délègue la mission de statuer elle-même, au vu de circonstances qu'elle seule semblerait désormais capable d'apprécier. « Incapable d'affronter les problèmes complexes et innombrables que pose [le] développement [économique et social], le législateur doit s'en remettre à l'administration du soin d'apprécier les données concrètes en se bornant à fixer certaines orientations d'ensemble et en lui donnant les armes nécessaires ; et cette humilité du législateur devant les contraintes de l'action est telle que l'administration se voit reconnaître fréquemment la possibilité de déroger aux dispositions légales, si elles se révèlent inadaptées au cas particulier qu'elle a à résoudre. Cette faculté reconnue à l'administration de ne pas appliquer la loi, de *déroger* au droit, dans certaines circonstances, exprime parfaitement ce recul de la rationalité juridique »<sup>1287</sup>.

---

<sup>1286</sup> Jacques Chevallier et Danièle Loschak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *op. cit.*, p. 705.

<sup>1287</sup> *Ibid.*

**537.** Certes, de nombreux domaines de l'action administrative – comme les activités de police – excluent par principe l'existence d'une législation précise et stricte posée *a priori*, et la reconnaissance d'une liberté d'appréciation au profit des autorités administratives constitue une nécessité logique. Mais dans certaines hypothèses, il semble que rien ne s'oppose, en principe, à ce que le législateur statue plus catégoriquement, plus impérativement, et ne laisse à l'administration qu'une compétence limitée d'exécution. Or, en lui octroyant une simple faculté, il lui délègue en définitive la liberté de choisir, de statuer.

Une telle fragmentation du processus normatif est clairement mise en relief par Mme Rouyère à propos du pouvoir de dérogation : « la mécanique dérogatoire déporte la dynamique de décision au niveau de l'exécution »<sup>1288</sup>. Lorsque le législateur introduit une faculté de dérogation dans la loi, il reconnaît implicitement qu'il ne peut pas statuer définitivement et efficacement sur toutes les situations pouvant entrer dans le champ de compétence de la loi en cause. En permettant à l'administration de déroger, c'est-à-dire d'écarter la règle de droit de principe, il lui délègue en réalité la compétence pour statuer sur un cas précis, pour écrire à sa place la règle de droit qui sera appliquée à l'espèce : en cela, « le pouvoir de dérogation et à terme la dérogation, s'inscrivent dans un processus de « décalage » dans les étapes de la décision [...] Il se produit un transfert d'une fraction du pouvoir de décision, soit d'une autorité à une autre, soit d'un titre de compétence d'une autorité à un autre titre de cette même autorité »<sup>1289</sup>.

**538.** Le régime des sanctions disciplinaires des agents publics est également le lieu d'une véritable délégation opérée au profit de l'autorité administrative, exprimée par le canal de la permissivité normative. L'article 29 de la loi du 13 juillet 1983 dispose ainsi que « *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* ». Par cette disposition implicitement permissive, le législateur renvoie à l'administration le soin d'apprécier s'il est opportun de poursuivre le fonctionnaire fautif, et surtout, ce qui renforce le sentiment d'une délégation de fait, lui abandonne la définition de la faute de nature à justifier la sanction<sup>1290</sup>.

**539.** S'agissant enfin des autorités administratives indépendantes, l'idée d'un transfert de compétence est inhérente à ce dispositif d'administration déconnecté de la hiérarchie

---

<sup>1288</sup> Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 138.

<sup>1289</sup> Op. cit., p. 155.

<sup>1290</sup> A la différence de la matière pénale, où le législateur est tenu de déterminer les délits et les peines.

administrative classique ; la délégation est même indispensable pour créer les conditions juridiques de l'indépendance de ces entités. A cet effet, la formulation permissive de leur compétence normative (pouvoir de prendre des décisions individuelles, pouvoir de réglementation<sup>1291</sup>) ou « para-normative » (avis, recommandations, conseil), et de leur pouvoir de sanction, est adaptée à l'objectif de transfert d'attributions<sup>1292</sup>.

**540.** Ces illustrations autorisent donc à penser que la formulation des normes juridiques peut avoir, de fait, des conséquences sur la répartition des compétences et opérer un partage du pouvoir normatif entre le législateur et l'administration. Cela a déjà été souligné s'agissant des dispositions indéterminées, ou notions floues, insérées dans la loi. Pour M. Oppetit, le recours à de telles « notions-cadres » entraîne « par l'effet d'une véritable délégation du législateur, le renvoi à des décisions (administratives ou judiciaires) qui donnent leur véritable contenu à une règle indéterminée »<sup>1293</sup>. C'est à propos d'un tel phénomène que M. Timsit parle de co-détermination de la règle de droit<sup>1294</sup>. L'idée d'une délégation, au moins factuelle, est même explicitement soutenue par M. Rials : selon lui, les « standards » introduits dans la loi opèrent, « 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 »<sup>1295</sup>. Lorsque l'autorité administrative est chargée d'appliquer la loi, c'est donc à elle qu'échoit la tâche de donner un contenu à de telles notions – du moins tant que la jurisprudence n'a pas, elle-même, cristallisé une interprétation de référence.

**541.** Il semble que ce type de dispositions induise une charge normative en suspens, retenue, qui n'atteint sa plénitude de signification, précise, concrète, effective, qu'avec l'intervention administrative, qui lui donne sens. Certes, s'agissant des dispositions permissives, leur charge normative est par principe entière dès lors qu'elle ouvrent une faculté, nécessairement circonscrite, et éventuellement conditionnée. Cependant, comme pour les dispositions contenant des notions floues, seule leur mise en œuvre effective permettra de préciser leur effet normatif concret. Ainsi, il n'est pas plus aisé de savoir ce que va générer l'ouverture

---

<sup>1291</sup> Sur l'exercice du pouvoir réglementaire par les autorités administratives indépendantes et ses implications quant à l'article 21 de la Constitution, v. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 830.

<sup>1292</sup> Pour une réflexion générale sur le phénomène de délégation de la compétence normative au profit d'entités indépendantes, v. *RRJ* 2001, PUAM, n° spéc., Cahiers de méthodologie juridique n° 16 ; not. Jean-Louis Bergel, « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », p. 2373-2380.

<sup>1293</sup> Bruno Oppetit, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits* 1986, n° 4, p. 9-20.

<sup>1294</sup> V. Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, *op. cit.* ; *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, 1995.

<sup>1295</sup> Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 120.

d'une faculté, que ce que va effectivement signifier « *hameau nouveau intégré à l'environnement* » lorsque l'article L146-4-I du Code de l'urbanisme dispose que dans les communes du littoral, « *l'extension de l'urbanisation doit se réaliser soit en continuité avec les agglomérations et villages existants, soit en hameaux nouveaux intégrés à l'environnement* »<sup>1296</sup>. « Le sens de la norme lui est donné par l'acte même qui lui demande du sens » ; ces mots de M. Moor expriment parfaitement l'enjeu de telles dispositions<sup>1297</sup>.

La suite de l'article articule d'ailleurs une norme permissive en ce que par dérogation, « *les constructions ou installations liées aux activités agricoles ou forestières qui sont incompatibles avec le voisinage des zones habitées peuvent être autorisées, en dehors des espaces proches du rivage, avec l'accord du préfet après avis de la commission départementale des sites, perspectives et paysages* » : le législateur n'a pas entendu statuer *a priori* sur la possibilité, pour certaines constructions ou installations, de ne pas se conformer au principe de construction en continuité de l'urbanisation existante ou en hameau nouveau intégré à l'environnement. Manifestement, en ouvrant la faculté de dérogation, il délègue cette mission aux préfets, mais en circonscrit le champ d'application à certains types de constructions seulement.

**542.** Pour conclure, il va de soi qu'en cas de cumul d'une norme permissive et de dispositions floues, indéterminées, la délégation opérée de fait au profit du pouvoir réglementaire sera d'autant plus importante et source d'une véritable incertitude normative. Si le juge peut intervenir pour co-déterminer les notions floues, il détient en revanche de moindres prérogatives s'agissant de l'exercice par l'autorité administrative des facultés que lui ouvre la loi. Indéniablement, le principe de la permissivité entraîne un transfert de responsabilité au niveau de l'exécution de la norme, second temps de l'écriture du droit.

---

<sup>1296</sup> D'après la jurisprudence, un lotissement communal peut constituer un tel hameau (CE, 22 septembre 1997, *Commune d'Eyglies*, BJDU 1997, p. 397). Au contraire, le juge administratif refuse que soient qualifiés ainsi deux ensembles d'îlots de 23800 m<sup>2</sup> et 47500 m<sup>2</sup> de surface hors œuvre nette (CE, 3 juillet 1996, *SCI Mandelieu-Maure-Vieil*, DA 1996, n° 547) ou encore un ensemble d'équipements industriels, artisanaux et commerciaux (CE, 28 novembre 1997, *SIVOM du Lac du Bourget*, n° 161572). Sur la condition spécifique d'intégration à l'environnement, v. par ex., TA Besançon, 6 décembre 1990, *Fédération de défense du Jura*, n° 16844.

<sup>1297</sup> Pierre Moor, « Herméneutique et droit administratif. La question du pouvoir », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, 1999, n° 42, p. 51-72.

## ***2 – La mise en œuvre administrative de la faculté : de la liberté d’agir à la responsabilité de décider***

**543.** Il n’est pas assuré que la mise en œuvre d’une norme permissive soit toujours vécue comme l’exercice d’une pure licence. Si tel est le principe, puisque la faculté ouverte par la norme autorise (au moins) deux comportements contraires de la part de son bénéficiaire, il se peut qu’à la liberté ainsi consentie se superpose une véritable responsabilité, de nature politique. L’électeur, à l’égard de son droit de vote, a la liberté de s’abstenir, mais en connaît aussi le risque. La liberté implique un choix, et décider ne se réduit jamais à appliquer servilement.

La conséquence qu’il faut en tirer dans l’hypothèse où le législateur opère, par le biais d’une disposition permissive, une délégation de fait au profit de l’administration, est que cette dernière se voit moins transférer une liberté qu’une responsabilité. La responsabilité de statuer, de décider, cette responsabilité qui n’aura pas été (délibérément ou non) assumée par le législateur, ou d’une manière très partielle. M. Di Qual a d’ailleurs souligné, s’agissant des normes reconnaissant un pouvoir discrétionnaire aux autorités administratives, l’effet responsabilisant qu’elle induisent, à la différence des dispositions prévoyant une compétence liée, dans lesquelles le législateur impose son choix à l’exécutant, qui n’a pas à « se perdre dans les dédales de la pensée décisionnelle »<sup>1298</sup>. En fait d’exécution de la norme, l’administration semble remplir une fonction de co-écriture, permettant de faire aboutir le processus normatif, en donnant par son choix une consistance tangible à ce qui n’était que virtuel.

**544.** L’effet principal d’un tel transfert est de rendre l’exercice des facultés ouvertes par la loi déterminant quant à la conduite de certaines politiques publiques. Le législateur n’ayant posé que le principe permissif d’une action, il revient à l’administration d’en assurer la mise en œuvre, autant qu’elle en aura décidé ainsi. A titre d’illustration, en disposant que « *les communes dotées d’un plan d’occupation des sols rendu public ou d’un plan local d’urbanisme approuvé peuvent, par délibération, instituer un droit de préemption urbain* » dans certaines zones du territoire communal, l’article L211-1 du Code de l’urbanisme n’oblige en rien les communes à mener une politique foncière urbaine active et interventionniste ; toutefois, il leur en donne les moyens. Il prévoit, certes, un certain nombre de conditions visant à encadrer l’exercice de ce droit de préemption, en précisant notamment

---

<sup>1298</sup> Lino Di Qual, *La compétence liée*, op. cit., p. 443 et s.



les espaces dans lesquels il sera possible de l'instituer<sup>1299</sup>, les finalités que peut poursuivre la mise en œuvre d'un tel instrument<sup>1300</sup>, une obligation de motivation<sup>1301</sup>, et un cadre procédural général, complété par décret en Conseil d'Etat<sup>1302</sup> ; mais la décision de recourir au droit de préemption comme instrument de maîtrise foncière, et ensuite celle de préempter, sont proprement de la responsabilité communale. Les dispositions légales pourraient rester lettre morte – même si, en logique déontique, le non-usage d'une faculté relève encore de sa mise en œuvre.

La césure entre le principe légal de certaines actions et leur concrétisation administrative est d'ailleurs très nette dans l'article L211-4 : le législateur prévoit que le droit de préemption n'est pas applicable aux mutations de certains immeubles à usage d'habitation, professionnel ou mixte, à la cession de parts ou d'actions de société donnant vocation à l'attribution d'un immeuble, ou encore aux immeubles bâtis pendant les dix années suivant leur achèvement. Il semble avoir statué lui-même et décidé de préserver certains biens du mécanisme de la préemption. Or, le dernier alinéa de cet article dispose que « *toutefois, par délibération motivée, la commune peut décider d'appliquer ce droit de préemption aux aliénations et cessions mentionnées au présent article sur la totalité ou certaines parties du territoire soumis à ce droit* » : manifestement, l'introduction de cette disposition permissive délègue en réalité à la commune la responsabilité de choisir d'exclure ou pas ces biens du champ du droit de préemption – sans doute la rédaction non directement permissive de cette article, et la succession d'un impératif de principe et d'une faculté de dérogation, sont-ils de nature à inciter les communes à suivre les desseins législatifs. Mais d'un point de vue normatif, l'énumération préalable n'a d'autre utilité que celle de circonscrire la faculté belle et bien ouverte à l'autorité communale.

---

<sup>1299</sup> L'art. L211-1 est même très précis : « *...sur tout ou partie des zones urbaines et des zones d'urbanisation future délimitées par ce plan, dans les périmètres de protection rapprochée de prélèvement d'eau destinée à l'alimentation des collectivités humaines définis en application de l'article L1321-2 du code de la santé publique, dans les périmètres définis par un plan de prévention des risques technologiques en application du I de l'article L515-16 du code de l'environnement, dans les zones soumises aux servitudes prévues au II de l'article L211-12 du même code, ainsi que sur tout ou partie de leur territoire couvert par un plan de sauvegarde et de mise en valeur rendu public ou approuvé en application de l'article L313-1 lorsqu'il n'a pas été créé de zone d'aménagement différé ou de périmètre provisoire de zone d'aménagement différé sur ces territoires* ».

<sup>1300</sup> L'art. L210-1 du Code de l'urbanisme renvoie notamment à l'article L300-1 : « *mettre en oeuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels* ».

<sup>1301</sup> Même article.

<sup>1302</sup> Art. L211-5 et L211-7 du même code ; pour les dispositions réglementaires, v. art. R211-1 à R211-8.

**545.** Dans l'exemple déjà cité de la politique départementale de protection des espaces naturels sensibles<sup>1303</sup>, l'exercice par le Conseil général des facultés que lui reconnaît la loi déterminera l'existence, les modalités et par suite le succès, d'une telle politique. Notamment la répartition du produit de la taxe éventuellement instaurée pour financer les acquisitions, contribuera à définir plus nettement la teneur de l'action départementale : l'article L142-2 prévoit en effet un nombre important de titres d'utilisation facultatifs du produit de cette taxe : l'aménagement et l'entretien d'espaces naturels, boisés ou non, appartenant aux collectivités publiques ou à leurs établissements publics et ouverts au public, ou appartenant à des propriétaires privés ; des études et inventaires du patrimoine naturel nécessaires à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique de protection et de gestion des espaces naturels sensibles destinés à être ouverts au public... Si le législateur pose certaines bornes, le département est libre de déterminer sa propre politique, ses priorités<sup>1304</sup>.

**546.** Enfin, la loi sur la solidarité et le renouvellement urbains du 13 décembre 2000 semble également illustrer un transfert de responsabilité entre le législateur et l'autorité administrative. Les mécanismes de sanction prévus par la loi à l'encontre des communes ne respectant pas les seuils imposés pour le parc de logement social<sup>1305</sup> reposent sur une norme permissive ; cette dernière fait dépendre leur déclenchement de la décision de l'autorité préfectorale. En effet, lorsqu'une commune ne satisfait pas à l'obligation posée par la loi, l'article L302-9-1 du Code de la construction et de l'habitation prévoit qu'après avoir informé le maire de la commune de son intention motivée d'engager la procédure de constat de carence, et laissé à celui-là un délai de deux mois au plus pour faire valoir ses observations, le préfet *peut*, par un arrêté motivé pris après avis du comité régional de l'habitat, en tenant compte de l'importance de l'écart entre les objectifs et les réalisations constatées au cours de la période triennale échue, des difficultés rencontrées le cas échéant par la commune et des projets de logements sociaux en cours de réalisation, prononcer la carence de la commune et mettre en œuvre les sanctions prévues<sup>1306</sup>. L'effectivité du dispositif prévu par la loi pour

---

<sup>1303</sup> Art. L142-1 et s. du Code de l'urbanisme (v. n° 534).

<sup>1304</sup> Pour une politique et un dispositif normatifs similaires en matière de protection et de mise en valeur des espaces agricoles et naturels périurbains, v. art. L143-1 et L143-3 du Code de l'urbanisme.

<sup>1305</sup> V. n° 141.

<sup>1306</sup> Art. L302-9-1 du Code de la construction et de l'habitation : « ... pour une durée maximale de trois ans à compter du 1er janvier de l'année suivant sa signature, la majoration du prélèvement défini à l'article L302-7. Le taux de la majoration est égal au plus au rapport entre le nombre des logements sociaux non réalisés et l'objectif total de logements fixé dans le programme local de l'habitat ou déterminé par application du dernier alinéa de l'article L302-8. Le prélèvement majoré ne peut excéder 5 % du montant des dépenses réelles de fonctionnement de la commune figurant dans le compte administratif établi au titre de l'antépénultième exercice ».

favoriser le développement du logement locatif social repose donc pour une large part sur le préfet qui, en raison de la simple faculté qui lui est reconnue, devra assumer la responsabilité d'un choix que le législateur n'a fait que sur le principe.

Pour autant, il ne faudrait pas trop vite reprocher au législateur un désengagement dont il n'est pas totalement responsable : le projet de loi disposait en effet que « *le préfet, par arrêté motivé, constate qu'une commune n'a pas tenu les engagements figurant dans le programme local de l'habitat ou, à défaut de programme local de l'habitat, n'a pas atteint l'objectif triennal d'accroissement du nombre de logements sociaux prévu au dernier alinéa de l'article L302-8 nouveau* ». La compétence liée du préfet assurait une efficacité évidente au mécanisme de sanction prévu, mais le Conseil constitutionnel a considéré « *qu'en attachant de telles conséquences à tout retard mis par une commune pour atteindre l'objectif triennal, sans distinguer selon la nature ou la valeur des raisons à l'origine de ce retard, le législateur [avait] institué une sanction incompatible avec l'article 72 de la Constitution* »<sup>1307</sup>. En d'autres termes, au nom du respect du principe de la libre administration des collectivités territoriales, le législateur a dû substituer au dispositif automatique initial un mécanisme permissif qui transfère au préfet le pouvoir – et la responsabilité<sup>1308</sup> – d'apprécier s'il est opportun de sanctionner la commune, au vu de certains éléments énoncés par la loi. Mais s'agissant de ces derniers<sup>1309</sup>, ils ne devraient pas, étant donnée la marge d'appréciation qu'il réservent au profit du préfet, limiter la permissivité de l'article L302-9-1, d'autant que la loi ne lui impose que d'en *tenir compte*.

**547.** En responsabilisant de la sorte l'autorité chargée d'exécuter la loi, les normes permissives semblent faire primer l'administrateur sur le juriste. Sans doute cela peut-il concourir à l'objectif de bonne administration ; en tout état de cause, c'est la mission de l'administration qui se trouve ainsi valorisée : comme M. Giraud semble l'insinuer, « le but de l'administrateur n'est pas d'appliquer les règles de droit, il est d'obtenir des résultats utiles. Son rôle présente de l'intérêt et n'offre de difficulté qu'à partir du moment où il ne s'agit plus d'appliquer, en quelque sorte, une règle simple, mais où il faut procéder à une appréciation,

---

<sup>1307</sup> Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi sur la solidarité et le renouvellement urbains* (préc.) ; Olivier Carton, « Commandements sociaux légaux et autonomie communale : un Conseil constitutionnel serein devant les malfaçons législatives (A propos de la décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*) », *Tribune du droit public*, 2001/9, p. 111-127.

<sup>1308</sup> Cette responsabilité confirme le rôle du préfet en matière de logement social, et fait écho au pouvoir qu'il détient de refuser de prêter le concours de la force publique à l'exécution des décisions d'expulsion de locataires défaillants.

<sup>1309</sup> Importance de l'écart entre les objectifs et les réalisations constatées au cours de la période triennale échue ; difficultés rencontrées le cas échéant par la commune ; projets de logements sociaux en cours de réalisation.

choisir ou l'action ou l'abstention, se prononcer pour une solution parmi toutes celles que le droit permet d'adopter »<sup>1310</sup>.

**548.** Le transfert de compétence réalisé de fait avec l'édiction, par le législateur, de dispositions permissives ouvrant des facultés aux autorités administratives est d'autant plus sensible qu'il ne semble pas remis en cause par le Conseil constitutionnel.

## B – UN TRANSFERT ECHAPPANT AU CONTROLE DE L'INCOMPETENCE NEGATIVE DU LEGISLATEUR

**549.** La délégation de fait induite par certaines facultés ouvertes par la loi au profit des autorités administratives devrait interpellier la jurisprudence constitutionnelle relative à l'incompétence négative du législateur<sup>1311</sup>. Après avoir rappelé les traits principaux de cette notion (1), il sera pourtant démontré que l'ouverture de facultés au pouvoir réglementaire, par des lois permissives, n'est pas, en soi, constitutive d'incompétence négative (2), le Conseil constitutionnel s'attachant surtout à adopter une posture réaliste en la matière (3).

### *1 – La notion d'incompétence négative*

**550.** Inspirée du contentieux administratif<sup>1312</sup>, cette notion correspond aux hypothèses dans lesquelles le législateur n'a pas fait un plein usage, n'a pas épuisé, la compétence qu'il tient de la Constitution<sup>1313</sup>. D'après M. Ould Bouboutt, « le législateur ne méconnaît pas à proprement parler sa compétence, mais l'exerce de manière « laxiste », laissant place à des abus de la part du pouvoir réglementaire »<sup>1314</sup>; ce qui est sanctionné, c'est donc essentiellement la « technique des délégations ouvertes »<sup>1315</sup>, c'est-à-dire un transfert de compétence, de fait, au pouvoir réglementaire.

---

<sup>1310</sup> Emile Giraud, « Le Secrétariat des institutions internationales », Académie de Droit international, *Recueil de Cours*, 1951, p. 385, cité par Lino Di Qual, *La compétence liée, op. cit.*, p. 595.

<sup>1311</sup> Sur cette notion, v. not. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd. 2006, p. 139. Pour un recensement récent des décisions sanctionnant une incompétence négative du législateur, v. Florence Galletti, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence législative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2004, p. 387-417, spéc. p. 392, notes 18-20.

<sup>1312</sup> Pour une rare étude comparative, v. Georges Schmitter, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJIC* 1989, p. 137-173.

<sup>1313</sup> Non seulement l'article 34, mais aussi les articles 25, 64 ou 72 ; c'est-à-dire l'ensemble des chefs de compétence du législateur. V. François Priet, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC* 1994, p. 59-85, spéc. p. 64.

<sup>1314</sup> Ahmed Salem Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, PUAM, 1987, p. 137.

<sup>1315</sup> *Ibid.*

**551.** Comme le précise M. Priet, « le grief d'incompétence négative est le plus couramment illustré quand le législateur se décharge sur une autre autorité de l'exercice d'une compétence qui n'appartient qu'à lui »<sup>1316</sup>. Cela met en cause la séparation des pouvoirs et la répartition des compétences organisée par la Constitution. En effet, par principe, la seule hypothèse d'ingérence du pouvoir réglementaire – national – dans le domaine de la loi qui soit autorisée par le texte de 1958 correspond aux ordonnances de l'article 38. C'est donc à juste titre que l'incompétence négative est assimilée à un cas de subdélégation illégale de compétence<sup>1317</sup>.

**552.** Cela étant, d'autres cas de figure se sont révélés constitutifs d'incompétence négative. Ainsi, le législateur peut-il, en l'absence de tout renvoi formel, se voir reprocher de n'avoir pas épuisé sa compétence<sup>1318</sup> : fiscale, en ne déterminant pas de manière suffisante l'assiette d'une imposition<sup>1319</sup>, ou encore pénale, en ne définissant pas le contenu d'une incrimination<sup>1320</sup>. En réalité, s'il n'y a aucun renvoi explicite, il reviendra nécessairement au pouvoir réglementaire de suppléer la carence législative : « il est clair que si le législateur n'a pas prévu les dispositions adéquates dans un domaine déterminé, c'est une autre autorité qui y pourvoira, et tout laisse à penser qu'il s'agira du Gouvernement. Si dans ces espèces, il n'y a pas formellement de délégation, celle-ci est contenue en germe dans la loi »<sup>1321</sup>. Toutefois le Conseil constitutionnel a également eu l'occasion de censurer une carence législative alors même qu'elle n'appelait pas, en aval de la loi, l'édiction de mesures réglementaires<sup>1322</sup>.

**553.** L'incompétence négative est finalement révélatrice de la marge de manœuvre reconnue au législateur pour remplir son office. Si le Conseil sanctionne l'exercice insuffisant de sa compétence par le législateur, il ne sanctionnait pas, encore récemment, ses empiètements sur le domaine réglementaire, c'est-à-dire l'incompétence positive du législateur<sup>1323</sup>. En cela, un auteur avait pu dire que « la compétence du législateur ne [pouvait] aller que dans un sens

---

<sup>1316</sup> François Priet, « L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 67.

<sup>1317</sup> Georges Schmitter, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *op. cit.*, p. 139.

<sup>1318</sup> V. François Luchaire, obs. sous la décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985 (*D* 1986, J, p. 345).

<sup>1319</sup> Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *Rec CC*, p. 46.

<sup>1320</sup> Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, *Rec CC*, p. 32.

<sup>1321</sup> François Priet, « L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 71.

<sup>1322</sup> La Haute instance a en effet jugé que la loi ne contenait pas de règles suffisantes pour satisfaire à l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants d'opinion : décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, *Rec. CC*, p. 141.

<sup>1323</sup> Cette jurisprudence a été amorcée par la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, *Rec. CC*, p. 57. Prenant acte du fait que l'exécutif prend majoritairement l'initiative des lois, et que le Gouvernement dispose toujours de la faculté de protéger le domaine réglementaire (Const., art. 37 al.2 et 41), le Conseil s'est surtout montré pragmatique.

extensif, jamais restrictif»<sup>1324</sup>. La décision n° 2005-512 du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, devrait cependant changer la donne, le Conseil entendant restaurer une certaine orthodoxie en la matière<sup>1325</sup>.

Par ailleurs, pour certains auteurs, l'incompétence négative mettrait au jour une véritable obligation de légiférer imposée par le bloc de constitutionnalité et le Conseil constitutionnel au législateur : « par une appréciation récurrente de la compétence, ou de l'incompétence « positive », et surtout « négative », du Législateur, dans la rédaction d'un texte de loi, par la sanction pour inconstitutionnalité de la loi en tout ou partie, le Conseil constitutionnel consacre la compétence législative, et même le contenu de cette compétence législative qui semblait faussement aller d'elle-même. Ce faisant, il trace les contours d'une obligation pour le Législateur, celle d'exercer sa compétence, donc de légiférer. C'est un développement jurisprudentiel un peu singulier car cette obligation ne ressortait pas complètement du texte constitutionnel, bien que l'article 34 prescrive des matières dans lequel le Législateur a compétence pour intervenir »<sup>1326</sup>.

**554.** L'édition de normes législatives permissives semble toutefois témoigner de l'existence d'un pouvoir d'appréciation qui continue d'être reconnu au législateur<sup>1327</sup>. Seulement, leur effet sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement pourrait bien exposer ces dispositions à la censure du Conseil constitutionnel : le transfert de compétence et de responsabilité qu'elles entraînent n'est-il pas susceptible de constituer une subdélégation illégale de compétence ? Il semblerait que la notion d'incompétence négative trace une frontière entre les aménagements à sa compétence que le législateur est en droit d'effectuer et ceux qui constituent des abus de ce droit.

## ***2 – La lois permissives préservées du grief d'incompétence négative***

**555.** Sur le principe, l'ouverture de facultés au pouvoir réglementaire ne paraît pas exclue. Bien que la distinction de l'article 34 de la Constitution entre la *détermination des principes*

---

<sup>1324</sup> François Priet, « L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 50.

<sup>1325</sup> V. les considérants 22 et 23. En reconnaissant le caractère réglementaire de certaines dispositions de la loi déferée, le Conseil a procédé préventivement à la déclaration qu'aurait pu solliciter le Gouvernement en vertu de l'article 37 al.2 de la Constitution. Sans doute faut-il voir ici une invitation du Gouvernement à délégaliser les dispositions en cause.

<sup>1326</sup> Florence Galletti, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer?... », *op. cit.*, p. 388 ; v. aussi p. 401 et s. Avançant également l'idée d'une obligation de légiférer : François Priet, « L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 74 et s.

<sup>1327</sup> Le Conseil le rappelle notamment dans sa récente décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances* (cons. 20), (*JORF* 2 avril 2006, p. 4964).

*fondamentaux* et la *fixation des règles* soit inopérante, il est des domaines où l'intervention législative se doit d'être limitée ; dans ce cas, l'ouverture d'une faculté à l'autorité administrative, le renvoi fait à son profit, ne sont pas susceptibles de censure pour incompétence négative. Si les conditions de la libre administration des collectivités territoriales doivent être prévues par la loi (article 72 alinéa 3), le Conseil constitutionnel veille à ce que les options arrêtées par le législateur n'obèrent pas la liberté locale ; aussi, l'édiction de dispositions permissives paraît-elle précisément de nature à préserver cette liberté. Laisser une marge de manœuvre au pouvoir réglementaire local est alors paradoxalement un moyen, pour le législateur, d'épuiser correctement sa compétence – et nonobstant les réserves formulées quant à la distinction opérée par l'article 34, celui-ci énonce tout de même que le législateur détermine les seuls principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales et de leurs compétences. Or, l'ouverture d'une faculté s'apparente bien à la détermination du principe d'une compétence, dont la réalité de la mise en œuvre appartient au bénéficiaire.

**556.** Dès lors que la raison principale d'incompétence négative consiste en un transfert irrégulier de la compétence normative législative au profit de l'autorité administrative, c'est essentiellement le caractère *habilitant* d'une disposition qui suscitera la censure du Conseil constitutionnel. Or, en théorie, habilitation/délégation et permissivité sont distinctes. Ce n'est donc pas le contenu déontique de la norme portant délégation qui sera en cause, mais précisément l'objet de cette norme : déléguer une compétence normative. Partant, une disposition législative déléguant une compétence impérative au pouvoir réglementaire encourrait tout autant la censure. Toutefois, l'ouverture d'une faculté, qui accompagne fréquemment les délégations, est susceptible de renforcer – d'aggraver – l'abandon de sa compétence par le législateur, puisqu'il laissera l'autorité réglementaire libre d'apprécier s'il convient d'exercer ou non la compétence transférée.

**557.** Pour autant, il ne semble pas que le Conseil constitutionnel retienne la dimension permissive d'une compétence déléguée comme facteur d'incompétence négative. Au vu de sa jurisprudence en la matière, la circonstance que la disposition en cause soit permissive semble même sans incidence. L'appréciation de la commission d'une incompétence négative paraît, à cet égard, autonome. Ainsi, lorsque la Haute instance relève que le législateur a méconnu sa compétence en déléguant au pouvoir réglementaire le soin de porter à plus de vingt kilomètres la limite de la zone frontalière dans laquelle peuvent être pratiqués des contrôles d'identités, c'est bien l'abandon de compétence et le renvoi à un décret en Conseil d'Etat qui se trouve

censuré, et non le fait que le pouvoir réglementaire ait été investi d'une faculté impliquant une liberté d'appréciation. Certes, les auteurs de la saisine reprochaient au législateur d'avoir reconnu au pouvoir réglementaire « la *latitude* d'accroître très sensiblement les zones concernées » – jusqu'à quarante kilomètres –, mais le Conseil exprime clairement que c'est en ce qu'il a délégué le « *soin de fixer* » cette extension qu'il est resté en deçà de sa compétence<sup>1328</sup>. Le fondement d'une telle décision est évident : aux termes de l'article 34 de la Constitution, le législateur est seul compétent pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

**558.** La décision n° 83-168 DC des 19-20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonctions publique territoriale*<sup>1329</sup>, est particulièrement instructive dans la mesure où le Conseil se prononce, d'une part, sur le caractère permissif d'une disposition, et sanctionne, d'autre part, une incompétence négative, sans que celle-ci ne trouve son origine dans cette permissivité. Le premier alinéa de l'article 110 de la loi déférée disposait : « *L'autorité territoriale peut, pour former son cabinet, librement recruter un ou plusieurs collaborateurs et mettre librement fin à leurs fonctions* » ; son alinéa 2 : « *un décret en Conseil d'Etat détermine les catégories de communes et les caractéristiques des établissements publics dont l'importance justifie le recrutement de tels collaborateurs* ». Le Conseil ne remet pas en cause le caractère permissif des dispositions du premier alinéa, en ce qu'elles ouvrent une faculté à l'autorité territoriale ; précisément, il retient que l'alinéa 1<sup>er</sup> « *a justement consacré un principe conforme aux exigences de l'article 72 de la Constitution* ». Ce principe de recrutement à la discrétion de l'autorité territoriale, articulé sur un mécanisme permissif, apparaît même comme nécessaire au respect de la libre administration des collectivités territoriales.

Au contraire, la Haute instance considère que le législateur « *ne pouvait, sans méconnaître cet article 72, permettre à l'autorité réglementaire de subordonner le recrutement d'un collaborateur, même unique, à l'appartenance de la commune à une catégorie pour laquelle l'autorité réglementaire estimerait un tel recrutement justifié* » ; autrement dit, en déléguant à l'autorité réglementaire, le soin de déterminer les catégories de communes pouvant bénéficier de la faculté de recruter librement un ou plusieurs collaborateurs, le législateur n'a pas exercé

---

<sup>1328</sup> V. décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* (JORF 7 août 1993, p. 11193).

<sup>1329</sup> *RJC* I-180.



la compétence qu'il tient de l'article 72, en vertu duquel il est seul compétent pour prévoir les conditions de la libre administration des collectivités territoriales.

**559.** Certaines formulations du Conseil constitutionnel autorisent également à penser que le caractère permissif d'une délégation n'est pas l'élément constitutif d'une incompétence négative. Dans la décision n° 94-353/356 DC du 11 janvier 1995<sup>1330</sup>, il retient éloquemment « *qu'en permettant au pouvoir réglementaire [...] d'adapter les dispositions de celle-ci en vue d'assurer le fonctionnement de certains bureaux de vote à l'étranger, le législateur a méconnu la compétence exclusive qui est la sienne en application de l'article 6 de la Constitution* ». La faculté d'adaptation des dispositions de la loi organique reconnue au pouvoir réglementaire n'est pas considérée dans son caractère permissif, mais simplement comme une compétence indûment transférée, puisque la compétence du législateur organique en la matière est exclusive, s'agissant des règles d'élection du Président de la République. L'insistance du Conseil est d'ailleurs remarquable puisqu'il retient la compétence exclusive « *qui est la sienne* ».

La décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Juge unique*<sup>1331</sup>, montre également que l'attention du Conseil se porte sur l'ordre des compétences établi par la Constitution : alors que de nouvelles dispositions du Code de procédure pénale laissaient au président du tribunal de grande instance « *la faculté, en toutes matières relevant de la compétence du tribunal correctionnel à l'exception des délits de presse, de décider de manière discrétionnaire et sans recours si ce tribunal sera composé de trois magistrats, conformément à la règle posée par l'article 398 du code de procédure pénale, ou d'un seul de ces magistrats exerçant les pouvoirs conférés au président* », les juges de la rue Montpensier ont affirmé explicitement « *que l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi le soin de fixer les règles concernant la procédure pénale, s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice, dans les conditions ci-dessus rappelées, des attributions définies par les dispositions en cause de l'article 6 de la loi déferée au Conseil constitutionnel* ». Non seulement le chef de compétence tenant à la fixation des règles concernant la procédure pénale a été rappelé, mais combiné à celui relatif à la garantie des droits et libertés des citoyens.

---

<sup>1330</sup> Décision relative à la *Loi organique modifiant diverses dispositions relatives à l'élection du Président de la République et à celle des députés à l'Assemblée nationale et loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République* (RJC I-615).

<sup>1331</sup> RJC I-32.

**560.** Le Conseil adopte toutefois une position réaliste à l'égard de nombreuses lois, en reconnaissant au législateur une certaine faculté de délégation au profit du pouvoir réglementaire. Il déplace simplement son contrôle sur les garanties accompagnant cette délégation.

### ***3 – Une posture réaliste du Conseil constitutionnel***

**561.** Si certains domaines<sup>1332</sup> semblent appeler un respect scrupuleux de l'ordre des compétences – ordre prévu par la Constitution et doté de la force obligatoire –, il n'est pas exclu que dans d'autres, le pouvoir réglementaire soit investi d'une certaine compétence normative. Dans ce cas, la censure pour incompétence négative se reportera sur les hypothèses où, par la délégation tolérée, le législateur concède une trop grande marge d'appréciation au délégataire, un véritable pouvoir discrétionnaire<sup>1333</sup>. *A priori*, les dispositions permissives pourraient être concernées, puisqu'il est admis qu'elle reconnaissent un tel pouvoir à leur destinataire. Pourtant, ici encore, ce n'est pas tant la permissivité, c'est-à-dire le principe d'une liberté, d'un choix, d'une détermination incertaine du titulaire de la faculté ouverte, que d'autres facteurs de discrétionnalité, que retient le juge constitutionnel : l'indétermination de certains termes de la loi, et surtout l'insuffisance ou l'absence de garanties<sup>1334</sup>.

**562.** En premier lieu, l'indétermination de certaines dispositions de la loi apparaît aux yeux du juge constitutionnel, comme bien plus condamnable que l'ouverture d'une faculté. Ainsi, la notion d'association à « vocation humanitaire », employée mais non définie par la loi déferée, a justifié la censure pour incompétence négative du législateur<sup>1335</sup>. En ce cas, la ligne de séparation entre mise en cause et mise en œuvre se déplace au profit du pouvoir réglementaire, d'une manière « clandestine », au-delà de ce que la délégation tolérée autorise.

---

<sup>1332</sup> Libertés publiques, matière pénale, régimes électoraux, etc.

<sup>1333</sup> V. Ahmed Salem Ould Boubou, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, op. cit., p. 136.

<sup>1334</sup> Par ex., si le législateur peut déléguer au Conseil supérieur de l'audiovisuel l'élaboration de règles déontologiques, il ne peut faire l'économie de déterminer des garanties : « *Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; que s'il peut déléguer la mise en œuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires* » (décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications* : RJC I-675, note J. Chevallier).

<sup>1335</sup> Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile* (JORF 12 mai 1998, p. 7092 ; RFDC 1998, p. 634, note A. Pena-Gaïa). Au contraire, n'ont pas été à l'origine d'une incompétence négative, les notions suivantes, non définies dans la loi déferée : celle de « vie commune » (décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi sur le PACS*, JORF 16 novembre 1999, p. 16962), ou celle de « zone d'emploi » dès lors que l'INSEE en donne une définition (décision n° 2004-511 DC du 29 décembre 2004, *Loi de finances pour 2005*, Rec. CC, p. 236).

Pour M. Schmitter, « l'imprécision de la norme à appliquer est telle qu'elle a pour effet de ne pas créer de barrière étanche entre les compétences législative et réglementaire »<sup>1336</sup>.

**563.** En second lieu, la jurisprudence constitutionnelle s'attache à ce que les délégations consenties par le législateur soient assorties de garanties suffisantes pour limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité délégataire<sup>1337</sup>. Cet aspect est d'ailleurs lié au procédé, et fondamental dans la compréhension de la politique de contrôle du Conseil constitutionnel. Dès lors, il est clair que la question de la permissivité d'une disposition ne sera pas prépondérante pour le juge, sa position étant surtout motivée par le conditionnement et les garanties imposées au délégataire.

Dans la décision n° 83-162 DC des 19-20 juin 1983, *Démocratisation du secteur public*<sup>1338</sup>, la loi est entachée d'incompétence négative en ce qu'elle prévoit, sans apporter de précision, qu'un décret fixe le nombre de représentants des salariés pouvant siéger dans les conseils d'administration ou de surveillance de certaines entreprises, alors, selon le Conseil, que « *la fixation de l'importance de la représentation des salariés met en cause des principes fondamentaux touchant soit au droit du travail, soit aux obligations civiles et commerciales que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi* ». Mais surtout, il ajoute « *qu'il n'était donc pas loisible au législateur d'abandonner totalement au pouvoir discrétionnaire du Gouvernement cette fixation* ». En d'autres termes, le Conseil semble admettre que le législateur puisse éventuellement déléguer une compétence qui lui appartient au pouvoir réglementaire, mais ce sont surtout les modalités de cette délégation – un abandon total de compétence au pouvoir discrétionnaire du Gouvernement – qui sont censurées ; assortie de condition, cette délégation aurait peut-être été admise, bien qu'elle traduise une liberté prise à l'égard de l'article 34.

Cette décision présente également un intérêt au regard de la notion de norme permissive : la loi déferée dispose que le décret que doit prendre le Gouvernement « *peut prévoir, si les spécificités de l'entreprise le justifient, la représentation de catégories particulières de salariés au moyen de collèges électoraux distincts* ». Or, la Haute instance prend la peine de préciser que cette disposition « *ne comporte en elle-même aucun chef d'inconstitutionnalité* » ;

---

<sup>1336</sup> Georges Schmitter, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *op. cit.*, p. 143-144.

<sup>1337</sup> Selon François Priet, il s'agit, pour le Conseil, d'évincer tout risque d'arbitraire (« L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 75-76, not. note 86).

<sup>1338</sup> *RJC I-157*.

si, en l'espèce, elle doit être déclarée inconstitutionnelle, c'est parce qu'elle est atteinte par l'inconstitutionnalité de la disposition principale portant délégation.

**564.** Dans un autre domaine, si la faculté conférée au Gouvernement de fixer des règles de composition des actifs différentes, selon les diverses catégories d'organismes de placement collectif en valeur mobilière, met en cause le régime de la propriété et des obligations civiles et commerciales, et relève de ce fait exclusivement de la loi, le Conseil constitutionnel ne semble pas exclure toute possibilité de délégation lorsqu'il énonce qu'« *il n'appartenait pas au législateur de conférer au Gouvernement, sans restriction, le pouvoir de fixer* » des règles différentes<sup>1339</sup>. C'est uniquement la délégation sans condition qui est exclue. De même, si le Conseil a considéré que l'article 34 de la Constitution n'impose pas que toute opération impliquant un transfert du secteur public au secteur privé soit directement décidée par le législateur, et qu'il n'interdit pas une délégation aux profits d'autres autorités, la loi ne saurait attribuer à ces dernières (en l'occurrence les administrateurs généraux et conseils d'administration des sociétés nationalisées) « *un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et de décision soustrait à tout contrôle* »<sup>1340</sup>. C'est donc une fois de plus l'absence de conditionnement et le contrôle de l'exercice d'une faculté qui est censuré par le Conseil, non l'ouverture, en soi, d'une faculté à l'organe délégataire<sup>1341</sup>.

**565.** La délégation de fait qu'est susceptible de réaliser l'ouverture de facultés au profit des autorités administratives ne semble donc pas appréhendée par le contrôle de l'incompétence négative du législateur ; le Conseil constitutionnel veille au respect de l'ordre obligatoire des compétences, sans prohiber toute délégation au pouvoir réglementaire, dès lors qu'elle est accompagnée des garanties suffisantes. Mais il ne condamne pas *a priori* le recours à des procédés permissifs, même s'ils ont pour effet d'accuser les traits du dessaisissement du législateur, en laissant à l'autorité administrative un pouvoir discrétionnaire plus ou moins important dans la mise en œuvre concrète de la loi.

---

<sup>1339</sup> Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers* (RJC I-365).

<sup>1340</sup> Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* (RJC I-104).

<sup>1341</sup> *A fortiori* quand la faculté en cause préexiste à la loi qui vient en réglementer l'usage. Sur le pouvoir de réquisition du préfet (art. L2215-1 du CGCT) et l'absence d'incompétence négative du législateur : décision n° 2003-467 du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* (cons. 3 et 4 ; *JORF* 19 mars 2003, p. 4789).

## § 2 – LA RECONNAISSANCE D’UNE COMPETENCE PLUS OU MOINS EMPREINTE DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

**566.** Investie d’une simple faculté d’action, l’administration se voit reconnaître un pouvoir discrétionnaire inhérent à la norme permissive qui fonde sa compétence. Toutefois, si les normes permissives impliquent toujours un pouvoir discrétionnaire (A), cela ne signifie pas que la « compétence permissive » s’analyse toujours en une compétence purement discrétionnaire (B).

### A – LA NORME PERMISSIVE COMME SOURCE RECONNUE DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

**567.** Intégrée au vocabulaire jurisprudentiel usuel<sup>1342</sup>, la notion de pouvoir discrétionnaire a suscité une abondante littérature doctrinale, dont il ressort un nombre important de définitions plus ou moins controversées<sup>1343</sup>. La plus ancienne, qui semble faire autorité<sup>1344</sup>, est celle qu’en a donné M. Michoud, selon qui « il y a 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 »<sup>1345</sup>. M. Gallardo relève deux éléments importants dans cette définition : « un élément positif, l’espace de liberté de l’administration, et un élément négatif, les carences du droit »<sup>1346</sup>.

**568.** Le premier élément ne présente aucune difficulté de compréhension : « un pouvoir discrétionnaire apparaît lorsque, dans une situation donnée, une autorité dispose d’une liberté de choix entre plusieurs décisions. C’est d’ailleurs cette faculté que la doctrine met le plus souvent en avant pour caractériser un pouvoir discrétionnaire »<sup>1347</sup>. L’existence d’une faculté semble être le critère retenu par de nombreux auteurs pour identifier un pouvoir discrétionnaire ; dans la définition qu’en donne M. Vedel, cette faculté est implicite, mais

---

<sup>1342</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1248, p. 1055. La base de données JADE du site [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr) fait état, au 30 juin 2006, de 102 occurrences de l’expression « pouvoir discrétionnaire » dans les arrêts du seul Conseil d’Etat.

<sup>1343</sup> Faisant état de cette controverse : Jean-Michel Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l’administration et le juge de l’excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 8 et s.

<sup>1344</sup> Elle inspire les positions d’auteurs classiques (Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDJ* 1923, p. 363 ; de Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l’administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDJ* 1930, p. 198) ou contemporains (v. not. Pierre Py, « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d’injonction », *D* 2000, I, p. 563).

<sup>1345</sup> Léon Michoud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l’administration », *RGA* 1914, p. 9.

<sup>1346</sup> Jean-Michel Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l’administration et le juge de l’excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>1347</sup> *Ibid.*

nécessairement induite par l'alternative dont fait état l'auteur : selon ses termes, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire « lorsque la loi ou les règlements lui laissent la liberté d'agir dans un sens ou dans l'autre »<sup>1348</sup>. Partant, dès lors que la caractérisation d'une norme permissive repose sur l'ouverture d'une faculté à son destinataire, cette catégorie de normes doit logiquement générer un pouvoir discrétionnaire.

**569.** S'agissant du second élément déduit de la définition de M. Michoud, il fait davantage question. M. Gallardo souligne ainsi que « l'indétermination du droit est certainement la cause de l'existence du pouvoir discrétionnaire mais elle ne constitue pas un élément de sa définition *stricto sensu* »<sup>1349</sup>. En effet, c'est bien la liberté d'appréciation qui est constitutive du pouvoir discrétionnaire, et si l'état de la règle de droit est également constitutif d'un tel pouvoir, c'est au sens où il peut être la source d'une telle liberté. Pour autant, il paraît difficile de définir le pouvoir discrétionnaire sans faire référence à ce qui l'institue. Ce deuxième élément de définition se démarque davantage de la notion de norme permissive. Si la notion de *faculté* est consubstantielle à la permissivité normative, il n'en est pas de même avec l'idée de *carence du droit*, dont la signification est incertaine. Trois propositions peuvent être avancées s'agissant de celle-ci.

**570.** En premier lieu, la plus grossière : la carence entendue comme l'absence de droit. Il y aurait pouvoir discrétionnaire en l'absence de règle de droit. Si cette idée trouve dans la maxime *Tout ce qui n'est pas interdit est permis* un appui, il faut rappeler qu'en matière de compétences des autorités administratives, la nécessité d'une habilitation suppose au contraire un principe opposé : en l'absence de règle de droit, c'est l'interdiction, limitant le pouvoir, qui prévaut<sup>1350</sup>. Par ailleurs, en fait d'absence de droit, il s'agirait en réalité d'une absence de règle expresse, puisqu'un véritable interdit de principe serait en vigueur. Enfin, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne doit pas se confondre avec la mise en œuvre d'un pouvoir arbitraire<sup>1351</sup> ; or, l'absence de règle de droit est susceptible de faire croire que le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir affranchi du droit. Bien au contraire, comme le rappelle M.

---

<sup>1348</sup> Georges Vedel, *Droit administratif*, PUF, 1961, p. 218. V. aussi Dominique Rousseau, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse, Poitiers, 1979, p. 551

<sup>1349</sup> Jean-Michel Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, *ibid.*

<sup>1350</sup> *Tout ce qui n'est pas habilité est permis.*

<sup>1351</sup> V. Jean-Michel Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 63-65.

Chapus, « en exerçant son pouvoir discrétionnaire, l'administration ne peut jamais faire que ce que le droit lui permet de faire »<sup>1352</sup>.

**571.** En second lieu, l'idée de carence du droit pourrait se rapporter au déficit prescriptif de certaines dispositions juridiques, à un manque de précision, à l'indétermination<sup>1353</sup> de certains termes qu'elles renferment. Tout type de norme peut potentiellement générer de ce fait un pouvoir discrétionnaire : les normes impératives (ce n'est d'ailleurs qu'en raison d'une indétermination de certains de leurs termes qu'elles peuvent impliquer un pouvoir discrétionnaire), mais aussi les normes permissives (*a fortiori*, puisque le premier critère est inhérent à cette catégorie de normes). L'indétermination semble donc susceptible de se rapporter à l'idée de carence du droit. Mais une dernière interprétation doit lui être associée.

**572.** En troisième lieu, l'idée de carence du droit pourrait, en effet, simplement signifier un défaut d'impérativité de la norme. Certes, dans cette acception, l'expression « carence du droit » s'appuie sur des présupposés impérativistes ; comme s'il était anormal, pathologique, qu'une norme présente un déficit d'impérativité. Néanmoins, c'est pourtant cette voie qu'il convient de suivre, en la déconnectant des préjugés réductivistes : la norme non-impérative génère du pouvoir discrétionnaire, en ce qu'elle crée une faculté d'appréciation. Les deux sources possibles de pouvoir discrétionnaire, les deux formes possible de « carence du droit » sont donc identifiées : l'une directe, frontale – la non-impérativité –, l'autre indirecte, latente – l'indétermination de la règle<sup>1354</sup>.

**573.** La réduction de ces deux hypothèses en une seule est tentante et procède d'une logique élémentaire : en effet, toute règle de droit imprécise, indéterminée, ne présente-t-elle pas également un déficit d'impérativité ? Si cette confusion permet une simplification des concepts, deux raisons, au moins, justifient qu'on conserve la dichotomie observée. D'une part, lier l'apparition du pouvoir discrétionnaire à l'absence ou l'insuffisance d'impérativité

---

<sup>1352</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1248.

<sup>1353</sup> Sur le critère de l'indétermination de la règle de droit, qui implique une libre appréciation des faits : Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, LGDJ, 1973, p. 156 : le pouvoir discrétionnaire est « la liberté de déterminer le sens d'une notion qui, à dessein, est laissée indéterminée par la loi ». De là, un standard se présente comme un facteur de discrétionnalité : Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, *op. cit.*, p. 261 et s.

<sup>1354</sup> Cependant, ni l'idée d'indétermination, ni celle de déficit d'impérativité, ne permettent de rendre compte du pouvoir discrétionnaire reconnu aux destinataires de dispositions de *soft law* : ces dispositions peuvent en effet être indéterminées, mais également très précises, et ne laisser aucune équivoque quant à leur signification, voire être formulées sur un mode déontique impératif. Cependant, elles n'imposent pas leur usage. Comme telles, elles induisent un pouvoir d'appréciation, un libre choix, de la part de leur destinataire, mais qui se situe sur un plan différent : celui de la liberté d'usage. Or, jusqu'ici, la notion de pouvoir discrétionnaire n'a été analysée qu'à l'égard de règles obligatoires.

risque de faire le jeu du réductionnisme. D'autre part, elle rend moins perceptibles les différences pouvant exister entre les diverses situations normatives envisageables : la simple indétermination de notions au sein d'un texte adressant bel et bien une injonction ; au contraire, l'édiction d'un texte expressément permissif, très précis et sans ambiguïté ; ou encore l'ouverture d'une faculté en des termes flous susceptibles d'accroître la liberté d'appréciation déjà reconnue au destinataire de la norme... La permissivité est une cause d'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'une autre nature que l'introduction dans un texte de notions floues. Notamment, le juge n'a en principe de prise réelle que sur ces dernières<sup>1355</sup>, en ce que son interprétation est susceptible de verrouiller les significations de la notion en cause, de co-déterminer la norme concernée, de préciser sa *juridicité*<sup>1356</sup>.

574. M. Eisenmann semble lui aussi concevoir deux sources possibles de pouvoir discrétionnaire. D'une part, l'absence d'impérativité tenant à la nature déontique de la disposition en cause, lorsqu'il écrit : « toute règle simplement "habilitatrice", et non "impérative", toute règle de pur pouvoir – et non d'obligation – est par elle-même un principe de pouvoir discrétionnaire. Grammaticalement : toute règle en "peut" ou "pourra", – et non pas en "doit", ou "devra", inclut du pouvoir discrétionnaire »<sup>1357</sup>. « Toute règle "permissive" et non "impérative" pour un sujet – toutes les règles en "*A pourra*" (et non "*A devra*"), tout "*Dürfen*" ou "*Können*" (à la différence des *Sollen*) comportent *ipso facto, per se*, du pouvoir discrétionnaire »<sup>1358</sup>. De même, considère-t-il que « la sphère du discrétionnaire, c'est la sphère de l'absence de réglementation impérative »<sup>1359</sup>. D'autre part, l'indétermination de la règle de droit apparaît également, pour lui, comme une autre source de pouvoir discrétionnaire : en effet, selon l'auteur, « le caractère imparfaitement déterminé de toute notion figurant dans une règle de compétence est un facteur de discrétionnalité »<sup>1360</sup>, de même que tout « jeu dans la réglementation »<sup>1361</sup>.

---

<sup>1355</sup> Il pourrait toutefois, par son interprétation, remettre en cause l'expression formelle d'une norme.

<sup>1356</sup> Selon Gérard Timsit, la *juridicité* d'une norme se mesure au « degré de contrôle dans le décodage de la norme qu'assure le système ». Plus il peut y avoir d'interprétations divergentes, dissémination du sens de la norme considérée, plus sa *juridicité* est faible, et réciproquement (*Les noms de la loi, op. cit.*, p. 48-50).

<sup>1357</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, 1983, *op. cit.*, p. 304.

<sup>1358</sup> *Op. cit.*, p. 666-667.

<sup>1359</sup> *Op. cit.*, p. 293.

<sup>1360</sup> *Op. cit.*, p. 310.

<sup>1361</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit*, 1949-1950, Les Cours de droit, p. 430.



Une distinction est donc établie – même si elle n’est pas toujours claire<sup>1362</sup> – qui permet d’envisager la nature permissive d’une norme comme un facteur autonome de discrétionnalité. L’auteur met d’ailleurs en relief l’hypothèse où une disposition serait parfaitement déterminée, mais engendrerait du pouvoir discrétionnaire par le seul fait qu’elle permet, mais n’impose pas, l’action qu’elle prévoit. « Soit une règle qui prévoit l’édiction d’une certaine norme, absolument définie et unique, en une circonstance parfaitement définie, pour un but parfaitement défini, c’est-à-dire une règle qui, sous le rapport du fond de la norme, du but de son édicition, des conditions objectives de son édicition, ne comporte pas la moindre dose d’indétermination. Mais cette règle ne prescrit pas à l’organe qu’elle concerne d’édicter la norme dans le cas et pour la fin qu’elle prévoit ; elle l’y autorise seulement, il le "pourra". Il y a évidemment là une source de pouvoir discrétionnaire qui consiste en ce que l’agent est libre, soit d’édicter la norme en question parfaitement déterminée, soit de ne pas l’édicter »<sup>1363</sup>.

575. Cependant, l’autonomie n’implique pas l’exclusivité, et lorsque Mme Barthe-Gay considère que les normes permissives « constituent une modalité » du pouvoir discrétionnaire<sup>1364</sup>, elle précise bien qu’elles n’en sont qu’une modalité : « les normes permissives n’ont donc pas le monopole du pouvoir discrétionnaire mais elles ont la particularité de forcément conférer un tel pouvoir, dans la mesure où leur mise en oeuvre suppose toujours un choix de l’action de la part de l’administration, qui est plus ou moins libre dans ce choix »<sup>1365</sup>. Par ailleurs, si discrétionnalité et permissivité sont liées, il ne faut pas trop vite en conclure que l’administration, en situation de « compétence permissive », jouisse d’un entier pouvoir discrétionnaire.

---

<sup>1362</sup> M. Eisenmann n’exclut peut-être pas la conjonction des deux facteurs de discrétionnalité. En effet, certaines phrases sont ambiguës tant elles peuvent laisser croire à une assimilation entre les notions d’impérativité et de détermination de la règle de droit : « la discrétionnalité surgit, dès le moment où la réglementation ne sera pas parfaitement impérative » ou encore « la source de la discrétionnalité, c’est l’absence de détermination rigoureusement impérative, stricte, de l’action » (*Cours de droit administratif*, t. 2, 1983, *op. cit.*, p. 296). De même, certaines expressions semblent pouvoir se rapporter tant à l’une qu’à l’autre des sources identifiées : « le pouvoir discrétionnaire est le produit, un résultat de la réglementation, d’un certain état de cette réglementation » (*op. cit.*, p. 310).

<sup>1363</sup> *Op. cit.*, p. 304-305.

<sup>1364</sup> L’auteur semble cependant inverser la logique suivie dans les développements quand elle écrit : « Les normes permissives qui ouvrent une faculté à l’administration se présentent comme une manifestation du pouvoir discrétionnaire de celle-ci » (*Les normes permissives en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 252). Au vu des développements ci-dessus, il semble pourtant que la norme permissive soit à la base de l’existence d’un tel pouvoir.

<sup>1365</sup> *Op. cit.*, p. 253.

## B – LA NORME PERMISSIVE COMME VECTEUR INCERTAIN DE COMPÉTENCE DISCRETIONNAIRE

576. L'ouverture d'une faculté au profit de l'administration et la fixation d'un minimum d'exigences légales ne sont pas incompatibles, comme le révèle l'examen du droit positif. Il en résulte que si les normes permissives reconnaissent du pouvoir discrétionnaire, celui-ci n'est pas forcément exclusif d'une certaine réglementation de la « compétence permissive ». En d'autres termes, cette dernière n'est pas nécessairement une compétence discrétionnaire (2). Mais afin de mieux appréhender les caractères de la « compétence permissive », il semble au préalable utile d'apporter quelques précisions d'ordre terminologique (1).

### *1 – Unité du pouvoir discrétionnaire et variété des natures de compétence*

577. Le rapport qui s'établit entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée est obscurci par le positionnement fréquent des deux notions sur un même plan. Si elles sont classiquement opposées, les termes de cette opposition méritent quelques éclaircissements. Il est fréquent de considérer que lorsqu'une autorité administrative ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire, elle est en situation de compétence liée<sup>1366</sup> ; partant, de concevoir le pouvoir discrétionnaire comme le contraire de la compétence liée. Or, les deux notions ne sauraient, en toute logique, être tenues pour contraires ou opposées.

Cette opposition est un abus de langage, une simplification de l'esprit, qui déforme les véritables rapports qu'elles entretiennent. Certes, ces notions rendent compte de situations normatives distinctes – quelquefois opposées – de l'autorité administrative : les situations où celle-ci jouit d'une liberté d'appréciation, et celles où elle est tenue strictement par le droit. Mais pouvoir et compétence ne sont pas de même nature : leur opposition est impropre. Aussi, la compétence liée est-elle une variété de compétence en vertu de laquelle l'autorité administrative ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire ; la notion opposée est celle de *compétence* discrétionnaire. L'exercice d'une compétence par l'administration, et par suite la qualification de cette compétence, supposent l'appréciation du pouvoir qui lui est reconnu, et plus précisément de l'existence ou non d'un pouvoir discrétionnaire.

---

<sup>1366</sup> La jurisprudence a d'ailleurs admis que s'il y a, pour l'administration, matière à porter une appréciation sur les faits, et par là même, quant à la décision à prendre, elle n'est pas en situation de compétence liée : CE Sect., 3 février 1999, *Montaignac* (Rec. p. 7, *AJDA* 1999, p. 567, chron. F. Raynaud et P. Fombeur) ; CE, 17 septembre 1999, *Société Cannon Immobilière* (n° 167265).

**578.** De nombreux auteurs admettent qu'il existe, entre les deux situations extrêmes où l'administration est totalement libre d'agir ou non, et où elle est tenue d'agir dans un sens déterminé par la loi, un ensemble de situations lui accordant un pouvoir discrétionnaire plus ou moins affirmé. M. Eisenmann est particulièrement explicite sur le caractère variable du pouvoir discrétionnaire qui peut être reconnu à l'administration : « l'idée essentielle qu'il faut dégager sans plus tarder est que le caractère discrétionnaire est susceptible de degrés ; le caractère discrétionnaire est une donnée quantitativement variable, susceptible de plus ou de moins »<sup>1367</sup>. Il serait dès lors plus approprié de dire que l'administration se voit reconnaître *du* pouvoir discrétionnaire, plutôt qu'un pouvoir discrétionnaire<sup>1368</sup>. Pour M. Benoît, « il n'existe pas de différence de nature entre [la compétence discrétionnaire et la compétence liée], mais seulement des différences de degré dans la liberté d'action reconnue par la loi et la jurisprudence aux autorités administratives. On passe insensiblement par tous les degrés, des compétences discrétionnaires aux compétences liées »<sup>1369</sup>. M. Waline considère, pour sa part, que le pouvoir discrétionnaire « existe dans chaque cas, sauf dans celui de compétence liée, mais [...] à des doses qui varient d'un cas à l'autre suivant que la loi a mis des bornes plus ou moins étroites à la liberté d'option de l'administrateur »<sup>1370</sup>. De même, M. Moreau parlant de « l'échelle des situations »<sup>1371</sup>, souligne « la fréquence de situations mixtes, intermédiaires, dans lesquelles l'autorité administrative titulaire d'une compétence n'est que partiellement libre de l'exercer ». Et d'ajouter qu'« entre le facultatif et l'obligatoire, la gamme est riche »<sup>1372</sup>. Enfin, M. Chapus parle bien de « l'étendue » du pouvoir discrétionnaire de l'administration<sup>1373</sup>.

**579.** Le vocabulaire déployé par ces auteurs est éloquent : degré, quantité, dose, échelle, gamme, étendue... autant de termes exprimant la variabilité du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives dans l'exercice de leurs compétences<sup>1374</sup>. Ce caractère fluctuant reflète bien, en définitive, la variété des sources de discrétionnalité de la compétence

---

<sup>1367</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, 1983, *op. cit.*, p. 293.

<sup>1368</sup> *Op. cit.*, p. 295.

<sup>1369</sup> Francis-Paul Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 482, cité par Pierre Py (*Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, *op. cit.*, p. 14), lui aussi favorable à la thèse du degré de pouvoir discrétionnaire.

<sup>1370</sup> Marcel Waline, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 328.

<sup>1371</sup> Jacques Moreau, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 136. V. aussi la notion d'« échelle de discrétionnalité », in Jean-François Brisson et Aude Rouyère, *Droit administratif*, Montchrestien, 2004, p. 239-242.

<sup>1372</sup> *Op. cit.*, p. 142.

<sup>1373</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1056.

<sup>1374</sup> Comp. Roger Bonnard, *Droit administratif*, p. 77 : « le pouvoir discrétionnaire n'est pas susceptible de plus ou de moins ; il est ou il n'est pas », cité par André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1953, n° 400.

administrative : non seulement le défaut d'impérativité de la loi, et aussi son indétermination, elle même variable. Mais surtout, il témoigne de la fréquence de situations mixtes, intermédiaires, entre les extrêmes – les types idéaux<sup>1375</sup> – que constituent la compétence discrétionnaire et la compétence liée. Il arrive souvent que l'autorité administrative soit « dans une situation moyenne dans laquelle il y a une part de détermination, et un certain degré de pouvoir discrétionnaire. Cette situation composite, impure, mélangée, se rencontre très fréquemment, mais la doctrine tend à ne pas l'apercevoir, parce qu'elle préfère opérer avec des notions absolues, c'est-à-dire correspondant aux hypothèses extrêmes : compétence liée ou pouvoir discrétionnaire total »<sup>1376</sup>.

**580.** Deux auteurs ont toutefois particulièrement mis en lumière cet espace de transition, dont l'importance pratique est évidente. Le premier l'a fait au bénéfice d'une redéfinition de la notion de compétence liée traditionnellement admise, et de son cantonnement à des hypothèses réduites. Ce recadrage conduit à une réévaluation de l'opposition entre compétence discrétionnaire et compétence liée. Pour M. Timsit, en effet, la seule opposition qui soit juridiquement fondée est celle qu'il convient d'établir entre compétence discrétionnaire et compétence réglementée<sup>1377</sup>, dans laquelle la « compétence liée n'apparaît [...] que comme un aspect extrêmement particulier de la notion de compétence réglementée »<sup>1378</sup>.

Dans ce schéma, la compétence discrétionnaire n'est pas affranchie de toute légalité<sup>1379</sup>, mais elle se distingue en ce que la loi ne conditionne d'aucune manière la compétence de l'autorité administrative. Cette situation correspond sans doute à l'ouverture, par une norme permissive, d'une faculté, dont la mise en œuvre serait totalement libre – non conditionnée dans l'une de ses branches ; toutefois, par principe, toute faculté expressément introduite dans l'ordonnement juridique circonscrit le champ d'action de son destinataire, donc réglemente sa compétence, d'une certaine manière. Il semble par ailleurs difficile d'admettre

---

<sup>1375</sup> Jacques Moreau, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>1376</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, 1983, *op. cit.*, p. 483-484.

<sup>1377</sup> Gérard Timsit, « La compétence liée et le principe de légalité », *D* 1964, *chron.*, p. 217-222, *spéc.* p. 218.

<sup>1378</sup> *Ibid.* « Au niveau de l'acte normateur également, la compétence liée correspond à celui des sens du principe de légalité qui est le plus absolu », p. 219. Cette conception de la compétence liée a finalement été confirmée en jurisprudence avec l'arrêt de Section du 3 février 1999, *Montaignac*, *préc.* Selon les commentateurs, « la section du contentieux a ainsi affirmé nettement que la notion de compétence liée devait s'interpréter de façon restrictive [...] il n'y a donc de compétence liée que lorsque la constatation des faits commande mécaniquement la décision de l'administration, sans qu'il y ait place pour une quelconque appréciation de ces faits, et donc de la part du juge pour un quelconque contrôle de qualification juridique » (F. Raynaud et P. Fombeur, *chron.*, *AJDA* 1999, p. 569).

<sup>1379</sup> M. Timsit rappelle l'existence d'au moins deux limites imposées par la loi à l'administration dans les situations de compétence discrétionnaire : une limite tenant à l'auteur de l'acte, l'autre à son but (*op. cit.*, p. 218).

qu'il puisse s'agir d'un cas de compétence implicite, notamment parce qu'il est rare, lorsque le juge admet l'existence d'une faculté implicite, qu'il n'en restreigne pas les conditions d'usage, qu'il ne la « réglemente » pas. Par exemple, la faculté de résiliation unilatérale des conventions dans l'intérêt du service, reconnue au profit de la personne publique contractante, est conditionnée par des motifs d'intérêt général<sup>1380</sup>.

La compétence liée impose donc, selon M. Timsit, le cumul de l'obligation d'agir et de l'action dans un sens déterminé. Toutes les hypothèses intermédiaires entre cet extrême et l'autre extrême que constitue la compétence discrétionnaire – faculté d'agir mais conditionnement d'une des branches de cette faculté<sup>1381</sup>, faculté d'agir mais prédétermination des mesures que l'autorité administrative pourra prendre<sup>1382</sup>, etc. – s'analyseront en des compétences réglementées. En aucun cas, il ne s'agira, pour l'auteur, de situations de compétence liée à un degré plus ou moins important<sup>1383</sup>.

**581.** Le second auteur qui ait contribué à préciser la zone intermédiaire entre la compétence discrétionnaire de l'administration, et la situation dans laquelle elle est totalement liée par la loi, est M. Di Qual, dans sa thèse relative à la notion de compétence liée. Celui-ci retient bel et bien la notion de degré au sein même de la compétence liée. Selon lui, dès lors que la compétence de l'autorité administrative n'est pas discrétionnaire, elle est forcément liée, mais selon une progression ternaire. En situation de « compétence liée du premier degré », la plus proche de la compétence discrétionnaire, l'administration aurait la faculté d'agir – donc de ne pas agir –, mais en cas d'action, elle devrait agir dans un sens déterminé. La « compétence liée du deuxième degré » imposerait à l'administration d'agir dans certaines situations, mais lui laisserait le choix du moment. Enfin, l'ultime degré de liaison de la compétence administrative, la « compétence ligotée », imposerait l'action à l'administration dans un sens

---

<sup>1380</sup> V. not. CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, préc. ; CE, 22 avril 1988, *Société France 5*, *Rec.*, p. 157 ; *AJDA* 1988, p. 540, note. B. D. ; *RA* 1988, p. 240, note P. Terneyre.

<sup>1381</sup> Par ex., faculté de refuser un permis de construire uniquement si les constructions sont de nature à porter atteinte à un site ; cela étant, le refus n'est qu'une faculté, même si l'atteinte est fort probable. L'octroi du permis, par conséquent, est également facultatif.

<sup>1382</sup> Cette situation est celle de l'autorité administrative prononçant une sanction disciplinaire à l'égard d'un agent.

<sup>1383</sup> « En vérité, la notion de degré que l'on utilise à propos de la compétence liée ne s'applique pas à la liaison de la compétence, qui ne concerne que la norme posée, mais au faisceau d'attributions reconnues à une autorité administrative qui, sur certaines d'entre elles, se voit accorder tout liberté d'appréciation, tandis que pour d'autres, elle est obligée d'agir dans le sens qui lui est imposé par la loi » (Gérard Timsit, « La compétence liée et le principe de légalité », *op. cit.*, p. 221).

déterminé, à un certain moment, et dans un laps de temps donné<sup>1384</sup> ; cette forme maximale de liaison de la compétence correspond au seul cas de compétence liée admis par M. Timsit.

Seule la « compétence liée du premier degré » semble pouvoir être la conséquence d'une disposition permissive : en effet, c'est la seule forme de liaison de la compétence qui ménage une faculté d'action, un pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'agir, à l'autorité administrative. M. Di Qual en propose quelques exemples, en soulignant que ce premier degré de compétence liée se rencontre souvent lorsque l'administration jouit d'un pouvoir susceptible de limiter l'exercice des libertés publiques : en matière de permis de chasser, de délimitation du domaine public naturel, de police administrative...<sup>1385</sup> Dans ces hypothèses, les individus auraient intérêt à ce que l'administration n'agisse pas, ne fasse pas usage – positivement – de la faculté qui lui est reconnue<sup>1386</sup>.

En matière de police spéciale, en effet, de nombreuses normes permissives dotent l'administration de la faculté d'entraver l'exercice d'une liberté publique, afin de protéger l'intérêt général, dans une de ses déclinaisons possibles. Ainsi, les dispositions permissives du Règlement national d'urbanisme (RNU), en ouvrant la faculté de refuser le permis de construire ou de conditionner son octroi au respect de prescriptions spéciales, dans le but de protéger divers intérêts publics (sécurité, salubrité, protection des sites, de l'environnement, économie des deniers publics, etc.), permettent à l'administration de limiter le droit de construire – et donc le droit de propriété – des pétitionnaires<sup>1387</sup>. L'intérêt de ces derniers est bien que l'administration n'use pas des pouvoirs qui lui sont attribués. Il en est de même dans les mécanismes de déclaration préalable. Dans toutes ces hypothèses, si l'administration est libre d'agir ou non, elle est tenue par le sens de son action. S'agissant du RNU, elle ne peut que refuser le permis ou subordonner son octroi au respect de prescriptions spéciales : telle est la conséquence de la circonscription de la faculté ouverte, par la disposition permissive.

Par conséquent, les cas où l'administration n'est pas tenue d'agir, et ne voit pas le sens de son action déterminé par la loi, échappe à la qualification de compétence liée – même *a minima* –, et constituent des manifestations de la compétence discrétionnaire. Cependant, le fait que l'administration ne soit pas tenue par le sens de son action paraît s'opposer à ce qu'une norme permissive ait été formulée : l'édiction de la norme entraîne la nécessaire expression de la

---

<sup>1384</sup> Lino Di Qual, *La compétence liée*, *op. cit.*, p. 197 et s.

<sup>1385</sup> *Op. cit.*, p. 200 et s.

<sup>1386</sup> *Op. cit.*, p. 250.

<sup>1387</sup> V. art. R111-1 et s. du Code de l'urbanisme.

faculté ouverte, et donc, de fait et en droit, une délimitation de l'alternative proposée. Seule une disposition ouvrant une faculté en des termes imprécis – du type : l'autorité compétente peut prendre les mesures appropriées – et laissant à l'administration le pouvoir d'en apprécier le sens paraît susceptible d'induire une compétence discrétionnaire. Mais cette indétermination peut être limitée par l'interprétation jurisprudentielle – auquel cas la compétence administrative risque de glisser vers le premier degré de liaison. En tout état de cause, seule cette hypothèse autorise à envisager une norme permissive expresse ouvrant une compétence totalement discrétionnaire.

**582.** La typologie de M. Di Qual présente donc l'intérêt de mettre en évidence les limites des liens existant entre discrétionnalité et permissivité normative. Si les normes permissives génèrent un pouvoir discrétionnaire au profit de l'autorité administrative, elles n'induisent pas nécessairement une compétence totalement discrétionnaire de celle-ci. Par ailleurs, seule la zone de « compétence liée du premier degré » pour cet auteur, ou de « compétence réglementée » pour M. Timsit, paraît correspondre nécessairement à la situation normative engendrée par une disposition permissive. Il en résulte que la « compétence permissive » oscillera entre compétence discrétionnaire et compétence réglementée.

## ***2 – La « compétence permissive » : rarement discrétionnaire, souvent réglementée***

**583.** Si les normes permissives induisent nécessairement du pouvoir discrétionnaire au profit de l'autorité administrative à laquelle elles reconnaissent une faculté, la « compétence permissive » est assez rarement une compétence discrétionnaire. Il n'est pas fréquent, en effet, que le droit ouvre une faculté pure et simple, absolument inconditionnée, à l'administration<sup>1388</sup>. Généralement, les conditions de sa mise en œuvre sont prévues par la norme. Pourtant, quelques rares exceptions existent, comme la faculté d'octroi ou de refus de visa d'entrée sur le territoire français, dont l'exercice semble totalement discrétionnaire. Cela peut s'expliquer par le caractère régalien d'une telle prérogative. Pour autant, cette compétence discrétionnaire n'est pas soustraite à l'empire de la légalité : non seulement l'administration demeure tenue d'agir dans l'intérêt général<sup>1389</sup>, mais la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue, en la matière, une

---

<sup>1388</sup> V. Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 250.

<sup>1389</sup> CE, 28 février 1986, *Ngako Jeuga, Rec.*, p. 49. Les mesures prises « peuvent se fonder non seulement sur des motifs tenant à l'ordre public, mais sur toute considération d'intérêt général » ; si ces deux éléments peuvent motiver la décision de l'administration, ils la bornent nécessairement.

composante de cette légalité<sup>1390</sup>. Dans le domaine des consultations locales, la faculté reconnue aux organes délibérants des collectivités territoriales ou des établissements de coopération intercommunale, de ne pas donner suite à la demande d'organisation d'une consultation ou d'un référendum local, s'inscrit également dans le cadre d'une compétence discrétionnaire de son bénéficiaire : les textes en cause ne précisent pas les conditions dans lesquelles il peut donner suite ou non à la demande.

**584.** Dans la majorité des cas cependant, la « compétence permissive » se révèle être une compétence réglementée, au sens où la disposition permissive lie son destinataire en deçà de l'hypothèse de la compétence liée, mais ne lui reconnaît pas pour autant un pouvoir discrétionnaire maximal. La loi peut ainsi subordonner l'exercice d'une faculté à l'obtention de l'avis d'une organe consultatif, ou encore imposer certaines finalités à sa mise en œuvre<sup>1391</sup>. La liaison de l'exercice d'une faculté à une condition légale (b), ou encore l'enfermement de la liberté de choix de l'administration dans un cadre prédéfini d'options (a), expriment sans doute le mieux le caractère communément réglementé de la « compétence permissive ».

#### **a – La prédétermination du choix de l'autorité administrative**

**585.** Cette prédétermination recouvre plusieurs formes, qui traduisent une réglementation plus ou moins « liante » de la compétence de l'autorité administrative. Tout d'abord, les dispositions permissives peuvent ouvrir à leur destinataire la faculté de choisir entre plusieurs mesures possibles, dès lors que celui-ci aura choisi d'agir. Ainsi, en matière disciplinaire, si l'autorité administrative estime qu'un agent a commis une faute disciplinaire, et décide de prendre des mesures à son encontre, la loi détermine plusieurs types de sanctions, réparties en quatre groupes<sup>1392</sup>, parmi lesquelles l'autorité administrative devra opérer un choix. Cette prédétermination – qui peut s'analyser en une détermination législative, non de

---

<sup>1390</sup> Il en résulte qu'en dépit du caractère discrétionnaire de cette compétence, le contrôle du juge ne sera pas forcément restreint. Au contraire, il s'agira d'un contrôle de proportionnalité lorsque l'étranger se voyant refuser un visa peut se prévaloir des dispositions de l'article 8 de la Convention ; v. not. CE Sect., 10 avril 1992, *Aykan et Marzini, Rec.*, p. 152 et 154 ; *AJDA* 1992, p. 332, chron. ; *RFDA* 1993, p. 541, concl. Denis-Linton ; CE, 11 juin 1997, *Epoux Talipoglu, Rec.*, p. 850 ; CE, 8 juin 1998, *Mlle Chea, JCP* 1998, n° 10182, note F. Monéger.

<sup>1391</sup> Ces hypothèses ont été présentées (n° 253) ; elles sont susceptibles d'induire une forme de contrainte pouvant dénaturer le caractère permissif d'une norme.

<sup>1392</sup> Ces groupes correspondent à quatre degrés de sanction, selon leur importance (avertissement, blâme, exclusion temporaire des fonctions, radiation du tableau d'avancement, abaissement d'échelon, déplacement d'office, rétrogradation, mise à la retraite d'office, révocation). Le juge veille à ce que l'autorité disciplinaire ne commette pas d'erreur manifeste d'appréciation entre la gravité de la faute et le choix de la sanction (CE Sect., 9 juin 1978, *Lebon, AJDA* 1978, p. 553, concl. Genevois ; CE Sect., 6 mai 1996, *Rubio, Rec.*, p. 148). Un rapport de proportionnalité doit exister entre la gravité de la faute et la nature de la sanction, qui doit être ni trop sévère (CE, 22 novembre 1985, *Doucet, Rec.*, p. 331), ni trop légère.



l'incrimination, mais des peines encourues – vient limiter la liberté d'appréciation de l'autorité administrative et témoigne du caractère réglementé de sa compétence. Comme le précise M. Lachaume, « cette énumération présente un caractère limitatif mettant ainsi – et heureusement – un frein à l'imagination dont pourraient faire preuve certaines autorités disciplinaires »<sup>1393</sup>. La loi prédétermine également les mesures parmi lesquelles l'administration pourra opérer une sélection lorsqu'elle lui ouvre la faculté d'interdire les publications étrangères : interdiction de circulation, de distribution ou de mise en vente<sup>1394</sup>.

**586.** Mais la plupart du temps, les dispositions permissives ne permettent pas à l'autorité administrative de choisir entre plusieurs mesures, et se limitent à autoriser une action déterminée – et son contraire, par définition. Même si ces dispositions, par leur laconisme relatif, paraissent induire un moindre degré de détermination que les précédentes, elles n'en reconnaissent pas moins une liberté plus limitée à leur destinataire. « L'autorité administrative n'[a] pas le choix entre plusieurs contenus et [doit] donner à l'acte un contenu unique prédéfini »<sup>1395</sup>, autant qu'elle décidera de prendre l'acte en cause. Ainsi en est-il lorsqu'elle a la faculté de refuser un permis de chasser, d'expulser un étranger, de résilier un contrat administratif, etc.

Ces hypothèses sont fréquentes, dans la mesure où la définition de la faculté ouverte au destinataire de la norme emporte en général sa délimitation. Il n'est guère que lorsque l'administration se voit reconnaître la faculté de *modifier unilatéralement* un contrat administratif, ou de *fixer des prescriptions ou conditions* spéciales à une autorisation<sup>1396</sup>, qu'elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui excède le seul stade de l'appréciation de l'opportunité d'agir : dans ce cas, le législateur peut difficilement anticiper ce qui relève d'une appréciation concrète et circonstanciée. La compétence de l'administration s'en trouve davantage marquée de pouvoir discrétionnaire.

**587.** La « compétence permissive » apparaît cependant nettement plus réglementée lorsque l'autorité administrative perd la faculté de ne pas agir, et ne conserve que la liberté d'apprécier, parmi plusieurs options prévues par la loi, laquelle paraît la plus opportune. La compétence de l'administration n'est pas totalement liée, en ce sens que cette dernière reste

---

<sup>1393</sup> Jean-François Lachaume, *La fonction publique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 95.

<sup>1394</sup> Article 14 de la loi du 29 juillet 1881, *relative à la liberté de la presse* (préc.).

<sup>1395</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 251.

<sup>1396</sup> Les articles permissifs du Règlement national d'urbanisme permettent en générale de refuser le permis de construire ou de subordonner son octroi au respect de prescriptions spéciales fixées par l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation.

libre de choisir entre les différentes options prévues. De même, le caractère permissif de la disposition en cause semble pouvoir être admis, tant la faculté ouverte à son destinataire relève du domaine de l'opportunité. Ainsi, les établissements publics de coopération intercommunale se voient-ils imposer des compétences dites obligatoires, qu'ils exercent de plein droit, et pour lesquelles aucune liberté n'est accordée par la loi, et des compétences optionnelles, parmi lesquelles ils choisiront<sup>1397</sup>. Toutefois, en fait de compétence réglementée, il s'agit d'une compétence particulièrement encadrée par la loi ; le degré de pouvoir discrétionnaire sera extrêmement ténu, même si le juge ne peut censurer le choix effectué par l'autorité compétente, dès l'instant où elle aura exercé son pouvoir de sélection dans la palette des mesures prévues.

**588.** La compétence de l'autorité administrative destinataire d'une disposition permissive sera donc plus ou moins empreinte de discrétionnalité selon que la faculté reconnue sera « ouverte » (faculté de déterminer les mesures à prendre, faculté de choisir entre plusieurs mesures prédéterminées), « fermée » (faculté limitée à l'opportunité de l'action). La prédétermination du choix de l'autorité administrative apparaît donc clairement comme un élément de réglementation de la « compétence permissive », comme d'ailleurs son conditionnement.

#### **b – La liaison de l'exercice d'une faculté à une condition légale**

**589.** La loi peut subordonner la mise en œuvre d'une faculté à l'existence d'une situation, à la présence de certains faits, etc. L'autorité administrative ne peut par exemple engager de poursuites disciplinaires contre un agent qu'en cas de commission d'une faute disciplinaire. Certes, le pouvoir d'appréciation de l'administration en la matière est important, d'autant que la commission d'une faute disciplinaire est indépendante de l'existence d'une faute pénale<sup>1398</sup>, mais aussi « aléatoire » soit-il, ce constat est une condition nécessaire à la mise en œuvre de la faculté de sanctionner. La jurisprudence peut également conditionner l'exercice d'une faculté : par exemple, elle impose que les autorisations d'occupation privative du domaine public respectent l'affectation de la dépendance concernée<sup>1399</sup>.

---

<sup>1397</sup> V. n° 722 et s.

<sup>1398</sup> CE, 24 juillet 1987, *Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Ariège*, Rec. p. 916. Cependant, les faits constatés par le juge pénal s'imposent à l'autorité disciplinaire : CE Ass., 12 avril 2002, *Papon*, AJDA 2002, p. 423, chron. Guyomar et Collin.

<sup>1399</sup> V. not. CE Sect., 3 mai 1963, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, préc.

**590.** En droit de l'urbanisme, le conditionnement des facultés ouvertes est extrêmement fréquent, notamment dans les dispositions du Règlement national d'urbanisme. L'article R111-3-2 du Code de l'urbanisme dispose ainsi que « *le permis de construire peut être refusé ou n'accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions sont de nature, par leur localisation, à compromettre la conservation ou la mise en valeur d'un site ou de vestiges archéologiques* »<sup>1400</sup>. Cette disposition subordonne la faculté de refus ouverte à l'autorité compétente, comme celle de subordonner le permis au respect de prescriptions spéciales, à la réalisation de la condition légale, à savoir le fait que la localisation des constructions projetées porte atteinte à la conservation ou la mise en valeur d'un site ou de vestiges archéologiques.

En conditionnant cette faculté, la loi ne limite pas la faculté de refus ou d'octroi sous condition du permis à cette seule hypothèse – d'autres motifs sont envisageables – mais fournit un fondement légal particulier à cette prérogative. Cherchant à qualifier la compétence de l'administration en la matière, M. Savy a avancé la notion de « compétence facultative conditionnée »<sup>1401</sup>, qui peut être considérée comme une hypothèse particulière de compétence réglementée : *facultative*, cette compétence est le produit d'une norme permissive, qui induit un pouvoir discrétionnaire au profit de son destinataire<sup>1402</sup> ; *conditionnée*, elle ne saurait être totalement discrétionnaire<sup>1403</sup>.

**591.** Cependant, s'agissant du pouvoir d'appréciation de l'administration, il ne saurait être équivalent selon que cette dernière envisage d'octroyer purement et simplement le permis, de le refuser, ou de ne l'octroyer que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales : le conditionnement du refus et de l'octroi sous condition limite la liberté de l'autorité compétente, alors que l'absence de condition liée à la délivrance pure et simple du permis confère à l'autorité compétente un important pouvoir discrétionnaire.

Dans le premier cas, il ne s'agit cependant pas d'une situation de compétence liée, l'administration jouissant d'une simple *faculté* de refus ou d'octroi sous condition : la qualification de compétence réglementée s'impose donc. Dans le second cas, la compétence

---

<sup>1400</sup> V. aussi C. urb., art. R111-2, R111-3-1, R111-4, R111-13, R111-14-1, R111-15 et R111-21.

<sup>1401</sup> Robert Savy, « Permis de construire et légalité », *D* 1975, chron., p. 63 et s.

<sup>1402</sup> La compétence *facultative* conditionnée, s'oppose ainsi à la compétence obligatoire conditionnée ou inconditionnée, dans laquelle l'autorité est liée par une disposition impérative (*op. cit.*, p. 64).

<sup>1403</sup> Selon l'auteur, la compétence discrétionnaire est quasiment inexistante en la matière ; la notion de compétence facultative conditionnée rend compte de ce que le pouvoir discrétionnaire s'infiltré de « manière plus feutrée » dans la compétence de l'administration (*op. cit.*, p. 65).

pour octroyer purement et simplement le permis semble bien discrétionnaire (elle résulte notamment d'une lecture *a contrario* de la disposition en cause). Il en résulte que la compétence réglementée ne va pas traduire une même situation normative selon que l'autorité administrative entend mettre en œuvre l'une ou l'autre des branches de la faculté ouverte. Cela est loin d'être fortuit et témoigne d'une véritable intention législative.

**592.** En effet, en conditionnant l'une des branches d'une faculté qu'il reconnaît, le législateur peut chercher à favoriser une action administrative plutôt qu'une autre<sup>1404</sup> : loin d'être indifférent au sens dans lequel l'administration peut être amenée à se déterminer, l'auteur de la norme permissive pourra rendre plus contraignant un certain type d'action, voire favoriser l'inaction de l'administration. Il semble d'ailleurs que les décisions défavorables aux administrés, peut-être parce qu'elles sont moins naturelles dans un Etat libéral, garant des droits et libertés, soient plus généralement soumises à condition légale. A cet égard, dans l'exemple précédent, le conditionnement de la faculté de refus ou d'octroi du permis de construire sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales, va de pair avec l'obligation générale de motiver les décisions individuelles défavorables, comme celles refusant une autorisation, ou subordonnant l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposant des sujétions<sup>1405</sup>.

**593.** L'existence d'une condition légale se double quelquefois d'une formulation restrictive qui vise à orienter l'action administrative, et entame, au moins en fait, la libre appréciation de l'administration. L'article L512-1 du Code de l'environnement dispose ainsi, en son alinéa 2, que « *l'autorisation [d'installation classée pour la protection de l'environnement] ne peut être accordée que si ces dangers ou inconvénients peuvent être prévenus par des mesures que spécifie l'arrêté préfectoral* ». Le conditionnement de l'octroi de l'autorisation, combiné à la formule restrictive *ne peut... que*, produit nécessairement un effet contraignant sur la compétence de l'autorité administrative, qui, à défaut d'être liée, est fortement invitée à faire primer la condition légale sur la dimension permissive de la disposition. Pour Mme Barthe-Gay, « cette formulation négative et restrictive laisse entendre que l'autorité administrative doit être plus encline à refuser les autorisations qu'à les octroyer »<sup>1406</sup>. Elle fait un constat

---

<sup>1404</sup> V. Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives dans le droit administratif français », *op. cit.*, p. 253.

<sup>1405</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 11 juillet 1979 *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public* (préc.).

<sup>1406</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives dans le droit administratif français », *op. cit.*, p. 253-254.

similaire avec le pouvoir d'expropriation qui, en raison des atteintes qu'il est susceptible de porter à la propriété privée, fait l'objet d'une formulation négative et restrictive<sup>1407</sup>.

La précision du caractère exceptionnel que doit revêtir une autorisation atteint également le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative dans l'article suivant, dont la double condition apparaît comme particulièrement contraignante : « *Des dérogations à l'obligation de réaliser des installations collectives de distribution d'eau potable peuvent être accordées à titre exceptionnel, lorsque la grande superficie des parcelles ou la faible densité de construction ainsi que la facilité d'alimentation individuelle, font apparaître celle-ci comme nettement plus économique, mais à la condition que la potabilité de l'eau et sa protection contre tout risque de pollution puissent être considérées comme assurées* »<sup>1408</sup>.

A l'inverse, la loi peut limiter les possibilités de refuser une dérogation au principe dit de la constructibilité limitée, qui interdit d'ouvrir à l'urbanisation certaines zones dans les communes « *situées à moins de quinze kilomètres de la périphérie d'une agglomération de plus de 50 000 habitants au sens du recensement général de la population, ou à moins de quinze kilomètres du rivage de la mer, et non couvertes par un schéma de cohérence territoriale applicable* ». En effet, aux termes de l'article L122-2 du Code de l'urbanisme, cette dérogation « *ne peut être refusée que si les inconvénients éventuels de l'urbanisation envisagée pour les communes voisines, pour l'environnement ou pour les activités agricoles sont excessifs au regard de l'intérêt que représente pour la commune la modification ou la révision du plan* ». La formulation restrictive et la condition imposée impliquent que l'autorité administrative se verra reconnaître un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus limité pour refuser la dérogation que pour la consentir : elle a une compétence quasiment liée en cas de refus – quasiment, dans la mesure où l'indétermination relative de la condition génère un certain pouvoir d'appréciation –, et discrétionnaire si elle entend faire droit à la demande de dérogation.

**594.** La « compétence permissive » ne saurait donc être assimilée à la seule compétence discrétionnaire, tant les normes permissives reconnaissent rarement un pur pouvoir discrétionnaire à leur destinataire : la prédétermination des mesures qu'il est possible de prendre, le conditionnement des facultés ouvertes, voire l'influence de fait exercée sur la détermination de l'autorité administrative, traduisent un encadrement légal qui témoigne

---

<sup>1407</sup> *Ibid.* Cf. article L11-1 du Code de l'expropriation, l'auteur faisant un parallèle avec l'article 17 de la DDHC, lui-même restrictif.

<sup>1408</sup> Art. R111-11 du Code de l'urbanisme.

combien la permissivité n'est pas synonyme de laxisme normatif. Il en résulte toutefois une forte hétérogénéité, dont va devoir tenir compte le juge dans son contrôle de la mise en œuvre des dispositions permissives par l'administration.

## **SECTION 2 – L'ADAPTATION DU CONTROLE JURIDICTIONNEL**

**595.** Le pouvoir discrétionnaire inhérent à la « compétence permissive » des autorités administratives rejaillit sur les modalités du contrôle juridictionnel de leurs décisions. Dans le contentieux de la légalité, l'impact de la permissivité se mesure essentiellement au degré de contrôle de la qualification juridique des faits, lié au caractère plus ou moins réglementé de la « compétence permissive » de l'administration. La jurisprudence témoigne ainsi que l'idée selon laquelle le caractère permissif d'une norme exclurait toute possibilité de contrôle contentieux n'est pas admise par le juge administratif. Mais la « compétence permissive » n'étant pas uniforme, en raison de son caractère plus ou moins réglementé, le contrôle du juge s'adaptera, de manière pragmatique, aux conditions particulières d'exercice des facultés ouvertes (§ 1). S'agissant du plein contentieux, la responsabilisation d'ordre politique qu'implique la « compétence permissive » de l'administration semble s'accompagner d'une responsabilité juridique qui tire les conséquences de l'admission du caractère sanctionnable de la mise en œuvre des dispositions permissives (§ 2).

### **§ 1 – LA DEMARCHE PRAGMATIQUE DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR**

**596.** Si les actes pris dans l'exercice d'une « compétence permissive » sont, en tant qu'actes administratifs, susceptibles d'être contrôlés sur le plan de leur légalité externe, seule leur légalité interne présente certaines spécificités intéressant l'étude des normes permissives. Cela étant, si le contrôle de la violation directe de la loi se conçoit, de même que le détournement de pouvoir, ils n'appellent pas de commentaire particulier. C'est au regard du contrôle des motifs que la permissivité présente un certain intérêt. Concernant le contrôle des motifs de droit, la situation dans laquelle l'autorité administrative s'est crue, à tort, liée par une disposition permissive, ou le fait qu'elle se soit indûment liée par une mesure à caractère général alors qu'elle disposait d'une faculté, illustrent des erreurs de droit classiques<sup>1409</sup> ; c'est

---

<sup>1409</sup> V. par ex. : CE, 7 octobre 1991, *Diop*, DA 1991, n° 477 : préfet s'étant cru tenu de rejeter une demande tardive de renouvellement de carte de séjour, alors qu'il avait la faculté de régulariser la situation de l'intéressé ; CE, 22 octobre 1982, *Le Quéau*, DA 1982, n° 423 ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 155 : autorité se croyant à tort

d'ailleurs par ce contrôle que sont en général sanctionnées les incompétences négatives de l'administration. Mais c'est sans conteste au regard du contrôle des motifs de fait, et plus précisément de leur qualification juridique, que la permissivité appelle le plus de remarques.

Le pouvoir discrétionnaire inhérent à la « compétence permissive » renvoie au *distinguo* traditionnel entre contrôle restreint et contrôle normal de la qualification juridique des faits. Cependant, il ne faut pas prendre prétexte de ce pouvoir discrétionnaire pour lier la « compétence permissive » à la mise en œuvre du seul contrôle restreint. En réalité, le contrôle de la qualification juridique des faits se révèle être un contrôle à géométrie variable, en conséquence du caractère réglementé, et donc plus ou moins conditionné, de la « compétence permissive ». Aussi, est-il nécessaire de distinguer selon que le juge opère un contrôle restreint (A), qu'il le lie à un contrôle normal (B), ou qu'il se livre à un contrôle approfondi (C).

#### A – LE CONTROLE RESTREINT DE L'EXERCICE DE LA « COMPETENCE PERMISSIVE »

**597.** Dans l'absolu, la permissivité ne devrait guère donner prise au contrôle juridictionnel. Cependant, la jurisprudence montre que l'obstacle théorique est surmonté par le juge administratif, qui fait reposer son contrôle sur l'examen de la qualification juridique des faits. La solution est classique dans la mesure où l'administration se trouve en situation de compétence discrétionnaire. Toutefois, l'observation de la jurisprudence met en évidence une dualité dans les modalités du contrôle restreint, selon que le juge examine si l'autorité administrative n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans la mise en œuvre de la faculté qui lui était ouverte (1) ou bien que son contrôle demeure en deçà de la recherche d'une erreur manifeste (2).

##### ***1 – Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation***

**598.** Ce type de contrôle est désormais classique, s'agissant de la mise en œuvre de normes laissant à l'administration la liberté d'apprécier l'opportunité d'une action ou du choix d'une mesure. Il implique un examen de la qualification juridique des faits<sup>1410</sup>, mais un examen

---

tenue de refuser toute construction sur une falaise sur le fondement d'un article permissif, sans procéder à l'examen particulier de l'affaire.

<sup>1410</sup> « Dans l'ancien état du droit, la question était de savoir si la qualification juridique des faits était contrôlée. [...] Actuellement, la question est de savoir comment la qualification juridique des faits est contrôlée. [...] elle en effet toujours contrôlée désormais, mais plus ou moins. Ou bien elle l'est pleinement, et toute erreur continue

limité : le juge censurera l'administration pour les erreurs grossières qu'elle aura pu commettre dans cette qualification. L'intérêt d'un tel contrôle est qu'il est susceptible d'atteindre les dispositions purement et simplement permissives, c'est-à-dire celles qui n'assortissent pas l'exercice d'une faculté de la réunion de conditions particulières et placent l'autorité administrative dans une situation de compétence discrétionnaire.

**599.** La thèse selon laquelle les dispositions permissives ne seraient pas susceptibles de donner prise à une évaluation contentieuse, qu'elles ne sauraient être violées, trouve donc une objection considérable en matière administrative : si la faculté ouverte à l'administration pose le principe d'un choix en opportunité, la jurisprudence administrative considère que certains choix peuvent sortir du cadre de l'opportunité et se muer en questions de légalité. Tout en respectant la marge de manœuvre reconnue à l'administration dans la mise en œuvre des normes permissives, le contrôle restreint témoigne de la vigilance jurisprudentielle à l'égard du pouvoir discrétionnaire généré par la permissivité. En raison d'une erreur évidente commise par l'administration dans la qualification des faits à la base de sa détermination pour l'une ou l'autre branche de la faculté ouverte, sa décision pourra être annulée.

**600.** Ce contrôle substitue donc à la notion de libre *détermination* de l'autorité bénéficiant d'une faculté, inhérente à la norme permissive, celle de bonne ou mauvaise *appréciation*<sup>1411</sup>. Tout pouvoir de l'administration est finalisé, au moins par l'intérêt général, même s'il peut l'être par des objectifs généraux contenus dans la loi<sup>1412</sup> ; c'est en raison de cette finalisation, plus ou moins prégnante, que le contrôle de l'appréciation faite par l'administration sera possible. Mais il ne s'agit en aucun cas, pour le juge, de déterminer ce que *devait* faire l'autorité administrative, comment elle devait exercer la faculté qui lui était reconnue ; il sera

---

à être censurée (contrôle normal). Ou bien, elle ne l'est que dans une certaine mesure et seules sont censurées les erreurs manifestes d'appréciation (nouveau contrôle restreint) » (René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1256).

<sup>1411</sup> Au contraire, avant d'inclure la notion d'erreur manifeste d'appréciation dans le contrôle restreint, et en limitant ce dernier à la recherche d'une erreur de droit, d'une erreur de fait ou d'un détournement de pouvoir, le juge donnait tout son effet au principe de libre détermination. V. CE, 6 avril 1973, *Jacques, Rec.*, p. 288, où le juge reformule l'alternative offerte au ministre (accorder ou refuser d'inscrire un candidat à un concours) pour justifier la limitation de son contrôle.

<sup>1412</sup> Par ex., dans son arrêt du 2 octobre 1996, *Commune de Bourg-Charente (AJDA 1996, p. 1030 et s.)*, le Conseil d'Etat considère que la décision préfectorale fixant la liste des communes intéressées par un projet de communauté de communes n'est pas « *manifestement erronée au regard des objectifs que la loi du 6 février 1992 assigne aux communautés de communes* », à savoir l'association de communes au sein d'un espace de solidarité, en vue de l'élaboration d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace rural ».



davantage question de censurer ce qu'elle *ne pouvait pas* faire, en dépit de sa « compétence permissive »<sup>1413</sup>.

**601.** Par principe, la notion d'erreur manifeste d'appréciation se localise dans la qualification juridique des faits. Le contrôle de l'élaboration des documents locaux d'urbanisme en fournit une illustration classique. L'opportunité du classement des parcelles d'une commune en zones urbanisées, à urbaniser, naturelles, agricoles ou forestières a fait l'objet d'un contentieux abondant qui pose bien le principe du contrôle restreint de la qualification juridique des faits<sup>1414</sup> ; il faut y voir la conséquence logique du caractère permissif des articles du code définissant ces types de zones et laissant aux auteurs des plans locaux d'urbanisme (et ex-plans d'occupation des sols) la liberté de classer ou non comme tels les parcelles communales concernées<sup>1415</sup>. Le contrôle du juge étant restreint, il demeure donc une certaine marge d'appréciation au profit des autorités compétentes, notamment quant à la détermination du parti d'urbanisme à adopter pour la commune.

**602.** Cependant, si la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation porte sur la qualification juridique des faits, certaines décisions du Conseil d'Etat semblent témoigner d'une migration de la notion d'erreur manifeste vers d'autres aspects du contrôle du juge. M. Gallardo en fait clairement état dans sa thèse<sup>1416</sup>. L'erreur manifeste d'*adéquation* est ainsi quelquefois retenue par le juge<sup>1417</sup> ; l'arrêt de Section du 9 juin 1978, *Lebon*, en serait une des

---

<sup>1413</sup> « Il nous semble que l'annulation pour erreur manifeste vient sanctionner, non pas la méconnaissance patente et grave d'une condition légale, – il n'y a pas, en effet, de condition légale –, mais plutôt ce que les sociologues appelleraient une « mal administration » patente et grave et ce que les juristes anglo-saxons appellent et sanctionnent en tant que telle une décision "déraisonnable" » (Daniel Labetoule, « Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique », in Institut français de sciences administratives, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, éd. Cujas, Cahier n° 16, 1978, p. 27 et s., spéc. p. 34). Sur la notion de maladministration, v. Paul Sabourin, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *AJDA* 1974, p. 396.

<sup>1414</sup> V. par ex. : CE Sect., 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine* (Rec., p. 127, concl. D. Labetoule ; *AJDA* 1979, n° 5, p. 80, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau ; *D* 1979, p. 534, note D. Broussolle ; *JCP* 1979, n° 19171, note F. Bouyssou) ; CE, 19 octobre 1979, *Association du pays de Rhuys* (Rec., p. 379 ; *AJDA* 1980, p. 110, concl. Rougevin-Baville) ; CE, 30 mai 1994, *Le Gernevel* (Rec., p. 273).

<sup>1415</sup> Par ex. : art. R123-5 du Code de l'urbanisme : « *Peuvent être classés en zone urbaine, les secteurs déjà urbanisés et les secteurs où les équipements publics existants ou en cours de réalisation ont une capacité suffisante pour desservir les constructions à implanter* » ; art. R123-6 : « *Peuvent être classés en zone à urbaniser les secteurs à caractère naturel de la commune destinés à être ouverts à l'urbanisation* » ; v. aussi les art. R123-7 et R123-8.

<sup>1416</sup> Ponctuellement, le contrôle de l'erreur manifeste sortirait du cadre de la qualification juridique des faits pour se rapporter aux autres aspects de la légalité interne : exactitude matérielle des faits, motifs de droit, détournement de pouvoir et violation de la loi. V. Jean-Michel Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, op. cit., n°s 274-308.

<sup>1417</sup> Comme le souligne M. Gallardo, « le mot « *appréciation* » peut aussi bien englober la qualification juridique des faits que l'adéquation de la mesure aux faits » ; et de souligner le « caractère « *multiforme* » de l'erreur manifeste d'appréciation » (op. cit., n°s 256 et 257. Sur cette question de l'erreur manifeste d'adéquation, v. p. 186 et s.).

premières illustrations, implicite<sup>1418</sup>. Cependant, ce type d'erreur manifeste ne semble envisageable que dans les cas où l'autorité administrative est libre de déterminer la nature de la mesure qu'elle peut prendre : ainsi jouit-elle, en matière disciplinaire<sup>1419</sup>, de la faculté de sanctionner un agent fautif, mais surtout de choisir la nature de la sanction. C'est dans ce choix, et non dans celui tenant à la décision de sanctionner ou non, que l'erreur manifeste d'adéquation pourra – fort logiquement – être commise<sup>1420</sup>.

**603.** Ce n'est donc pas tant le caractère permissif *stricto sensu* d'une disposition qui donne prise au contrôle de l'erreur manifeste d'adéquation, mais son indétermination ; plus que l'opportunité d'agir ou non, l'opportunité de choisir comment agir. D'ailleurs, la décision de ne pas prononcer de sanction à l'encontre d'un agent fautif serait-elle déferée au juge, ce dernier serait sans doute plus enclin à sanctionner une erreur manifeste d'appréciation tenant à la qualification juridique des faits – existence d'agissements constitutifs d'une faute disciplinaire – plutôt qu'une erreur dans l'adéquation de la décision à ces faits – l'absence de sanction ne serait pas considérée comme un type de sanction.

Il semble même qu'un tel contrôle d'adéquation, limité à l'erreur manifeste, ne soit pas nécessairement lié à l'existence d'une disposition permissive : obligée d'agir, mais libre de choisir la mesure à prendre – par exemple, parmi un nombre de mesures déterminées par la loi –, l'administration ne pourrait guère être sanctionnée autrement que pour erreur manifeste d'adéquation de la mesure aux faits. C'est en effet le pouvoir discrétionnaire qui entraîne le contrôle restreint ; or, les dispositions permissives n'en sont pas la source exclusive.

**604.** La notion d'erreur manifeste apparaît donc comme le moyen minimal de contrôle du juge sur la mise en œuvre des facultés ouvertes par les normes permissives. Toutefois, il convient de signaler quelques hypothèses du contrôle restreint dans lesquelles le juge se refuse à rechercher une erreur manifeste d'appréciation.

---

<sup>1418</sup> Préc. V. Jean-Michel Gallardo, *op. cit.*, n° 258.

<sup>1419</sup> Dans un arrêt du 27 juillet 2005, *Ministre de l'enseignement national, de l'enseignement supérieur et de la recherche* (n° 276837), le Conseil d'Etat relève d'ailleurs une « erreur manifeste d'appréciation quant à l'adéquation entre [des] faits et la sanction[...] infligée ». V. aussi CE, 6 mars 2002, *Centre hospitalier universitaire de Caen* (n° 234953). La mention « erreur manifeste d'adéquation » apparaît d'ailleurs dans le titrage figurant sous la reproduction de l'arrêt CE, 29 mai 1987, *Centre hospitalier de Saint-Claude* (n° 60991) sur le site Legifrance.

<sup>1420</sup> M. Gallardo donne aussi en exemple les décisions de création de zones d'aménagement différé, qui peuvent être entachées d'erreur manifeste en raison de l'inadéquation de cet outil d'aménagement à la situation locale, de sa taille excessive, ou de son emplacement inapproprié (*op. cit.*, n°s 263 et s.).

## 2 – *Le contrôle restreint limité*

605. Il existe des solutions classiques en jurisprudence, selon lesquelles le juge limite son contrôle restreint en ne recherchant pas la commission d'une erreur manifeste d'appréciation. Il ne s'agit pas d'une déclinaison de compétence, comme c'est le cas face aux actes dits de gouvernement<sup>1421</sup>, mais d'une restriction du contrôle opéré, s'agissant de certains aspects de l'acte déféré. Le juge refuse de s'immiscer dans des appréciations qu'il considère comme de pure opportunité. Ainsi, l'appréciation portée par les jurys d'examens et de concours fait-elle l'objet d'un contrôle restreint limité<sup>1422</sup>, sans doute pour des raisons techniques, et dans le but d'éviter les recours abusifs ; le Conseil d'Etat parle d'ailleurs, dans ces hypothèses, d'appréciation souveraine des autorités compétentes.

606. La solution n'est susceptible de concerner la mise en œuvre des normes permissives qu'autant que leur présence coïncidera avec une matière dans laquelle le juge a adopté un tel contrôle. Or, il est bien souvent malaisé d'identifier une disposition permissive précise : la faculté d'appréciation des jurys est inhérente à leur mission et ne procède pas d'une disposition permissive particulière ; de même, la décision de supprimer ou modifier des corps de la fonction publique<sup>1423</sup>, ou bien le choix du tracé d'une autoroute<sup>1424</sup>. Sauf à considérer l'absence d'impératif exprès comme l'existence d'une norme permissive tacite, ces illustrations renvoient plutôt au pouvoir réglementaire des autorités en cause. Toutefois, certains arrêts font état d'un tel contrôle restreint à l'occasion de recours concernant la mise en œuvre de dispositions permissives.

Ainsi, l'article 13 de la loi du 4 août 1981 *portant amnistie*<sup>1425</sup>, contient bien une norme permissive dans son alinéa 3 : « *Sauf mesure individuelle accordée par décret du Président de la République, sont exceptés du bénéfice de l'amnistie prévue par le présent article les faits*

---

<sup>1421</sup> Les actes de gouvernement peuvent cependant procéder de dispositions permissives, comme par ex. la droit de dissolution de l'Assemblée nationale reconnu au Président de la République. Le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour contrôler le décret de dissolution : CE, 4 juin 1988, *Minvielle, Rec.*, p. 79, *D* 1988, p. 445, note F. Luchaire. Ce refus de contrôler est lié à la nature de ces actes – ils ne sont pas considérés comme des actes administratifs. Ils bénéficient d'une totale immunité juridictionnelle. Sur la notion, voir : René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, n° 1152 et s. ; Pierre Serrand, *L'acte de gouvernement (contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat)*, thèse, Paris II, 1996 ; Christophe Guettier, « Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République », *RDP* 1998, p. 1719.

<sup>1422</sup> CE, 3 novembre 1982, *Goure, RDP* 1983, p. 1111 ; CE, 22 février 1995, *Girardot, DA* 1995, n° 206. Sur l'appréciation souveraine de l'administration sur les mérites d'un postulant à une décoration : CE, 10 décembre 1986, *Loredon, Rec.*, p. 516 ; *AJDA* 1987, p. 132 ; *DA* 1987, n° 86.

<sup>1423</sup> CE, 14 mars 1994, *Syndicat des professeurs de Muséum d'histoire naturelle, Rec.*, p. 991. Il s'agit d'une conséquence de la situation légale et réglementaire des fonctionnaires, et de la mutabilité qui s'y attache.

<sup>1424</sup> CE Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, préc.

<sup>1425</sup> Loi n° 81-736 (*JORF* 5 août 1981).

*constituant des manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur* ». Le Chef de l'Etat dispose de la simple faculté de faire droit à la demande d'amnistie – interprétation que renforce la rédaction de l'article 12 de cette loi, selon lequel il « *peut* » admettre certaines personnes au bénéfice de l'amnistie par mesure individuelle. Dès lors, en considérant que l'interprétation à laquelle se livre le Président de la République lorsqu'il décide d'accorder le bénéfice de l'amnistie à une personne condamnée pour des faits contraires à l'honneur et à la probité, ne peut être utilement discutée devant le juge de l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat se livre à un contrôle restreint limité, relatif à l'application d'une disposition permissive<sup>1426</sup>.

**607.** Dans un autre domaine, le Conseil d'Etat a jugé que le choix de l'administration quant au mode de gestion d'un service public n'était pas susceptible d'être discuté devant le juge de l'excès de pouvoir. Dans un arrêt rendu le 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble CFTD*<sup>1427</sup>, il apparaît que ce choix a consisté en la constitution, par délibération du Conseil municipal de Grenoble, d'une société d'économie mixte locale régie par la loi du 7 juillet 1983<sup>1428</sup>, devant se substituer à la régie communale et d'électricité. Or, aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1983, « *les communes [...] peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales [...] pour exploiter des services publics...* » ; la délibération attaquée mettait donc en œuvre cette disposition permissive, et c'est en raison de la liberté d'appréciation qu'elle impliquait que le juge administratif a exclu la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation.

**608.** Ces hypothèses sont toutefois assez marginales, et la plupart des dispositions permissives autorisent un contrôle incluant, au moins, la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation. Toutefois, le caractère souvent réglementé de la « compétence permissive » permet parfois au juge d'accroître, dans une certaine mesure, son contrôle sur la qualification juridique des faits.

---

<sup>1426</sup> CE, 31 janvier 1986, *Legrand, Rec.*, p. 23 ; *AJDA* 1986, p. 396, obs. L. Richer ; *AJDA* 1987, p. 132 ; *D* 1986, p. 468, note J.-Y. Plouvin. Il convient cependant de distinguer l'amnistie individuelle de l'exercice du droit de grâce, qui n'est susceptible d'aucun contrôle juridictionnel, car il se rattache à l'exécution des jugements (incompétence du juge administratif mais possibilité de contestation devant le juge judiciaire). Il ne s'agit pas d'un acte de gouvernement, mais la jurisprudence demeure obscure en indiquant seulement que les décisions en cause n'émanent pas d'une autorité administrative : par ex. CE, 3 septembre 1997, *François, Rec.*, p. 823. La solution pourrait aussi s'expliquer par la nature régaliennne de la grâce présidentielle, insusceptible de contrôle juridictionnel.

<sup>1427</sup> *RFDA* 1989, p. 929, concl. E. Guillaume, note J.-F. Lachaume.

<sup>1428</sup> Loi n° 83-587 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF* 8 juillet 1983, p. 2099.

## B – LE CONTROLE DISSYMETRIQUE, MODALITE DU CONTROLE NORMAL DE L'EXERCICE DE LA « COMPETENCE PERMISSIVE »

**609.** Si la permissivité suppose en principe un contrôle restreint, le caractère réglementé de la compétence permissive justifie un approfondissement du contrôle du juge dans bien des cas, dès lors que la mise en œuvre de la faculté est suffisamment conditionnée pour permettre une appréciation plus fine du choix opéré par l'autorité qui en est investie. Le juge administratif procède alors à un contrôle normal. Cela ne signifie pas que la norme en cause ait changé de nature, qu'elle soit devenue impérative ; il s'agit seulement d'une adaptation de l'examen juridictionnel aux conditions particulières dans lesquelles l'autorité administrative pourra exercer la faculté qu'elle tient de la disposition permissive en cause. Cela étant, il n'est pas totalement exclu de considérer que le conditionnement d'une faculté agit comme un élément d'« impérativisation » qui vient amoindrir la liberté d'appréciation de l'autorité administrative, et donner ainsi prise à un contrôle plus approfondi de la qualification juridique des faits<sup>1429</sup>.

**610.** Toutefois, ce contrôle normal ne concerne généralement pas la mise en œuvre des deux branches de la faculté ouverte à l'administration ; une partie des prérogatives que cette dernière tient du caractère permissif d'une disposition demeure soumise à un simple contrôle restreint. En effet, l'apparition du contrôle normal est la conséquence logique d'un conditionnement légal qui n'opère en général qu'à l'égard d'une seule des branches de la faculté ouverte. Parallèlement, le contrôle normal peut aussi apparaître comme la traduction contentieuse d'une attention plus grande portée par le juge à certaines décisions mettant en œuvre une faculté, notamment parce qu'elles sont susceptibles de porter davantage atteinte que d'autres aux droits des administrés. Il en résulte une dissymétrie caractéristique dans le contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

**611.** Le droit de l'urbanisme illustre bien cette dissymétrie du fait du conditionnement par la loi de la faculté reconnue à l'autorité administrative ; cette caractéristique du contrôle est d'autant plus remarquable qu'elle a pu disparaître dans d'autres matières, comme à l'égard du

---

<sup>1429</sup> Il convient de distinguer l'hypothèse où le juge cumule les contrôles restreint et normal s'agissant de l'examen de décisions « complexes ». Par ex., en matière disciplinaire, il exerce, sur la décision prononçant une sanction à l'égard d'un agent public, deux types de contrôle : un contrôle normal sur la qualification des faits de faute disciplinaire de nature à justifier une sanction, et un contrôle restreint sur le choix de la sanction (sauf si une seule sanction est envisageable). V. par ex., sur le contrôle normal : CE, 28 avril 1938, *Dlle Weiss*, D 1939, 3, p. 41, concl. Dayras, note M. Waline ; et sur le contrôle restreint : CE Sect. 6 mai 1996, *Rubio*, *Rec.*, p. 148. V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1258-1°.

contrôle des dérogations aux règles concernant l'ouverture des officines pharmaceutiques<sup>1430</sup>. M. Savy est sans doute le premier à avoir insisté sur cette caractéristique du contrôle de l'application des dispositions permissives du Règlement national d'urbanisme<sup>1431</sup>, et plus largement des règles permissives relatives à la délivrance des permis de construire – notamment celles contenues dans les documents locaux de planification.

**612.** Le contrôle normal des décisions refusant un permis de construire pour des motifs prévus par la loi a été initié par l'arrêt *Gomel* du 4 avril 1914, le premier contrôle de la qualification juridique des faits se trouvant être le contrôle du rejet, par le préfet de la Seine, d'une demande de permis de construire, au motif que la construction projetée aurait porté atteinte à une perspective monumentale.

L'article 3 du décret du 26 mars 1852 disposait que « *tout constructeur de maisons, avant de se mettre à l'œuvre devra demander l'alignement et le nivellement de la voie publique au devant de son terrain et s'y conformer* » ; l'article 4 du même décret, modifié par l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911, ajoutait : « *Il devra pareillement adresser à l'Administration un plan et des coupes cotées des constructions qu'il projette, et se soumettre aux prescriptions qui lui seront faites dans l'intérêt de la sûreté publique, de la salubrité ainsi que de la conservation des perspectives monumentales et des sites, sauf recours au Conseil d'Etat par la voie contentieuse* ». Selon le Conseil d'Etat, « *ce dernier article [...] a eu pour but de conférer au préfet le droit de refuser, par voie de décision individuelle, le permis de construire, au cas où le projet présenté porterait atteinte à une perspective monumentale* »<sup>1432</sup>.

Dans cette hypothèse, l'autorité administrative était en situation de compétence réglementée pour refuser le permis : les faits à l'appui de son refus devaient être juridiquement qualifiables comme prévu par le texte. En l'espèce, la place Beauvau de Paris devait pouvoir être qualifiée de perspective monumentale, et les constructions projetées devaient être susceptibles d'y porter atteinte. Depuis, de jurisprudence constante, les décisions refusant un permis de

---

<sup>1430</sup> Ce contrôle dissymétrique, qui a eu cours entre 1960 et 1983, a été remplacé par un contrôle du bilan en raison du caractère dérogatoire des décisions en cause (v. Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public, op. cit.*). Le maintien de cette dissymétrie en matière d'urbanisme n'a donc rien d'exceptionnel, les décisions en cause n'ayant pas un caractère dérogatoire.

<sup>1431</sup> Robert Savy, *Droit de l'urbanisme, op. cit.*, p. 110 : « les décisions d'octroi du permis sont discrétionnaires : le juge exercera sur elles un contrôle minimum (erreur manifeste d'appréciation) ; en revanche, les décisions de refus ou d'octroi avec prescriptions spéciales relèvent d'un pouvoir soumis à condition légale : le juge exerce un contrôle normal, y compris sur la qualification juridique des faits ».

<sup>1432</sup> CE, 4 avril 1914, *Rec.*, p. 488 ; S 1917, 3, p. 25, note M. Hauriou.

construire ou subordonnant son octroi au respect de prescriptions spéciales, en raison d'un motif prévu par la loi, font l'objet d'un contrôle normal<sup>1433</sup>. Ce motif est un motif du seul refus du permis, ou de sa délivrance sous condition.

**613.** Parallèlement, et de manière dissymétrique, l'octroi du permis de construire, alors même que son refus est soumis à condition, n'est soumis qu'à un contrôle restreint. Cette solution jurisprudentielle a été consacrée par l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne* : « si, lorsqu'il accorde le permis de construire demandé, le préfet exerce en opportunité le pouvoir que lui reconnaît la disposition réglementaire précitée, la décision qu'il prend doit ne pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir »<sup>1434</sup>.

En d'autres termes, l'octroi du permis, la mise en œuvre de la faculté dans sa dimension « positive », est discrétionnaire. En effet, l'autorité administrative *peut* refuser le permis lorsque les conditions légales sont réunies, mais elle n'y est pas contrainte. En toute logique, elle peut donc aussi l'accorder. Le conditionnement ne se rapportant qu'à la faculté de refus, l'octroi est donc inconditionné. Selon M. Savy, il y a, « implicitement mais nécessairement », pouvoir discrétionnaire avec les compétences facultatives conditionnées. « Dire que, dans telle circonstance, le permis peut être refusé, signifie obligatoirement qu'en toutes circonstances il peut être accordé : si le refus est soumis à condition légale, l'octroi est discrétionnaire »<sup>1435</sup>.

---

<sup>1433</sup> V. not. CE, 15 mars 1972, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Dame Pham Ngoc* (Rec., p. 221) ; CE, 27 juillet 1979, *Ministre de l'Équipement c/ Willy Starck* (Rec., p. 355) ; CE, 6 juillet 1979, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c/ M. Derevistsky* (DA 1979, n° 273). Dans le cadre de son contrôle normal, le juge peut se déplacer sur les lieux pour contrôler l'appréciation administrative : CE, 1<sup>er</sup> décembre 1978, *Drouet* (Rec., p. 973) ; CE, 19 février 1982, *Association de sauvegarde de la dune de Toulhars* (D 1983, IR, p. 28, obs. H. Charles) ; il peut aussi ordonner une mesure d'instruction avant dire droit, not. une instruction complémentaire destinée à vérifier si les dépenses d'équipements publics rendues nécessaires par la réalisation du permis de construire sollicité sont hors de proportion avec les ressources de la commune : CE, 18 juillet 1973, *SCI « Le Moulin Bellanger »* (Rec., p. 529).

<sup>1434</sup> Rec., p. 211, concl. Vught ; *AJDA* 1968, p. 335, chron. J. Massot et J.-L. Dewost ; *RDP* 1969, p. 320, concl. La jurisprudence est constante : CE, 28 mars 1973, *Association de défense des habitants de la région de Vernon (Eure)*, Rec., p. 262 ; CE, 11 juin 1982, *Alex Mestdahg*, *AJDA* 1983, p. 42, concl. Genevois ; CE, 16 janvier 1985, *Baron*, n° 47949 ; CE, 25 juillet 1985, *Commune de Maison Lafitte*, *RFDA* 1986, p. 252, note P. Hocreître ; CE, 7 novembre 1990, *Fédération française de golf*, Rec. p. 312 ; *D* 1991, IR, p. 28 ; et plus récemment : CE, 4 février 2004, *M. et Mme Alain X*, n° 254223 ; CE, 29 juin 2005, *Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne (SEMMARIS)*, n° 262328 ; CE, 15 mars 2006, *Ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer*, n° 266238.

<sup>1435</sup> Robert Savy, « Permis de construire et légalité », *op. cit.*, p. 65.

**614.** Quant aux hypothèses où l'administration ne délivrerait le permis de construire que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales, elles entrent dans le champ d'application du contrôle normal du juge, puisqu'elles sont, comme les refus, conditionnées par la loi. Les prescriptions imposées par l'administration doivent avoir pour objet de rendre le projet de construction plus satisfaisant ou plus conforme à la règle d'urbanisme. Ainsi, lorsque la loi dispose qu'un permis peut être refusé ou accordé sous réserve du respect de prescriptions spéciales si les constructions envisagées sont de nature à porter atteinte au caractère des lieux avoisinants, l'autorité administrative qui accorderait un permis sous condition, doit imposer des prescriptions dont le respect permettra à la construction projetée de ne plus nuire au caractère des lieux avoisinants ; par exemple, elle peut imposer des sujétions relatives à la couleurs des façades, aux matériaux utilisés, etc.

Le juge contrôlera donc l'adéquation de ces prescriptions aux objectifs légaux de la disposition en cause. Il pourra notamment annuler un refus de permis de construire, voire engager la responsabilité de l'administration, dès lors qu'un octroi assorti de prescriptions spéciales aurait été envisageable<sup>1436</sup>. En revanche, il considère que le permis doit être refusé si les prescriptions sont trop importantes au point qu'elles appelleraient la présentation d'un nouveau projet<sup>1437</sup>. Enfin, les prescriptions imposées doivent être motivées<sup>1438</sup> et suffisamment précises pour que le titulaire du permis de construire connaisse bien l'étendue de ses obligations<sup>1439</sup>.

**615.** Toutefois, si elle n'est pas remise en cause, cette approche dissymétrique du juge administratif a pu connaître des inflexions ponctuels : certains auteurs ont fait remarquer une tendance au renforcement du contrôle juridictionnel en cas d'octroi du permis de construire sur le fondement de dispositions permissives du Règlement national d'urbanisme. Ne seraient pas seulement sanctionnées les erreurs importantes d'appréciation, mais également de simples appréciations contestables des circonstances de fait ou de droit<sup>1440</sup>.

---

<sup>1436</sup> CE, 12 mai 1989, *Ministre de l'Équipement c/ SCI « Azur Parc »*, DA 1989, n° 311 : en l'espèce, la responsabilité de l'administration a été engagée du fait d'un refus de permis de construire alors que les besoins de stationnement auraient pu être traités par de simples prescriptions imposant des « modifications mineures du projet ».

<sup>1437</sup> CE, 7 novembre 1973, *Giudicelli, Rec.*, p. 624 ; CE, 26 janvier 1979, *SCI Le Maréchal, Rec. t.*, p. 924.

<sup>1438</sup> Art. R421-29 du Code de l'urbanisme.

<sup>1439</sup> CE, 16 janvier 1987, *SCI Ascodif, D 1987*, somm., p. 256, note H. Charles.

<sup>1440</sup> V. *Juris-classeur Collectivités territoriales*, fasc. 1110, p. 19.



Pour Mme Morand-Deville, il en résulterait un très net rapprochement entre les contrôles opérés sur les décisions positives et les décisions négatives<sup>1441</sup>.

Cela apparaît nettement dans l'arrêt rendu le 16 juin 2004, *Société Laboratoire de biologie végétale Yves Rocher*<sup>1442</sup>, dans lequel le Conseil d'Etat ne relève aucune erreur manifeste d'appréciation dans l'octroi d'un permis de construire, après s'être livré à un examen extrêmement précis des éléments de fait à la base de la décision de l'autorité administrative. De même, dans un arrêt du 7 février 2003, *Commune de Palau-del-Vidre*, c'est bien à propos d'un permis de construire assorti de prescriptions spéciales que le Conseil d'Etat relève que le maire de la commune a commis une erreur manifeste d'appréciation en raison de l'insuffisance de ces prescriptions. Le contrôle des prescriptions spéciales est logiquement un contrôle normal, d'ailleurs assez poussé puisqu'il porte sur leur adéquation ; le recours à la notion d'erreur manifeste paraît en porte-à-faux de la jurisprudence traditionnelle, d'autant qu'en l'espèce, la constatation d'une erreur manifeste d'appréciation conclut un examen des faits digne d'un contrôle normal<sup>1443</sup>. Ces décisions sont d'autant plus surprenantes qu'elles correspondent moins à un approfondissement du contrôle du juge sur certaines décisions traditionnellement soumises à un contrôle minimal, qu'à une dénaturation de la distinction contrôle restreint/contrôle normal.

**616.** Le domaine de l'urbanisme n'est cependant pas le seul où le juge a développé un contrôle dissymétrique sur les décisions administratives. Les refus préfectoraux de conclure un contrat d'association avec des établissements d'enseignement privé font ainsi l'objet d'un contrôle restreint, tandis que les décisions de conclure un tel contrat ou de le renouveler donnent lieu à un contrôle normal. Le juge considère que lorsque la loi dispose que « *les établissements d'enseignement privés du premier et du second degré peuvent demander à passer avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public, s'ils répondent à un besoin scolaire reconnu* », l'administration n'est investie que de la faculté de faire droit à la demande de ses établissements et se trouve, pour refuser la passation d'un contrat

---

<sup>1441</sup> Jacqueline Morand-Deville, *Dalloz Immobilier Urbanisme*, 1995, n° 8033.

<sup>1442</sup> N° 254172.

<sup>1443</sup> N° 193908. « *Considérant que, s'il est vrai que le permis de construire des serres d'une surface de 4 400 m<sup>2</sup> accordé le 22 février 1996 à M. X... par le maire de Palau-del-Vidre était assorti de prescriptions spéciales concernant l'évacuation des eaux pluviales par l'ouverture d'un fossé avec collecte des eaux autour du projet, il ressort des pièces du dossier que, compte tenu des dimensions de la construction, de la configuration des lieux et des caractéristiques géologiques des terrains avoisinants, la construction pouvait, en ce qu'elle est notamment susceptible d'aggraver les risques d'inondation dans la zone à proximité d'une voie publique, et malgré les prescriptions susmentionnées, porter atteinte à la sécurité publique ; qu'ainsi, compte tenu de l'insuffisance des prescriptions figurant dans le permis de construire, le maire de Palau-del-Vidre a commis une erreur manifeste d'appréciation en accordant le permis dont s'agit* ».

d'association, investie d'un pouvoir discrétionnaire. Elle « *exerce en opportunité le pouvoir* » que lui reconnaît la loi, et le contrôle du juge portera sur la commission éventuelle d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>1444</sup>. En revanche, le juge administratif estime que la faculté de conclure le contrat ou de le renouveler est conditionnée par l'existence d'un besoin scolaire reconnu ; partant, il exercera un contrôle normal sur les décisions prises en ce sens<sup>1445</sup>.

**617.** Le droit de l'expropriation est également illustratif de cette modalité de contrôle. En effet, le juge exerce un contrôle restreint sur les refus de prendre la déclaration d'utilité publique<sup>1446</sup>, et un contrôle maximal – une modalité particulière du contrôle normal – sur les décisions prononçant l'utilité publique d'une opération<sup>1447</sup>. La raison de cette asymétrie tient bien au conditionnement de la faculté d'expropriation reconnue aux autorités administratives : « *L'expropriation d'immeubles, en tout ou partie, ou de droits réels immobiliers, ne peut être prononcée qu'autant qu'elle aura été précédée d'une déclaration d'utilité publique* »<sup>1448</sup>. Par son contrôle maximal, issu des arrêts *Ville nouvelle Est* et *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, le juge administratif a donné un contenu à la notion d'utilité publique, afin d'exercer plus efficacement son contrôle. Mais cette forme de contrôle est liée au seul exercice positif de la faculté d'exproprier dont disposent les autorités publiques.

**618.** En matière de changement de nom, le juge exerce également un contrôle restreint ou normal selon le sens de la décision : les autorisations de changement de nom sont soumises à un contrôle normal<sup>1449</sup> tandis que les refus à un contrôle minimal<sup>1450</sup>. Selon M. Chapus, cela tiendrait au fait « qu'un refus apparaît comme plus naturel ou moins perturbateur qu'une

---

<sup>1444</sup> CE Sect., 25 avril 1980, *Institut technique de Dunkerque*, Rec., p. 196 ; AJDA 1980, p. 591, concl. J.-F. Théry ; D 1980, p. 481, note. J. Kerninon.

<sup>1445</sup> CE, 19 juin 1985, *Commune de Bouguenais*, Rec., p. 194 ; AJDA 1985, p. 402, chron. S. Hubac et J.-E. Schoettl ; DA 1985, n° 359 ; RFDA 1985, p. 653, concl. M. Roux.

<sup>1446</sup> CE, 20 mars 1991, *Commune du Port*, Rec., p. 95.

<sup>1447</sup> CE Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »* (Rec. p. 409, concl. Braibant ; AJDA 1971, p. 405, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes ; CJEG 1972, p. 35, note J. Virole ; D 1972, p. 194, note J. Lemasurier ; JCP 1971, 16873, note A. Homont ; RA 1971, p. 422, concl. ; RDP 1972, p. 454, note M. Waline) ; CE Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption* (Rec., p. 657).

<sup>1448</sup> Art. L11-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ce conditionnement provient également de l'art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui soumet la privation de propriété au constat d'une nécessité publique, de l'article 545 du Code civil (retenant la notion d'utilité publique) ou encore de l'art. 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (mentionnant aussi l'utilité publique).

<sup>1449</sup> CE, 28 janvier 1966, *Muller*, Rec., p. 65 ; CE, 12 juillet 1969, *Manigand*, Rec., p. 386 ; CE Sect., 9 décembre 1983, *Vladescu*, Rec., p. 497.

<sup>1450</sup> CE, 27 septembre 1985, *Consorts Bonnet*, Rec., p. 262 ; CE, 20 décembre 1993, *Mme Taieb*, Rec., p. 769 ; JCP 1994, IV, p. 75 ; RFDA 1994, p. 203.

décision favorable »<sup>1451</sup>. Derrière cette remarque, se cache peut être l'idée que l'acuité du contrôle juridictionnel est liée à l'existence de droits des administrés, qu'il convient de protéger contre l'administration, ou à la protection de valeurs dominantes du système juridique<sup>1452</sup>. En l'absence de droit à changer de nom, le contrôle restreint des refus d'autorisation semble suffisant. Au contraire, l'importance du droit de propriété dans la tradition juridique française expliquerait le contrôle normal des refus de permis de construire – le droit de construire étant un prolongement du droit de propriété – et plus encore le contrôle maximal des déclarations d'utilité publique. De même, le caractère exceptionnel ou dérogoire de l'enseignement privé dans un Etat qui a fait de l'enseignement public une valeur essentielle pourrait contribuer à expliquer le contrôle plus intense du juge s'agissant des contrats d'association de l'Etat avec les établissements d'enseignement privé, d'autant que ces contrats emportent des conséquences financières pour l'Etat.

Mme Barthe-Gay met fort bien en exergue le rapport s'établissant entre l'existence de droits des administrés et l'intensité du contrôle du juge administratif<sup>1453</sup>. Les exemples précédents sont révélateurs, et fournissent une explication à l'asymétrie du contrôle juridictionnel tenant au sens de la décision prise par l'autorité administrative, c'est-à-dire son choix entre la face positive ou négative de la faculté qui lui est ouverte. Or, l'existence de droits des administrés tend à motiver également une autre forme de contrôle asymétrique, tenant cette fois-ci à la qualité des destinataires de la mesure à prendre, au fait qu'ils jouissent ou non de certains droits. En matière de publication d'ouvrages, la situation des nationaux est plus favorable que celle des étrangers : en effet, les mesures d'interdiction de publications étrangères font aujourd'hui l'objet d'un contrôle normal<sup>1454</sup>. Or, les décisions interdisant la publication d'ouvrages non étrangers sont soumises à un contrôle maximal. De manière analogue, les mesures relatives à l'entrée et au séjour des étrangers font l'objet, par principe, d'un contrôle restreint, en raison de l'absence de droit des étrangers à entrer et rester sur le territoire<sup>1455</sup>. Cependant, certaines catégories d'étrangers bénéficient de droits qui impliquent un contrôle plus poussé des décisions négatives prises à leur encontre ; ainsi en est-il des ressortissants de

---

<sup>1451</sup> *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1259-2°.

<sup>1452</sup> Le conditionnement légal des facultés reconnues à l'administration procède d'une même dynamique.

<sup>1453</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, p. 254 et s.

<sup>1454</sup> Ce contrôle normal est venu se substituer au contrôle préalablement restreint. CE Sect., 9 juillet 1997, *Association Eskin*, *Rec.* p. 300 ; *D* 1998, p. 317, note E. Dreyer ; *DA* 1997, n° 344 ; *JCP* 1998, I, n° 1125, *chron.*, J. Petit ; *RDP* 1998, p. 539, note P. Washmann, p. 553, note S. Rabiller ; *RFDA* 1997, p. 1284, *concl.* M. Denis-Linton. Antérieurement : CE Ass., 2 novembre 1973, *Société Librairie Maspero*, *Rec.*, p. 611 ; *AJDA* 1973, p. 577, *chron.* M. Franc et M. Boyon ; *JCP* 1974, 17642, *concl.* Braibant, note R. Drago.

<sup>1455</sup> Clarisse Barthe-Gay, « Les normes permissives en droit administratif français », *op. cit.*, notes 92 et 93.

l'Union européenne – en vertu, notamment, du principe de libre circulation des personnes –<sup>1456</sup> ou des étrangers pouvant se prévaloir de dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment de son article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>1457</sup>.

**619.** La « compétence permissive » ne suppose donc pas uniquement un contrôle restreint de la qualification juridique des faits ; tout conditionnement légal d'une faculté constitue un élément sur lequel le juge pourra appuyer un contrôle normal. La dissymétrie du contrôle juridictionnel est remarquable mais elle n'est que la transcription logique des contours de la compétence reconnue à l'administration. Certains domaines montrent toutefois que le juge peut, sans raison liée à la teneur d'un conditionnement légal, approfondir davantage encore son contrôle.

### ***C – Le contrôle approfondi de l'exercice de certaines facultés***

**620.** Certains domaines de l'action administrative donnent lieu à un contrôle particulièrement exigeant du juge administratif sur la qualification juridique des faits : contrôle de proportionnalité, contrôle du bilan, contrôle d'adéquation, autant d'expressions couramment employées qui traduisent cette forme particulièrement poussée du contrôle normal<sup>1458</sup>. Il est pour le moins paradoxal, à première vue, qu'un tel contrôle se soit développé à l'égard de prérogatives permissives de l'administration : exproprier, déroger à une règle préalable, prendre des mesures de police, autoriser le licenciement d'un salarié protégé, etc., pour lesquelles le principe de la permissivité voudrait que soit limité au maximum le contrôle juridictionnel. Le paradoxe est toutefois simplement apparent : en effet, ces prérogatives administratives suscitent une attention particulière du juge en ce qu'elles sont susceptibles de porter des atteintes graves aux droits et libertés des administrés (expropriation, mesures de police...) ou permettent à l'administration de remettre en cause les règles générales arrêtées

---

<sup>1456</sup> Les décisions les concernant sont soumises à un contrôle normal. V. par ex. : CE, 24 octobre 1990, *Ragusi*, *Rec.*, p. 290 ; *AJDA* 1991, p. 322, concl. R. Abraham, note F. Julien-Laferrière (s'agissant d'un refus de carte de séjour).

<sup>1457</sup> Le juge exerce un contrôle maximal ; v. not. CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem* et *Mme Babas* (expulsion et reconduite à la frontière) ; *Rec.*, p. 152 et 162, concl. R. Abraham ; *AJDA* 1991, p. 551, note F. Julien-Laferrière ; *D* 1991, p. 399, note X. Prétot ; *JCP* 1991, 21757, note Nguyen Van Tuong ; *LPA* 25 décembre 1992, p. 17, note P. Icard ; *RA* 1991, p. 329, note H. Ruiz Fabri ; *RFDA* 1991, p. 497, concl. Pour des précisions sur la question, v. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1268-2°.

<sup>1458</sup> Le trait commun de ces contrôles semble être de reposer sur le principe de proportionnalité. Sur cette notion, v. not. Guy Braibant, « De la proportionnalité », *Mélanges Waline*, 1974, p. 297 ; Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* juin 1995, n° spécial, p. 156 ; Jacques Ziller, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* juin 1996, n° spécial, p. 186.

en amont par le législateur (pouvoir de dérogation). Un contrôle poussé s'avère donc particulièrement nécessaire.

S'agissant de son effet sur la dimension permissive des prérogatives de l'administration, il serait *a priori* logique que ce contrôle déplace le curseur de la « compétence permissive » de l'administration davantage vers la situation de compétence liée. Toutefois, dans la plupart de ses applications, le contrôle poussé est loin de supprimer tout pouvoir discrétionnaire : il est compatible avec le principe d'une « compétence permissive » (1). Cela étant, il semble que le contrôle des mesures de police témoigne d'une tendance à la « liaison » de la compétence de l'administration (2).

### ***1 – Un contrôle compatible avec le principe d'une « compétence permissive »***

**621.** Les domaines où opère le contrôle de proportionnalité sont variés : décisions d'établissement de lignes électriques et instituant des servitudes d'utilité publique pour leur passage<sup>1459</sup>, décisions créant des zones de protection de sites classés<sup>1460</sup>, projets d'intérêt général pris sur le fondement de l'article R121-3 du Code de l'urbanisme<sup>1461</sup>, refus d'autorisation de licenciement de salariés protégés<sup>1462</sup>, mesures de police frappant les étrangers pouvant se prévaloir de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>1463</sup>, octrois de dérogations d'urbanisme, et évidemment expropriation. Afin de simplifier l'exposé, seuls le contrôle des déclarations d'utilité publique en matière d'expropriation et le contrôle des dérogations d'urbanisme seront examinés en raison de leur représentativité de ce mode de contrôle.

**622.** Le premier est particulièrement explicite de la démarche du juge administratif. Depuis l'arrêt d'Assemblée du 28 mai 1971, dit *Ville nouvelle Est*, complété par celui rendu le 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, « une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût

---

<sup>1459</sup> CE Ass., 24 janvier 1975, *Gorlier et Bonifay*, *Rec.*, p. 53 ; *AJDA* 1975, p. 128, chron. M. Franc et M. Boyon ; *CJEG* 1975, p. 191, concl. M. Rougevin-Baville, note A. Carron ; CE Ass., 29 avril 1994, *Association Unimate 65*, *Rec.*, p. 203 ; *AJDA* 1994, p. 367, chron. C. Maügué et P. Touvet ; *CJEG* 1994, p. 443, concl. P. Frydman ; CE Sect., 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon et a.*, n<sup>os</sup> 288108, 289396, 289777, 289968.

<sup>1460</sup> CE, 8 juillet 1977, *Dame Rie et Association pour la sauvegarde des intérêts et le développement de Talmont et a.*, *Rec.*, p. 317, concl. M. Gentot ; *AJDA* 1977, p. 620, chron. M. Nauwelaers et O. Dutheillet de Lamothe.

<sup>1461</sup> CE, 3 février 1992, *Commune de Soulom*, *Rec.*, p. 52 ; *LPA* 8 juillet 1992, p. 30, note P. Hocreitière.

<sup>1462</sup> (Chapus n<sup>o</sup> 1268-1<sup>o</sup>)

<sup>1463</sup> V. note 1388.

*financier et éventuellement les inconvénient d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »<sup>1464</sup>. Le juge opère un bilan entre les avantages attendus du projet d'expropriation, et les inconvénients multiples qu'il engendre parallèlement.

Ce n'est que si le *bilan* de cette mise en balance s'avère positif pour les avantages du projet que son utilité publique sera reconnue, et que la déclaration d'utilité publique sera jugée légale. L'expropriation projetée peut donc présenter un intérêt public et être cependant considérée comme illégale, en raison du caractère excessif des inconvénients qu'elle entraîne ; c'est même l'intérêt d'une telle jurisprudence, que de ne pas limiter la notion d'expropriation illégale aux projets poursuivis dans un intérêt privé, ni d'apprécier l'utilité publique d'un projet de manière abstraite. L'intérêt public est une chose, l'utilité publique en est une autre, qui s'apprécie au travers du contrôle du bilan.

**623.** L'exercice de la faculté d'exproprier est donc formellement circonscrit par des exigences jurisprudentielles importantes, qui visent à faire produire tout son effet à la condition d'utilité publique imposée aux expropriants. L'examen de la nécessité de l'expropriation contribue également à affaiblir la dimension permissive de la prérogative : en recherchant si l'expropriant ne pouvait pas réaliser son projet dans des conditions équivalentes sans recourir à l'expropriation, le juge fait entrer dans son contrôle des considérations d'opportunité<sup>1465</sup>. Toutefois, il convient d'admettre que le contrôle du bilan *stricto sensu* ne remet pas complètement en cause le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative.

D'une part, il se situe en aval de son choix, de déclarer ou pas l'utilité publique de l'opération : or, les modalités minimales de contrôle des refus de déclarer l'utilité publique d'un projet préservent la libre détermination de l'expropriant<sup>1466</sup>. Recourir ou non à l'expropriation, prendre la déclaration d'utilité publique ou y renoncer, relèvent de

---

<sup>1464</sup> CE Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »* ; CE Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption* (précités).

<sup>1465</sup> CE Sect., 29 juin 1979, *Malardel*, *Rec.*, p. 294, concl. Dondoux ; *AJDA* 1979, n° 10, p. 20, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *D* 1979, IR, p. 516, obs. P. Bon ; *RDP* 1980, p. 1167, note M. Waline. Cet arrêt rompt avec la solution adoptée dans l'arrêt du 19 janvier 1979, *Leclert* (*Rec.*, p. 758 ; *D* 1979, IR, p. 323, obs. P. Bon), dans lequel le Conseil d'État considérait « qu'il n'appartient au juge administratif saisi d'un recours contre un acte déclaratif d'utilité publique d'apprécier l'opportunité du choix du terrain retenu, ni de rechercher si d'autres emplacements eussent également permis de réaliser l'opération envisagée ».

<sup>1466</sup> Il s'agit d'un contrôle restreint. CE, 20 mars 1991, *Commune du Port*, préc.

l'opportunité qu'apprécie le bénéficiaire de ces facultés : ces choix sont exclus du champ d'application du contrôle du bilan.

D'autre part, le juge ne s'autorise pas, dans le cadre de ce contrôle poussé de la qualification juridique des faits, à porter une appréciation sur certaines modalités des projets d'expropriation : choix du tracé d'une infrastructure linéaire (autoroute, voie ferrée, etc.), localisation d'un équipement, choix des propriétés expropriées, etc.<sup>1467</sup> Cependant, ces choix en opportunité peuvent parfaitement être à l'origine d'inconvénients et d'atteintes que le juge appréciera. Ainsi, le choix du tracé d'une autoroute n'est jamais exempt d'inconvénients : l'énumération contenue dans le considérant de principe de 1971, complétée par l'arrêt de 1972, est à ce titre réaliste. Mais c'est seulement dans l'hypothèse où ces inconvénients ou atteintes seront jugés excessifs qu'ils auront un impact déterminant sur le projet d'expropriation, et pourront fonder l'illégalité de la déclaration d'utilité publique.

**624.** Mais aussi sophistiqué que puisse paraître le contrôle du bilan, il n'a conduit qu'à peu d'annulations de projets d'expropriation<sup>1468</sup>, et à la validation de la quasi-totalité des projets d'envergure<sup>1469</sup>. D'aucuns estiment qu'il s'agit là du signe de sa réelle efficacité : inciter les autorités administratives à procéder elles-mêmes au bilan, dans la phase de préparation des projets, afin d'éviter la censure juridictionnelle.

**625.** Outre la faculté d'exproprier, la faculté de déroger a sans doute été jugée sensible au point que la jurisprudence ait développé à son égard un type de contrôle particulier, fondé sur le principe de proportionnalité. Déroger, c'est écarter la règle de droit impérative qui devrait normalement s'appliquer. La faculté de dérogation est reconnue aux autorités administratives par la loi dans diverses matières<sup>1470</sup>, comme en droit de l'urbanisme. C'est l'article L111-1 du Code de l'urbanisme qui fonde cette faculté s'agissant des dérogations qui peuvent être apportées à certaines règles générales d'urbanisme : les décrets en Conseil d'Etat fixant ces dernières « *peuvent prévoir les conditions dans lesquelles des dérogations aux règles qu'ils édictent sont apportées dans certains territoires* ».

---

<sup>1467</sup> CE, 17 novembre 1995, *Union juridique Rhône-Méditerranée* (DA 1995, n° 765) ; CE, 13 décembre 2002, *Association pour la sauvegarde de l'environnement et la promotion de Saint-Léger-en-Bray, commune d'Allonne et a.* (AJDA 2003, p. 1048, note L. Dardalhon).

<sup>1468</sup> V. not. Patrick Wachsmann, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation : la jurisprudence Ville nouvelle Est, trente ans après », *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 733.

<sup>1469</sup> Pour la seule exception notable à ce jour : CE Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet d'autoroute transchablaisienne*, *Rec.*, p. 120 ; AJDA 1997, p. 545, obs. P. Chrestia ; RDP 1997, p. 1433, note J. Waline ; RFDA 1997, p. 739, concl. M. Denis-Linton, note F. Rouvillois.

<sup>1470</sup> Pour une étude générale sur la notion, v. Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, *op. cit.*

Cette délégation au profit du pouvoir réglementaire est permissive, et laisse à ce dernier le pouvoir d'apprécier la nécessité d'autoriser des dérogations. Toutefois, la vocation générale des règles en cause et la distance qui existe entre elles et les territoires pour lesquelles elles constituent une réglementation *a minima*, a justifié la reconnaissance, par le Code de l'urbanisme, de facultés de dérogations aux règles relatives au recul des constructions le long des autoroutes (article R111-5), à l'obligation de réaliser des installations collectives de distribution d'eau potable et d'assainissement (R111-11), et à l'implantation des constructions (R111-20). Toutes ces règles sont logiquement impératives, puisque les dispositions permissives du Règlement national d'urbanisme ne sont pas, eu égard à l'alternative qu'elles supposent, susceptibles de dérogation. Mais en elle-même, la dérogation n'est qu'une faculté laissée à l'appréciation de l'autorité administrative<sup>1471</sup>.

**626.** Pour cette raison, le contrôle du juge sur les décisions d'octroi ou de refus de dérogation a longtemps été restreint à la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>1472</sup>. Parallèlement, les motifs de dérogation – puisque toute dérogation doit être motivée<sup>1473</sup> – donnaient lieu à un contrôle normal<sup>1474</sup>. L'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, a donc profondément bouleversé les modalités de contrôle des dérogations d'urbanisme, en soumettant les décisions octroyant une dérogation à un contrôle de proportionnalité. Selon son considérant de principe, « *une dérogation aux règles prescrites par un règlement d'urbanisme ne peut légalement être autorisée que si les atteintes qu'elle porte à l'intérêt général que les prescriptions du règlement ont pour objet de protéger ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt général que présente la dérogation* »<sup>1475</sup>. Il s'en suit qu'une dérogation doit avant tout présenter un intérêt général<sup>1476</sup>. Ensuite, elle ne sera jugée légale que si l'intérêt général qu'elle présente prime sur les atteintes qu'elle porte à l'intérêt général attaché à la règle impérative écartée.

---

<sup>1471</sup> CE, 5 janvier 1979, *Zeender*, *Rec.*, p. 10.

<sup>1472</sup> CE, 5 juillet 1972, *Espagnol*, *Rec. t.*, p. 1259 ; CE, 13 juillet 1963, *SCI Résidence des Allées*, *Rec.*, p. 635.

<sup>1473</sup> L'art. R111-20 du Code de l'urbanisme le prévoit s'agissant des dérogations qu'il permet ; l'art. 2 de la loi du 11 juillet 1979 (préc.) impose de manière générale la motivation des dérogations aux lois et règlements.

<sup>1474</sup> CE, 12 janvier 1962, *Canton*, *Rec.*, p. 23.

<sup>1475</sup> *Rec.*, p. 530 ; *RDP* 1974, p. 259, note M. Waline, concl. Rougevin-Baville ; *AJDA* 1973, p. 480 ; *AJPI* 1974, p. 808, note R. Savy ; *JCP* 1973, G, II, 17575, note G. Liet-Veaux.

<sup>1476</sup> V. aussi CE, 16 décembre 1977, *Cluzeau*, *Rec.*, p. 509 ; *AJDA* 1978, p. 457, concl. M.-A. Latournerie. En cela, la jurisprudence *Ville de Limoges* remet en cause les solutions selon lesquelles une dérogation pouvait être accordée pour des motifs non tirés de l'intérêt général dès lors qu'ils ne lui étaient pas contraires (CE, 3 juillet 1968, *Vergneau*, *Rec. t.*, p. 1140) – toutefois, il devait s'agir de considérations urbanistiques (CE, 10 janvier 1968, *Daudens*, *Rec.*, p. 24 ; *AJDA* 1968, p. 297 ; *AJPI* 1968, p. 872, note Clément).



**627.** L'intérêt général de cette dernière ne pose guère de difficulté d'appréciation, s'agissant de règles générales d'urbanisme, nécessairement édictées dans l'intérêt général. Par exemple, l'article R111-19 du Code de l'urbanisme impose qu'une construction soit implantée soit sur la limite séparative de son terrain d'assiette, soit à une distance au moins égale à la moitié de sa hauteur, sans pouvoir être inférieure à trois mètres. Cette règle vise à assurer aux occupants des constructions des conditions minimales d'éclairage, de vue et d'ensoleillement, voire de circulation.

Par opposition, l'intérêt général inhérent à une dérogation donne davantage lieu à interrogations. Il pourrait tenir au fait que cette dérogation permette d'améliorer le confort d'un immeuble à usage d'hôtel dans une station de sports d'hiver en développement et de lui donner un meilleur aspect architectural. Dès lors, il s'agira, pour le juge, de déterminer si les atteintes portées par la dérogation à la règle de l'article R111-19, notamment en ce que la construction en cause pourrait comporter des parties situées à moins de trois mètres de la limite séparative de la parcelle, ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt général de cet article. Autrement dit, le juge devra se demander si l'entorse, motivée par des raisons de confort et d'esthétique, à une règle visant à assurer des conditions élémentaires d'éclairages, de vue et d'ensoleillement, est acceptable ? Le caractère limité des atteintes causées par la dérogation sera une condition de légalité de cette dernière<sup>1477</sup>.

**628.** Si le contrôle des dérogations d'urbanisme repose sur un contrôle de proportionnalité, une mise en balance, il semble toutefois plus incertain que le contrôle du bilan déployé en matière d'expropriation. Comme le fait remarquer Mme Rouyère, il « correspond finalement à un déplacement du pouvoir vers le juge, mais non à un encadrement précis du régime des dérogations. Le repérage d'un intérêt général, comme la mise en balance de différents intérêts généraux, sont des opérations intellectuelles fortement aléatoires »<sup>1478</sup>. Si le recensement des inconvénients d'un projet – la constitution de son passif – et sa mise en regard de l'intérêt général qu'il présente – donc de son actif –, sont concevables, la pesée de deux intérêts généraux – le bilan de deux actifs – est plus délicate à apprécier. D'autre part, « si elle n'est pas ce péché originel dénoncé par certains, la dérogation n'est pas pour autant une œuvre

---

<sup>1477</sup> CE, 7 décembre 1990, *MUL c/ Dame Renzetti*, *Gaz. Pal.* 2-3 octobre 1991, p. 74. Pour d'autres illustrations, v. CE, 25 octobre 1978, *Bolot*, *Rec.*, p. 393 ; CE, 29 juin 1990, *Veuve Aline Raymond*, *LPA* 23 janvier 1991, p. 19 ; TA Toulouse, 1<sup>er</sup> février 1996, *Bastide c/ Préfet de l'Aveyron*, *Gaz. Pal.* 30-31 octobre 1996, p. 35 ; *Quot. Jur.*, n° 83, 15 octobre 1996, p. 5.

<sup>1478</sup> Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 372.

d'intérêt général. Elle demeure dans la majorité des cas de figure, compatible avec l'intérêt général, sans pour autant l'assumer positivement »<sup>1479</sup>.

Dès lors, pourquoi ne pas simplement confronter l'intérêt général attaché à une règle et les atteintes qu'une dérogation lui porte nécessairement, plutôt que d'imposer aux autorités administratives et aux requérants, l'identification d'un intérêt général de la dérogation, qui sonne quelquefois faux ? Pour M. de Laubadère, le jurisprudence *Ville de Limoges* est faussement théorique<sup>1480</sup>. Elle témoigne à l'évidence d'un certain « impressionnisme » et d'une approche plus casuistique<sup>1481</sup>, dans le contrôle de la mise en œuvre de normes qui reconnaissent un large pouvoir d'appréciation à l'administration.

**629.** L'équilibre est difficile à établir entre un contrôle exigeant, comme le contrôle du bilan, et le respect de la compétence permissive reconnue à cette dernière. Néanmoins, la jurisprudence témoigne que ce contrôle ne donne pas lieu à l'annihilation du caractère permissif des prérogatives en cause. Notamment, les autorités administratives disposent toujours de la liberté de ne pas exproprier, de ne pas déroger, et sur ce point le contrôle demeure restreint. En revanche, le contrôle des mesures de police administrative semble trancher plus nettement en défaveur de la permissivité.

## ***2 – Le contrôle « liant » des mesures de police administrative***

**630.** En vertu de la jurisprudence *Benjamin* de 1933, les mesures de police administrative font l'objet d'un contrôle de proportionnalité particulièrement exigeant<sup>1482</sup> : le juge examine, d'une part, si la mesure a bien été prise en vue du maintien de l'ordre public, et vérifie, d'autre part, sa nécessité à cette fin. S'il apparaît que les troubles à l'ordre public auraient pu être évités grâce à une mesure plus appropriée, la décision de l'autorité de police sera jugée illégale. Ainsi, le juge doit-il nécessairement apprécier les faits sur lesquelles la mesure est fondée, afin d'en vérifier la nécessité. Elle sera nécessaire autant qu'elle n'aura été ni

---

<sup>1479</sup> *Ibid.*

<sup>1480</sup> André de Laubadère, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire et la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 537.

<sup>1481</sup> Jacques Chevallier et Danièle Loschak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *op. cit.*, p. 708-709.

<sup>1482</sup> CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers*, *Rec.* p. 541 ; *D* 1933, 3, p. 354, concl. Michel ; *S* 1934, 3, 1, concl., note A. Mestre.

insuffisante, ni excessive<sup>1483</sup>, c'est-à-dire proportionnée, adéquate<sup>1484</sup>, au risque encouru de trouble à l'ordre public.

**631.** En aucun cas, cependant, ce contrôle n'excède le champ de la légalité, pour porter sur l'opportunité des décisions prises. C'est bien leur nécessité qui est appréciée, leur adéquation au trouble à l'ordre public encouru ou avéré. La nécessité apparaît donc comme une composante, spécifique, de la légalité, en matière de police administrative. Pourtant, selon M. Di Qual, le contrôle mis en œuvre en ce domaine aurait un effet liant sur la compétence de l'autorité de police : l'obligation de prendre une mesure nécessaire aurait pour conséquence qu'il n'existe qu'une « seule solution juste [...] qui concilie exactement et équitablement les exigences de l'ordre public avec l'exercice des libertés publiques »<sup>1485</sup>.

M. Eisenmann estime, dans un même ordre d'idée, qu'en matière de police administrative, il existe une « relation de nécessité technique » entre la finalité de l'action et le moyen de cette action : la mesure de l'autorité de police doit être *le* moyen d'arriver au but. Pour cette autorité, se pose un problème technique<sup>1486</sup>. La rédaction des arrêts révèle d'ailleurs quelquefois la dimension impérative qui existe entre la nécessité d'assurer le maintien de l'ordre public et la mesure qui serait jugée adéquate<sup>1487</sup>.

**632.** A l'analyse, l'autorité administrative semble cependant conserver un certain pouvoir discrétionnaire dans le choix et les modalités des mesures à prendre, dès lors qu'elles sont proportionnées, adaptées à la finalité de la mission dont elle est investie. C'est ce que laisse entendre implicitement le juge lorsqu'il censure la mesure autorisant pendant une durée excessive la pratique du motonautisme et du ski nautique : les possibilités de fixer une période

---

<sup>1483</sup> Par ex., décision de fermeture d'un bal public annulée, une mesure aussi absolue n'étant pas nécessaire pour assurer la tranquillité du voisinage : CE, 26 juin 1987, *Guyot*, *AJDA* 1987, p. 689, obs. X. Prétot ; *RDP* 1988, p. 582. Caractère excessif du refus d'autoriser une personne handicapée à utiliser une voiturette dans une île où la circulation automobile était interdite : CE, 10 décembre 1993, *Mme Maes*, *Rec.*, p. 918 ; *RDP* 1994, p. 819, note M. Gros. Au contraire, annulation d'un arrêté préfectoral autorisant pendant une durée excessive la pratique des sports nautiques, et notamment du ski nautique : CE, 19 février 1988, *Association des riverains et plaisanciers du Cingle de Trémolat*, *Rec.*, p. 79 ; *AJDA* 1988, p. 417, note J. Moreau.

<sup>1484</sup> Mesure d'interdiction dans certaines rues, à certaines heures et pendant la période estivale du petit commerce de pacotilles africaines, jugée adaptée aux circonstances de temps et de lieu : CE Sect., 25 janvier 1980, *Gadiaga*, *Rec.* p. 44, concl. Rougevin-Baville ; *AJDA* 1980, p. 283, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *D* 1980, p. 270, note G. Peiser ; *RA* 1980, p. 609, note J.-J. Bienvenu et S. Rials.

<sup>1485</sup> Lino Di Qual, *La compétence liée*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>1486</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, 1983, *op. cit.*, p. 625 : au contraire, lorsqu'il existe une « relation (acte/but) de simple convenance, adéquation, valeur techniques », l'acte est un moyen d'arriver au but. Se pose alors un problème psychologique pour l'agent.-

<sup>1487</sup> « Considérant que la commune de Borce n'établit pas que la nécessité de prévenir un accident ou un fléau calamiteux imposait, le 16 avril 1985, qu'il soit mis fin à l'alimentation en électricité de la maison dont M. Bedat est propriétaire » : CE, 29 juin 1990, *Bedat*, *CJEG* 1990, p. 413, concl. Toutée, note H. Cardon.

d'autorisation plus courte sont nombreuses – faut-il limiter le nombre d'heures journalières ? faut-il réduire le nombre de semaines d'autorisation ? faut-il interdire ces activités à partir de 19 heures ou 20 heures ?<sup>1488</sup>

En sanctionnant une mesure spécifique comme inadéquate, non proportionnée, le juge ne fait que se prononcer sur cette mesure-ci, et ne préjuge pas nécessairement de l'absence d'une pluralité d'autres mesures envisageables ; au contraire, il laisse à penser que d'autres options, et non une seule, auraient été admises<sup>1489</sup>. Ce n'est donc pas tant une solution juste que la jurisprudence *Benjamin* suppose, mais une zone de solutions justes, répondant toutes à l'exigence de nécessité. Seul le rapport entre la mesure prise et sa finalité est impératif ; l'autorité de police conserve bien un pouvoir partiel d'appréciation.

**633.** Toutefois, pouvoir discrétionnaire et permissivité normative n'étant pas synonymes, il convient de s'interroger sur la permanence de la nature permissive de la compétence de l'autorité publique en matière de police administrative. La jurisprudence *Benjamin* porte sur le contrôle des mesures prises, et non sur l'opportunité d'agir ou non. La thèse de la nature permissive des *pouvoirs* de police administrative est confortée par la rédaction permissive de bon nombres de textes, notamment dans les polices spéciales ; il est vrai, toutefois, qu'en matière de police générale, les textes se bornent à investir l'autorité de police d'une mission, sans préciser si elle peut ou si elle doit agir. Deux situations sont classiquement distinguées.

**634.** S'il existe une réglementation de police à appliquer, l'autorité administrative a l'obligation de la mettre en œuvre : elle le fera en prenant des décisions, en mettant en place une signalisation exigée par les circonstances, en intervenant sur le terrain, etc. Cette obligation pèse sur l'autorité auteur de ladite réglementation, mais également sur les autorités subordonnées – par exemple, le maire est tenu de faire respecter une réglementation établie par arrêté préfectoral<sup>1490</sup>. Cette solution ne s'explique pas par les termes éventuellement impératifs que la réglementation à appliquer renfermerait.

---

<sup>1488</sup> CE, 19 février 1988, *Association des riverains et plaisanciers du Cingle de Trémolat*, (préc.) ; v. Jean-Michel Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, op. cit., n° 55.

<sup>1489</sup> Par ex., « ... les inconvénients présentés, pour le voisinage, par l'élevage d'abeilles [...] pouvaient être évités par des mesures moins rigoureuses que l'enlèvement à bref délai de toutes les ruches installées » : CE, 16 novembre 1977, *Sevin*, *Rec.*, p. 436.

<sup>1490</sup> CE, 23 juin 1976, *Latty*, *Rec.*, p. 329 ; *RDP* 1977, p. 865, note M. Waline.

D'une part, si des impératifs existent, ils sont en général avant tout adressés aux administrés et non aux autorités de police, comme l'interdiction de sortir les poubelles durant la nuit<sup>1491</sup>, ou plus simplement l'interdiction de stationner<sup>1492</sup>. D'autre part, quand bien même cette réglementation adresserait des injonctions aux autorités chargées de la mettre en application (du type : un procès verbal est dressé en cas d'infraction), l'obligation pesant sur elles aurait une autre source : la force obligatoire de cette réglementation<sup>1493</sup>. Ceci explique l'obligation pour l'autorité de police, de faire respecter les réglementations permissives, comme celle qui autorisait par exemple les enfants de moins de huit ans à circuler à bicyclette dans les jardins publics.

**635.** Si, en revanche, aucune réglementation de police ne préexiste, la situation devient plus complexe. La jurisprudence a en effet consacré une obligation de prendre des mesures de police (individuelles ou réglementaires) initiales dans certains cas. Serait donc remis en cause le caractère permissif des pouvoirs de police. Selon l'arrêt de Section du 14 décembre 1959, *Doublet*<sup>1494</sup>, trois conditions sont nécessaires pour faire naître une obligation d'action à la charge de l'autorité de police : la mesure de police doit être *indispensable* pour faire cesser un *péril grave* résultant d'une situation *particulièrement dangereuse* pour l'ordre public. Il est intéressant de noter que dans ce cas, en n'agissant pas, la jurisprudence estime que l'autorité de police méconnaît ses « obligations légales »<sup>1495</sup> ; plus précisément, elle ne se conforme pas à l'*impératif* légal né de la réunion de ces trois conditions. Au pouvoir de police se substituerait donc un devoir de police<sup>1496</sup>.

Toutefois, la rareté des applications positives de la jurisprudence *Doublet* – applications fidèles aux critères qu'elle pose<sup>1497</sup> – semble abonder dans le sens d'une permissivité de

---

<sup>1491</sup> CE, 3 avril 1968, *Jardin*, *Rec.*, p. 233 ; *AJDA* 1968, p. 480.

<sup>1492</sup> CE Ass., 20 octobre 1972, *Marabout*, *Rec.*, p. 664 ; *AJDA* 1972, p. 581, chron. P. Cabanes et D. Léger, et p. 625, concl. G. Guillaume.

<sup>1493</sup> Si l'autorité en cause est l'auteur de la réglementation, elle est également tenue par le principe *Patere regulam quam fecisti*.

<sup>1494</sup> *Rec.*, p. 540 ; *D* 1960, p. 191, note D. G. Lavroff ; *RDP* 1959, p. 1235, concl. A. Bernard et 1960, p. 802, note M. Waline.

<sup>1495</sup> Outre l'arrêt *Doublet*, v. CE, 27 avril 1979, *Leduc*, *DA* 1979, n° 222 ; *RDP* 1980, p. 249 ; CE, 19 avril 1989, *Kerlo*, *DA* 1989, n° 292. L'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1973, *Dlle Ambrigt* (*Rec.*, p. 915) retient les « obligations imposées par la loi ».

<sup>1496</sup> V. *AJDA* 1999, n° spécial : Didier Truchet, « L'autorité de police est-elle libre d'agir ? », p. 81-82 ; Denis Mondon, « L'administration est-elle libre d'agir ? », p. 83-85 ; Jean-Claude Bonichot, « Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen », p. 86-88.

<sup>1497</sup> Les arrêts *Leduc*, *Kerlo* et *Dlle Ambrigt* concluent à la légalité du refus d'intervention de l'autorité de police, en raison de la non réunion des trois conditions jurisprudentielles.

principe et d'une impérativité exceptionnelle<sup>1498</sup>. Telle est d'ailleurs la logique d'une solution jurisprudentielle qui impose des critères cumulatifs. De même, les trois conditions énoncés ne sont pas toujours réunies lorsque le juge rejette les conclusions aux fins d'annulation de refus de prendre des mesures de police : le juge se borne à considérer qu'il n'existait pas un trouble tel<sup>1499</sup> ou un péril tel<sup>1500</sup> que l'autorité de police était obligée d'intervenir. Cependant, l'arrêt du 8 juillet 1992, *Ville de Chevreuse*<sup>1501</sup> illustre au contraire l'annulation d'une décision de refus du maire de prendre des mesure propres à remédier aux nuisances causées par un club de tir, en retenant simplement que « *l'activité de ce club portait à la tranquillité publique une atteinte d'une gravité telle que le maire ne pouvait s'abstenir d'y porter remède* ». Si cet arrêt témoigne d'une certain assouplissement, la rareté des annulation de refus d'intervention ne lève pas toute ambiguïté en la matière.

**636.** Une distinction entre police spéciale – permissive – et police générale – impérative – n'est pas non plus envisageable : si les textes en matière de police spéciale sont souvent permissifs, certains sont impératifs<sup>1502</sup>. Quant aux dispositions relatives à la police administrative générale, leur caractère simplement constitutif ne préjuge pas d'un devoir ou d'un pouvoir, et certaines sont expressément permissives, comme celles reconnaissant un pouvoir de substitution aux préfets<sup>1503</sup>. La dimension principalement permissive des prérogatives de l'administration en matière de police administrative ne semble donc pas remise en cause, même si, à la marge, l'obligation d'agir peut être imposé par certaines circonstances qu'il faudrait, pour plus de sécurité juridique, établir et exiger rigoureusement.

**637.** Le juge de l'excès de pouvoir n'abdique donc pas face à la « compétence permissive » des autorités administratives : le principe d'un contrôle restreint, commandé par le pouvoir discrétionnaire inhérent aux normes permissives est atténué par l'expression concrète de la permissivité dans le droit positif. Ainsi, le conditionnement des facultés ouvertes, corollaire

---

<sup>1498</sup> Un parallèle peut être fait en matière d'immeubles menaçant ruine. Alors que selon l'art. L511-1 du Code de la construction et de l'habitation, « *le maire peut prescrire la réparation ou la démolition des murs, bâtiments ou édifices quelconques lorsqu'ils menacent ruine et qu'ils pourraient, par leur effondrement, compromettre la sécurité ou lorsque, d'une façon générale, ils n'offrent pas les garanties de solidité nécessaires au maintien de la sécurité publique* », « *si leur état fait courir un péril imminent, le maire ordonne préalablement les mesures provisoires indispensables pour écarter ce péril* ». Les conditions spécifiques justifient le passage du permissif à l'impératif.

<sup>1499</sup> CE, 29 juin 1983, *Maignan, Rec.*, p. 281 ; CE, 12 mars 1986, *Metzler, Rec.*, p. 70.

<sup>1500</sup> CE, 21 juin 1968, *Dame Spiaggeri et Dlle Courtois, Rec.*, p. 380.

<sup>1501</sup> *Rec.*, p. 281.

<sup>1502</sup> Art. L2212-4 du CGCT sur le péril grave et imminent. Toutefois, par les conditions qu'il impose, ce texte se rapproche de la jurisprudence *Doublet* et envisage une situation exceptionnelle.

<sup>1503</sup> Art. L2215-1 du CGCT (à l'égard du maire) ; art. L3221-5 du CGCT (à l'égard du président du conseil général).

de l'exigence de protection des droits des administrés dans certains domaines de l'action administrative, place la plupart du temps l'administration dans une situation de compétence réglementée qui autorise un contrôle juridictionnel plus intense. Mais en principe, l'examen du juge n'interfère pas avec ce qui constitue le noyau dur de la permissivité : l'opportunité de choisir entre l'action et l'inaction. Seul le domaine de la police administrative tend à se démarquer, mais sans doute plus encore s'agissant de la question de la responsabilité.

## **§ 2 – LA QUESTION DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DE L'EXECUTION DES NORMES PERMISSIVES**

**638.** De même qu'elle est susceptible d'être irrégulière, la mise en œuvre d'une faculté par l'administration peut engager sa responsabilité. Les deux plans sont d'ailleurs liés, dans la mesure où l'illégalité commise est le fondement de la faute engageant la responsabilité de l'administration. Toutefois, l'état du droit en la matière permet aussi d'affirmer que l'usage conforme d'une faculté peut aussi amener l'administration à engager sa responsabilité, mais sur un autre fondement que la faute. Les deux fondements possibles de la responsabilité administrative sont donc concernés par l'exercice de la « compétence permissive » (A). Au demeurant, cette compétence a pu avoir des implications spécifiques en matière de responsabilité civile, qu'il convient de mentionner en raison de leur origine publiciste (B).

### **A – L'ADMISSION D'UNE RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE**

**639.** La mise en œuvre des normes permissives par l'administration pose la question de la responsabilité administrative à deux égards : d'une part, en ce qu'elle est susceptible d'être fautive, et donc d'engager la responsabilité sur le fondement d'une faute, dont il convient de préciser les contours, incertains en l'espèce. Plus marginalement, l'exercice d'une faculté peut, d'autre part, conduire l'administration à engager sa responsabilité sans faute, sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques.

**640.** S'agissant de la responsabilité pour faute, la norme permissive aurait pu constituer un obstacle théorique à la commission d'une faute, en raison de la liberté de détermination qu'elle reconnaît à son destinataire. Mais de même que l'argument n'a pas tenu sur le plan du contrôle de la légalité, il n'est pas opérant dans le contentieux indemnitaire.

**641.** Selon M. Chapus, citant Planiol, « la faute est « un manquement à une obligation préexistante ». On est en faute quand on ne s'est pas conduit comme on l'aurait dû : quand

l'action ou l'abstention d'agir sont de nature à justifier un reproche »<sup>1504</sup>. Destinataire d'une norme permissive, l'autorité administrative est-elle susceptible de ne pas se conduire comme elle le doit ? Dans quelle mesure l'action ou l'abstention d'agir sont-ils de nature à justifier un reproche quand la norme en cause accorde tant la faculté de faire que celle de ne pas faire ? Certes, l'administration pourrait sortir du cadre circonscrit de la faculté qui lui est ouverte par la norme permissive, et commettre une faute en agissant illégalement. Mais tant qu'elle reste dans les termes de l'alternative légale, quel comportement pourrait constituer une faute ?

**642.** Une réponse à ces interrogations vient de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir. Le juge administratif a admis l'illégalité de décisions prises dans le cadre de l'exercice de facultés ouvertes par des dispositions permissives. Or, par principe, l'illégalité est toujours fautive<sup>1505</sup>. Rien ne s'oppose donc, en principe, à ce que la responsabilité pour faute de l'administration soit recherchée en raison d'une illégalité commise dans l'application d'une norme permissive.

**643.** La jurisprudence n'a cependant pas admis immédiatement qu'une telle illégalité puisse constituer une faute. Ainsi, dans un arrêt du 7 juin 1940, *Vuldy*<sup>1506</sup>, le Conseil d'Etat relevait-il que l'autorité administrative avait commis une « *simple erreur d'appréciation* » en refusant d'accorder un permis de construire du fait que la construction projetée porterait prétendument atteinte à un site. S'il en tirait les conséquences en prononçant l'illégalité de ce refus, il n'en déduisait pas la commission d'une faute.

Le décalage entre l'illégalité d'une décision pour « simple erreur d'appréciation » – que l'on suppose manifeste – et le fait que cette erreur ne puisse constituer une faute est surprenant, et ne s'explique pas en considérant que le juge exigeait, dans cet arrêt, la commission d'une faute lourde dans la mise en œuvre de disposition permissive. Si tel avait été le cas, il aurait probablement été plus explicite sur ce point. De toute évidence, la référence à une *simple erreur d'appréciation* vise à minimiser les implications de l'illégalité pour justifier le rejet de la demande d'indemnisation. Cette décision est indifférente au degré de la faute éventuellement commise : pour le juge, *aucune* faute n'a été commise.

---

<sup>1504</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1453.

<sup>1505</sup> Sur les liens entre ces notions, v. not. Sophie Grossrieder-Tissot, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, th., Nancy II, 1999.

<sup>1506</sup> *Rec.*, p. 187 ; *S* 1942, 3, p. 3.



**644.** L'immunité bénéficiant aux autorités destinataires de normes permissives est cependant tombée peu à peu en désuétude, jusqu'à son abandon explicite avec l'arrêt de Section du 26 janvier 1973, *Driancourt* : « l'illégalité de la décision par laquelle le préfet de police a enjoint au propriétaire d'un bar de mettre fin à l'exploitation d'appareils à jeux installés dans son établissement constitue, à supposer même qu'elle ne soit imputable qu'à une simple erreur d'appréciation, une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique »<sup>1507</sup>.

Le juge considère donc que dans l'exercice de ses attributions de police, le préfet de police, investi d'un *pouvoir* d'appréciation de l'opportunité d'agir et des mesures à mettre en œuvre, a commis une faute en raison de l'illégalité de sa décision. Les conditions d'exercice de ces attributions n'autorisent pas à penser que le préfet de police était tenu d'agir ; il bénéficiait donc bien d'une compétence permissive. Les arrêts confirmant cette solution sont d'autant plus éclairants qu'ils intéressent l'application de dispositions expressément permissives : par exemple, l'arrêt du 29 mars 1980, *Yverneau*<sup>1508</sup>, a trait à la mise en œuvre de la faculté d'accorder ou de refuser une autorisation de défrichement, tandis que dans l'arrêt de Section du 9 juin 1995, *Lesprit*<sup>1509</sup>, est en cause la faculté d'octroyer l'autorisation de licencier un salarié protégé. Cette solution jurisprudentielle appelle cependant trois remarques.

En premier lieu, rien ne semble s'opposer à ce qu'elle puisse être rapportée à des fautes commises dans l'exécution d'une disposition impérative laissant à l'administration une marge d'appréciation. Par exemple, l'article R111-12 du Code de l'urbanisme interdit que les eaux résiduaires industrielles et autres eaux usées de toute nature, à épurer, soient mélangées aux eaux pluviales et eaux résiduaires industrielles pouvant être rejetées en milieu naturel sans traitement ; cependant, il prévoit que « ce mélange est autorisé si la dilution qui en résulte n'entraîne aucune difficulté d'épuration ». Autrement dit, l'autorité administrative est tenue d'autoriser le mélange, si la condition légale est satisfaite. Le caractère impératif de cette disposition ne fait pas de doute et implique une injonction faite à l'administration, mais celle-ci bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la condition posée<sup>1510</sup>. Or, elle

---

<sup>1507</sup> *Rec.*, p. 77 ; *AJDA* 1973, p. 245 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 859.

<sup>1508</sup> *RD* 1980, p. 1744. Le Conseil d'Etat ne recourt pas, dans cet arrêt, à la formule restrictive habituelle et indique « que l'illégalité commise, même si elle est imputable à une erreur d'appréciation, constitue une faute... ».

<sup>1509</sup> *Rec.*, p. 239 ; *AJDA* 1995, p. 745, concl. J. Arrighi de Casanova ; *DA* 1995, n° 725 ; *RFDA* 1995, p. 859 (la formule restrictive est à nouveau employée).

<sup>1510</sup> Selon M. Savy, l'administration est alors en situation de « compétence obligatoire conditionnée » ; « Permis de construire et légalité », *op. cit.*, p. 64.

pourrait commettre une erreur d'appréciation qui la conduirait à refuser ou autoriser à tort ledit mélange ; sa décision pourrait être jugée illégale et sa responsabilité engagée sur le fondement d'une faute.

En second lieu, s'agissant de l'application de normes permissives, le Conseil d'Etat ne fait pas toujours référence à la notion d'erreur d'appréciation pour relever une faute de l'administration et engager sa responsabilité. Le juge a notamment considéré qu'un refus de permis de construire, alors qu'un octroi subordonné au respect de prescriptions spéciales était envisageable, était dépourvu de base légale et de ce fait constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Pour autant, c'est bien une erreur d'appréciation qu'a commise l'instructeur de la demande de permis de construire en mettant en œuvre la faculté que lui reconnaissaient plusieurs dispositions permissives du Code de l'urbanisme<sup>1511</sup>.

En dernier lieu, il n'est pas exclu qu'une décision annulée en raison de l'exercice irrégulier d'une faculté (notamment pour erreur d'appréciation) puisse être légalement fondée sur un autre motif. Dans ce cas, l'illégalité fautive n'engagera pas nécessairement la responsabilité de la puissance publique<sup>1512</sup>.

**645.** Cette jurisprudence met donc fin à une solution qui dédoublait la notion d'illégalité : si elle était liée à une erreur d'appréciation – notamment dans l'application d'une disposition permissive –, elle n'était pas fautive, tandis que toute autre forme d'illégalité semblait pouvoir constituer une faute. L'engagement de la responsabilité pour faute de l'administration n'était donc envisageable, lorsque des dispositions permissives étaient en cause, qu'autant que l'illégalité trouvait sa source en dehors de l'appréciation faite par l'autorité administrative dans l'exercice de sa faculté : en raison d'une illégalité externe<sup>1513</sup>, ou encore pour

---

<sup>1511</sup> CE, 12 mai 1989, *Ministre de l'Équipement c/ SCI « Azur Parc »* (préc.) : « Considérant, en revanche, que [...] le préfet des Alpes-Maritimes s'est fondé sur les dispositions des articles R111-2, R111-4 et R111-21 du code de l'urbanisme, seul applicable en l'absence de plan d'occupation des sols ; qu'il ressort toutefois des pièces du dossier que les insuffisances du projet au regard des articles R111-2 (protection contre l'incendie) et R111-4 (nombre d'emplacement de stationnement) n'impliquaient que des modifications minimales qui auraient pu faire l'objet de simples prescriptions de l'arrêté de permis de construire ; qu'il ne ressort pas des mêmes pièces que les modifications du projet initial concernant la voirie et les terrassements fussent, en elles-mêmes, de nature à porter au caractère et à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites et au paysage urbain, une atteinte justifiant un refus du permis modificatif ;

*Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la décision de refus opposée à la S.C.I. "Azur Parc" en 1978 était dépourvue de base légale et a constitué une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat »*

<sup>1512</sup> CE, 15 juillet 1964, *Prat-Flottes*, *Rec.*, p. 438 ; CE, 22 janvier 1993, *Société civile d'études du centre commercial intercommunal de Sannois-Ermont-Franconville*, *D* 1994, somm., p. 66, obs. P. Bon et P. Terneyre.

<sup>1513</sup> Toutefois, si la décision est justifiée au fond, la jurisprudence ne reconnaît pas que l'illégalité externe puisse fonder la responsabilité de l'administration. A propos de l'application de dispositions permissives : CE, 20 mars

détournement de pouvoir. De même, il semble que la notion d'erreur d'appréciation ne se rapporte qu'aux motifs de fait de la décision ; aussi, une erreur de droit – l'autorité s'estime à tort liée par une disposition permissive – aurait vraisemblablement pu constituer une illégalité fautive de nature à engager la responsabilité de l'administration. En effet, ce type d'erreur ne concerne pas l'exercice de la faculté ouverte, mais la perception – l'appréciation – de la nature de sa compétence par l'administration. Mais en tout état de cause, il s'agit d'une illégalité.

**646.** Il semble cependant qu'en matière de police administrative, la commission d'une faute soit davantage autonome par rapport à la notion d'illégalité. Un écart sensible se creuse en effet entre les positions adoptées par le juge administratif dans le contentieux de la légalité et les solutions jurisprudentielles du contentieux de la responsabilité. En vertu de la jurisprudence *Doublet*, l'autorité de police est tenue d'agir lorsque sont réunies trois conditions cumulatives : le caractère *indispensable* de l'intervention de l'autorité de police, l'existence d'un *péril grave* résultant d'une situation *particulièrement dangereuse*. Même si la jurisprudence a pris quelques libertés concernant ces critères, l'illégalité d'une inaction de l'autorité de police demeure assez rarement prononcée.

Toute autre est l'attitude du juge du plein contentieux, qui semble beaucoup plus facilement satisfaire les demandes en réparation : « c'est sans restrictionnisme particulier que le juge satisfait aux recours par lesquels sont demandées des condamnations à dommages-intérêts en réparation des préjudices résultant de l'abstention de prendre les mesures de police nécessitées » par diverses situations<sup>1514</sup>. Le juge ne s'estime pas lié par les conditions posées par l'arrêt *Doublet*. Ainsi, retient-il souvent que la simple carence<sup>1515</sup> de l'autorité de police, ou l'insuffisance des mesures prévues<sup>1516</sup>, constituent une faute, sans préciser si cette carence ou cette insuffisance fondent une illégalité, et sans exiger la réunion des conditions cumulatives précitées.

---

1985, *Epoux Ruby*, RA 1986, p. 43 (illégalité externe d'un permis de construire non susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat dès lors que la même décision aurait pu être régulièrement prise).

<sup>1514</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 940-2°.

<sup>1515</sup> CE, 22 décembre 1971, *Commune de Mont-de-Lans*, *Rec.*, p. 789 ; *JCP* 1973, n° 17289, note W. Rabinovitch (non signalisation d'un danger exceptionnel sur une piste de ski) ; CE, 3 novembre 1982, *Rossi*, *Rec.*, p. 695 (non interdiction de la circulation des véhicules, notamment des bicyclettes, dans un jardin public afin d'assurer la sécurité de ses usagers) ; CE Sect., 13 mai 1983, *Lefebvre*, *Rec.*, p. 194 ; *AJDA* 1983, p. 476, concl. M. Boyon (non édicton de mesures relatives à la baignade, en l'absence de réglementation préfectorale préalable à appliquer) ; CE, 20 décembre 2000, *Compagnie d'assurance Zurich international*, D 2001, IR, p. 407 (absence de mesures relatives à la circulation et au stationnement des nomades dans la commune).

<sup>1516</sup> CAA Bordeaux, 19 mai 1993, *Epoux Neis*, LPA juillet 1996, n° 92, note J.-P. Amadei (insuffisance des mesures prises à l'égard des usagers d'une baignade).

**647.** Même si cela est difficile à expliquer<sup>1517</sup>, le fait est que le juge distingue selon qu'il lui est demandé d'annuler une décision ou d'accorder des dommages-intérêts. La conséquence en est que le principe de la permissivité d'une compétence est mieux respecté dans le contentieux de l'excès de pouvoir que dans le contentieux indemnitaire<sup>1518</sup>, d'autant que même à la suite de l'arrêt *Ville de Chevreuse*, la jurisprudence n'a pas sensiblement évolué<sup>1519</sup>. Cette situation a néanmoins le mérite de protéger les administrés des conséquences néfastes de l'inaction des pouvoirs publics : une chose est qu'il jouissent d'une liberté d'appréciation dans la mise en œuvre de leurs prérogatives facultatives ; une autre est le droit des administrés à être traités de manière égalitaire. Si le principe de la permissivité inhibe l'automatisme de l'inaction fautive, il est susceptible d'entraîner des distorsions et des iniquités : la responsabilité sans faute est alors un palliatif qui a prouvé son intérêt dans des situations où des normes permissives fondaient en partie l'inaction de l'administration.

**648.** Dans le cadre de l'exécution des décisions de justice prononçant l'expulsion d'occupants sans titre, notamment de locataires, l'exigence que le refus de prêter le concours de la force publique soit constitutif d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'Etat opère en faveur de la permissivité de la compétence du préfet<sup>1520</sup>. Aussi, la jurisprudence *Couitéas*, permettant d'engager la responsabilité de l'Etat pour rupture d'égalité devant les charges publiques paraît-elle compenser le *droit à l'inaction* de l'autorité administrative<sup>1521</sup> : dès lors que l'exécution *manu militari* de la décision judiciaire risque de provoquer un trouble à l'ordre public, l'administration *peut* légalement y renoncer afin de satisfaire à sa mission de maintien de l'ordre public.

Bien que cette dernière puisse laisser penser que l'administration soit tenue de ne pas prêter le concours de la force publique, l'hypothèse d'une « compétence permissive » est confortée par au moins deux raisons : d'une part, s'agissant d'un la possibilité de ne pas agir, la jurisprudence *Doublet* est inapplicable puisqu'elle n'intéresse que les refus d'action ; d'autre

---

<sup>1517</sup> De l'aveu même de M. Chapus ; *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 940-2°.

<sup>1518</sup> A cela fait écho la facilité avec laquelle est engagée la responsabilité pénale des élus locaux, en dépit de l'intervention du législateur : v. not. loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, dite « loi Fauchon » (*JORF* 11 juillet 2000) ; Jacques-Henri Robert, « La loi Fauchon, trois ans après », *AJDA* 2003, p. 1897 ; Alain Lévy, « L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 » (1<sup>ère</sup> partie : *DA* juin 2004, n° 12 ; 2<sup>ème</sup> partie : *DA* juillet 2004, n° 14) ; Philippe Raimbault, « La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *AJDA* 2004, p. 2427.

<sup>1519</sup> CE, 8 juillet 1992, préc. (décision s'affranchissant des conditions de l'arrêt *Doublet*).

<sup>1520</sup> CE, 7 novembre 1984, *M<sup>e</sup> Horel*, *DA* 1984, n° 541 ; *RDP* 1985, p. 1377 ; CE, 2 décembre 1987, *Société Anodisation*, *JCP* 1988, IV, p. 88.

<sup>1521</sup> V. Jean-Claude Bonichot, « Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen », *op. cit.*

part, le Conseil constitutionnel a considéré que « *dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative peut [...] ne pas prêter son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle* »<sup>1522</sup>. D'autres illustrations jurisprudentielles témoignent que la responsabilité sans faute de l'Etat peut être engagée en raison du préjudice normal et spécial qui naîtrait de l'exercice – légal – d'une faculté par l'autorité administrative<sup>1523</sup>.

**649.** La permissivité de l'action de l'administration semble donc ne pas faire obstacle à l'engagement de la responsabilité administrative, tant sur le fondement d'une faute, que sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques. Là encore est surmonté l'obstacle théorique tenant à la libre détermination du bénéficiaire de la faculté ouverte. C'est également le cas sur le plan de la responsabilité civile, même si la solution a été consacrée très récemment par la jurisprudence.

## B – LA RESPONSABILITE CIVILE POUR VIOLATION D'UNE REGLE PERMISSIVE DE DROIT PUBLIC

**650.** Les normes permissives du droit de l'urbanisme<sup>1524</sup> ont suscité bon nombre d'interrogations en raison d'une jurisprudence de la Cour de cassation datant de 1976, selon laquelle la violation de ces dispositions ne pouvait fonder une action en réparation devant le juge civil.

En l'espèce, un permis de construire avait été annulé sur le fondement de l'application irrégulière de l'article 21 du décret du 30 novembre 1961, prévoyant que « *le permis de construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales 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* ». Cependant, la construction ayant

---

<sup>1522</sup> Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, JORF 29 juillet 1998, p. 11714 ; AJDA 1998, chron. J.-E. Schoettl ; CCC 1999, n° 6, p. 6.

<sup>1523</sup> Par ex. : CE Ass., 20 mars 1974, *Navarra, Rec.*, p. 200, concl. Rougevin-Baville ; AJDA 1974, p. 303, chron. M. Franc et M. Boyon ; D 1974, p. 481, note J.-P. Gilli ; JCP 1974, n° 1752, note G. Liet-Veaux ; RDP 1974, p. 924, note J. de Soto (faculté du préfet « *d'apprécier s'il convient de solliciter de l'autorité judiciaire la démolition* » d'une construction illégale).

<sup>1524</sup> Il s'agit des normes du Règlement national d'urbanisme et de celles pouvant être édictées dans le règlement des plans locaux d'urbanisme, qui ouvrent à l'administration la faculté de refuser un permis de construire ou de subordonner son octroi au respect de prescriptions spéciales, dès lors qu'une condition légale est remplie.

pu être édiflée sur la base du permis litigieux, des tiers ont intenté une action en responsabilité civile contre les constructeurs.

Le tribunal de grande instance de Brest, dans un jugement du 2 février 1972, a accueilli leur demande en retenant la violation d'une « *servitude d'utilité publique résultant de la beauté du site naturel* » où était construit l'immeuble. Cependant, en appel, la décision des premiers juges s'est vu infirmée<sup>1525</sup> : si la disposition en cause instituait bien une servitude d'urbanisme puisqu'elle aboutissait à limiter le droit de construire, sa subjectivité et son édicition dans l'intérêt général ne permettaient pas que sa violation fonde une action en réparation. Selon la cour d'appel, « *l'imprécision de ces critères [pouvait] avoir pour effet d'ouvrir l'action devant la juridiction administrative à de nombreuses personnes susceptibles d'être intéressées à la sauvegarde du paysage* » ; or, « *la servitude en question n'[avait] pas été créée au bénéfice de voisins et pour ménager à ceux-ci la vue d'un site respecté dans son aspect naturel, mais au bénéfice de la collectivité, dans laquelle un voisin n'a aucun rang privilégié lui ouvrant le droit d'exercer devant la juridiction civile une action qui, pour être accueillie, doit être fondée sur son intérêt personnel* ».

Dans un arrêt rendu le 4 février 1976, *Betuing c/ Hurbebourg*<sup>1526</sup>, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a mis fin aux interrogations en décidant que la disposition permissive en cause ne prévoyant « *aucune obligation ou interdiction objectivement définie, n'[avait] pas institué de servitude d'urbanisme* ». Par suite, l'action en réparation ne pouvait être accueillie.

**651.** En même temps que la question de la permissivité de la norme violée, se posait celle de la définition des servitudes d'urbanisme. La loi n'en donne aucune ; elle résulte de la jurisprudence civiliste, selon laquelle seules les règles d'urbanisme de fond, précises et impératives constituent des servitudes d'urbanisme. En d'autres termes, les dispositions permissives, comme les dispositions – impératives ou permissives – imprécises sont exclues. Or, si l'imprécision d'une disposition peut résulter de la marge d'appréciation reconnue à l'administration pour définir certaines notions ou constater la réunion de conditions légales floues, peu de dispositions d'urbanismes sont susceptibles de constituer une telle servitude.

**652.** La distinction établie entre les règles impératives et précises et les autres, ne créant pas de servitude d'urbanisme, a fait l'objet de vives critiques : pour Mme Chenot, « la distinction introduite entre les règles qui poseraient des obligations objectives et celles qui créeraient des

---

<sup>1525</sup> CA Rennes, civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 1973, *Hurbebourg c/ Betuing*.

<sup>1526</sup> *Bull. civ.*, III, n° 53 ; *AJPI* 1977, p. 109, obs. J. Chapuisat ; *JCP* 1977, II, n° 18596, note G. Liet-Veaux.

obligations subjectives est en effet bien trop imprécise et fuyante pour être satisfaisante » ; « juridiquement, elle n'est justifiée par aucun des principes fondamentaux. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne modifie pas la nature juridique de la règle au regard des particuliers »<sup>1527</sup>.

M. Chapuisat considère qu'« à partir du moment où l'autorité administrative dispose de la faculté de refuser un permis, il y a bien une charge réelle, une obligation qui pèse sur le terrain »<sup>1528</sup>. Certes, elle souffre d'une certaine virtualité, mais les solutions adoptées par le juge administratif en matière de suspension d'exécution d'actes permissifs admettent qu'ils produisent des effets dès leur édicton, et non uniquement en cas de mise en œuvre positive de la faculté qu'ils ouvrent. En définitive, ce qui semble motiver cette position du juge civil semble « être une suspicion extrême [...] à l'égard de la liberté d'appréciation donnée à l'administration en la matière »<sup>1529</sup>, et une raison purement pratique : les règles générales d'urbanisme étant majoritairement permissives, les prétoires auraient pu être excessivement sollicités.

**653.** L'intervention du législateur est cependant venue contrarier cette jurisprudence peu protectrice des droits des particuliers en introduisant, par la loi du 31 décembre 1976<sup>1530</sup>, un nouvel article L480-13 dans le Code de l'urbanisme : « *Lorsqu'une construction a été édifiée conformément à un permis de construire, le propriétaire ne peut être condamné par un tribunal de l'ordre judiciaire du fait de la méconnaissance des règles d'urbanisme ou des servitudes d'utilité publique que si, préalablement, le permis a été annulé pour excès de pouvoir ou son illégalité a été constatée par la juridiction administrative.*

Outre le fait qu'il prévoit que l'administratif tient le judiciaire en l'état, cet article opère un intéressant recadrage sémantique, puisqu'il envisage la condamnation du constructeur de manière générale, pour « méconnaissance des règles d'urbanisme ou des servitudes d'utilité publique », et ne se réfère pas aux seules servitudes d'urbanisme. Pour Mme Teitgen-Colly, « la formule générale ainsi préférée à l'évocation plus restrictive de la méconnaissance des servitudes d'urbanisme ne peut être comprise que comme marquant la volonté du législateur de faire échec à la jurisprudence limitative du juge judiciaire » ; « le législateur a exclu que le

---

<sup>1527</sup> Fanny Chenot, « Le juge civil et la violation des servitudes d'urbanisme », *Gaz. Pal.*, 1-3 juillet 2001, p. 3 et s., spéc. p. 8.

<sup>1528</sup> Louis Jérôme Chapuisat, obs. sous Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 février 1976, p. 108.

<sup>1529</sup> Catherine Teitgen-Colly, « Le juge administratif, un protecteur efficace des tiers en matière de permis de construire ? », *AFPI* 1981, p. 618 et s., spéc. p. 621. V. aussi M. Chapuisat, *op. cit.*, p. 108.

<sup>1530</sup> Loi n° 76-1285 (*JORF* 1<sup>er</sup> janvier 1977).

juge judiciaire puisse mettre en cause indirectement la décision prise par le juge administratif relative à l'illégalité du permis en refusant de sanctionner la violation de certaines règles d'urbanisme – telles les règles permissives – au motif qu'elles ne constitueraient pas pour lui des servitudes d'urbanisme »<sup>1531</sup>.

**654.** La confirmation de l'effet de l'intervention législative s'est finalement produite assez tard<sup>1532</sup>, avec l'arrêt rendu le 28 mars 2001 par la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation, *Christa c/ Mme Nouvel-Rousselot et SCI Soverzy*<sup>1533</sup>. Etait en cause l'article R111-21 du Code de l'urbanisme, c'est-à-dire la version codifiée du décret objet de la controverse en 1976. La Haute juridiction a censuré les juges d'appel pour avoir décidé qu'une action en démolition ne pouvait se fonder sur la violation d'une disposition permissive, puisqu'elle ne constituait aucune servitude d'urbanisme.

La décision de la Cour de cassation est laconique : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la violation des règles de l'article R111-21 du Code de l'urbanisme peut être invoquée au soutien d'une action en démolition engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » ; elle n'en est cependant pas moins claire. Il s'agit d'une application orthodoxe de l'article L480-13 : les dispositions permissives étant des « règles d'urbanisme », leur méconnaissance peut fonder une condamnation civile.

**655.** Si certains voient en cette solution un revirement de jurisprudence<sup>1534</sup>, il semble plus juste de relever un simple changement des circonstances de droit, s'imposant au juge. Toutefois, cette jurisprudence met fin à une solution fondée sur une « exception de permissivité » qui n'allait pas dans le sens d'une garantie des droits des particuliers. Il en résulte un rapprochement des jurisprudences civile et administrative sur la question de la responsabilité susceptible de naître de la mise en œuvre des normes permissives. Dans l'un et l'autre cas, la permissivité n'est plus prise comme prétexte pour refuser aux administrés la réparation d'un préjudice que leur aurait causé l'action de l'administration, notamment lorsqu'elle est irrégulière.

---

<sup>1531</sup> Catherine Teitgen-Colly, « Le juge administratif, un protecteur efficace des tiers en matière de permis de construire ? », *op. cit.*, p. 621.

<sup>1532</sup> M. Bergel relève cependant une décision de la Cour d'appel de Poitiers du 23 janvier 1996 (*RJE* 1996-4, p. 469, obs. B. Drobenko et R. Léost) qui avait admis une action en démolition d'une construction dont le permis de construire avait été annulé pour violation d'une norme permissive concernant le respect du caractère des lieux avoisinants (Jean-Louis Bergel, *RDI* sept.-oct. 2001, chron., p. 363-364).

<sup>1533</sup> *Bull. civ.* III, n° 40, p. 31.

<sup>1534</sup> Jean-Louis Bergel, *op.cit.*, p. 364.



## CONCLUSION DU CHAPITRE

**656.** L'ouverture, par la loi, d'une faculté à l'administration, place celle-ci dans une situation de « compétence permissive » qui implique, au-delà de la liberté de détermination, une véritable responsabilisation susceptible d'entraîner une réévaluation du couple mise en cause/mise en œuvre. Cependant, ce transfert de responsabilité entre législateur et pouvoir réglementaire demeure préservé du grief d'incompétence négative dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Echoit cependant au juge administratif la mission d'appréhender cette « compétence permissive », sur le plan du contrôle de légalité, où la permissivité ne s'oppose pas à toute évaluation contentieuse mais implique un contrôle en principe modéré, et sur le plan de la responsabilité, où le juge semble chercher à compenser les effets éventuellement dommageables de la liberté de détermination reconnue à l'administration.

## CONCLUSION DU TITRE

**657.** L'érosion de la contrainte normative que les normes permissives sont réputées entraîner se vérifie, mais elle n'est pas le seul fait de ces normes, d'autant que celles-ci ne sont pas étrangères à l'exercice de l'autorité. En revanche, le rapport au droit des autorités administratives destinataires de normes permissives semble particulièrement affecté par la permissivité normative : à la sécurité et à l'automaticité de la compétence liée, la « compétence permissive » oppose, pour l'administration, la responsabilité inhérente à toute liberté, et pour le juge, le défi d'un contrôle efficace.

**658.** Les implications de la norme permissive quant au rapport au droit sont donc perceptibles. Il reste à apprécier ses conséquences sur l'adaptabilité du droit.

## TITRE SECOND – IMPLICATIONS QUANT A L'ADAPTABILITE DU DROIT

659. La Commission « Efficacité de l'Etat » du X<sup>e</sup> Plan indiquait : « Pourvu qu'il soit clair, accessible et qu'il échappe à la fixité, le droit peut être un facteur d'efficacité. Un droit adapté et adaptable, c'est la base d'une administration moderne : adapté aux nouvelles exigences de l'action administrative, le droit sera à la portée de l'utilisateur-partenaire [...] ; adaptable, le droit nouveau le sera si l'Etat décide de suivre au plus près [...] l'évolution des situations et de prendre en compte les disparités et spécificités locales »<sup>1535</sup>. Telles sont posées les conditions d'une appréciation des implications de la norme permissive quant à l'adaptabilité du droit.

« L'Acte II » de la décentralisation met particulièrement en lumière ces implications de la permissivité normative : le recours à cette forme de droit y est prégnant et accompagne de manière générale l'émancipation locale. Aussi ce cadre paraît-il pertinent pour une étude des liens entre permissivité et adaptabilité du droit. Néanmoins, il sera nécessaire de souligner les limites d'un droit dont la flexibilité ne saurait être considérée comme un seul atout.

Chapitre 1 – L'accompagnement permissif de l'émancipation locale : adaptation et autonomie

Chapitre 2 – Les risques dus à la flexibilité de la norme permissive

---

<sup>1535</sup> Commission « Efficacité de l'Etat » du X<sup>e</sup> Plan, présidée par François de Closets, *Le pari de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 324-325.

## CHAPITRE 1 – L’ACCOMPAGNEMENT PERMISSIF DE L’EMANCIPATION LOCALE : ADAPTATION ET AUTONOMIE

**660.** Le mouvement d’émancipation locale que connaissent certains Etats unitaires implique un « nouveau rapport entre le centre et la périphérie [qui] se traduit par l’extension de la marge d’action et le renforcement de l’autonomie des différentes structures implantées sur le territoire : déconcentration et décentralisation se conjuguent pour assurer une meilleure prise en compte de la diversité des contextes locaux »<sup>1536</sup>. Un double impératif semble s’imposer aux pouvoirs publics : assurer l’adaptation de la règle de droit aux particularismes locaux et accroître l’autonomie décisionnelle locale. S’agissant de la décentralisation<sup>1537</sup>, le droit français traduit ces exigences d’une manière particulièrement marquée depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 *relative à l’organisation décentralisée de la République*. Dès le projet de loi constitutionnelle, il était acquis que la réforme devait permettre à la décentralisation « de changer de nature, passant du statut de réforme octroyée par l’Etat, à celui de réforme consentie et mise en œuvre par les élus locaux eux-mêmes »<sup>1538</sup>. Outre-mer, en particulier, la réforme entendait « offrir aux collectivités un cadre suffisamment souple pour leur permettre de se doter de statuts différenciés tenant compte de leur diversité, tout en maintenant leur ancrage dans la République »<sup>1539</sup>.

**661.** Du point de vue de la technique normative, la révision constitutionnelle a notamment concrétisé ces principes directifs par des dispositifs permissifs qui, non seulement renforcent les possibilités d’adaptation de la règle nationale aux territoires, mais développent aussi la liberté et la responsabilité des collectivités territoriales<sup>1540</sup>. Toutefois, dès avant 2003, le droit de la décentralisation n’était pas étranger à la permissivité normative : l’autonomie locale repose en effet sur le principe de libre administration des collectivités territoriales qui, lui-

---

<sup>1536</sup> Jacques Chevallier, *L’Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>1537</sup> Sur la déconcentration, v. not. Marie-Christine Rouault, « Du renforcement des pouvoirs des préfets de région et de département », note sur le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 *relatif aux pouvoirs des préfets, à l’organisation et à l’action des services de l’Etat dans les régions et départements*, *JCP-A*, n° 30, 19 juillet 2004, p. 1023-1026 ; Alain Larangé, *La déconcentration*, LGDJ, 2000 ; Alain Delcamp, « Le problème de la déconcentration dans les pays européens », *RFDA* 1995, p. 730 ; Jean-François Auby, « La loi du 6 février 1992 et l’administration d’Etat », *RFDA* 1993, p. 234 ; Paul Bernard, « La déconcentration au cœur de l’administration territoriale de la République », *RA* 1993, p. 357.

<sup>1538</sup> René Garrec, rapport Sénat, *in L’organisation décentralisée de la République*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>1539</sup> *Op. cit.*, p. 81.

<sup>1540</sup> Une des lois adoptées à la suite de la révision constitutionnelle porte d’ailleurs le titre éloquent de loi *sur les libertés et responsabilités locales* (loi du 13 août 2004, préc.). Pour M. Chevallier, les pouvoirs reconnus aux collectivités territoriales en 2003 rendent « plus floue la distinction entre l’Etat unitaire et l’Etat fédéral » (*L’Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 82).

même, s'oppose à une détermination trop contraignante du droit applicable aux collectivités territoriales. En outre, s'agissant des « acteurs locaux », qu'il faut entendre ici comme les collectivités territoriales et leurs groupements<sup>1541</sup>, l'étude du droit positif révèle la place importante qu'occupe la norme permissive, notamment en matière d'intercommunalité. La révision constitutionnelle de 2003 et ses prolongements législatifs ne font donc qu'intensifier une tendance normative existante, en confirmant le principe d'une détermination permissive des acteurs locaux (Section 1) et d'un encadrement permissif de l'action locale (Section 2).

## **SECTION 1 – LA DETERMINATION PERMISSIVE DES ACTEURS LOCAUX**

**662.** Si loi constitutionnelle du 28 mars 2003 semble avoir procédé à l'ancrage des collectivités de la République dans le texte fondateur<sup>1542</sup> –, la Constitution révisée fait dépendre dans une large mesure l'existence et la pérennité des collectivités territoriales de dispositifs normatifs permissifs. Mme Flaman-Lévy résume fort bien le *modus operandi* du constituant : « plutôt que de réformer directement et ouvertement ces collectivités territoriales, la révision constitutionnelle introduit certaines techniques juridiques susceptibles de les transformer »<sup>1543</sup>, à tel point qu'il est possible de parler de cadre constitutionnel permissif (§ 1). Cependant, il serait faux de penser que la Constitution renferme toutes les clefs de la détermination des acteurs locaux : l'intercommunalité remplit désormais un rôle significatif dans la définition de ces derniers. Les établissements publics de coopération intercommunale constituent désormais des acteurs locaux de premier ordre. Pourtant, nulle trace de ces entités n'apparaît dans le texte constitutionnel ; seule la loi fonde leur existence et organise leur fonctionnement. Or, en ce domaine aussi, la norme permissive s'inscrit à la base des procédés normatifs institués (§ 2).

---

<sup>1541</sup> D'autres « acteurs locaux » sont identifiables, notamment des personnes privées (sociétés d'économie mixte...), les autorités déconcentrées, mais aussi les administrés à travers les mécanismes de la démocratie participative.

<sup>1542</sup> L'expression avait été employée en 1981 par M. Christian Autexier (« L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP* 1981, p. 581) et est reprise aujourd'hui au sujet des populations d'outre-mer (v. Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA* 2003, p. 564-570, spéc., p. 565).

<sup>1543</sup> Bénédicte Flaman-Lévy, « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA* 2004, p. 59-68, spéc. p. 60.

## § 1 – UN CADRE CONSTITUTIONNEL PERMISSIF

**663.** Le caractère permissif du cadre constitutionnel relatif à la détermination des collectivités territoriales apparaît à deux égards : d'une part, la Constitution énumère, à l'article 72 alinéa 1<sup>er</sup>, les différentes collectivités territoriales de la République, tout en reconnaissant au législateur la faculté de faire évoluer cette nomenclature qui peut être qualifiée d'ouverte (A). D'autre part, le principe de la différenciation statutaire (B) se trouve inséré dans le texte constitutionnel ; il se manifeste par un ensemble de dispositions permissives rendant possible la prise en compte des particularismes et l'individualisation statutaire des collectivités territoriales.

### A – LA NOMENCLATURE OUVERTE DE L'ARTICLE 72 DE LA CONSTITUTION

**664.** La nomenclature constitutionnelle des collectivités territoriales de la République peut être qualifiée d'ouverte en ce sens qu'elle n'est pas figée : deux normes permissives sont en effet insérées dans l'article 72, qui permettent de l'enrichir et de la remodeler, sans qu'une révision de la Constitution ne soit nécessaire. Deux facultés sont ainsi reconnues au législateur : celle de créer de nouvelles collectivités territoriales (1) et celle de substituer de nouvelles collectivités à des collectivités existantes (2).

#### *1 – La faculté de création de nouvelles collectivités territoriales*

**665.** L'article 72 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution dispose que « *toute autre collectivité est créée par la loi* ». En dépit d'une formulation impérative, qui ne rompt pas avec la rédaction antérieure de l'article 72, cette disposition renferme une habilitation nécessairement permissive au profit du législateur. Cette impérativité apparente se rapporte en réalité à l'ordre des compétences<sup>1544</sup> qui assigne au législateur, et à lui seul, la tâche de déterminer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales<sup>1545</sup>. Celui-ci conserve donc son pouvoir d'appréciation en bénéficiant de la faculté d'enrichir, si besoin est, la

---

<sup>1544</sup> La tournure passive employée dans cet article en rend d'ailleurs compte : le texte constitutionnel ne semble pas préjuger du caractère lié ou discrétionnaire de la compétence du législateur. Il impose essentiellement qu'en cas de création d'une autre collectivité territoriale, seul le législateur intervienne. La lecture permissive donnée par le Président Mitterrand à l'article 13 de la Constitution (« *le président de la République signe les ordonnances* ») est au contraire moins évidente dans la mesure où la Constitution, par le biais d'une formule à la voix active, semble davantage le placer dans une situation de compétence liée. Une rédaction du type *les ordonnances sont signées par le Président de la République* aurait sans doute autorisé, de manière moins contestable, une lecture permissive.

<sup>1545</sup> Art. 34 de la Constitution.

nomenclature des collectivités territoriales de la République. Cette disposition permissive répond à un souci de rationalité instrumentale, en évitant ainsi que tout remaniement n'impose une révision constitutionnelle. Une telle souplesse avait notamment montré son intérêt lors de la création des régions<sup>1546</sup> ou de la collectivité territoriale de Corse<sup>1547</sup>.

**666.** La rédaction issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 ne lève cependant pas toute ambiguïté s'agissant de l'objet de la faculté ouverte : en prévoyant que « *toute autre collectivité* » peut être créée par le législateur, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 72 ne précise pas s'il faut comprendre cette expression comme *tout nouvel échelon de collectivité de droit commun* (comme les régions) ou *toute autre collectivité, même unique et dotée d'un statut particulier* (comme la Corse).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel avait retenu, s'agissant de l'ancien article 72, une conception catégorielle de la notion d'*autre collectivité*. Cette approche l'avait conduit à admettre que le législateur pouvait instituer une nouvelle catégorie de collectivité au sens de nouvel échelon institutionnel local<sup>1548</sup>, mais également, au gré d'une construction conceptuelle devenue classique dans ses décisions, des catégories de collectivités constituées d'une seule unité<sup>1549</sup> : ainsi en est-il de la Corse, de Mayotte<sup>1550</sup>, de Saint-Pierre-et-Miquelon<sup>1551</sup> ou encore de Paris<sup>1552</sup>. Au vu des travaux préparatoires, cette même approche

---

<sup>1546</sup> V. loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions (JORF 9 juillet 1972, p. 7176) ; loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (JORF 3 mars 1982, p. 730) ; loi n° 86-16 du 6 janvier 1986 relative à l'organisation des régions et portant modification de dispositions relatives au fonctionnement des conseils régionaux (JORF 8 janvier 1986, p. 367).

<sup>1547</sup> Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse (JORF 14 mai 1991).

<sup>1548</sup> C'est ce qui s'est passé avec les régions, mais aussi avec les régions d'outre-mer : décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion* (JORF 28 juillet 1984, p. 2493) : « les articles 72 et 73 de la Constitution n'excluent pas la possibilité pour des collectivités territoriales créées par la loi de faire l'objet de mesures d'adaptation ».

<sup>1549</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse* (JORF 27 février 1982, p. 697) : « la disposition de la Constitution aux termes de laquelle "toute autre collectivité territoriale est créée par la loi" n'exclut nullement la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité ; que telle a été l'interprétation retenue par le législateur lorsque, en métropole, il a donné un statut particulier à la ville de Paris et, outre-mer, il a créé la collectivité territoriale de Mayotte ».

<sup>1550</sup> Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte (JORF 28 décembre 1976, p. 7493) et n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte (JORF 13 juillet 2001, p. 11199). V. not. Frédéric Sauvageot, « Mayotte et l'article 72 de la Constitution : des solutions possibles à celle retenue par le législateur », in Laurent Sermet et Jean Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2004, p. 82-99.

<sup>1551</sup> Loi n° 85-595 du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon (JORF 14 juin 1985, p. 6551).

<sup>1552</sup> Loi n° 75-1331 du 31 décembre 1975 portant réforme du régime administratif de la commune et du département de Paris (JORF 3 janvier 1976, p. 143), modifiée par la loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale (JORF 1<sup>er</sup> janvier 1983, p. 3). Si le Conseil constitutionnel ne s'est pas expressément prononcé

doit prévaloir s'agissant du nouvel article 72, même si quelques incertitudes avaient pu affecter, sur ce point, la genèse de la loi constitutionnelle.

**667.** En effet, le projet de loi constitutionnelle prévoyait une formulation différente pour cette disposition ; son article 4 proposait : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre catégorie de collectivité territoriale est créée par la loi. La loi peut également créer une collectivité à statut particulier, en lieu et place de celles mentionnées au présent alinéa* ». Comme le soulignait le rapporteur de la Commission des lois du Sénat, ce texte semblait indiquer qu'il serait possible de créer « - soit une catégorie de collectivités territoriales formant un nouvel échelon sur l'ensemble du territoire, sur le modèle des régions, - soit une collectivité unique, dotée d'un statut particulier et devant désormais, dans un souci de rationalisation, nécessairement se substituer à des collectivités existantes »<sup>1553</sup>.

Interrogé, le Gouvernement a toutefois clarifié cette première rédaction en expliquant qu'il fallait comprendre la première phrase comme une reprise de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui autorise la création de catégories regroupant une ou plusieurs collectivités territoriales, et la seconde comme une faculté supplémentaire offerte au législateur de créer des collectivités à statut particulier en remplacement de collectivités existantes<sup>1554</sup>. La formulation expressément permissive ne concernait donc qu'une faculté de substituer une collectivité à statut particulier à une collectivité existante ; parallèlement, il était possible de créer, en vertu de la faculté de création de *toute autre catégorie*, une collectivité à statut particulier s'ajoutant aux collectivités existantes.

**668.** Aussi, considérant qu'il était opportun de simplifier ces dispositions, la Commission des lois du Sénat a proposé la formule qui a finalement été adoptée et qui n'est autre que celle de l'ancien article 72, assortie de la nouvelle faculté de substitution d'une collectivité à une autre.

---

sur la loi de 1975, il reconnaît bien la création, par le législateur, d'une collectivité territoriale ne comprenant qu'une unité – la ville de Paris – dans sa décision n° 82-138 DC du 25 février 1982 (préc.).

<sup>1553</sup> V. examen de l'article 4 du projet de loi constitutionnelle, consultable sur : <http://www.senat.fr/rap/102-027/102-0279.html#toc346>

<sup>1554</sup> *Ibid.*

## 2 – La faculté de substitution d'une collectivité à une autre

**669.** Cette faculté de substitution apparaît indirectement dans l'article 72, qui prévoit que la loi peut créer une autre collectivité, « *le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* ». Si le caractère permissif de cette prérogative reconnue au législateur a pu susciter des interrogations dans la version initiale du nouvel article 72, tel n'est plus le cas dans le texte actuel<sup>1555</sup>. La locution « *le cas échéant* » implique que la substitution n'est qu'une alternative envisageable et non un impératif lié à la création d'une nouvelle collectivité. La substitution se présente donc comme une possibilité offerte au législateur pour rationaliser la nomenclature des collectivités territoriales, de façon à ce que la faculté de création de nouvelles collectivités n'engendre pas un encombrement institutionnel. Toutefois, deux remarques peuvent être faites à l'égard de cette nouvelle faculté.

**670.** Se pose, en premier lieu, la question de la nécessité d'introduire, dans le texte constitutionnel, une telle disposition permissive. En effet, la création de nouvelles collectivités, sous l'empire de l'ancien article 72, a pu s'accompagner de leur substitution à des collectivités existantes. Ainsi, la collectivité territoriale de Corse s'est-elle substituée à la région Corse ; de même, les collectivités *sui generis* de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon ont succédé aux territoires d'outre-mer que constituaient au préalable ces deux collectivités ; enfin, la création du département de Paris a entraîné la disparition du département de la Seine. La faculté de création d'une nouvelle collectivité a donc pris relativement souvent les traits d'une faculté permettant de faire évoluer le statut d'une collectivité existante. Elle était donc un prolongement logique mais non nécessaire à la faculté de créer une nouvelle collectivité territoriale.

Sa formulation expresse dans le nouvel article 72 s'inscrit sans doute dans la volonté affichée d'assouplir le cadre constitutionnel de la décentralisation et de remettre en cause certaines solutions du Conseil constitutionnel, notamment celles interdisant que les compétences reconnues à une collectivité dessaisissent une collectivité existante de tout ou partie de ses attributions<sup>1556</sup>. La faculté de substituer une collectivité à une ou plusieurs autres consiste

---

<sup>1555</sup> V. n° 666, le rapporteur de la Commission des lois du Sénat croyant qu'il fallait lier cette substitution à la création de toute collectivité à statut particulier.

<sup>1556</sup> V. décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse* (préc.) ; ou décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion* (préc.), censurant une loi dessaisissant les départements d'outre-mer de la plus grande part de leurs attributions en matière de transport, au profit des régions d'outre-mer. Toutefois, ces solutions sont liées au maintien de la collectivité préexistante et se justifient au regard du principe de libre



donc en un aspect de la modularité qui irrigue dorénavant le droit constitutionnel des collectivités territoriales<sup>1557</sup>. Mais surtout, cette habilitation emporte une conséquence notable, qui est en réalité la cause de sa consécration expresse : si des substitutions de collectivités ont pu avoir lieu, elles n'ont jamais remis en cause l'existence d'une collectivité inscrite dans le marbre constitutionnel. Or, désormais, rien ne semble empêcher le législateur de substituer une nouvelle collectivité à une catégorie expressément consacrée à l'article 72. Le constituant paraît donc avoir habilité le législateur à remettre en cause ce qu'il avait lui-même décidé, ce qui constitue une inflexion singulière de la hiérarchie des normes.

**671.** Par ailleurs, il semble que l'article 72 alinéa 1<sup>er</sup>, tel que réécrit par l'amendement sénatorial et entériné par le Congrès, excède le dessein gouvernemental. En effet, l'article 4 du projet de loi constitutionnelle liait la faculté de substitution à la création d'une collectivité à statut particulier. Or, la modification soufflée par le Sénat déconnecte la substitution de la seule création de collectivités territoriales dotées d'un statut particulier. La syntaxe propre à la phrase finalement adoptée « *Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* » implique que la faculté de substitution est susceptible d'accompagner tant la création d'un nouvel échelon de collectivité de droit commun (à l'instar de régions) que celle d'une collectivité à statut particulier (une catégorie composée d'une seule unité selon la formule du Conseil constitutionnel). Cette faculté a une portée d'autant plus générale qu'elle permet en outre de remplacer toute collectivité mentionnée à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 72, c'est-à-dire les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution<sup>1558</sup>.

Dans cette perspective, l'article 72 alinéa 1<sup>er</sup> ouvre la voie à une éventuelle transformation des établissements publics de coopération intercommunale en collectivités territoriales de plein exercice, venant se substituer à un ou plusieurs échelons actuels de collectivités territoriales

---

administration et de l'exigence d'attributions effectives des assemblées locales. Dès lors qu'une collectivité serait supprimée, cet impératif devrait également disparaître.

<sup>1557</sup> Selon l'expression employée dans le dossier « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales », études réunies et présentées par Michel Verpeaux, CCC n° 12, 2002, p. 86-128.

<sup>1558</sup> Toutefois, le projet initial du Gouvernement ne mentionnait pas, dans cette nomenclature, les collectivités à statut particulier. La faculté de substitution, liée à la création d'une collectivité à statut particulier, et ne pouvant donc pas se substituer à une collectivité à statut particulier existante, semblait donc avoir une portée réduite. En particulier, comment pouvait-on, sur la base de cette disposition, permettre de remplacer la collectivité territoriale de Corse ? Dès lors, si le Gouvernement semblait préparer la substitution d'une collectivité à statut particulier – collectivité unique – à l'actuelle collectivité territoriale de Corse et aux deux départements de l'île, la disposition qu'il ajoutait au texte constitutionnel s'avérait contre-productive.

(le département, voire la commune)<sup>1559</sup>. De même, ces dispositions permissives constituent une base juridique pour une redéfinition des régions françaises, dont la taille est souvent jugée insuffisante dans le contexte de l'Union européenne<sup>1560</sup>.

**672.** Cette ouverture sénatoriale de la faculté de substitution surprend donc de la part d'une institution réputée conservatrice ; elle introduit, dans le texte constitutionnel, des virtualités importantes qui pourraient conduire, si le législateur le décidait, à une refonte totale de la nomenclature actuelle. L'énumération des collectivités territoriales de la République à l'article 72 ne les inscrit donc pas dans le marbre constitutionnel : au contraire, ce qui se trouve gravé dans le marbre, c'est un dispositif permissif, une double faculté – création/substitution – qui ouvre au législateur ordinaire le pouvoir de bouleverser l'architecture établie au plus haut rang.

**673.** Enfin, la faculté de substitution d'une collectivité territoriale à une ou plusieurs autres ne se limite pas au mécanisme prévu à l'article 72 de la Constitution. En effet, l'article 73 alinéa 7 ouvre au législateur la faculté de substituer une collectivité territoriale unique à un département et une région d'outre-mer<sup>1561</sup>, collectivité qui sera nécessairement régie par l'article 73<sup>1562</sup>. Cette disposition permissive vise clairement à faire échec à la décision du Conseil constitutionnel qui avait censuré la volonté de doter les départements d'outre-mer d'une assemblée unique<sup>1563</sup>.

**674.** Sans remettre en cause le caractère rigide<sup>1564</sup> de la Constitution, les normes permissives contenues dans l'article 72 autorisent donc une évolution simplement législative de la nomenclature des collectivités territoriales de la République. La norme permissive démontre

---

<sup>1559</sup> Bénédicte Flamand-Lévy, « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *op. cit.*, p. 60 ; Pierre-Yves Monjal, « Les enjeux de la notion "d'intérêt communautaire" ou les faces cachées d'une réforme constitutionnelle décisive pour les établissements publics de coopération intercommunale », *AJDA* 2003, p. 1701-1707, spéc. p. 1701.

<sup>1560</sup> *Ibid.*

<sup>1561</sup> Cet article permet également d'instituer une assemblée délibérante unique pour le département et la région d'outre-mer.

<sup>1562</sup> Comme le précise l'art. 72-3 al. 2 de la Constitution. Pour autant, cette collectivité ne sera soumise au régime de l'art. 73 qu'autant qu'elle ne sera pas transformée en collectivité d'outre-mer de l'art. 74. Ce changement de régime trouve même un fondement dans l'art. 72-4, qui dispose qu' « aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs... ». En se référant aux collectivités mentionnées à l'art. 72-3, cette disposition inclut nécessairement la collectivité territoriale unique. V. aussi Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *op. cit.*, p. 568.

<sup>1563</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982, *loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion* (*JORF* 4 décembre 1982, p. 3666).

<sup>1564</sup> Sur la notion de constitution rigide, v. Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 50.

donc son utilité s'agissant de l'adaptation de cette nomenclature aux besoins institutionnels susceptibles d'apparaître ou de se confirmer à plus ou moins long terme. Toutefois, la mise en œuvre des deux facultés ouvertes n'aura pas pour conséquence de modifier la rédaction de la nomenclature de l'article 72 – en raison de la rigidité du texte constitutionnel, qui suppose une révision.

Aussi, n'est-il pas improbable qu'existe, pendant un certain temps, un décalage entre l'inventaire territorial de l'article 72 (la nomenclature formelle) et la réalité institutionnelle locale (la nomenclature substantielle ou réelle), contenue dans la loi. Mais une telle situation ne serait pas nouvelle, la création législative des régions a par exemple attendu pendant près de vingt ans sa consécration dans la loi fondamentale. Pour autant, le cadre constitutionnel plus souple risque de rendre complexe l'appréhension de la carte institutionnelle locale, qu'une faculté de différenciation statutaire ne devrait pas faciliter.

## B – LA FACULTE DE DIFFERENCIATION STATUTAIRE

**675.** La différenciation statutaire vise à prendre acte de la diversité existant au sein des collectivités territoriales de la République : géographiquement, économiquement ou encore politiquement, elles constituent un ensemble hétérogène que le droit de la République semble vouloir prendre en compte. La technique normative permissive a une fois de plus été déployée par le constituant lors de la révision de 2003 : n'ouvrant que de simples virtualités, les normes permissives sont un moyen pour satisfaire, d'une part, les revendications locales de différenciation, sans remettre en cause, d'autre part, la volonté de certaines collectivités de maintenir un *statu quo* institutionnel. Deux évolutions sont à cet égard significatives : la consécration de la notion de collectivité à statut particulier (1) et la dilution du droit statutaire applicable aux collectivités ultramarines (2).

### *1 – La consécration de la notion de collectivité à statut particulier*

**676.** L'article 72 a pu servir de fondement à la création de collectivités territoriales dotées d'un statut particulier : la Corse, les villes de Paris, Marseille et Lyon, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon ont ainsi été créées en application de cette disposition. Dès lors que le Conseil constitutionnel avait admis la constitutionnalité d'une catégorie de collectivité composée d'une seule unité, la voie de l'individualisation statutaire était ouverte. Cette individualisation

s'est d'abord appuyée sur l'idée de statut dérogatoire, pour finalement reposer sur le concept même de différenciation ; l'histoire institutionnelle de la Corse est révélatrice.

**677.** En effet, le statut de l'Île de Beauté fut envisagé, dans un premier temps, au regard de la catégorie des régions. La loi n° 82-214 du 2 mars 1982 appréhende la Corse comme une région qu'elle dote simplement d'un statut dérogatoire au droit commun, comme l'indique son titre : *loi portant statut particulier de la région de Corse*<sup>1565</sup> ; le Conseil constitutionnel a d'ailleurs souligné, lors de l'examen de cette loi, que « la création de la région de Corse [intervenant] dans le cadre de la législation relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions »<sup>1566</sup>. Au contraire, la loi du 13 mai 1991 a extrait la Corse du droit commun des régions pour en faire une catégorie à elle seule ; sa dénomination de « collectivité territoriale de Corse » est caractéristique, de même que son organisation institutionnelle, qui s'inscrit nettement en marge de l'organigramme régional classique<sup>1567</sup>. La loi du 22 janvier 2002 a confirmé cette individualisation de la Corse au sein des collectivités territoriales de la République.

La démarche du législateur s'est donc clairement modifiée. Initialement, il semble avoir composé avec le principe d'unité catégorielle selon lequel « chaque catégorie de collectivités territoriales présente des caractéristiques fondamentales qui doivent se retrouver dans chacune des collectivités appartenant à cette catégorie »<sup>1568</sup> ; il a ainsi prévu une déclinaison à caractère dérogatoire de la catégorie de collectivité en cause. La Corse était une région à statut dérogatoire. Au contraire, le législateur a vraisemblablement pris acte des limites du principe d'unité catégorielle au regard des spécificités de la Corse – et des revendications portant sur leur reconnaissance – pour finalement l'écarter, et ne pas l'éclater, en créant une catégorie à part, formée d'une seule unité.

**678.** La consécration de la notion de collectivité à statut particulier par la réforme constitutionnelle de 2003 est ainsi un aboutissement logique, prouvant l'acceptation de l'idée

---

<sup>1565</sup> *JORF* 3 mars 1982, p. 748.

<sup>1566</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 82-138 DC du 25 février 1982 *loi portant statut particulier de la région de Corse* (préc.). De manière semblable, les villes de Paris, Marseille et Lyon sont avant tout des communes : pour preuve, l'article L2511-1 du CGCT énonce que « les communes de Paris, Marseille et Lyon sont soumises aux règles applicables aux communes, sous réserve des dispositions du présent titre et des autres dispositions législatives qui leur sont propres » (pour Paris, art. L2512-1 à L2512-25 du CGCT ; pour Marseille et Lyon, art. L2513-1 à L2513-6 du CGCT).

<sup>1567</sup> L'organe exécutif de la collectivité territoriale de Corse (le Conseil exécutif) est distinct de l'assemblée de Corse et responsable devant elle.

<sup>1568</sup> Jacques Bourdon, Jean-Marie Pontier et Jean-Claude Ricci, *Droit des collectivités territoriales*, PUF, 1998, p. 85.

de différenciation ; comme le précise Mme Flamand-Lévy, la qualification de statut particulier « intègre davantage le concept de spécificité, que la distinction opérée entre statut de droit commun et statut dérogatoire »<sup>1569</sup>. Actuellement, constituent de telles collectivités la Corse, la Nouvelle-Calédonie et chacune de ses provinces, ainsi que les villes de Paris, Marseille et Lyon. Les anciennes collectivités *sui generis* de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon ont désormais intégré la catégorie des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74.

**679.** Cette inscription des collectivités à statut particulier dans le texte constitutionnel ne constitue toutefois pas une garantie d'existence pour l'ensemble de ces collectivités. En effet, hormis la Nouvelle-Calédonie, qui bénéficie nommément d'un traitement statutaire particulier, de rang constitutionnel, les autres collectivités à statut particulier, existantes comme la Corse, ou à créer, sont sous la dépendance du législateur. Celui-ci pouvant en effet créer des collectivités à statut particulier se substituant le cas échéant à une ou plusieurs collectivités existantes<sup>1570</sup>, il peut logiquement en supprimer, dès lors que rien ne s'y oppose dans la Constitution : cette dernière mentionne l'existence d'une catégorie de collectivités à statut particulier, c'est-à-dire d'un contenant, mais elle n'en prévoit pas le contenu.

Abstraction faite des réalités politiques et du sens du processus d'évolution statutaire à l'œuvre, la Corse pourrait rentrer dans le rang commun et regagner par exemple la catégorie des régions. Rien, dans la Constitution, ne garantit à la Corse son statut particulier. Même si certains semblent envisager comme inéluctable la multiplication des collectivités à statut particulier<sup>1571</sup>, cette catégorie pourrait tout autant perdre des unités. Il s'agit d'une qualification constitutionnelle qui prend acte du statut spécifique de certaines collectivités territoriales dont la place n'était pas claire dans la nomenclature de l'ancien article 72 ; cela étant, le sort de cette qualification est lié à l'exercice que fera le législateur des facultés de création et de substitution qui lui sont reconnues par les nouvelles dispositions permissives de la Constitution.

---

<sup>1569</sup> Bénédicte Flamand-Lévy, « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *op. cit.*, p. 60.

<sup>1570</sup> M. Gohin considère cependant qu'il convient de qualifier ces nouvelles collectivités de collectivités « à statut propre ». Autrement dit, les collectivités à statut particulier ne semblent pouvoir être que des collectivités existantes ; une telle interprétation entre toutefois en contradiction avec l'art. 72-1 al. 3 qui évoque la création d'une collectivité à statut particulier. V. Olivier Gohin, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA* 2003, p. 522-528, spéc. p. 527, note 15 et p. 681, note 39.

<sup>1571</sup> Pour M. Verpeaux, « il n'est pas certain que le constituant n'ait pas ouvert là une boîte de Pandore difficile à refermer » (« Décentralisation : en attendant le Congrès », *JCP-A*, 2003, n° 5, n° 1063).

**680.** L'attitude du législateur semble également prépondérante dans le cadre de l'article 73 alinéa 7, qui prévoit la faculté de créer une « *collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer* ». Il faut cependant distinguer cette collectivité, généralement qualifiée de collectivité territoriale unique, de la collectivité à statut particulier de l'article 72 de la Constitution<sup>1572</sup>. La collectivité territoriale unique ne se conçoit qu'outre-mer<sup>1573</sup>. Cela ne signifie pas qu'une collectivité à statut particulier de métropole ne puisse être constituée d'une seule et unique entité issue de la fusion d'une région et de départements ; seulement, en ce cas, il s'agira d'une nouvelle collectivité à statut particulier. Une telle évolution était envisagée par le Gouvernement au sujet de la Corse.

Mais surtout, collectivité à statut particulier et collectivité territoriale unique de l'article 73 se distinguent quant aux modalités de leur création : si la constitution d'une collectivité à statut particulier *peut* donner lieu à la consultation *pour avis* des électeurs intéressés (art. 72-1 al. 3), la substitution d'une collectivité territoriale unique à une région et un département d'outre-mer ne peut intervenir qu'avec le *consentement* des électeurs des collectivités concernées. Autrement dit, les électeurs se voient reconnaître un droit de veto qui leur permet de faire échec à un projet de fusion ; mais leur consentement n'exclut pas que le législateur renonce finalement à ce projet.

**681.** Parallèlement à la faculté de création de collectivités à statut particulier, la révision constitutionnelle a complété le dispositif de différenciation statutaire des collectivités territoriales en introduisant de nombreux mécanismes permissifs dans le droit de l'outre-mer, particulièrement sensible à la question de la diversité.

## ***2 – La dilution du régime statutaire des collectivités ultramarines***

**682.** Jusqu'à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les collectivités ultramarines se déclinaient en départements et régions d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion), territoires d'outre-mer (Polynésie française, îles Wallis et Futuna, Terres australes

---

<sup>1572</sup> M. Thiellay envisage ainsi à tort l'éventuelle création d'une collectivité à statut particulier dans les départements d'outre-mer (Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *op. cit.*, p. 565 ; la confusion est d'ailleurs relevée par M. Gohin, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *op. cit.*, p. 681, note 39).

<sup>1573</sup> Plus précisément, elle ne se conçoit que dans le cadre des départements et régions d'outre-mer (art. 73 de la Constitution). Une collectivité d'outre-mer (art. 74) et *a fortiori* la Nouvelle-Calédonie ne pourraient pas devenir des collectivités territoriales uniques de l'article 73.

et antarctiques françaises), collectivités *sui generis* (Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon) et collectivités à statut particulier (Nouvelle-Calédonie et ses provinces)<sup>1574</sup>.

La réforme a refondu ce cadre statutaire dans un souci de clarification. Les collectivités ultramarines sont désormais les départements et régions d'outre-mer (DOM/ROM), régis par l'article 73 de la Constitution, les collectivités d'outre-mer (COM) de l'article 74 (incluant les anciens territoires d'outre-mer et les ex-collectivités *sui generis*), la Nouvelle-Calédonie et ses provinces. Les Terres australes et antarctiques françaises conservent la qualité de territoire d'outre-mer mais elles ne constituent pas une collectivité territoriale de la République, n'ayant pas de population permanente rendant possibles une administration par un conseil élu et une représentation au Sénat ; elles sont régies par la loi n° 55-1052 du 6 août 1955<sup>1575</sup> et le législateur bénéficie de la faculté de faire évoluer leur régime législatif et leur organisation particulière<sup>1576</sup>. Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII de la Constitution<sup>1577</sup> et la loi organique du 19 mars 1999, comme ses provinces<sup>1578</sup>.

**683.** S'agissant de la division dominante – à défaut d'être exclusive – entre les articles 73 et 74, force est de constater que le constituant a instauré un ensemble de mécanismes permissifs qui autorisent une différenciation importante des collectivités ultramarines, non seulement par rapport aux collectivités métropolitaines, mais également entre elles. Sans doute faut-il y voir la concrétisation dans le droit des mots prononcés par le Président de la République en 2001, à la Réunion : « L'heure des statuts uniformes est passée. Il n'y a plus aujourd'hui de formule unique qui réponde efficacement aux attentes variées des différentes collectivités d'outre-mer. Chacune d'entre elles doit être libre de définir, au sein de la République, le régime le plus

---

<sup>1574</sup> M. Chapus ironise et considère que la Nouvelle-Calédonie n'est « plus autre chose qu'elle-même » ; *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 471.

<sup>1575</sup> Loi sur l'organisation des pouvoirs publics dans les Terres australes et antarctiques françaises (*JORF* 9 août 1955, p. 7979).

<sup>1576</sup> Art. 72-3 al. 4 de la Constitution. V. Pierre Lise, « Une délocalisation atypique : les TAAF », *RDP* 1999, p. 1109.

<sup>1577</sup> Comme indiqué dans l'art. 72-3 al. 3, ce qui n'exclut toutefois pas l'application de l'article 74-1, du titre XII.

<sup>1578</sup> Loi organique n° 99-209 (*JORF* 21 mars 1999, p. 4197). Sur l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie, v. not. Jean-Yves Faberon, « La Nouvelle-Calédonie, "pays à souveraineté partagée" », *RDP* 1998, p. 645 ; du même auteur, « Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 », *RDP* 1999, p. 113 ; Valérie Goesel-Le Bihan, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *Ann. fr. DI* 1998, p. 24 ; Hervé Rihal, « La disparition d'un TOM et la création d'une unité territoriale autonome », *RFAP* 1999, p. 178 ; Garsanda Rossinyol, « Les accords de Nouméa... : un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie », *RDP* 2000, p. 445 ; François Luchaire, *Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie* (textes et commentaires), Economica, 2000.

conforme à ses aspirations et à ses besoins sans se voir opposer un cadre rigide et identique »<sup>1579</sup>.

**684.** Les départements et régions d'outre-mer sont soumis, comme avant la réforme de 2003, au régime d'identité normative ou encore d'assimilation adaptée. Le nouvel article 73 pose la règle suivante en son alinéa 1<sup>er</sup> : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit* ». M. Gohin fait remarquer que cet article « n'a jamais été aussi catégorique »<sup>1580</sup> ; auparavant, il fallait déduire ce principe de la faculté d'adaptation des lois et de l'organisation administrative des départements d'outre-mer formulée dans l'ancien article 73 : « *Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». Toutefois, l'affirmation expresse du principe d'identité normative n'a pas une portée absolue puisque sitôt posé dans le nouvel article 73, il se voit tempéré par une disposition permissive autorisant le législateur et le pouvoir réglementaire à prévoir des adaptations aux textes métropolitains « *tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ».

**685.** Cette faculté d'adaptation est à l'évidence susceptible d'avoir une plus grande portée que celle de l'ancien article 73, restreinte par l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel : il considérait ainsi, dans sa décision n° 82-147 DC, que « *le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains sous la seule réserve des mesures d'adaptation que peut rendre nécessaires la situation particulière de ces départements d'outre-mer* »<sup>1581</sup>. Au contraire, le changement des termes du conditionnement de la faculté d'adaptation devrait faciliter sa mise en œuvre : « la suppression du terme « nécessitées » [...] qui figurait dans l'ancien article 73, pour une formule plus neutre (« tenant aux caractéristiques et contraintes particulières »), implique une interprétation plus souple du recours à l'adaptation »<sup>1582</sup>.

Les caractéristiques et contraintes sont des éléments plus objectifs, souvent permanents (insularité, assiette territoriale très faible, conditions climatiques, isolement géographique,

---

<sup>1579</sup> M. Chirac évoquait même des statuts « à la carte ». Discours du théâtre de Champ-Fleuri, Sant-Denis de la Réunion, 18 mai 2001 : [http://www.elysee.fr/elysee/francais/interventions/discours\\_et\\_declarations/2001/mai/discours\\_de\\_m\\_jacques\\_c\\_hirac\\_president\\_de\\_la\\_republique\\_au\\_theatre\\_du\\_champ\\_fleuri-saint-denis\\_la\\_reunion.543.html](http://www.elysee.fr/elysee/francais/interventions/discours_et_declarations/2001/mai/discours_de_m_jacques_c_hirac_president_de_la_republique_au_theatre_du_champ_fleuri-saint-denis_la_reunion.543.html)

<sup>1580</sup> Olivier Gohin, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *op. cit.*, p. 679.

<sup>1581</sup> Décision préc., cons. 4.

<sup>1582</sup> Bénédicte Flamand-Lévy, « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *op. cit.*, p. 62.



éloignement des centres de décision, étroitesse du marché intérieur, dépendance par rapport à certains secteurs d'activités...)<sup>1583</sup>, tandis que l'idée de nécessité peut être plus contingente<sup>1584</sup>. Mais ce changement de rédaction ne vise pas seulement à faciliter l'adaptation normative ; il reprend la formule employée dans l'article 299-2 alinéa 4 du Traité d'Amsterdam, au terme duquel : « *Le Conseil arrête les mesures visées au deuxième alinéa<sup>1585</sup> en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes* »<sup>1586</sup>.

**686.** Toutefois, cette évolution rédactionnelle ne devrait pas remettre en cause, dans son principe, la position jurisprudentielle selon laquelle les adaptations au droit commun ne sauraient extraire les DOM/ROM du cadre de l'article 73 et leur conférer une organisation comparable à celle des COM de l'article 74, tenant compte des intérêts propres de ces dernières au sein de la République. Le Conseil constitutionnel avait, dans le contexte de l'ancienne distinction entre DOM/ROM et TOM, indiqué que les adaptations prévues à l'article 73 « *ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d'outre-mer une "organisation particulière", prévue par l'article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d'outre-mer* »<sup>1587</sup> ; de même, que la possibilité reconnue aux DOM, dans la loi d'orientation pour l'outre-mer, « *de disposer à l'avenir d'une organisation institutionnelle qui leur soit propre* », ne pouvait être entendue que dans les limites de l'article 73, c'est-à-dire dans le cadre de l'assimilation adaptée<sup>1588</sup>.

**687.** Enfin, la faculté d'adaptation normative est d'autant plus importante qu'elle a non seulement été reconnue aux autorités métropolitaines, mais aussi aux départements et régions d'outre-mer eux-mêmes, dans les matières où s'exercent leurs compétences et sur habilitation législative (art. 73 al. 2). Par ailleurs, l'alinéa 3 de l'article 72 leur ouvre la faculté de se faire habilitier par la loi à adopter eux-mêmes, pour tenir compte de leurs spécificités, les règles

---

<sup>1583</sup> V. André Oraison, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA* 2003, p. 684-690, spéc. p. 687.

<sup>1584</sup> Toute chose égale par ailleurs, la notion de *nécessité* publique, en matière d'expropriation, était réputée impliquer une protection plus stricte du droit de propriété, dans la lignée de l'idéologie révolutionnaire (art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), que la notion d'*utilité* publique qui prévaut aujourd'hui (art. 545 du Code civil ; art. L11-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; art. 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

<sup>1585</sup> Il s'agit des « *mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application du présent traité à ces régions, y compris les politiques communes* » (art. 299-2 al. 2 du Traité).

<sup>1586</sup> Les régions ultrapériphériques sont les départements français d'outre-mer, les Açores, Madère et les îles Canaries (art. 299-2 al. 1 du Traité).

<sup>1587</sup> Décision n° 82-147, cons. 4, préc.

<sup>1588</sup> Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 10 (préc.).

applicables à leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi. La reconnaissance de telles facultés au profit des départements et régions d'outre-mer, qui bénéficient aussi à la collectivité territoriale unique de l'article 73 alinéa 7, mais pas à la région et au département de la Réunion<sup>1589</sup>, confère donc une base juridique favorable à une différenciation statutaire plus ou moins prononcée, selon que ces collectivités s'en seront saisies ou non.

**688.** Sous l'effet de ces trois normes permissives, le principe d'identité normative se trouve donc potentiellement remis en cause, au risque d'altérer l'unité catégorielle de l'article 73. S'agissant des collectivités d'outre-mer<sup>1590</sup>, régies par l'article 74, la différenciation s'impose plus frontalement dans la mesure où elles « *ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République* » (art. 74 al. 1<sup>er</sup>). Ces collectivités forment un ensemble<sup>1591</sup> hétérogène se définissant *a contrario* de la catégorie des collectivités ultramarines régies par l'article 73 de la Constitution. A la lecture de l'article 72-3, qui énumère les collectivités ultramarines, l'article 74 a un champ d'application résiduel : il ne concerne que les collectivités qui ne sont pas des départements et régions d'outre-mer ou une collectivité territoriale unique se substituant à ces derniers, exception faite de la Nouvelle-Calédonie (expressément régie par le titre XIII, selon l'alinéa 3 de l'article 72-3) et des Terres australes et antarctiques françaises (régies par la loi en application de l'article 72-3 alinéa 4).

**689.** Il n'est guère contestable que le manque d'unité de l'ensemble formé par les collectivités d'outre-mer rendait inadaptées des règles statutaires uniformes. Aussi, le régime constitutionnel de l'article 74 présente-t-il une remarquable souplesse normative, s'appuyant notamment sur des dispositions permissives. Cette souplesse apparaît d'abord dans le contenu minimal du statut que la loi organique doit définir pour chaque collectivité d'outre-mer<sup>1592</sup>.

---

<sup>1589</sup> Par application de l'art. 73 al. 5 de la Constitution.

<sup>1590</sup> V. not. Frédéric Sauvageot, « La nouvelle catégorie des collectivités d'outre-mer », *RJOI* 2002-2003/3, p. 119-139.

<sup>1591</sup> M. Gohin considère que « les collectivités d'outre-mer n'ont aucunement vocation à remplacer les territoires d'outre-mer, pas plus qu'elles ne forment, par elles-mêmes, une nouvelle catégorie constitutionnelle » (« L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA* 2003, p. 678-683, spéc. p. 682. M. Frédéric Jorda parle d'un « effort de regroupement » qui s'analyse en un « exercice de style » (« Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la Constitution », *RFDC* 2003, n° 56, p. 720).

<sup>1592</sup> M. Frédéric Jorda parle de « socle général, si ce n'est commun » (« Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la Constitution », *op. cit.*, p. 719). L'article 74 se divise en quatre parties : l'alinéa 1<sup>er</sup>, qui pose le principe de la définition, par une loi organique, et pour chaque collectivité d'outre-mer, d'un statut qui tienne compte de ses intérêts propres ; les alinéas 2 à 6, qui prescrivent le contenu minimal de ce statut ; les alinéas 7 à 11, prévoyant des règles spécifiques que peut déterminer le statut des collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie ; l'alinéa 12, renvoyant au législateur pour compléter les lois organiques.

Ainsi, l'automatisme de la règle de la spécialité législative, qui s'appliquait à tous les territoires d'outre-mer de l'ancien article 74, se trouve remis en cause. Le régime de spécialité législative, qui signifie que sauf loi de souveraineté<sup>1593</sup>, « la loi n'est applicable que si elle en fait la mention expresse après avoir été promulguée localement »<sup>1594</sup>, devient en effet facultatif<sup>1595</sup> ; telle est l'interprétation qui ressort de la lecture de l'alinéa 3 de l'article 74 : la loi organique doit fixer « *les conditions dans lesquelles les lois et règlements [...] sont applicables* » dans chaque collectivité d'outre-mer. Autrement dit, la Constitution ouvre au législateur organique une faculté lui permettant d'opter pour le régime de spécialité législative ou pas ; mieux encore, il dispose d'une latitude importante<sup>1596</sup>, qui pourrait l'amener à retenir le régime d'identité ou un régime mixte<sup>1597</sup>.

La permissivité s'est sur ce point imposée au constituant dans la mesure où l'ensemble des collectivités d'outre-mer avait vocation à embrasser les ex-collectivités *sui generis* qui, contrairement aux territoires d'outre-mer, n'étaient pas totalement soumises au régime de la spécialité<sup>1598</sup>. Plutôt que d'imposer un régime donné et s'exposer à des blocages – il est peu probable, par exemple, que les mahorais aient accepté d'abandonner totalement le principe de spécialité –, le constituant a donc adopté un dispositif permissif. Tel est également le cas s'agissant des compétences de la collectivité que doit fixer son statut : le législateur organique a la faculté, en dehors des matières – régaliennes – définies à l'article 73 alinéa 4<sup>1599</sup>, de

<sup>1593</sup> Sur les lois de souveraineté : Edwin Matunato, « Une notion en mutation : les lois de souveraineté », *RFDC* 2005, n° 63, p. 517-537 ; Sylvie Bonan, « Les lois dites de "souveraineté" outre-mer », *RFDA* 1996, p. 1232.

<sup>1594</sup> Louis Favoreu et a., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 713. Ce principe implique lui-même l'existence d'une norme permissive formalisée par la jurisprudence, en vertu de laquelle les collectivités en cause ont la faculté de déroger à la répartition de la loi et du règlement telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution : décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1<sup>er</sup>, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce (RJC II-20 ; JORF 23 août 1965)*.

<sup>1595</sup> Louis Favoreu et a., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 713 : « les COM peuvent continuer de bénéficier du principe de la spécialité législative mais ce n'est dorénavant qu'une faculté ».

<sup>1596</sup> Pour cette raison, on ne peut même pas dire que les COM « sont soumises au principe de spécialité législative, plus ou moins modulable » (André Oraison, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *op. cit.*, p. 684).

<sup>1597</sup> « Il faudra ainsi admettre que "les intérêts propres" de chacune des COM peut appeler... l'application du droit commun. La formule est évidemment curieuse mais pour les deux anciennes collectivités *sui generis* régies en partie par le principe d'identité législative, l'enjeu, juridique et politique, est important » (Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *op. cit.*, p. 569).

<sup>1598</sup> La loi n° 85-595 du 11 juin 1985, *relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon (JORF 14 juin 1985, p. 6551)*, confère à cette collectivité le statut de « collectivité territoriale » et prévoit un régime où l'identité normative est de principe. La loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *relative à Mayotte (JORF 13 juillet 2001, p. 11199)* a doté cette collectivité du statut de « collectivité départementale » et posé le principe d'identité normative dans un certain nombre de matières (art. 3 de la loi), ce qui réduit le champ du principe de spécialité.

<sup>1599</sup> Ces matières sont la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la

transférer des compétences étatiques à chaque collectivité d'outre-mer. Une fois encore, le cadre permissif s'imposait dès lors que la diversité des collectivités en cause implique des volontés et capacités diverses d'exercer des compétences de l'Etat.

**690.** Mais la dimension permissive de l'article 74 se manifeste sans doute plus nettement encore à l'alinéa 7, énonçant que « *la loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie* », divers aspects de leur statut. Tout d'abord, cette autonomie dont peuvent être dotées certaines collectivités d'outre-mer, ne peut vraisemblablement correspondre qu'à une faculté ouverte à ces dernières. En effet, le statut d'autonomie répond au besoin de différenciation statutaire de collectivités souhaitant se placer plus en marge de la République ; seules celles désirant accroître leur autonomie statutaire doivent pouvoir opter pour cette organisation. Certes, la rédaction de l'article 74 emprunte sur ce point au registre de l'implicite : l'autonomie y est mentionnée comme un fait s'imposant au législateur organique, ainsi que le suggère la formule « *pour celles... qui sont dotées* ». Cette périphrase dissimule en réalité la Polynésie française, seule collectivité dotée de l'autonomie, depuis 1996<sup>1600</sup>, et lui permet « de consolider et d'amplifier [son] fort particularisme »<sup>1601</sup>. Mais la généralité de cette disposition et le pluriel employé par le constituant permettent d'affirmer que l'article 74 ouvre ainsi – ou formalise – une faculté à toutes les collectivités d'outre-mer.

**691.** En ce qui concerne le contenu du statut d'autonomie, le constituant a en revanche clairement adopté des dispositions permissives qui témoignent de la marge de manœuvre laissée au législateur organique. A la différence des points sur lesquels celui-ci doit impérativement statuer pour fixer le contenu minimal du statut de chaque collectivité d'outre-mer (art. 74 al. 2), les aspects statutaires de l'autonomie sont simplement proposés au législateur organique. Ils s'analysent comme des moyens de l'autonomie, mais ne sont ni impératifs ni exhaustifs. Ainsi, le législateur organique a-t-il notamment la faculté de déterminer les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat exerce un contrôle spécifique sur les actes que peuvent prendre les collectivités dotées de l'autonomie dans des matières

---

sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Le législateur organique se voit en outre reconnaître la faculté de préciser et compléter cette liste (art. 73 al. 4 et 74 al. 4).

<sup>1600</sup> Sur l'ancien statut de cette collectivité, v. la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (JORF 13 avril 1996, p. 5695) et la décision n° 96-373 DC du 9 décembre 1996 (AJDA 1996, p. 371, chron. O. Schrameck ; RDP 1996, p. 953, étude F. Luchaire). Sur le nouveau statut : la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (JORF 2 mars 2004, p. 4183) et la décision n° 2004-490 DC du 12 avril 2004 (JORF 2 mars 2004, p. 4220). V. Olivier Gohin et Marc Joyau, « L'évolution institutionnelle de la Polynésie française », AJDA 2004, p. 1242-1252.

<sup>1601</sup> Olivier Gohin et Marc Joyau, *op. cit.*, p. 1243.

législatives<sup>1602</sup> ou encore les conditions dans lesquelles des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, par exemple en matière d'accès à l'emploi<sup>1603</sup>.

**692.** Le cadre constitutionnel mis en place avec la révision du 28 mars 2003 repose donc de manière importante sur des dispositifs normatifs permissifs : la nomenclature évolutive des collectivités territoriales et l'ouverture réalisée en matière de possibilité de différenciation statutaire au sein de la République, notamment outre-mer, démontrent la volonté politique d'assouplir le droit constitutionnel des collectivités territoriales. Cette volonté de flexibilité s'est traduite par le recours à de nombreuses normes permissives, qui enrichissent le texte constitutionnel de virtualités susceptibles de modifier sensiblement le visage de la France territoriale. A cet égard, le constituant impulse un mouvement centrifuge qui opère de concert avec une dynamique contraire de regroupement des collectivités territoriales, dont une des caractéristiques est d'être, elle aussi, simplement proposée aux acteurs locaux.

## **§ 2 – L'EMPREINTE DE LA NORME PERMISSIVE DANS LE DROIT DE L'INTERCOMMUNALITE**

**693.** Les regroupements de collectivités territoriales sont devenus fort courants et continuent à se multiplier : ils permettent une mutualisation de moyens, notamment techniques et financiers, la mise en place d'acteurs présentant une taille pertinente dans un contexte d'euphorisation qui affecte aussi la carte institutionnelle locale. La coopération décentralisée<sup>1604</sup> permet ainsi à des collectivités territoriales étrangères de mener des actions communes, fondées sur le volontariat<sup>1605</sup>. Au niveau interne, les nombreuses politiques contractuelles (contrats de ville, contrats de pays, etc.) traduisent une même dynamique de regroupement. Mais c'est sans doute en matière de coopération intercommunale que ce phénomène est le plus lisible, s'agissant notamment des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, dont l'exemple sera retenu ici ; le dispositif législatif en vigueur se veut incitatif et réserve une place prépondérante à la technique normative permissive (A). Mais l'empreinte de la norme permissive est également visible s'agissant des

---

<sup>1602</sup> Art. 74 al. 8. Il s'agit des « lois du pays » pour le cas de la Polynésie française (art. 140 de la loi organique du 27 février 2004, préc.)

<sup>1603</sup> Art. 74 al. 9.

<sup>1604</sup> V. art. L1115-1 à L1115-7 du CGCT.

<sup>1605</sup> L'article L1115-1 du CGCT pose ainsi le principe du caractère facultatif de la coopération décentralisée : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent conclure des conventions avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements, dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France ».

règles accompagnant le fonctionnement et l'évolution des structures intercommunales mises en place : elle témoigne de la modularité qui caractérise le droit de l'intercommunalité (B).

## A – UN DISPOSITIF INCITATIF CONSTRUIT SUR DES NORMES PERMISSIVES

**694.** Par principe, les dispositions législatives régissant la coopération intercommunale organisent le recours à l'intercommunalité comme une simple faculté pour les communes. Toutefois, les textes en cause ne dissimulent pas l'intention du législateur d'inciter les communes au regroupement : les dispositifs fiscaux mis en place, dont l'efficacité s'est vérifiée, traduisent la volonté d'encourager les autorités locales à s'engager dans l'intercommunalité. Mais le levier fiscal n'a semble-t-il pas été jugé suffisant par le législateur qui, au nom de la cohérence du développement des coopérations intercommunales, a doté l'Etat de prérogatives importantes, remettant en cause, à bien des égards, le principe du volontariat et outrepassant la simple logique incitative.

Les deux dernières lois en la matière tendent ainsi à substituer au volontariat local (1) un véritable volontarisme étatique (2), et montrent que si la norme permissive régit la matière des coopérations intercommunales, c'est dans ses deux manifestations opposées : liberté et pouvoir.

### ***1 – La permissivité normative, traduction du principe du volontariat local***

**695.** Inscrite dans le cadre de la libre administration des collectivités territoriales, la coopération intercommunale ne peut se fonder que sur le principe du volontariat. C'est d'ailleurs ce qu'exprime l'article L5210-1 du CGCT en énonçant que « *le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets communs de développement au sein d'un périmètre de solidarité* ». Ce principe général de libre association implique que les communes se voient reconnaître la simple faculté de se regrouper au sein d'établissements publics de coopération intercommunale et qu'il est *a priori* impossible de contraindre une commune à s'engager dans un tel processus.

**696.** Sur le plan normatif, ce postulat devrait se traduire par la présence de dispositions permissives dans les divers textes de droit positif régissant la matière, notamment dans la loi du 12 juillet 1999 *relative au renforcement et à la simplification de la coopération*

*intercommunale*<sup>1606</sup>, modifiée par la loi du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales*<sup>1607</sup>. Mais hormis l'article L5210-1 précité, il n'y a guère que l'article L5211-5 du CGCT qui exprime cette permissivité de principe. En effet, les articles relatifs aux trois grands types d'établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre sont rédigés en termes impératifs qui visent à donner la définition légale de ces établissements et l'objet qu'ils poursuivent.

Ainsi, l'article L5214-1 du CGCT dispose-t-il que « *la communauté de communes est un établissement public de coopération intercommunale regroupant plusieurs communes d'un seul tenant et sans enclave.*

*Elle a pour objet d'associer des communes au sein d'un espace de solidarité, en vue de l'élaboration d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace* »<sup>1608</sup>.

**697.** Le principe de permissivité de la coopération intercommunale apparaît donc dans l'article L5211-5 du CGCT, déterminant la procédure de création des établissements publics de coopération intercommunale en général. Cet article prévoit en effet qu'un ou plusieurs conseils municipaux peuvent avoir l'initiative de la création d'un établissement public de coopération intercommunale en en faisant la demande auprès du représentant de l'Etat<sup>1609</sup>. Cette faculté d'initiative est désormais partagée avec ce dernier<sup>1610</sup>, alors que seules les communes en disposaient auparavant<sup>1611</sup>. Toutefois, demeure le principe selon lequel aucun établissement ne peut être créé sans l'accord des communes concernées, qui conservent donc la faculté de ne pas donner suite à un projet initié par elles ou l'une d'entre elles ou par le représentant de l'Etat.

---

<sup>1606</sup> Loi n° 99-586, dite « loi Chevènement » (*JORF* 13 juillet 1999, p. 10361). Sur cette loi, v. not. : Michel Degoffe, *AJDA* 1999, p. 911 ; Jean-Marie Pontier, *RA* 1999, p. 516 ; « Intercommunalité », dossier spécial, *RGCT* 2000 ; André Chaminade, *JCP* 2000, I, n° 220 ; Michel Verpeaux, *RGCT* 2000, p. 139.

<sup>1607</sup> Loi n° 2004-809, *JORF* 17 août 2004, p. 14545. Cette loi contient des dispositions relatives à la coopération intercommunale qui apportent plusieurs correctifs techniques au dispositif de la loi de 1999. V. not. Nicolas Portier, « La loi du 13 août 2004 : un bilan en demi-teinte pour l'intercommunalité », *AJDA* 2005, p. 140 et s. ; Christian Debouy, « De l'intercommunalité », *JCP-A* 2005, n° spécial, n° 1017 ; Michel Degoffe, « L'intercommunalité après la loi du 13 août 2004 relatif aux libertés et responsabilités locales », *AJDA* 2005, p. 133 et s.

<sup>1608</sup> V. respectivement, pour la communauté d'agglomération et la communauté urbaine, les art. L5216-1 et L5215-1 du CGCT.

<sup>1609</sup> Art. L5211-5-I 1° du CGCT.

<sup>1610</sup> Art. L5211-5-I 2° du CGCT.

<sup>1611</sup> V. not. art. L5214-2 du CGCT dans son ancienne rédaction : « *Sur l'initiative d'un ou de plusieurs conseils municipaux demandant la création d'une communauté de communes, le ou les représentants de l'Etat dans le ou les départements concernés fixent par arrêté la liste des communes intéressées* ». Selon le juge administratif, cet article signifie qu'« *il revient aux seules communes de prendre l'initiative de demander la création d'une communauté de communes* » (CAA Bordeaux, 25 juin 2001, *Commune du Port et autres*, concl. Rey, *CT-I* 2002, n° 1).

**698.** Cependant, la règle de l'unanimité ayant été abandonnée, l'accord des communes sera acquis s'il est exprimé par deux tiers au moins des conseils municipaux des communes intéressées représentant plus de la moitié de la population totale de celles-ci ou par la moitié des conseils municipaux des communes représentant les deux tiers de la population<sup>1612</sup>. Cette règle de majorité qualifiée affecte à l'évidence le principe de libre association puisqu'elle ne permet plus à une ou plusieurs communes minoritaires n'approuvant pas le projet, d'exercer une faculté de blocage. Toutefois, cette entorse au principe du volontariat est compensée par un souci de représentativité qui impose que la majorité évoquée comprenne, pour la création d'une communauté de communes, les conseils municipaux des communes dont la population est supérieure au quart de la population totale concernée, et pour la création d'une communauté d'agglomération ou d'une communauté urbaine, le conseil municipal de la commune dont la population est supérieure à la moitié de la population totale concernée ou, à défaut, de la commune dont la population est la plus importante<sup>1613</sup>.

**699.** La permissivité en matière de coopération intercommunale demeure donc un principe qui confère aux communes la faculté d'initier le processus et d'approuver un projet donné ; mais cette permissivité s'exprime aussi dans la faculté de faire échec à ce dernier, à condition, toutefois, que ce veto ne soit pas inhibé par la règle de la majorité qualifiée.

**700.** Il convient donc de faire une lecture combinée des dispositions de l'article L5211-5 du CGCT avec celles relatives aux catégories d'établissements publics de coopération intercommunale pour appréhender la mesure du caractère permissif de la création de ces derniers. Si l'engagement dans la coopération intercommunale n'est, par principe, qu'une faculté pour les autorités communales, en revanche, le choix de créer l'un des différents établissements publics de coopération prévus par la loi n'est pas totalement libre.

En effet, le législateur définit ces établissements en fonction de critères précis liés notamment à la population qu'ils ont vocation à regrouper. Par exemple, une communauté urbaine doit, à la date de sa création, former un ensemble d'au moins 500 000 habitants, d'un seul tenant et sans enclave<sup>1614</sup> ; une communauté d'agglomération doit regrouper, sous la même condition de continuité territoriale, au moins 50 000 habitants, autour d'une ou plusieurs communes centres de plus de 15 000 habitants, ce dernier seuil ne s'imposant pas si la commune centre

---

<sup>1612</sup> Art. L5211-5-II du CGCT.

<sup>1613</sup> Art. L5211-5-II 1° et 2° du CGCT.

<sup>1614</sup> Art. L5215-1 du CGCT.



est le chef lieu du département ou, sans être son chef lieu, la commune la plus peuplée de ce département<sup>1615</sup>.

En dépit de leur caractère contraignant, ces règles doivent être combinées avec la permissivité de principe gouvernant la matière : ainsi, dès lors que des communes satisfont aux conditions légales pour créer un établissement public de coopération intercommunale donné, elles conservent la faculté d'opter pour un établissement de moindre importance. Par exemple, si une agglomération – au sens géographique – compte 500 000 habitants, les communes de cette agglomération peuvent créer une communauté urbaine, mais également une communauté d'agglomération, dont les critères légaux sont moins exigeants. Le même raisonnement s'applique à l'égard des communautés d'agglomération et des communautés de communes, aucun seuil démographique n'étant imposé pour la création de ces dernières. Opère donc une disposition permissive implicite, qui découle du principe de libre association et du jeu des critères légaux relatifs à la définition des catégories d'établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre.

**701.** Le principe de la libre association régissant la coopération intercommunale se traduit donc par des mécanismes permissifs qui ouvrent aux communes la faculté d'initier un projet de coopération, leur réserve celle de donner ou non leur accord sur un projet d'établissement public de coopération intercommunale, et leur permet enfin de choisir, dans une certaine mesure, la catégorie d'établissement de coopération la plus adaptée à leurs besoins et aux conditions locales. Toutefois, ce volontariat apparent est en réalité entamé par un évident volontarisme étatique en matière d'intercommunalité, dont il convient de rendre compte, notamment dans la mesure où il s'appuie aussi sur des mécanismes normatifs permissifs.

## ***2 – La permissivité normative, moyen du volontarisme étatique***

**702.** La loi du 12 juillet 1999 confère au représentant de l'Etat un ensemble de prérogatives dont l'influence sur les modalités et le développement de l'intercommunalité est remarquable. Ces prérogatives, qui s'appuient sur des dispositions juridiques permissives, tempèrent à l'évidence le principe de libre association des communes. Comme le fait remarquer M. Dallier<sup>1616</sup>, la loi du 12 juillet 1999 s'est appuyée sur une étude de la Délégation à

---

<sup>1615</sup> Art. L5216-1 du CGCT.

<sup>1616</sup> Philippe Dallier, *L'intercommunalité à fiscalité propre*, rapport d'information n° 193 au nom de l'Observatoire de la décentralisation, Sénat, annexe au procès verbal de la séance du 1<sup>er</sup> février 2006, p. 16. Consultable sur : <http://www.senat.fr/rap/r05-193/r05-1931.pdf>

l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) déterminant 140 aires urbaines susceptibles de fournir le périmètre pertinent des futures communautés d'agglomération<sup>1617</sup>. C'est ce référent qui a incité le législateur à confier au représentant de l'Etat la mission de veiller à la cohérence territoriale des projets d'intercommunalité – c'est-à-dire à la cohérence des choix locaux avec les zones identifiées par la DATAR. Les facultés ouvertes au représentant de l'Etat dans la procédure de création des établissements publics de coopération intercommunale devaient ainsi lui permettre de canaliser la liberté communale en ce sens.

Sans doute la détermination directe, par la loi elle-même, de 140 communautés au périmètre imposé, aurait-elle heurté le principe de libre administration<sup>1618</sup> et l'actuel dispositif de « liberté surveillée »<sup>1619</sup> apparaissait-il comme une solution plus acceptable ; toutefois, la loi de 1999 n'ayant pas été déférée au Conseil constitutionnel, sa constitutionnalité sur ce point n'est pas assurée. Toujours est-il qu'en l'état actuel, le droit positif confère au représentant de l'Etat des pouvoirs importants qui illustrent une forme de « permissivité autoritaire », dans les rapports de l'Etat et des autorités communales.

**703.** En premier lieu, l'article L5211-5 du CGCT, qui détermine la procédure de création des établissements de coopération intercommunale, reconnaît une faculté d'initiative au représentant de l'Etat, en concurrence avec les conseils municipaux ; cela lui permet donc d'impulser un projet d'intercommunalité dans l'éventualité d'une carence des autorités locales. Autrement dit, le préfet devient juge de l'opportunité d'opérer un regroupement de communes, pour assurer la réalisation des objectifs – dépourvus de portée juridique – implicitement fixés par la DATAR. Cette prérogative préfectorale est d'autant plus importante, que bien que l'article L5211-5 impose au représentant de l'Etat de consulter la Commission départementale de la coopération intercommunale<sup>1620</sup> en cas d'initiative de sa part, il n'est pas tenu par l'avis qu'elle rend, pourtant réputé négatif s'il ne l'est pas dans un délai de deux mois<sup>1621</sup>.

---

<sup>1617</sup> V. DATAR, *Aménager la France de 2020 – Mettre les territoires en mouvement*, La Documentation française, 2002.

<sup>1618</sup> Bien qu'en demeurant facultatif, le dispositif de coopération intercommunale aurait pu, en dépit de la prédétermination législative du périmètre des futurs établissements publics de coopération intercommunale, être conciliable avec le principe de libre administration.

<sup>1619</sup> Philippe Dallier, *L'intercommunalité à fiscalité propre*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>1620</sup> Présidée par le préfet, cette commission est composée de représentants d'élus communaux, départementaux, régionaux et d'établissements publics de coopération intercommunale. V. art. L5211-42 et s. du CGCT.

<sup>1621</sup> Art. L5211-5-I 2° du CGCT.

**704.** En deuxième lieu, la loi du 12 juillet 1999 ouvre une autre faculté au représentant de l'Etat s'agissant du périmètre du futur établissement public de coopération intercommunale. Que l'initiative soit communale ou préfectorale, il appartient au préfet d'arrêter la liste des communes intéressées, qui concrétise ledit périmètre. Si l'initiative provient de conseils municipaux, il dispose d'un délai de deux mois pour ce faire. Or, l'article L5211-5 reconnaît au préfet une « compétence permissive » en la matière : il énonce, en effet, que « *le périmètre de l'établissement public de coopération intercommunale peut être fixé par arrêté du représentant de l'Etat* ». Le préfet peut donc arrêter le périmètre du futur établissement, refuser expressément de le faire ou conserver le silence pendant plus de deux mois, ce qui vaudra décision implicite de rejet. Tandis que la loi lui reconnaît la faculté d'initier un projet que les communes n'ont pas nécessairement souhaité, elle le dote également du pouvoir de faire échec à un projet communal ; l'atteinte au principe de libre association comporte donc deux aspects complémentaires.

**705.** Cette faculté d'empêchement n'est pas nouvelle, mais l'article L5211-5 a le mérite d'être sans équivoque. Sur le fond, la solution était déjà acquise sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de 1999. Ainsi, faisant application de l'article L5214-2 du CGCT, dans son ancienne rédaction, le juge administratif avait-il jugé que « *s'il [revenait] aux seules communes de prendre l'initiative de demander la création d'une communauté de communes, le représentant de l'Etat [avait] la faculté de ne pas y donner suite, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir* »<sup>1622</sup>. A l'analyse, cette lecture est tout à fait conforme à la lettre de l'article L5214-2 qui évoquait « *l'initiative d'un ou de plusieurs conseils municipaux demandant la création d'une communauté de communes* » : le verbe *demander* impliquait une faculté réciproque de refus de la part du représentant de l'Etat. L'actuel article L5211-5 exprime donc une permissivité plus nette, dont le juge ne peut qu'assurer le respect.

**706.** Il est à cet égard très clair que le contrôle juridictionnel préserve la liberté d'appréciation du préfet, dans la mesure où il se limite, sur le plan de la qualification juridique, à la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>1623</sup>. Cela se justifie non seulement par la formulation permissive de l'article L5211-5, mais aussi par le fait que le préfet doit apprécier, non au regard des conséquences pour telle ou telle commune, mais par rapport à l'objectif légal de

---

<sup>1622</sup> L'article en cause ne reconnaissait pas la faculté d'initiative au représentant de l'Etat. CAA Bordeaux, 25 juin 2001, *Commune du Port et a.*, préc.

<sup>1623</sup> CE, 13 mars 1985, *Ville de Cayenne et a.*, n° 19321.

mise en œuvre au sein d'un espace de solidarité, d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace, si le périmètre projeté est pertinent<sup>1624</sup>.

Loin de limiter les prérogatives préfectorales, cette finalisation fonde la liberté d'appréciation du préfet. Une telle logique ressort notamment d'un arrêt du 15 octobre 1999, *Ministre de la fonction publique de la réforme de l'Etat et de la décentralisation c/ Commune de Saint-Ceneri-le-Gerei*<sup>1625</sup>, dans lequel le Conseil d'Etat, contrôlant l'application de l'ancien article L167-3 du Code des communes, selon lequel « *la communauté de communes a pour objet d'associer des communes au sein d'un espace de solidarité, en vue de l'élaboration d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace en milieu rural* », considérait que le préfet n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation tout en indiquant que ces dispositions ne conféraient pas aux autorités compétences pour créer les communautés de communes un pouvoir discrétionnaire pour en délimiter le périmètre. En d'autres termes, l'attribution, par la loi, d'une « compétence permissive » au représentant de l'Etat ne signifie pas qu'il jouit d'une compétence entièrement discrétionnaire en la matière ; au contraire, la liberté d'appréciation qui lui est reconnue est finalisée par les objectifs légaux.

**707.** La même justification vaut pour la faculté reconnue au préfet d'inclure ou d'exclure certaines communes du périmètre du futur établissement de coopération. Il s'agit encore de déterminer un périmètre permettant l'exercice le plus efficace des compétences communautaires et la réalisation des objectifs légaux. Or, cette permissivité s'inscrit une fois de plus en faux par rapport au principe du volontariat. Certes, le juge considère que le préfet peut légitimement inclure dans le périmètre d'un futur établissement une commune défavorable au projet<sup>1626</sup>, en ce qu'elle constitue une *commune intéressée*<sup>1627</sup>. Mais il en découle que l'inscription sur la liste des communes intéressées conduit *ipso facto* cette commune à se prononcer sur le projet et surtout, à subir la règle de la majorité qualifiée : si la

---

<sup>1624</sup> V. not. la circulaire du 15 septembre 2004, NOR LBL B 0410075 C, *relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « liberté et responsabilités locales »*, p. 11 ; consultable sur : [http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/Presentation\\_DGCL/intercommunalites/Pdf/Interco2004-Complet.pdf](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/Presentation_DGCL/intercommunalites/Pdf/Interco2004-Complet.pdf)

<sup>1625</sup> CT-I, décembre 1999, p. 21.

<sup>1626</sup> CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, *Communauté de communes Plaine de Courance*, n° 02BX00159.

<sup>1627</sup> Notion objective qui signifie toute commune consultée sur le projet et simplement susceptible d'être regroupée au sein de l'établissement public envisagé : CE, 2 octobre 1996, *Commune de Bourg-Charente*, AJDA 1996, p. 1030 et s. : « *les communes intéressées figurant sur la liste établie par le ou les représentants de l'Etat ne sont pas seulement celles qui prennent l'initiative de demander la création d'une communauté de communes ou qui sont favorables à cette démarche, mais toutes celles qui sont consultées sur le projet de communauté et qui sont susceptibles d'être regroupées au sein de l'établissement public envisagé ; que, par suite, la circonstance que les communes requérantes de Bourg-Charente, Gondeville et Mainxe avaient manifesté leur opposition au projet de communauté de communes de Jarnac ne faisait pas obstacle à leur inscription sur la liste des communes intéressées par ce projet* ».

majorité des communes donne son accord dans les termes de l'article L5211-5, rien ne s'opposera à ce que le représentant de l'Etat crée l'établissement sur la base du périmètre initial : de simplement intéressée – notion peu engageante –, la commune défavorable au projet se trouverait finalement engagée, sauf à exercer, ensuite, sa faculté de retrait<sup>1628</sup>.

**708.** La volonté de rationaliser les structures intercommunales a par ailleurs conduit le législateur à reconnaître au préfet la faculté d'inclure dans le périmètre d'une future communauté d'agglomération une commune appartenant déjà à une communauté de communes<sup>1629</sup>. Non seulement, la permissivité joue encore en défaveur de l'autonomie locale, mais elle affecte une coopération existante dans le but de constituer un périmètre plus cohérent et, en l'occurrence, d'approfondir le degré d'intégration intercommunale. Garant de la cohérence des périmètres des établissements de coopération, le préfet peut donc déterminer librement celui de l'établissement qu'il entend créer, en faisant éventuellement fi de réticences locales, modifier celui qui lui est proposé sur l'initiative de conseils municipaux, ou encore substituer à tout ou partie d'un établissement donné ou en projet, une structure de coopération plus adaptée.

**709.** En dernier lieu, outre la fixation du périmètre du futur établissement public de coopération intercommunale, la création proprement dite de cet établissement dépend, elle aussi, de l'exercice d'une « compétence permissive » par le représentant de l'Etat. En effet, l'article L5211-5-II du CGCT précise bien que la création de cet établissement « *peut être décidée [...] après accord des conseils municipaux des communes intéressées sur l'arrêté dressant la liste des communes* ».

Cela signifie d'une part que la création de l'établissement est subordonnée à l'accord – obtenu à la majorité qualifiée – des communes intéressées : sans cet accord, le préfet ne peut pas créer l'établissement de coopération. Il s'agit là d'un veto qui compense d'une certaine manière les atteintes portées à la liberté communale. Cependant, si la majorité des communes intéressées a donné son accord, le préfet ne dispose que de la faculté de créer l'établissement de coopération. Autrement dit, il se trouve en situation de compétence liée en cas d'absence d'accord des communes intéressées, mais bénéficie d'une « compétence permissive » dès lors que cet accord est acquis. Or, il n'est pas inconcevable qu'en dépit du succès des étapes

---

<sup>1628</sup> V. n° 715 et s.

<sup>1629</sup> Art. L5216-1 du CGCT, *a contrario*. V. Philippe Dallier, *L'intercommunalité à fiscalité propre*, op. cit., p. 19-20.

précédentes, le préfet opte pour un abandon du projet lors de la dernière phase d'une procédure relativement longue et complexe<sup>1630</sup>.

**710.** Les facultés ainsi ouvertes au préfet tendent à vérifier, dans le domaine de l'intercommunalité, la mutation récente du principe de légalité : de limite opposée à l'action administrative, il devient une véritable ressource pour l'action publique. La norme permissive se trouve mobilisée pour permettre la meilleure réalisation possible des objectifs légaux et aboutit, à certains égards, à ce qu'une forme de contrainte se déploie sur les autorités communales. Le transfert de responsabilité est évident : plutôt que de régir la matière directement par voie impérative, incompatible avec les exigences de la libre administration, le législateur charge les préfets, en multipliant les dispositions permissives, de réaliser ses desseins. La permissivité permet sans aucun doute une adaptation aux divers contextes locaux et une interprétation circonstanciée par l'autorité préfectorale, mais elle permet aussi de sauver les apparences de la libre administration et favorise, dans certains cas, une « marche forcée » vers l'intercommunalité<sup>1631</sup>.

Une fois la structure intercommunale créée, de gré ou sous haute influence étatique, le droit se doit d'organiser l'évolution de la coopération engagée. Or, la pérennité et l'essor de l'intercommunalité appellent, au vu du droit positif, des mécanismes qui, une fois encore, ont pour ressort le principe de la permissivité : tel semble être le prix de la modularité.

## B – LA NORME PERMISSIVE, INSTRUMENT DE LA MODULARITE DE L'INTERCOMMUNALITE

**711.** Qu'elle soit utilisée en architecture, en mathématiques ou en informatique, la notion de modularité renvoie à l'idée d'évolution d'une structure, d'une unité ou d'une entité par modules, c'est-à-dire par adjonction ou retranchement d'éléments aptes à diverses combinaisons<sup>1632</sup>. Rapportée au droit de l'intercommunalité, cette image rend compte de la dynamique qui anime la constitution et l'évolution des regroupements intercommunaux. Tant le périmètre (1) que les compétences (2) des établissements publics de coopération intercommunale répondent à cette logique d'évolution qui permet une adaptation constante de

---

<sup>1630</sup> Deux mois ou plus pour fixer le périmètre et trois mois pour que les conseils municipaux se prononcent sur le projet de périmètre.

<sup>1631</sup> Jacqueline Montain-Domenach, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », *CCC* n° 12, 2002, p. 118-123, spéc. p. 120.

<sup>1632</sup> V. « modulaire » in *Le trésor de la langue française informatisé*.

la structure intercommunale aux aspirations des acteurs locaux. D'un point de vue normatif, cette modularité s'exprime par l'édiction de dispositions permissives.

### ***1 – La modularité du périmètre des établissements publics de coopération intercommunale***

**712.** Le périmètre de l'établissement public de coopération intercommunale n'est pas figé : il peut évoluer, en plus ou en moins. Il peut d'abord être étendu : l'article L5211-18 du CGCT prévoit cette possibilité. L'initiative de la demande d'extension appartient ainsi concurremment au conseil municipal d'une commune nouvelle (avec l'accord de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale), à l'organe délibérant de cet établissement (avec l'accord du conseil municipal dont l'admission est envisagée) et au représentant de l'Etat (avec l'accord des deux entités précitées). Les conseils municipaux des communes membres de l'établissement public de coopération intercommunale, le conseil municipal de la commune nouvelle et l'organe délibérant de l'établissement de coopération disposent d'un délai de trois mois pour se prononcer sur cette possibilité d'extension, dans les conditions de majorité qualifiée applicables en matière de création d'établissement public de coopération intercommunale – le silence est considéré comme un avis favorable.

La loi du 13 août 2004 a ainsi supprimé la faculté d'opposition qui existait auparavant et permettait à un tiers des membres de l'établissement public de faire obstacle à l'intégration d'une nouvelle commune ; ce correctif, qui étend l'application de la règle de la majorité qualifiée, évite que de petites communes puissent opposer leur veto aux communes les plus importantes au sein de la structure intercommunale.

**713.** Toutefois, le dispositif repose, comme en matière de création, sur le pouvoir d'appréciation du préfet. L'article L5211-18 est permissif : « *le périmètre de l'établissement public de coopération intercommunale peut être ultérieurement étendu, par arrêté du ou des représentants de l'Etat dans le ou les départements concernés* ». Le préfet bénéficie donc encore de la faculté de ne pas donner suite à un projet pourtant approuvé par les communes de l'établissement public de coopération intercommunale et la commune dont l'admission est envisagée<sup>1633</sup>. L'objectif de cohérence territoriale motive encore cette prérogative pouvant s'exercer contre l'autonomie locale.

---

<sup>1633</sup> V. not. CE, 3 avril 1998, *Communauté de communes du Pays d'Issoudun*, n° 185858.

**714.** Cependant, contrairement à ce qui est prévu au moment de la création de l'établissement public de coopération intercommunale, le représentant de l'Etat ne dispose pas de la faculté de contraindre une commune à intégrer un établissement de coopération existant : le principe de l'accord des conseils municipaux joue donc pleinement. L'absence de cette faculté s'explique sans doute par le fait que le préfet dispose déjà d'une telle prérogative au moment de la création de l'établissement et qu'elle ne se justifie que par le souci d'assurer la cohérence du périmètre de la future structure intercommunale. Or, le législateur semble supposer que cette mission sera convenablement – et définitivement – assumée au moment de la constitution de l'établissement public. En d'autres termes, la loi ouvre au préfet une faculté qu'il est tenu d'exercer au mieux, puisqu'elle disparaît ensuite. Si une telle disposition prémunit les communes contre une certaine instabilité institutionnelle locale, elle suspend à leur volonté la prise en compte de l'évolution, dans le temps, du périmètre pertinent de l'établissement de coopération.

**715.** En revanche, le préfet conserve une prérogative remarquable s'agissant de l'extension du périmètre de l'établissement : la loi du 13 août 2004 a remédié à une rigidité de la loi du 12 juillet 1999 : l'impératif de continuité territoriale<sup>1634</sup> était en quelque sorte contre-productif puisqu'il rendait impossible l'admission au sein d'un établissement public de coopération intercommunale d'une commune non frontalière de ce dernier. Or, l'article L5211-18-I 1° dispose que « *par dérogation à l'obligation de former un ensemble d'un seul tenant et sans enclave [...], le représentant de l'Etat peut autoriser l'adhésion d'une ou plusieurs communes à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, dès lors que ces communes sont empêchées d'adhérer par le refus d'une seule commune* ». Cet article montre l'utilité d'une disposition permissive visant à lever, dans un cadre circonstancié, un impératif préalable ; le droit permissif opère clairement en faveur du développement de l'intercommunalité, dès lors que c'est bien le refus d'une commune – et d'une seule commune – limitrophe de l'établissement public, qui y fait obstacle.

**716.** La modularité ne saurait cependant se concevoir dans le sens du seul essor du périmètre des établissements de coopération. Pour cette raison, la loi organise également une faculté de retrait de communes membres<sup>1635</sup>, selon certaines règles procédurales, mais également de fond, fixées à l'article L5211-19 du CGCT. En effet, le principe de continuité territoriale joue

---

<sup>1634</sup> Ce principe est formulé à l'égard de chaque établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre qui doit former un ensemble « *d'un seul tenant et sans enclave* » : CGCT, art. L5214-1, L5215-1 et L5216-1.

<sup>1635</sup> Sauf dans le cadre des communautés urbaines (art. L5211-19 du CGCT).



pleinement en ce cas puisque le législateur ne reconnaît pas de faculté de retrait lorsque celui-ci conduirait à créer une enclave dans le périmètre d'un établissement public de coopération intercommunale<sup>1636</sup>. Le retrait d'une commune énclavée ne pourrait guère se traduire autrement que comme un recul de l'intercommunalité, contraire à l'esprit de la législation : cette commune n'est pas susceptible d'intégrer un autre établissement, puisqu'elle serait nécessairement en discontinuité de la nouvelle structure intercommunale<sup>1637</sup>. S'agissant de la procédure, le retrait d'une commune est subordonné au consentement de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale et à l'accord des conseils municipaux exprimé dans les conditions de majorité qualifiée requises pour la création de l'établissement. Au terme du délai de trois mois imparti aux conseils municipaux, le défaut de délibération vaut décision défavorable au retrait. Le représentant de l'Etat ne dispose donc pas, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation et de décision finale, même s'il est possible de considérer, dans l'esprit de la loi, que ce retrait pourrait nuire à la cohérence du périmètre de l'établissement public de coopération intercommunale. Il en résulte que seules les communes membres seront juges de l'opportunité d'un tel retrait.

**717.** Pour autant, le représentant de l'Etat n'est pas totalement dessaisi en matière de retrait de communes. Plus exactement, il s'agit de permettre le transfert de communes d'un établissement de coopération à un autre. Ainsi, l'article L5214-26 du CGCT ouvre-t-il au préfet la faculté d'autoriser une commune, après avis<sup>1638</sup> de la commission départementale de la coopération intercommunale, à se retirer d'une communauté de communes pour adhérer à un autre établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre. La loi prévoit donc une faculté de dérogation aux règles de droit commun prévues en matière de retrait de communes par l'article L5211-19. La motivation d'une telle permissivité est claire : elle n'est susceptible de jouer qu'en faveur de l'intercommunalité puisque la commune retirée doit nécessairement adhérer à un autre établissement public de coopération intercommunale qui sera, par définition, forcément plus intégré que la communauté de communes d'origine.

**718.** L'article L5216-7-2 du CGCT prévoyait également une faculté de retrait dérogatoire autorisée par le représentant de l'Etat, après avis de la commission départementale de la

---

<sup>1636</sup> Le principe de continuité territoriale continue donc à s'appliquer.

<sup>1637</sup> D'autant que la mise en œuvre de la faculté d'extension en discontinuité de ce nouvel établissement public de coopération intercommunale n'est guère envisageable. En effet, cette faculté est d'interprétation stricte : elle vise à contourner le refus d'intégrer un établissement public de coopération intercommunale formulé par une commune limitrophe et ne saurait s'appliquer au cas où la « commune obstacle » serait déjà membre d'un autre établissement public de coopération intercommunale.

<sup>1638</sup> Simple et réputé négatif en cas de silence pendant deux mois.

coopération intercommunale<sup>1639</sup>, mais seulement jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2005. Il s'agissait de permettre à des communes membres de communautés d'agglomération de se retirer pour intégrer un autre établissement public de coopération intercommunale dont il n'était pas précisé la nature. Toutefois, l'article L5216-7-2 précise que ce retrait dérogatoire « *ne doit pas remettre en cause les conditions prévues à l'article L5216-1* », ce qui ne se réfère pas tant au principe de continuité territoriale – qui s'applique implicitement, comme dans les autres cas de retrait –, mais aux seuils démographiques propres aux communautés d'agglomération.

Cela implique que la commune chef lieu de département ou la commune la plus importante du département ne pouvait utiliser cette faculté de retrait, qui, en conséquence, devait surtout permettre à des communes de petite taille de quitter une communauté d'agglomération pour adhérer à une communauté de communes voisine. La norme permissive ainsi introduite temporairement par la loi se voulait donc être une variable d'ajustement des structures intercommunales, notamment au regard de l'exigence de cohérence territoriale.

**719.** La modularité semble avoir trouvé un écho favorable dans la loi du 13 août 2004 dont les ajustements techniques témoignent de l'utilité de l'instrument normatif permissif. Outre l'aménagement de facultés de « retrait-transfert » ou d'extension en discontinuité, l'introduction d'une procédure de fusion d'établissement public de coopération intercommunale s'inscrit à l'évidence dans cette perspective. Elle facilite l'évolution des structures en place et favorise indéniablement l'approfondissement de la coopération intercommunale. L'ouverture d'une faculté directe de fusion met donc un terme à la lourdeur des solutions antérieures.

En effet, lorsque deux établissements publics de coopération intercommunale souhaitaient fusionner, l'un d'eux au moins devait être dissout pour permettre l'intégration de ses communes membres dans l'autre établissement ; les deux structures pouvaient également disparaître pour laisser place à une troisième incluant l'ensemble des communes concernées. De telles opérations se révélaient excessivement complexes, notamment sur le plan patrimonial, et pouvaient également se heurter à des réticences tenant au refus d'une des entités de procéder à sa dissolution pour être absorbée par l'autre. Le législateur a donc introduit une procédure de fusion qui devrait permettre de surmonter ces blocages et présenter

---

<sup>1639</sup> Avis simplement « *réputé rendu* » au terme d'un silence de deux mois, ce qui montre un manque d'unité rédactionnelle par rapport au très similaire article L5214-26 et surtout, le peu d'intérêt du sens de cet avis.

l'avantage de la souplesse et de la simplicité. La faculté ainsi ouverte devrait avoir un effet incitatif.

**720.** L'article L5211-41-3 du CGCT reconnaît donc une possibilité de fusion dès lors qu'au moins l'un des établissements publics de coopération intercommunale concernés est à fiscalité propre. L'initiative de la fusion appartient concurremment à un ou plusieurs conseils municipaux des communes membres, à l'organe délibérant du ou des établissement(s) public(s) de coopération intercommunale concernés<sup>1640</sup> ou au représentant de l'Etat (après avis simple de la commission départementale de la coopération intercommunale, son silence valant avis favorable)<sup>1641</sup>. Le préfet se voit reconnaître, comme en matière de création d'établissement public de coopération intercommunale, la simple faculté de fixer le périmètre du futur établissement : l'article L5211-41-3-I dispose bien que « *le projet de périmètre du nouvel établissement public de coopération intercommunale envisagé peut être fixé par arrêté du représentant de l'Etat* ».

Sa liberté d'appréciation s'explique encore par le souci d'assurer la cohérence territoriale des structures intercommunales – en l'occurrence, il veillera à ce que la fusion ne compromette pas le développement d'autres intercommunalités. Mais le préfet bénéficie de la possibilité d'inclure dans le périmètre des établissements fusionnés, des communes isolées non-membres d'établissements de coopération, afin de délimiter un territoire d'un seul tenant et sans enclave<sup>1642</sup>. La suite de la procédure rappelle également les étapes de la création d'un établissement public de coopération intercommunale puisque le préfet ne pourra prononcer la fusion des établissements qu'avec l'accord des organes délibérants de ces derniers et des conseils municipaux des communes concernées selon la règle de la majorité qualifiée<sup>1643</sup> ; une fois encore, le prononcé de la fusion ne constitue qu'une faculté pour le représentant de l'Etat, puisqu'elle « *peut être décidée* »<sup>1644</sup>.

**721.** Enfin, l'établissement public de coopération intercommunale issu de la fusion sera nécessairement régi par le droit applicable à l'établissement à fiscalité propre qui a participé à

---

<sup>1640</sup> Art. L5211-41-3-I 1° du CGCT.

<sup>1641</sup> Art. L5211-41-3-I 2° du CGCT.

<sup>1642</sup> Art. L5211-41-3-I du CGCT, qui poursuit : « *Toutefois, le projet de périmètre ne peut inclure, sans leur accord, des communes appartenant à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre* ».

<sup>1643</sup> Art. L5211-41-3-II du CGCT.

<sup>1644</sup> *Ibid.*

la fusion « *auquel la loi a confié le plus grand nombre de compétences* »<sup>1645</sup>, c'est-à-dire le plus intégré. Il bénéficiera, pour l'ensemble de son territoire, des compétences obligatoires et optionnelles<sup>1646</sup> transférées aux établissements publics de coopération intercommunale existant avant la fusion. S'agissant des compétences facultatives<sup>1647</sup> qui pouvaient avoir été transférées aux établissements de coopération, elles pourront soit être exercées par le nouvel établissement sur l'ensemble de son territoire, soit restituées aux communes : le caractère permissif du transfert de ces compétences se répercute donc sur la structure issue de la fusion, contrairement à ce qu'un certain volontarisme en matière d'intercommunalité aurait pu laisser penser.

722. Les dispositions juridiques régissant l'évolution du périmètre des établissements publics de coopération intercommunale présentent donc la souplesse nécessaire à la modularité des structures intercommunales. La norme permissive est à l'évidence un instrument privilégié par le législateur pour conférer aux autorités compétentes les ressources normatives nécessaires à cette évolution. Cette tendance à multiplier les dispositions permissives se vérifie également à l'égard des compétences des établissements de coopération.

## ***2 – La modularité des compétences des établissements publics de coopération intercommunale***

723. *A priori*, les compétences des établissements publics de coopération intercommunale sont gouvernées par deux principes à caractère impératif, liés à la nature juridique de ces structures, qui n'exercent que des compétences d'attribution transférées par les communes membres. Le principe de spécialité signifie que ces établissements de coopération, en tant qu'établissements publics, ne peuvent exercer que les compétences qui leur sont expressément reconnues. Deux approches peuvent être distinguées : la spécialité fonctionnelle, relative au champ des compétences transférées, et la spécialité territoriale, se rapportant au périmètre dans lequel ces compétences sont reconnues.

En réalité, ces deux dimensions de la spécialité sont conjuguées : un établissement public de coopération intercommunale est spécialement compétent dans le champ de compétence qui lui est reconnu et exclusivement sur le territoire intercommunal. Le principe d'exclusivité, quant à lui, signifie que l'établissement public de coopération intercommunale est le seul à pouvoir

---

<sup>1645</sup> Art. L5211-43-3-III du CGCT.

<sup>1646</sup> Sur ces notions, v. n° 724.

<sup>1647</sup> *Ibid.*

exercer les compétences transférées, une fois le transfert réalisé. Si l'établissement de coopération venait à exercer des compétences ne devant lui être transférées qu'ultérieurement, il porterait une atteinte grave et manifestement illégale à la libre administration des collectivités territoriales, comme le rappelle la jurisprudence administrative<sup>1648</sup>.

724. Cela étant, il ne faut pas déduire de l'application de ces deux principes qu'une rigidité extrême caractérise le domaine des compétences des établissements publics de coopération intercommunale. Tout d'abord, M. Joye fait remarquer une certaine « assimilation fonctionnelle ou de traitement » entre les établissements de coopération et les collectivités territoriales, s'agissant de l'application du principe de libre administration<sup>1649</sup>. En effet, de nombreuses règles de fonctionnement applicables aux communes, et liées à leur liberté d'administration, sont transposées aux structures intercommunales à fiscalité propre.

Or, parmi ces règles, un certain nombre sont permissives : l'article L2213-17 du CGCT dispose par exemple, en son alinéa 3, qu'« *un établissement public de coopération intercommunale peut recruter un ou plusieurs gardes champêtres compétents dans chacune des communes concernées. Leur nomination est prononcée conjointement par le maire de chacune des communes membres et le président de l'établissement public de coopération intercommunale* ».

De même, l'article L2212-5 alinéa 5 du même code indique qu'« *à la demande des maires de plusieurs communes appartenant à un même établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, celui-ci peut recruter [...] un ou plusieurs agents de police municipale, en vue de les mettre à disposition de l'ensemble de ces communes* ». Cette permissivité se développe d'autant plus que la loi du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales* systématise la formule « les collectivités territoriales et leurs groupements »<sup>1650</sup>, ce qui a pour effet de faire bénéficier les structures intercommunales des mêmes facultés que les communes<sup>1651</sup>.

---

<sup>1648</sup> CE, 12 juin 2002, n° 246618, *Commune de Fauillet et a.*, RFDA 2002, p. 857. Le juge précise même que la libre administration est une liberté fondamentale que l'art. L521-2 du Code de justice administrative vise à sauvegarder.

<sup>1649</sup> Jean-François Joye, « Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités territoriales mal nommées ? », LPA 16 mai 2003, n° 98, p. 4-15, spéc. p. 9.

<sup>1650</sup> V. les art. 1-4° et 5°, 32-V et 187 de la loi, qui recourent à cette formule pour ouvrir une faculté.

<sup>1651</sup> Mais cela n'exclut évidemment pas que les groupements intercommunaux se voit imposer les mêmes impératifs que les communes.

725. Par ailleurs, la typologie des compétences des établissements publics de coopération intercommunale, telle qu'elle résulte des dispositions de la loi du 12 juillet 1999, témoigne d'une certaine souplesse à l'intérieur même du cadre de spécialité et d'exclusivité précédemment rappelé. La norme permissive apparaît ici comme modulatrice des compétences transférées, tant quant à leur nature – compétences obligatoires, optionnelles et facultatives – qu'à leur intensité – à travers la notion d'intérêt communautaire<sup>1652</sup> ; les deux aspects sont, en pratique, mêlés.

726. La loi fixe un certain nombre de compétences obligatoires, qui constituent un noyau dur d'attributions irréductibles et communes aux établissements publics de coopération intercommunale de même nature ; ces compétences correspondent à des impératifs normatifs : ainsi, la loi dispose-t-elle que la communauté d'agglomération, comme la communauté urbaine, « *exerce de plein droit* », au lieu et place des communes membres, un certain nombre de compétences qu'elle énumère<sup>1653</sup>. La formulation relative aux communautés de communes est sensiblement différente, mais *a priori* impérative : l'article L5214-16-I du CGCT énonce que la communauté de communes « *exerce de plein droit au lieu et place des communes membres, pour la conduite d'actions d'intérêt communautaire, des compétences relevant de chacun des deux groupes suivants* », à savoir l'aménagement de l'espace et les actions de développement économique intéressant l'ensemble de la communauté. L'obligation d'exercer certaines compétences est bien posée, mais l'étendue de ces dernières dépendra de l'appréciation qu'auront les communes concernées de la notion d'intérêt communautaire.

Cette appréciation introduit inévitablement une certaine permissivité<sup>1654</sup>, en ce que les communes auront la faculté de transférer ou non certaines parcelles des compétences prévues par la loi, en fonction de ce qu'elles jugeront d'intérêt communautaire ; et ce n'est pas le difficile contrôle de cette notion qui restaurera une certaine impérativité à la règle<sup>1655</sup>. Pour

---

<sup>1652</sup> Anne Gardère, « L'intérêt communautaire. Une notion ambiguë », *Cah. jur. coll. terr.*, n° 43, 1999, p. 23 ; Hervé Groud, « L'intérêt communautaire au lendemain de la loi Chevènement », *AJDA* 2000, p. 967-976.

<sup>1653</sup> V. respectivement, les art. L5216-5-I et L5215-20-I du CGCT. L'art. L5215-20-1-I dispose même que les communautés urbaines existant à la date de promulgation de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 « *continuent d'exercer à titre obligatoire, au lieu et place des communes membres* », certaines compétences limitativement énumérées.

<sup>1654</sup> « Même si elle ne remet pas frontalement en cause les principes d'exclusivité et de spécialité, la détermination locale de l'intérêt communautaire offre une grande latitude pour ajuster la ligne de partage entre responsabilités municipales et prérogatives intercommunales. Elle entérine surtout une conception dynamique de la subsidiarité qui privilégie la complémentarité et la solidarité des échelons institutionnels sur l'étanchéité des « blocs » de compétences » (Nicolas Portier, « Loi du 13 août 2004 : un bilan en demi-teinte pour l'intercommunalité », *op. cit.*, p. 142).

<sup>1655</sup> V. Pierre-Yves Monjal, « Les enjeux de la notion "d'intérêt communautaire" ou les faces cachées d'une réforme constitutionnelle décisive pour les EPCI », *op. cit.*, p. 1701. Le tribunal administratif de Nice a jugé que

autant, il y a bien obligation d'exercice d'une partie desdites compétences, obligation renforcée par la sanction prévue par la loi du 13 août 2004 en l'absence de définition de l'intérêt communautaire dans les délais impartis par ce texte<sup>1656</sup>.

727. Ces compétences obligatoires sont complétées par des compétences dites optionnelles : la loi impose en effet aux communes de transférer aux communautés de communes et d'agglomération certaines compétences, choisies parmi celles qu'elle propose. Ainsi, la communauté de communes doit exercer « *des compétences relevant d'au moins un des cinq groupes* » prévus par l'article L5214-16-II du CGCT<sup>1657</sup>, et la communauté d'agglomération « *au moins trois compétences parmi les six* » retenues par l'article L5216-5-II du même code<sup>1658</sup>.

La différence de formulation s'explique par le fait que l'étendue des compétences transférées à la communauté de communes est toujours fixée par référence à l'intérêt communautaire<sup>1659</sup>, tandis que cette notion n'intervient pas dans la délimitation de toutes les compétences transférables aux communautés d'agglomération : par exemple, le législateur ne fait pas de distinction entre les compétences relatives à l'eau ou à l'assainissement qui seraient d'intérêt communautaire et celles qui ne seraient que d'intérêt communal. Le transfert de compétences en matière d'assainissement ne peut donc être que total, alors qu'il ne peut porter que sur l'action sociale d'intérêt communautaire dans ce dernier domaine<sup>1660</sup>. Cela est notamment

---

l'intérêt communautaire pouvait être défini en plusieurs étapes : TA Nice, 7 avril 2006, *Commune de Saint Jean Cap Ferrat c/ Communauté d'agglomération Nice Côte d'Azur*, AJDA 2006, p. 1331, concl. Dieu.

<sup>1656</sup> Art. 164 de la loi, v. CGCT, art. L5214-16-IV, L5215-10 et L5216-5.

<sup>1657</sup> « 1° Protection et mise en valeur de l'environnement, le cas échéant dans le cadre de schémas départementaux ; 2° Politique du logement et du cadre de vie ; 3° Création, aménagement et entretien de la voirie ; 4° Construction, entretien et fonctionnement d'équipements culturels et sportifs et d'équipements de l'enseignement préélémentaire et élémentaire ; 5° Action sociale d'intérêt communautaire ».

<sup>1658</sup> « 1° Création ou aménagement et entretien de voirie d'intérêt communautaire ; création ou aménagement et gestion de parcs de stationnement d'intérêt communautaire ; 2° Assainissement ; 3° Eau ; 4° En matière de protection et de mise en valeur de l'environnement et du cadre de vie : lutte contre la pollution de l'air, lutte contre les nuisances sonores, élimination et valorisation des déchets des ménages et déchets assimilés ou partie de cette compétence dans les conditions fixées par l'article L. 2224-13 ; 5° Construction, aménagement, entretien et gestion d'équipements culturels et sportifs d'intérêt communautaire ; 6° Action sociale d'intérêt communautaire ».

<sup>1659</sup> C'est ce que signifie : « doit exercer dans les mêmes conditions des compétences relevant d'au moins un des cinq groupes... », les conditions en cause étant celles régissant l'exercice des compétences obligatoires, à savoir un exercice « au lieu et place des communes membres, pour la conduite d'actions communautaires ».

<sup>1660</sup> A cet égard, le 5° de l'article L5214-16-II du CGCT, qui permet aux communautés de communes d'exercer des compétences en matière d'action sociale d'intérêt communautaire est tautologique, pour la raison précédemment évoquée. L'introduction de ce nouveau chef de compétence par l'article 60 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (JORF 19 janvier 2005, p. 864) aurait pu mieux prendre acte de l'architecture de l'article L5214-16 du CGCT.

Par ailleurs, l'article L5814-1 du CGCT, qui dispose : « Pour son application aux communes des départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, le II de l'article L. 5216-5 est complété par un 6° ainsi rédigé : "6° Construction et entretien des bâtiments affectés aux cultes dont les ministres sont salariés par l'Etat.

confirmé par le fait que l'article L5216-5-II évoque « *le choix* » des compétences transférées à l'établissement de coopération alors que l'article L5114-16-III fait référence à « *la définition des compétences transférées au sein de chacun des groupes de ces compétences* ».

Les compétences optionnelles confèrent donc une faculté de sélection aux communes membres de l'établissement public de coopération intercommunale. Toutefois, ces dispositions ne sauraient être tenues pour totalement permissives. La faculté reconnue ne porte que sur le choix à faire et ne saurait occulter l'impératif résultant de l'obligation d'exercer un certain nombre de ces compétences, et de ces compétences seulement. Il y a non seulement obligation d'effectuer un choix, mais ce choix est prédéterminé par la loi. La marge de permissivité est donc réduite et l'idée d'optionnalité pourrait rendre compte de cette situation – hybride – d'impérativité souple. On ne peut cependant en ignorer les effets : d'elle, résulte notamment le fait que les établissements de coopération auront la possibilité de ne pas tous exercer exactement les mêmes compétences, le choix préservant à la fois l'appréciation de la pertinence d'un transfert de compétences à la structure intercommunale et la volonté politique des élus locaux.

**728.** Mais c'est sans doute en les distinguant des compétences facultatives – procédant sans équivoque d'une norme permissive – que les compétences optionnelles révèlent le mieux leur place intermédiaire, leur nature mixte. L'article L5211-17 du CGCT dispose en effet que « *Les communes membres d'un établissement public de coopération intercommunale peuvent à tout moment transférer, en tout ou partie, à ce dernier, certaines de leurs compétences dont le transfert n'est pas prévu par la loi ou par la décision institutive...* ». De cette disposition permissive a été tirée la conséquence que les établissements de coopération intercommunale pouvaient se voir transférer des compétences supplémentaires, soit parmi celles des compétences optionnelles qui n'avaient pas été choisies, soit en dehors même du cadre prévu par le législateur<sup>1661</sup>. En ce dernier cas, les communes ne peuvent transférer que des compétences dont elles sont titulaires.

---

*"Dans ce cas, la communauté d'agglomération doit exercer, au lieu et place des communes, au moins quatre compétences sur six".* », n'a pas été modifié par la loi du 18 janvier 2005. Il faut pourtant compter 7 compétences optionnelles possibles pour les communautés d'agglomération de ces départements, et leur choix doit porter non sur quatre mais sur cinq d'entre elles.

<sup>1661</sup> Dans le cadre de l'extension des compétences de l'établissement public de coopération intercommunale, le préfet a compétence liée (art. L5211-17 al. 3 du CGCT). Il convient par ailleurs de noter que la délibération proposant le transfert de nouvelles compétences est une décision préparatoire insusceptible de recours pour excès de pouvoir (CE, 27 octobre 1999, *Syndicat départemental d'électrification d'Ille-et-Vilaine*, n° 160469).



La question s'est cependant posée de savoir si cet article, dont la lettre autorise tout élargissement du spectre des compétences intercommunales au cours de la vie de l'établissement de coopération, ouvrirait la faculté de transférer des compétences facultatives au moment même de sa constitution. S'il s'agit d'une faculté permanente, permettant une évolution des compétences intercommunales dans le temps, la mention de transferts non prévus « *par la décision institutive* » pouvait notamment autoriser une lecture restrictive. Toutefois, cette interprétation semble contraire à l'esprit du droit de l'intercommunalité dont témoignent notamment les prérogatives préfectorales en la matière et les dispositifs incitatifs mis en œuvre par le législateur. Comme la circulaire du 15 septembre 2004 *relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « liberté et responsabilités locales »* l'indique, « cette interprétation semble devoir être écartée : aucun frein ne doit être apporté à l'essor de l'intercommunalité et les communes qui souhaitent, dès la constitution de l'établissement public de coopération intercommunale, transférer des compétences supplémentaires peuvent le faire »<sup>1662</sup>.

**729.** Les normes permissives introduites dans le droit régissant les compétences des établissements publics de coopération intercommunale permettent donc une évolution de ces compétences dans le temps, de même qu'une adaptation des transferts de compétences aux aspirations des autorités locales. Par le jeu des compétences optionnelles et de la notion d'intérêt communautaire, le législateur favorise une modularité de l'intercommunalité, que vient renforcer cette permissivité. L'introduction, par la loi du 13 août 2004, de nouvelles facultés au profit des structures intercommunales confirme l'intérêt de l'instrument normatif permissif qui, de nécessaire au respect de la libre administration, s'impose comme un levier du progrès de l'intercommunalité, par l'effet d'entraînement qu'il peut générer, en raison de sa dimension quasi-expérimentale.

Ainsi, alors que les établissements de coopération tiennent normalement leurs compétences des communes membres, l'article L5210-4 du CGCT leur ouvre la faculté de demander à exercer des compétences régionales et départementales, si leurs statuts les y autorisent. Ces délégations donnent lieu à une convention qui en précise l'étendue, la durée, les conditions financières et les modalités d'exécution. Si le département et la région ne sont pas tenus de faire droit à la demande de l'établissement public de coopération intercommunale, ils doivent toutefois répondre par une délibération motivée. La permissivité réciproque bénéficiant aux

---

<sup>1662</sup> *Op. cit.*, p. 13.

départements et régions montre donc la prudence du législateur qui entend, par un tel dispositif, certes respecter la liberté d'administration de chaque collectivité territoriale, mais également laisser les acteurs locaux donner corps ou non à ces virtualités juridiques. Selon M. Portier, « s'il est peu probable que cette disposition connaisse de nombreuses utilisations à court terme, elle apparaît néanmoins d'un très grand intérêt expérimental pour l'avenir en proposant de nouvelles modalités d'agencement institutionnel et d'organisation des relations entre niveaux de collectivités »<sup>1663</sup>.

**730.** Une remarque similaire pourrait être faite à propos de la faculté reconnue par l'article L5211-9-2 du CGCT de transférer certains pouvoirs de police aux présidents des établissements publics de coopération intercommunale. S'il s'est agi, dans un souci de rationalité et d'efficacité, de leur conférer les pouvoirs de police relatifs aux matières dans lesquelles les établissements de coopérations étaient compétents, les limites grevant cette innovation trahissent son caractère quelque peu préparatoire à une réforme de plus grande ampleur : la liste limitative des domaines pouvant donner lieu à un tel transfert<sup>1664</sup>, l'obligation pour le président de l'établissement public de coopération intercommunale de prendre les arrêtés de police conjointement avec le ou les maires des communes concernées<sup>1665</sup>, de même que la règle de l'unanimité présidant au transfert du pouvoir de police, sauf dans les communautés urbaines<sup>1666</sup>, sont révélatrices. L'attitude des acteurs locaux à l'égard de cette forme de droit proposé jouera sans aucun doute un rôle important dans l'évolution de la loi en ce domaine.

**731.** La norme permissive se révèle donc d'un usage fort répandu dans le cadre de la détermination des acteurs locaux. Qu'il s'agisse de permettre l'évolution de la nomenclature constitutionnelle des collectivités territoriales de la République, d'introduire des mécanismes de différenciation statutaire entre ces dernières – notamment outre-mer – ou d'organiser

---

<sup>1663</sup> Nicolas Portier, « Loi du 13 août 2004 : un bilan en demi-teinte pour l'intercommunalité », *op. cit.*, p. 143.

<sup>1664</sup> Art. L5211-9-2-I du CGCT : assainissement, élimination des déchets ménagers, réalisation d'aires d'accueil ou de terrains de passage des gens du voyage, sécurité des manifestations culturelles et sportives, circulation et stationnement.

<sup>1665</sup> Art. L5211-9-2-II al. 1.

<sup>1666</sup> Art. L5211-9-2-II al. 2 : « *Sur proposition d'un ou de plusieurs maires de communes intéressées, le transfert est décidé par arrêté du ou des représentants de l'Etat dans le ou les départements concernés, après accord de tous les maires des communes membres et du président de l'établissement public de coopération intercommunale. Il y est mis fin dans les mêmes conditions* » ; al. 3 : « *Par dérogation à l'alinéa précédent, lorsque l'établissement public de coopération intercommunale est une communauté urbaine, le transfert est décidé par arrêté du ou des représentants de l'Etat dans le ou les départements, après accord du président de la communauté urbaine et des deux tiers au moins des maires de communes membres dont la population représente plus de la moitié de la population totale, ou de la moitié des maires de communes membres dont la population représente plus des deux tiers de la population totale* ».

l'intercommunalité, qui pose sans doute les bases de la future carte institutionnelle locale, le recours à la norme permissive semble s'imposer au législateur ou encore au constituant : elle autorise une adaptation aux aspirations des acteurs territoriaux et aux exigences du contexte local, marqué par une diversité que le droit entend prendre en considération. Mais au-delà de la détermination des acteurs, l'encadrement de l'action locale, mue par le principe de libre administration, est également caractéristique d'un recours important à la technique normative permissive.

## SECTION 2 – L'ENCADREMENT PERMISSIF DE L'ACTION LOCALE

732. L'action locale peut être définie comme l'ensemble des interventions menées par les autorités locales pour la gestion de leurs affaires<sup>1667</sup> ; elle s'inscrit dans le cadre de leur libre administration et en constitue à la fois la traduction et la condition. La libre administration des collectivités territoriales ne s'entend toutefois que dans les conditions qu'en détermine le législateur. Ainsi, avancer l'idée d'un encadrement permissif de l'action locale suppose-t-il que la détermination des conditions de la libre administration opérée par le législateur repose sur une certaine permissivité normative. A l'analyse, cette assise permissive se vérifie s'agissant de la définition et l'aménagement des compétences des collectivités territoriales (§ 1).

Cela étant, il semble possible de relever, depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, une autre forme de l'action locale, qui prend les traits d'une action normative autorisant une « territorialisation »<sup>1668</sup> du droit applicable aux collectivités (§ 2). Souhaitant investir ces dernières de la possibilité et de la responsabilité d'adapter elles-mêmes le droit national à leurs attentes, le constituant pourrait avoir enrichi le contenu de la libre administration, en en tirant toutefois les conséquences, puisque les mécanismes instaurés demeurent permissifs.

---

<sup>1667</sup> Sur la notion d'affaires locales, v. not. Jérôme Chapuisat, *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, thèse, Paris II, 1972 ; Jean-Xavier Lichtle, *La notion d'affaires locales à travers la décentralisation et la libre administration*, mémoire DEA, Paris II, 2005.

<sup>1668</sup> Cette notion est empruntée à M. Yves Madiot, « Vers une "territorialisation" du droit », *RFDA* 1995, p. 946-960.

## § 1 – LA DEFINITION ET L'AMENAGEMENT DES COMPETENCES DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

733. Le principe de la libre administration donne le *la* s'agissant de la définition, par le législateur, des compétences des collectivités territoriales ; comme l'exprime M. Bourjol, ce principe « a besoin de la loi pour exister, mais [...] peut également, tant son existence en dépend, être menacé par elle »<sup>1669</sup>. Aussi en résulte-t-il, pour le législateur, l'obligation d'intervenir pour donner corps à ce principe, mais aussi une limitation de cette intervention, qui ne saurait induire une contrainte normative excessive. Il s'en suit que le recours à des normes permissives semble particulièrement adéquat pour définir les compétences locales (A). Par ailleurs, la complexité inhérente à l'exercice de ces dernières paraît justifier, elle aussi, l'instrument normatif permissif (B).

### A – UNE DEFINITION PERMISSIVE IMPLIQUEE PAR LA LIBRE ADMINISTRATION

734. La formulation du principe de libre administration<sup>1670</sup> des collectivités territoriales procède de l'alinéa 3 de l'article 72 de la Constitution : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ». Cette disposition énonce les différents éléments qui donnent un contenu au principe : l'existence d'un conseil élu, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire<sup>1671</sup>, l'existence de compétences locales ; mais elle précise surtout que cette libre administration se réalise dans les conditions prévues par la loi<sup>1672</sup>.

735. Il n'est pas aisé de déterminer la nature normative d'un tel article : d'un point de vue formel, il emprunte le mode impératif et présente une dimension constitutive qui sied à une

<sup>1669</sup> Maurice Bourjol, « Statut constitutionnel, exercice de la libre administration », *Jurisclasseurs Collectivités territoriales*, fasc. 23, p. 3.

<sup>1670</sup> Sur cette notion, v. not. Constantinos Bacoyannis, *Le principe de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, PUAM, 1993.

<sup>1671</sup> Il s'agit là d'une précision formelle apportée par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, mais qui, sur le fond, n'emporte pas de conséquence juridique fondamentale : le pouvoir réglementaire des autorités locales a en effet préexisté à cette consécration, et celle-ci ne remet pas en cause le caractère subordonné et limité de ce pouvoir, par rapport au pouvoir réglementaire général que tient le Premier ministre de l'article 21 de la Constitution. Sur cette question, v. not. Pierre-Laurent Frier, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA* 2003, p. 559-563. Pour M. Jean-Bernard Auby, la décentralisation de 2003 a « (maintenu) l'unité du système normatif – les réformes, sur ce plan-là, n'ont rien cédé : les autorités locales n'en ont reçu que, dans quelques domaines particuliers, du pouvoir réglementaire de « bout de chaîne », restant subordonné à celui du gouvernement » (« La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 915).

<sup>1672</sup> L'art. 34 de la Constitution dispose également que « *la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* ».

disposition de rang constitutionnel, en l'occurrence essentielle, puisqu'elle a longtemps été une des rares traces de la décentralisation dans le texte suprême<sup>1673</sup>. Sur le fond, l'article 72 alinéa 3 pose bien un impératif, qui tient à l'existence d'un conseil élu. Toutefois, il ne s'agit pas d'un impératif déontique – imposant un comportement – mais davantage d'une nécessité : sans conseil élu, la libre administration n'est pas possible<sup>1674</sup>. Cette nécessité semble même concerner l'existence d'un pouvoir réglementaire local ; la reconnaissance, par le Conseil d'Etat, d'un tel pouvoir aux chefs de services pour l'organisation interne des services publics en l'absence de mesure réglementaire nationale, semble d'ailleurs répondre à l'idée de nécessité<sup>1675</sup>.

Quant à l'intervention du législateur dans la détermination des conditions de la libre administration, elle renvoie à l'ordre des compétences et à son caractère obligatoire et non impératif : en effet, seul le législateur peut intervenir en ce domaine, il est même tenu d'épuiser sa compétence<sup>1676</sup>, mais il ne saurait se voir adresser un quelconque impératif, puisqu'il bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pour assumer sa tâche et constitue un pouvoir souverain.

**736.** M. Verpeaux fait ainsi une lecture très instrumentale du principe de libre administration, qui renvoie à l'idée de nécessité : elle est, selon lui, « une garantie, au même titre que le principe de la séparation des pouvoirs. *L'un comme l'autre ne constituent pas des droits mais peuvent être conçus comme des conditions jugées constitutionnellement nécessaires*, par l'article 72 de la Constitution pour l'un, par l'article 16 de la Déclaration des droits pour l'autre, *pour l'affirmation des libertés reconnues dans d'autres dispositions qui ne sont plus alors organiques mais qui concernent des droits substantiels*. La libre administration peut d'ailleurs être conçue comme une forme de séparation verticale des pouvoirs tandis que la forme habituelle de la séparation serait horizontale. L'une comme l'autre ne sont pas des droits

---

<sup>1673</sup> Le notion *décentralisation* était en effet absente de la Constitution qui ne connaissait que le principe de libre administration. Tel n'est plus le cas, depuis la réforme constitutionnelle de 2003, qui mentionne le caractère décentralisé de l'organisation de la République (art. 1<sup>er</sup> de la Constitution).

<sup>1674</sup> La Constitution impose seulement l'élection de l'assemblée délibérante, mais pas de l'exécutif. Pourtant, le législateur, la loi du 2 mars 1982, a prévu l'élection de l'exécutif ; de même, il a introduit le suffrage universel direct qui n'est pas non plus imposé. Les élections doivent se tenir à une « périodicité raisonnable » (décision n° 93-331 DC du 13 janvier 1994, *Renouvellement triennal des conseillers régionaux*, RJC I-566 et n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, *Concomitance des élections régionales et cantonales*, RJC I-412).

<sup>1675</sup> La jurisprudence a reconnu aux autorités locales le pouvoir que le législateur ne leur avait pas expressément confié, mais qu'appelait l'organisation du service public : CE, 7 février 1936, *Jamart* (Rec., p. 172) ; CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise* (Rec., p. 37 ; *AJDA* 1985, p. 271, obs. J. Moreau ; *RFDA* 1985, p. 367, note J.-C. Douence et obs. L. Favoreu) ; CE Ass., 2 décembre 1994, *Commune de Cuers et Préfet de la région Nord Pas-de-Calais, préfet du Nord* (Rec., p. 522 et 529 ; *RFDA* 1996, p. 105, note B. Faure).

<sup>1676</sup> Au risque d'être sanctionné pour incompétence négative.

mais des moyens d'asseoir des droits ou des libertés, ils sont des moyens, ils ne constituent pas des buts »<sup>1677</sup>. Cette nécessité pourrait expliquer que le Conseil ait vu dans la libre administration un principe à valeur constitutionnelle<sup>1678</sup>.

**737.** Toutefois, la consécration de la libre administration en tant que liberté fondamentale par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*<sup>1679</sup>, pose la question des liens d'un tel principe avec la notion de norme permissive. C'est à l'égard du contenu de la libre administration qu'une relation peut être mise en exergue. Soulignant que la lettre de la Constitution présente la libre administration essentiellement comme un principe institutionnel ou organique, M. Chapuisat en avait tiré la conséquence qu'elle constituait plus une « liberté "d'être" » qu'une « liberté "d'agir" »<sup>1680</sup>. Le législateur voyait son pouvoir limité en ce domaine par la seule exigence tenant à l'existence d'un conseil élu – expression de la « liberté "d'être" » des collectivités territoriales –, mais restait maître de la liberté d'action de ces collectivités, puisqu'il lui revenait de déterminer les conditions de la libre administration, notamment les principes fondamentaux de leurs compétences et de leurs ressources. Or, MM. Favoreu et Roux font remarquer que la consécration de la libre administration en tant que principe à valeur constitutionnelle a eu pour effet de redéfinir le rapport entre la loi et la libre administration<sup>1681</sup> : dès lors, le principe allait être utilisé « non plus comme fondement de la compétence législative mais comme norme de référence pour le contrôle des lois »<sup>1682</sup>.

**738.** Partant, le Conseil constitutionnel s'est attaché à tracer des limites à l'intervention législative<sup>1683</sup>, afin que soit garanti le respect de la libre administration des collectivités territoriales. Même si les décisions censurant directement la loi pour violation du principe de libre administration sont rares<sup>1684</sup>, la jurisprudence du Conseil permet de relever que certaines

---

<sup>1677</sup> V. Michel Verpeaux, commentaire sous CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, RFDA 2001, p. 684, concl. Touvet p. 378-388.

<sup>1678</sup> Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle Calédonie*, RJC I-69.

<sup>1679</sup> Préc. V. Louis Favoreu et André Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », CCC n° 12, 2002, p. 88-92 : distinguant la libre administration de la décentralisation, qui n'est qu'un principe d'organisation administrative reposant sur la délégation de puissance publique que l'Etat consent aux collectivités territoriales, ces auteurs mettent en évidence le fait que la libre administration se présente comme une liberté constitutionnellement reconnue et garantie dont le respect s'impose au législateur.

<sup>1680</sup> Jérôme Chapuisat, « Libertés locales et libertés publiques », AJDA 1982, p. 354-355.

<sup>1681</sup> Louis Favoreu et André Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *op cit.*, p 91.

<sup>1682</sup> Louis Favoreu, « Libre administration et principes constitutionnels », in Jacques Moreau et Gilles Darcy (dir.), *La libre administration des collectivités locales*, Economica-PUAM, 1984, p. 68.

<sup>1683</sup> Plus précisément un seuil et un plafond, délimités respectivement par l'obligation d'exercer pleinement sa compétence et celle de ne pas porter excessivement atteinte à la libre administration.

<sup>1684</sup> V. les décisions n° 83-168 DC du 20 janvier. 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* (préc.) ; n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* (préc.) ; n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi*

modalités d'intervention normative du législateur respectent, voire concourent, à la libre administration, ou au contraire, lui portent une atteinte excessive. Le juge constitutionnel veille ainsi tant au respect de la « liberté "d'être" » que de la « liberté "d'agir" » des collectivités territoriales au travers d'un examen au cas par cas des textes déférés, et notamment d'une appréciation de la nature déontique de leurs dispositions.

**739.** L'autonomie institutionnelle des collectivités territoriales a ainsi justifié la censure d'une loi qui imposait par principe que les séances des commissions permanentes régionales soient publiques<sup>1685</sup>. Certes, la faculté de décider le huis clos était ouverte – nécessitant la majorité absolue des membres présents ou représentés, sur demande de cinq membres ou du président du conseil régional –, mais le juge constitutionnel semble avoir condamné l'absence de liberté laissée *a priori* aux autorités locales. Une disposition complètement permissive aurait sans doute évité la censure. Certes, Mme Janicot souligne le fait que le Conseil n'a pas censuré en l'espèce une atteinte excessive – selon la terminologie habituelle – à la libre administration, mais l'intervention, en soi, de la loi en ce domaine ; elle en conclut qu'il faudrait peut-être voir là la reconnaissance implicite de compétences propres des collectivités territoriales à cet égard, même si le juge a surtout voulu éviter qu'un principe de publicité des séances ne nuise à la sérénité des séances de ces commissions<sup>1686</sup>. Mais, que toute intervention législative soit proscrite ou qu'elle ait été jugée inadaptée dans la mesure où elle posait un impératif de principe, il demeure que la permissivité semblait bien le seul moyen d'assurer le respect de la liberté locale : la permissivité par absence de réglementation légale, laissant ainsi toute latitude aux autorités locales, ou la permissivité dans l'ouverture d'une faculté de publicité des séances des commissions permanentes régionales.

**740.** Dans d'autres décisions, c'est l'autonomie fonctionnelle des collectivités territoriales qui a justifié la censure de lois dont les dispositions trop impératives entravaient la libre administration. La loi doit ainsi reconnaître des « attributions effectives » aux assemblées

---

*relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux* (AJDA 1999, p. 149, note J.-E. Schoettl ; D 2000, p. 194, note R. Ghévantian ; LPA 12 février 1999, p. 9, note A. Gruber ; RGCT 1999, p. 303, note C. Pichon ; DA 1999, p. 6, note S. Traoré) ; n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains* (préc.).

<sup>1685</sup> Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux* (préc.).

<sup>1686</sup> Laetitia Janicot, « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », AJDA 2004, p. 1574-1583, spéc. p. 1578-1579.

locales<sup>1687</sup>. Selon MM. Favoreu et Roux, « cela suppose que les collectivités territoriales puissent disposer tout à la fois d'une réelle capacité de décision qui leur permette de gérer leurs propres affaires et d'un champ de compétences matérielles suffisamment large pour préserver leur liberté d'action »<sup>1688</sup>. Or, cette capacité de décision suppose bien une liberté d'appréciation, que des dispositions impératives de la loi ne sont pas toujours à même de préserver. Au contraire, l'ouverture de simples facultés par des textes permissifs contribue à préserver la liberté d'action des acteurs locaux.

Le Conseil a ainsi considéré que la faculté reconnue à l'autorité territoriale de recruter librement un ou plusieurs collaborateurs pour former son cabinet, et de mettre librement fin à leurs fonctions, correspondait à un principe conforme aux exigences de l'article 72 de la Constitution. D'ailleurs, en limitant cette faculté aux seules catégories de collectivités pour lesquelles le législateur considérerait un tel recrutement justifié, la loi méconnaissait le principe de libre administration<sup>1689</sup>. De manière significative, un mécanisme de sanction automatique prévu par la loi à l'encontre des communes n'ayant pas respecté leurs engagements en matière de réalisation de logements locatifs sociaux a été jugé incompatible avec les dispositions de l'article 72<sup>1690</sup>.

**741.** Autre attribut de la libre administration, la liberté contractuelle se fonde également sur un principe de permissivité normative : le recours au procédé contractuel n'est en principe qu'une faculté ouverte aux personnes publiques, à laquelle le législateur ne peut porter une atteinte excessive, notamment lorsqu'il l'aménage pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne<sup>1691</sup>. Cependant, le droit positif n'exclut pas que le mode contractuel soit imposé, dans certains domaines, aux autorités locales. Mais il s'agit moins, dans ce cas, d'une véritable obligation de contracter, que d'un impératif lié au seul usage de cet *instrumentum* lors de la mise en œuvre de facultés. Le Conseil veille donc à ce que les collectivités territoriales ne soient pas empêchées ou entravées dans l'exercice de leur liberté contractuelle, mais ne censure pas le législateur qui impose ce procédé dans la réalisation de

---

<sup>1687</sup> Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 10 (*JORF* 8 août 1985, p. 9125) ; n° 87-241 DC du 19 janvier 1988, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 6 (*JORF* 21 janvier 1988, p. 1025).

<sup>1688</sup> Louis Favoreu et André Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *op cit.*, p. 92.

<sup>1689</sup> Décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* (RDP 1984, p. 687, note L. Favoreu ; *AJDA* 1984, p. 258, note J.-C. Nemery).

<sup>1690</sup> Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi sur la solidarité et le renouvellement urbains*, préc. V. n° 546.

<sup>1691</sup> Décision n° 93-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, préc.



certaines actions, dès l'instant, cela semble logique, où sur le fond, ces collectivités conservent leur liberté de s'engager ou pas.

742. Sur le plan financier, la libre administration suppose que les collectivités bénéficient d'un véritable pouvoir budgétaire, impliquant la liberté d'utiliser leurs ressources comme celle d'engager des dépenses. Aussi, les dépenses obligatoires prévues par la loi doivent-elles être définies « avec précision quant à leur objet et à leur portée » et ne pas « méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration »<sup>1692</sup>. En revanche, cette autonomie financière ne semble pas nécessairement impliquer un pouvoir fiscal<sup>1693</sup> ; compétent pour fixer « les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures » (art. 34 de la Constitution), le législateur est également compétent en matière de fiscalité locale<sup>1694</sup>. Il lui revient donc de déterminer l'étendue du pouvoir fiscal local.

Si, par principe, le Conseil constitutionnel se refuse à admettre que la libre administration implique qu'une collectivité puisse déterminer seule le montant de ses impôts locaux et la destination des fonds ainsi prélevés<sup>1695</sup>, il semble implicitement considérer que la loi ne saurait restreindre les ressources fiscales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration »<sup>1696</sup> ; mais aucune décision n'a encore censuré le législateur sur ce fondement. Il n'en demeure pas moins qu'*a priori*, une collectivité territoriale pourrait, alors même que le législateur lui en donne les moyens, ne pas recourir à la fiscalité locale, comme l'implique aussi, selon M. Philip, le principe de la libre administration<sup>1697</sup>. En d'autres termes, habilitée par la loi à lever l'impôt, une collectivité bénéficie d'une simple faculté ; le pouvoir fiscal local comporte donc une dimension permissive qu'il convient de souligner.

---

<sup>1692</sup> Décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, RJC I-403.

<sup>1693</sup> Loïc Philip, « Le pouvoir fiscal local bénéficie-t-il d'une protection constitutionnelle? », *Pouvoirs locaux*, n° 46, sept. 2000, p. 60.

<sup>1694</sup> D'ailleurs, l'idée de pouvoir fiscal local se heurte aux principes de la légalité fiscale et de l'égalité devant l'impôt.

<sup>1695</sup> Décision n° 91-291 DC du 6 mai 1991, *Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes* (cons. 27 et 29), RJC I-445.

<sup>1696</sup> V. les décisions n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux* (cons. 14), RJC I-406 ; n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* (cons. 38), RJC I-465 ; n° 95-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* (cons. 37), RJC I-624 ; n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999* (cons. 49), JORF 31 décembre 1998, p. 20138 ; n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000* (cons. 5), JORF 14 juillet 2000, p. 10821.

<sup>1697</sup> Loïc Philip, « L'autonomie financière des collectivités territoriales », CCC n° 12, 2002, p. 96-100, spéc. p. 99.

743. Mais surtout, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, qui a inscrit l'autonomie financière dans la loi fondamentale<sup>1698</sup>, reprend certaines règles permissives dégagées auparavant en la matière. L'article 72-2 de la Constitution, qui pose un ensemble de principes – comme ceux de la compensation financière des transferts de compétences, de la péréquation ou encore celui de la part déterminante des ressources propres des collectivités – dispose que « *les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi* » (alinéa 1).

L'analogie avec le principe de libre administration est claire, sauf à relever que le constituant s'écarte de la formule de l'article 72 alinéa 3 en précisant que les collectivités territoriales *peuvent disposer librement*, et non *disposent librement*, des ressources dont elles bénéficient ; l'article 72 alinéa 3 énonce que les collectivités territoriales *s'administrent librement*. L'adverbe *librement* suffit à rendre compte du caractère permissif attaché à la libre administration ; il aurait pu suffire également en matière d'autonomie financière, d'autant que le verbe *disposer* induit, en lui-même, une liberté d'appréciation. L'ajout du verbe *pouvoir* alourdit donc inutilement la formule, et tend à laisser croire que les collectivités pourraient ne pas disposer librement de leurs ressources. La dimension permissive inhérente à ce verbe ne doit toutefois pas tromper : le constituant a sans doute souhaité renforcer l'idée de liberté dans l'usage des ressources locales, qui implique la mise en œuvre d'un certain nombre de facultés, mais la libre disposition s'entendait sans cette précision superflue.

744. Par ailleurs, l'article 72-2 alinéa 2 se présente également comme une disposition permissive. Il introduit en effet deux facultés dans le texte constitutionnel : les collectivités territoriales « *peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine* ». Si ces deux facultés permettent au législateur de faire bénéficier directement les collectivités territoriales de recettes fiscales et surtout, de les faire participer partiellement à l'exercice de la compétence fiscale, le caractère permissif de ces dispositions permet d'affirmer que les collectivités ne bénéficient pas nécessairement d'un pouvoir fiscal, même si son principe est constitutionnellement garanti, puisqu'il reste entre les mains du législateur.

---

<sup>1698</sup> V. not. Robert Hertzog, « L'ambigüe constitutionnalisation des finances locales », *AJDA* 2003, p. 548 ; Jean-Luc Pissaloux, « L'autonomie financière des collectivités locales : clarification et renforcement », *La revue du Trésor*, n° 11, 2004, p. 674 ; Marie-Chirstine Steckel-Montes, « Le pouvoir fiscal local, objet nouveau du droit constitutionnel », *AJDA* 2004, p. 2316.

745. La libre administration suppose donc que le législateur circonscrive précisément les impératifs qu'il adresse aux collectivités territoriales, au risque d'entraver leur autonomie ; il s'agit en quelque sorte d'une « conciliation passive » de la loi au principe de libre administration. Parallèlement, le législateur peut également adopter des règles à caractère permissif, ouvrant des facultés d'action aux collectivités territoriales et permettant une réalisation plus positive du principe constitutionnel de l'article 72. Laissant aux autorités locales la liberté de mettre en œuvre certaines prérogatives facultatives, la loi préserve leur liberté politique et concourt à l'adaptabilité de la règle de droit à la diversité des territoires.

Ainsi, la planification locale de l'urbanisme se présente-t-elle aux communes et à leurs groupements, comme une simple faculté. La matière étant réglementée *a minima* à l'échelle nationale par le règlement national d'urbanisme<sup>1699</sup>, les collectivités territoriales ont la possibilité de mettre en œuvre des instruments juridiques permettant une réglementation plus fine et adaptée aux spécificités locales, de l'occupation du sol et de l'espace, mais n'en ont pas l'obligation<sup>1700</sup>. Ces instruments eux-mêmes, comme le plan local d'urbanisme (PLU), peuvent également présenter un caractère modulable qui autorise autant une planification minimale qu'une réglementation approfondie de l'urbanisme. Le législateur a en effet opté pour une détermination permissive du contenu des PLU.

L'article L123-1 du Code de l'urbanisme dispose en effet que ces documents fixent les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols – qui *peuvent* notamment comporter l'interdiction de construire – et qu'à ce titre, ils *peuvent* statuer sur un ensemble de domaines : « préciser l'affectation des sols selon les usages principaux qui peuvent en être faits ou la nature des activités qui peuvent y être exercées », « déterminer des règles concernant l'aspect extérieur des constructions, leurs dimensions et l'aménagement de leurs abords », « préciser le tracé et les caractéristiques des voies de circulation à conserver, à modifier ou à créer », « recommander l'utilisation des énergies renouvelables pour l'approvisionnement énergétique des constructions neuves », etc. La loi propose donc aux autorités locales un ensemble de « rubriques » qui leur permettent d'adopter un PLU conforme à leurs besoins et à leur volonté

---

<sup>1699</sup> La réglementation nationale est toutefois plus précise et contraignante dans les espaces les plus sensibles, comme en montagne ou sur le littoral.

<sup>1700</sup> M. Inseguet fait observer que le choix législatif de ne pas imposer aux communes l'obligation de se doter des ex-plans d'occupation des sols pouvait résulter de la crainte d'une censure par le Conseil constitutionnel sur le fondement du principe de libre administration (Jean-François Inseguet, *La spécificité du régime juridique des actes administratifs en droit de l'urbanisme : l'exemple du POS*, *op. cit.*, p. 41-44). C'est par ailleurs l'inefficacité des anciens documents obligatoires qui a incité le législateur à recourir à la permissivité.

d'intervention en matière d'urbanisme<sup>1701</sup>. Le même démarche permissive se retrouve dans l'article L123-9, qui dispose que le règlement du PLU « *peut comprendre tout ou partie des règles suivantes* », à savoir quatorze types de prescriptions d'urbanisme.

**746.** Enfin, la clause générale de compétence des collectivités territoriales est également une manière de traduire le principe de libre administration de manière positive dans la loi. Si cette clause constitue une habilitation des collectivités à intervenir dans les affaires locales, il s'agit d'une habilitation nécessairement permissive. Elle ne saurait, en elle-même, imposer l'exercice d'une compétence aux autorités locales. Au contraire, la clause opère en faveur des collectivités territoriales pour légitimer certaines de leurs actions qui ne seraient pas directement prévues par la loi<sup>1702</sup>. M. Joye résume ainsi : « la clause générale de compétence a pour effet de donner à une assemblée locale compétence pour statuer sur toutes les questions d'intérêt public local qui n'ont pas été soit dévolues expressément à une personne, soit réglementées spécifiquement. C'est une faculté d'intervention dont toute la latitude dépend de l'initiative et de l'imagination des élus sous contrôle du juge administratif et de sa propre conception des affaires d'intérêt public local »<sup>1703</sup>.

**747.** La catégorie des normes permissives est donc liée à la détermination des compétences des collectivités territoriales, conformément au principe de libre administration. Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, elle est en outre employée à rationaliser la répartition des compétences locales, dans un souci d'efficacité.

---

<sup>1701</sup> Une même permissivité est visible dans l'art. L122-1 du Code de l'urbanisme (not. al. 6 et 7), qui prévoit le contenu des schémas de cohérence territoriale. Par ailleurs, le zonage du territoire couvert par un PLU en zones urbaines, à urbaniser, agricoles, naturelles ou forestières, relève d'une libre appréciation de l'autorité locale (induite par une rédaction permissive : v. art. L123-5 à L123-8 du même code), sous le contrôle restreint du juge administratif. V. la jurisprudence initiée sous l'empire des anciens plans d'occupation des sols : CE Sect., 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine* (Rec., p. 127, concl. Labetoulle) ; CE 19 octobre 1979, *Association du pays de Rhuy* (Rec., p. 379 ; AJDA 1980, p. 110, concl. Rougevin-Baville) ; CE, 30 mai 1994, *Le Gernevel* (Rec., p. 273).

<sup>1702</sup> Par ex., le Conseil d'Etat a reconnu, sur le fondement de la clause générale de compétence, « la possibilité pour une commune d'intervenir dans le domaine de l'action sociale, et plus précisément du logement social, domaine de compétences attribué par la loi aux départements et à l'Etat » (CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, Rec., p. 298 ; AJDA 2002, p. 42, note Y. Jégouzo) ; v. aussi CE, 13 mars 1985, *Ville de Cayenne et a.* (préc.), où le Conseil admettait qu'un département puisse disposer d'un service de distribution d'eau, puisqu'aucun texte législatif ne confère aux communes une compétence exclusive s'agissant de l'organisation de ce service et que cette activité présente un « intérêt départemental ».

<sup>1703</sup> François Joye, « Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités territoriales mal nommées ? », *op. cit.*, p. 9.

## B – DES MECANISMES PERMISSIFS VISANT UNE REPARTITION EFFICACE DES COMPETENCES LOCALES

**748.** Indissociable de la reconnaissance des compétences locales, la question de leur répartition entre les diverses collectivités territoriales revêt une importance considérable, tant sur le plan juridique que sur le plan pratique. L'enchevêtrement des compétences locales est ainsi un thème récurrent des acteurs de terrain et de la doctrine<sup>1704</sup>. Le droit oscille en ce domaine entre une approche théorique et spécialisée, à laquelle la notion de blocs de compétences fait écho, et une démarche plus empirique qui tend à prendre en compte diverses réalités de l'action locale : la nécessité pour certaines collectivités de mener des actions en commun, la vanité d'une délimitation étanche des compétences par catégories de collectivités, l'écueil des doublons, l'engouement pour la contractualisation, etc.

La réforme constitutionnelle de 2003 se veut à cet égard pragmatique : elle proclame la subsidiarité comme un principe structurant aux faux airs d'impératif qui autorise, en réalité, une certaine souplesse dans la dévolution des compétences (1) ; par ailleurs, le constituant pose le principe d'une faculté de coopération des collectivités autour d'un « chef de file », tout en rappelant le principe de prohibition de la tutelle d'une collectivité sur une autre (2).

### ***1 – Le principe de subsidiarité : un impératif relatif***

**749.** L'introduction du principe de subsidiarité dans la Constitution<sup>1705</sup> ne pose pas, en dépit du ton péremptoire du constituant, un impératif catégorique dans le droit des collectivités territoriales. En énonçant que « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon* », l'article 72 alinéa 2 semblait pourtant introduire un principe contraignant de répartition des compétences<sup>1706</sup> entre les différents niveaux de collectivités, à supposer,

---

<sup>1704</sup> V. not. Jean-Marie Pontier, « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *RFDA* 2003, p. 35 ; Jean-François Brisson, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 529.

<sup>1705</sup> Guillaume Drago, « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDComp.* 1994, p. 583.

<sup>1706</sup> Le principe posé à l'art. 72 al. 2 est inspiré de la subsidiarité du droit communautaire mais semble opérer en sens inverse : il ne s'agit pas de « faire remonter vers le niveau central les compétences qui ne sauraient être utilement exercées par les collectivités de base », mais de favoriser de larges délégations de compétences vers les collectivités territoriales et de recentrer l'Etat sur ses missions essentielles (Jean-François Brisson, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 531). Il s'impose en tout cas comme l'étalon de la diffusion du pouvoir dans les Etats modernes (v. Guy Braibant, « L'avenir de l'Etat », *op. cit.*, p. 45). Sur les liens entre subsidiarité et réforme de

d'abord, que la notion d'*échelon* renvoie bien à la hiérarchie des collectivités territoriales. En effet, combinée avec la faculté de créer des collectivités à statut particulier ou une collectivité territoriale unique se substituant à un département et une région d'outre-mer, cette nouvelle exigence pourrait justifier la dévolution de certaines compétences à une collectivité en particulier, indépendamment de son rang dans l'échelle institutionnelle locale.

**750.** *A priori*, le principe énoncé à l'article 72 alinéa 2 se rapproche sensiblement de la clause générale de compétence : celle-ci permet à chaque collectivité de régler les affaires de son ressort, c'est-à-dire celles qui se trouvent à son échelon. Toutefois, le principe de subsidiarité s'en distingue sur au moins deux aspects.

Premièrement, la clause générale de compétence est une règle posée par la loi pour permettre aux collectivités territoriales d'intervenir dans les affaires de leur ressort ; elle n'est rien moins qu'une des « *conditions prévues par la loi* » pour mettre en œuvre le principe de libre administration. Elle ouvre une faculté d'action venant compléter les blocs de compétences plus ou moins nettement identifiés que la loi a transférés aux collectivités territoriales. Au contraire, le principe de subsidiarité s'impose à la loi : il a valeur constitutionnelle et postule que le législateur transfère nécessairement aux collectivités territoriales le pouvoir de décision relatif aux compétences qu'elles peuvent le mieux mettre en œuvre à leur niveau. Si les conditions de la libre administration sont déterminées par la loi, les conditions d'une bonne détermination de ces conditions sont prescrites – au moins au sens faible – par la Constitution, au travers du principe de subsidiarité.

Deuxièmement, à la différence de ce dernier, la clause générale de compétence ne fait aucune allusion à l'efficacité<sup>1707</sup> de l'exercice des compétences locales : elle repose sur la seule idée de l'existence d'un champ de compétences naturelles à chaque niveau de collectivité. Plus exigeant, le principe de subsidiarité sous-entend l'existence d'un ensemble de compétences qui peuvent être mises en œuvre de manière optimale à un échelon de collectivité donné. Par

---

l'Etat en France, v. Jean-Benoît Albertini, *Réforme administrative et réforme de l'Etat en France. Thèmes et variations de l'esprit de réforme de 1815 à nos jours*, *op. cit.*, p. 100 et s.

<sup>1707</sup> Selon M. Brisson, « l'expression de la subsidiarité met en œuvre un critère du "mieux" qui fait appel aux notions d'efficacité et de performance de l'action publique » (Jean-François Brisson, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 532). L'auteur remarque d'ailleurs que le principe de subsidiarité formulé dans le droit de l'Union européenne et dans la Charte européenne de l'autonomie locale de 1986 (art. 4 al. 3) présente une dimension démocratique (il implique une prise de décision au plus proche des citoyens) qui n'existe pas dans la subsidiarité mentionnée à l'art. 72 al. 2 de la Constitution, qui en fait un principe purement technique (*op. cit.*, p. 531).

exemple, dans son arrêt du 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*<sup>1708</sup>, le Conseil d'Etat admet la faculté pour une commune d'intervenir en matière de logement social, alors même que ce domaine de compétences est attribué par la loi aux départements et à l'Etat. Si cette solution se justifie sur le fondement de la clause générale de compétence<sup>1709</sup>, elle pourrait contrevenir au principe de subsidiarité parce que, par exemple, l'exercice des compétences en matière de logement social est le plus efficace aux échelons départemental et national.

751. Se pose cependant une question relative à la compatibilité de la clause générale de compétence et du principe de subsidiarité. Ce dernier serait-il de nature à faire échec à la reconnaissance d'une clause générale de compétence qui, comme en l'espèce, risque de méconnaître la répartition optimale des compétences qu'aurait opérée la loi ? Faudrait-il en conclure que le principe de subsidiarité suppose la suppression de la clause générale de compétence ou qu'il interdise aux collectivités territoriales d'agir si leur intervention n'est pas la plus efficace ? Tel n'est sans doute pas le cas. La clause générale de compétence, comme le principe de subsidiarité, opèrent au profit des compétences des collectivités territoriales et de leur liberté d'administration. La formulation de l'article 72 alinéa 2 n'est pas restrictive des compétences locales et la clause générale de compétence paraît nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt général au plan local, dans les interstices laissés par le législateur et en dépit de transferts législatifs qui, même s'ils tendent vers lui, n'atteindront jamais l'optimum.

752. Toutefois, en s'ajoutant aux blocs de compétences transférés et à la clause générale de compétence, le principe de subsidiarité ne facilite pas la lecture des compétences territoriales et la compréhension de la notion d'affaires locales. L'indétermination de sa portée normative explique sans doute les difficultés d'articulation du principe avec les autres notions.

753. La thèse d'une absence de portée prescriptive est notamment avancée par M. Gohin, qui écrit qu'« on ne déduit aucune conséquence juridique d'une disposition dont la rédaction ne peut pas être tenue pour prescriptive, sous réserve de la jurisprudence constitutionnelle ultérieure »<sup>1710</sup>. Se fondant sur une approche formelle de l'article 72 alinéa 2, cet auteur rejette donc toute portée prescriptive directe ; seule une décision du Conseil constitutionnel pourrait

---

<sup>1708</sup> Préc.

<sup>1709</sup> Le Conseil d'Etat précise qu'en attribuant la compétence en cette matière aux départements et à l'Etat, « le législateur n'a pas entendu interdire aux communes de créer, de leur propre initiative, des aides dont l'objectif est de favoriser l'insertion sociale de leurs bénéficiaires dès lors qu'elles répondent à un intérêt communal ».

<sup>1710</sup> Olivier Gohin, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *op. cit.*, note 12.

conférer et un sens, et une signification prescriptive, à ce qui passe pour une pétition de principe. Il est vrai qu'avoir « vocation » n'est guère significatif d'un point de vue juridique.

754. Mais à titre de principe, la subsidiarité peut supporter un degré d'indétermination, une faible juridicité, telle que M. Timsit l'entend<sup>1711</sup>. Dès lors que l'article 72 alinéa 2 énonce que « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions...* », il pourrait impliquer un impératif de principe formulé à l'intention du législateur, mais également une faculté d'y déroger dans la mesure où la détermination de l'échelon le plus efficace peut être impossible à identifier, et où le constituant n'a pas énoncé que *les collectivités territoriales prennent les décisions...*

Il y a, dans la disposition adoptée, un *peut* implicite. M. Brisson considère ainsi que « la rédaction choisie par le constituant suggère donc que le législateur doit pouvoir, le cas échéant, s'abstraire de ce cadre constitutionnel » ; selon lui, « il est en effet très complexe d'apprécier le niveau de décision adéquat et il est à craindre qu'une rédaction trop contraignante ne donne lieu à un contentieux abondant. Le législateur doit disposer d'une certaine liberté d'appréciation, le contrôle du juge constitutionnel se limitant à vérifier qu'il n'y a pas d'erreur manifeste »<sup>1712</sup>. Or, le pouvoir discrétionnaire d'une autorité normatrice est susceptible de naître de l'indétermination ou du caractère permissif d'une disposition juridique.

En l'espèce, les deux approches sont envisageables : d'une part, l'article 72 alinéa 2 est indéterminé en ce qu'il emprunte une terminologie s'éloignant des notions juridiques établies (« *les collectivités territoriales ont vocation...* ») et comportant une part de subjectivité importante (« *... qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* »). D'autre part, l'article 72 alinéa 2 présente une dimension permissive implicite s'il est considéré qu'il ouvre une faculté de déroger à la dévolution de principe des compétences locales à l'échelon le plus adapté. Dans les deux cas, le principe de subsidiarité se rapporte à un impératif imparfait, qui s'apparente plus à une incitation<sup>1713</sup>.

---

<sup>1711</sup> C'est-à-dire une faible signification juridique, impliquant une faible contrainte du sens sur les destinataires de la norme.

<sup>1712</sup> Jean-François Brisson, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 532.

<sup>1713</sup> La subsidiarité « met en avant l'idée d'une spécialisation des compétences des collectivités territoriales ou d'adéquation à chaque niveau d'administration de compétences homogènes, puisqu'il incite le législateur à transférer un bloc de compétences à la collectivité la mieux placée pour l'exercer [...]. Mais ce principe, de portée générale, ne permet d'établir aucune délimitation matérielle des compétences locales. Au contraire, il



755. La subsidiarité se présente donc dans la Constitution comme un principe dont la signification précise et la force contraignante restent à définir. C'est très probablement la pratique de l'exercice des compétences locales qui permettra d'identifier l'échelon adéquat de leur exercice. Le Gouvernement à l'initiative de la révision constitutionnelle de 2003 voyait en la faculté d'expérimentation introduite dans le droit des collectivités territoriales, le moyen de « déterminer le bon niveau d'exercice des compétences »<sup>1714</sup>. Partant, le développement d'expérimentations, et surtout la validation de leurs résultats, pourraient contribuer à rendre le principe de subsidiarité plus impératif à l'égard du législateur, la preuve par les faits prescrivant ce que *doit être* la répartition des compétences et ce qu'implique juridiquement le principe de subsidiarité. La précision de la signification de ce dernier semble donc en partie suspendue à la mise en œuvre d'une disposition simplement permissive de la Constitution : or, rien ne garantit l'exercice effectif de la faculté d'expérimentation par les collectivités territoriales – pour l'heure, aucune expérimentation de ce type n'a eu lieu. Dès lors, il faut peut-être s'en remettre à l'expérimentation par le législateur lui-même, qu'elle soit d'ailleurs formelle<sup>1715</sup> ou plus souterraine.

756. En effet, la répartition des compétences entre collectivités territoriales opérée par la loi du 13 août 2004 *sur les libertés et responsabilités locales* (préc.), repose, dans certaines matières, sur des dispositifs permissifs. Ainsi, l'article 30 de cette loi prévoit-il, tout en disposant que « *la propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion des ports non autonomes relevant de l'Etat sont transférés, au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2007 et dans les conditions fixées par le code des ports maritimes et au présent article, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements dans le ressort géographique desquels sont situées ces infrastructures* » (I), que « *toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales peut demander, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2006, à exercer les compétences prévues au I pour chacun des ports situés dans son ressort géographique pour la totalité ou pour une partie du port, individualisable, d'un seul tenant et sans enclave* » (II)<sup>1716</sup>.

---

confirme l'aptitude générale des collectivités à intervenir dans tous les domaines relevant de leur intérêt » (Laetitia Janicot, « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *op. cit.*, p. 1575).

<sup>1714</sup> V. l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle, in *L'organisation décentralisée de la République*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>1715</sup> Art. 37-1 de la Constitution.

<sup>1716</sup> L'art. 30 confère au représentant de l'Etat la mission de réguler ces transferts de compétence, notamment en cas de demandes concurrentes de la part des collectivités, ou au contraire, de carence de l'initiative locale (al. 4 et 5). Un dispositif similaire est prévu par l'art. 28 de la loi, au sujet des aéroports civils appartenant à l'Etat.

Or, tout en permettant aux acteurs locaux d'opter librement pour l'exercice de certaines compétences, ces mécanismes devraient favoriser une vérification empirique *a posteriori*, utile à l'identification des échelons adéquats requis par le principe de subsidiarité. Si la démarche ne relève pas formellement de l'expérimentation<sup>1717</sup>, l'édiction de normes permissives, qui permettent autant aux collectivités territoriales d'exercer leur liberté locale qu'au législateur d'observer les avantages et inconvénients des transferts de compétence volontairement consentis, de même qu'une éventuelle et instructive inaction des collectivités à l'égard des facultés ouvertes, procède d'un pragmatisme qui s'impose dans les modes d'élaboration de la règle de droit.

Cette démarche est d'ailleurs relevée par Mme Bertrand, dans sa thèse sur les dispositions législatives non prescriptives : « une autre forme d'expérimentation se révélerait par l'octroi par la loi de simples possibilités à l'administration de réaliser un nombre d'actions facultatives. Il ne s'agit pas formellement d'expérimentations, mais ces dernières ont lieu dans les faits [...]. Leur avantage est évident, elles proposent des solutions dont la pertinence nécessite l'analyse et l'expérimentation et dont l'éventuelle inefficacité ne nécessitera pas une nouvelle intervention législative d'abrogation »<sup>1718</sup>. De même, le rapport de M. Daillier relatif à l'intercommunalité avance la même idée à propos du dispositif législatif organisant la coopération intercommunale : « le bilan de l'intercommunalité nouvelle est [...] essentiellement le bilan d'une expérimentation »<sup>1719</sup>.

757. Avec l'introduction du principe de subsidiarité dans la Constitution, la révision de 2003 fait donc entrer l'évaluation du fait dans la détermination du droit. Sa mobilisation comme objectif de valeur constitutionnelle<sup>1720</sup>, justifiant certaines atteintes à la libre administration<sup>1721</sup> ou finalisant l'exercice de son pouvoir par le législateur<sup>1722</sup>, ne remettrait pas en cause cette interdépendance du fait et de la norme : l'approche téléologique du contrôle de constitutionnalité que suppose la notion d'objectif de valeur constitutionnelle, ne peut

---

<sup>1717</sup> Font en effet défaut les conditions exigées par le juge constitutionnel, en particulier le caractère explicite de l'expérimentation, une durée limitée prévue *ab initio*, une obligation d'évaluation.

<sup>1718</sup> Anne Bertrand, *Les dispositions législatives non prescriptives. Contribution à l'étude de la normativité*, *op. cit.*, p. 74-75.

<sup>1719</sup> Philippe Daillier, *L'intercommunalité à fiscalité propre*, *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>1720</sup> Bertrand Faure, « Les objectifs de valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* 1995, p. 47-77 ; Benjamin Thywissen, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, mémoire DEA, Bordeaux IV, 1999 ; Pierre de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse, Paris II, 2004 ; Dalloz, 2006.

<sup>1721</sup> V. Jean-François Brisson, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 533.

<sup>1722</sup> Sur cette approche de la notion d'objectif de valeur constitutionnelle, v. not. Marie-Anne Frison-Roche et William Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D* 2000, p. 361-368, spéc. p. 362-363.

s'abstraire d'une appréciation réaliste des choix du législateur, d'autant que la subsidiarité, telle qu'elle est définie dans la Constitution, est liée à la notion très factuelle d'efficacité. Une même relation droit/fait semble d'ailleurs fonder l'introduction d'une faculté d'exception au principe de prohibition de la tutelle entre collectivités territoriales.

## ***2 – La notion de collectivité « chef de file » : une faculté induite par la constitutionnalisation de la prohibition de la tutelle entre collectivités territoriales***

758. En dépit des transferts par blocs opérés par le législateur et de l'idée sous-jacente de spécialisation, l'exercice des compétences locales est marqué par un jeu croisé de collaborations dont résulte un certain enchevêtrement. A l'irréalisme des blocs de compétences s'ajoute l'effet de la clause générale de compétence, susceptible d'accroître les interventions complémentaires ; certains domaines appellent d'ailleurs des actions intersectorielles (environnement, aménagement du territoire, politique de la ville, etc.), amenant différents niveaux de collectivités à agir ensemble. L'étagement de l'exercice des compétences relève donc plus d'un principe structurant que d'une réalité opérationnelle et il peut être nécessaire d'organiser un tel exercice croisé des compétences.

759. Toutefois, la décentralisation s'est réalisée avec le dogme de l'égalité, qui suppose que toutes les collectivités territoriales se valent, et qu'aucune d'entre elles ne peut exercer une tutelle<sup>1723</sup> sur une autre. La suppression de la tutelle juridique de l'Etat (ou plutôt sa mutation) s'est donc accompagnée d'une interdiction valant au sein des entités décentralisées. La règle a été inscrite dans la loi, d'abord implicitement par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 mars 1982 (devenu l'article L1111-1 du CGCT) qui reprend la formule de l'article 72 relative à la libre administration des collectivités territoriales par des conseils élus. Ensuite, la loi du 7 janvier 1983 *relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat*, a édicté une règle plus directe, codifiée à l'article L1111-3 du CGCT, qui dispose : « *les transferts de compétences prévus par la présente loi au profit des communes,*

---

<sup>1723</sup> La définition précise de ce terme a pu poser des difficultés, même s'il est jugé acceptable de la définir comme « l'ensemble des procédés – approbation, annulation, substitution, suspension ou révocation individuelle et collective des élus – mis par la loi entre les mains du pouvoir central pour faire prévaloir l'intérêt général qu'incarne l'Etat face aux intérêts particuliers que représentent les collectivités secondaires » (Guy Melleray, « La suppression des tutelles ? » in Franck Moderne, *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983, p. 211 et s., spéc. p. 213). La notion de tutelle ainsi définie est donc transposée aux relations entre collectivités territoriales.

*des départements et des régions ne peuvent autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles »*<sup>1724</sup>.

**760.** Le principe de prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre avait donc valeur législative ; la loi pouvait donc, *a priori* et en vertu du principe selon lequel le législateur peut toujours déroger à ses règles, aménager dans certains cas des formes de tutelle entre collectivités territoriales, pour l'exercice de certaines compétences. Le Conseil constitutionnel a pourtant censuré la loi du 4 février 1995 *d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* (préc.), qui instituait une forme de coopération entre les collectivités territoriales entraînant la désignation d'une collectivité « chef de file »<sup>1725</sup>, chargée d'exercer des compétences relevant d'autres collectivités<sup>1726</sup>.

La décision a été présentée comme sanctionnant l'introduction de la notion de collectivité « chef de file » au regard de la prohibition des tutelles entre collectivités territoriales. Pourtant, le Conseil se fonde sur la violation de l'article 34 de la Constitution pour censurer la loi : ce qu'il reproche au législateur n'est pas d'avoir introduit une forme de tutelle, mais d'avoir méconnu sa compétence. Cette décision sanctionne une incompétence négative : « *il appartient au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales de leurs compétences et de leurs ressources ; que par suite, il ne saurait renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction ; que dès lors, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient des articles précités de la Constitution »*.

**761.** Pourtant, il ne fait guère de doute que la tutelle d'une collectivité sur une autre et la faculté de désigner un « chef de file », pouvaient être invalidées au regard du principe selon lequel les collectivités s'administrent *librement* ; si le législateur est compétent pour déterminer les conditions de la libre administration et plus précisément les principes fondamentaux des compétences des collectivités territoriales (art. 34), le Conseil aurait pu lui

---

<sup>1724</sup> L'article L1111-4 du CGCT, introduit par la loi du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République*, formule la même prohibition concernant les décisions prises par les collectivités territoriales « *d'accorder ou de refuser une aide financière* » à une autre collectivité.

<sup>1725</sup> Jean-François Joye, « La notion de "chef de file" en droit des collectivités locales. Entre échec et progrès de la clarification des compétences locales », *CT-I* juillet 2003, p. 17.

<sup>1726</sup> Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1994, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* (cons. 57), *RJC* I-624.

reprocher directement d'avoir porté au principe de l'article 72 une atteinte excessive. La loi du 27 février 2002 *relative à la démocratie de proximité* (préc.) a réitéré la notion de collectivité « chef de file » mais n'a pas été déférée au juge constitutionnel ; aussi, sa constitutionnalité n'est-elle pas vérifiée. La censure de 1995 tenant essentiellement à l'indétermination de la notion de « chef de file », à la carence du législateur dans la définition des pouvoirs et responsabilités afférents à cette fonction, et au renvoi pour ce faire à des conventions locales, la loi aurait sans doute pu reconnaître la faculté, suffisamment circonstanciée, de désigner un « chef de file » parmi les collectivités exerçant certaines compétences de concert.

**762.** La censure de la Haute instance était à l'évidence directement visée lorsque le projet de loi constitutionnelle *sur l'organisation décentralisée de la République* a projeté d'introduire dans le texte suprême la faculté de désigner une collectivité « chef de file », sans d'ailleurs employer ouvertement l'expression<sup>1727</sup>. Mais craignant sans doute que le principe de libre administration ne suffise pas, en lui-même, à contenir les potentialités générées par une telle disposition permissive, les sénateurs ont tenu à inscrire la prohibition de la tutelle entre collectivités dans le marbre constitutionnel. Au regard de la genèse de l'alinéa 5 de l'article 72, qui dispose donc : « *Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune* », l'introduction de la faculté, pour une collectivité, d'exercer les fonctions de « chef de file » a donc précédé le rappel de la prohibition des tutelles<sup>1728</sup>.

**763.** Pourtant, la lecture purement normative de cet article laisse à penser que cette faculté vient déroger, en tant que de besoin – puisqu'il s'agit d'une prérogative permissive – à l'interdiction de principe de toute tutelle entre collectivités. La disposition permissive semble totalement liée à la constitutionnalisation de l'interdiction des tutelles. Pourtant, elle aurait pu être introduite seule dans l'article 72. Sa formulation implique que la faculté en cause n'est pas ouverte aux collectivités territoriales, mais au législateur, qui peut donc, dans le cadre de

---

<sup>1727</sup> Art. 4 du projet de loi constitutionnelle : « *Lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut confier à l'une d'entre elles le pouvoir de fixer les modalités de leur action commune* ».

<sup>1728</sup> Cette disposition reflète « la "stratégie de prudence" adoptée pendant la réforme, qui tend à éviter tous débats de principe portant sur la suppression de certains échelons décentralisés ou sur la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales » (Bénédictine Flamand-Lévy, « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *op. cit.*, p. 64, note 43).

la détermination des conditions de la libre administration, prévoir qu'une collectivité organise les modalités de l'action commune de collectivités lorsque l'exercice d'une compétence nécessite leur concours. Cette disposition permissive serait donc venue faire exception au principe prohibitif énoncé par la seule jurisprudence constitutionnelle, et préciser expressément l'une des conditions dans lesquelles le législateur peut déterminer les conditions de la libre administration.

**764.** Il demeure néanmoins qu'en l'état de la Constitution, cette norme permissive est désormais le seul moyen – hormis une interprétation stricte de la notion de tutelle par le Conseil constitutionnel – pour qu'une collectivité puisse exercer les fonctions de « chef de file ». Cette disposition permissive constitutionnelle devrait donc permettre au législateur d'introduire des mécanismes de collaboration organisée des collectivités territoriales dans l'exercice de compétences croisées. Elle autorise un accompagnement législatif réaliste de l'action locale qui pouvait présenter quelque difficulté à respecter l'impératif constitué par la prohibition des tutelles. Le commissaire du gouvernement M. Sénors a d'ailleurs expliqué à quel point une lecture extensive de la prohibition des tutelles faisait notamment « planer une très grande incertitude juridique sur la pratique généralisée des investissements croisés entre collectivités publiques françaises »<sup>1729</sup>.

**765.** En pratique, la coopération dans l'exercice en commun de compétences pourrait s'organiser par la voie contractuelle : M. Brisson considère que la conjugaison de la notion de collectivité « chef de file » et l'interdiction de la tutelle entre collectivités territoriales « suggère que l'articulation des compétences au niveau local ne pourra prendre qu'une forme contractuelle, seule en mesure de garantir le consentement de l'ensemble des partenaires aux orientations définies par le chef de file »<sup>1730</sup>. Autrement dit, la faculté ouverte par la seconde phrase de l'alinéa 5 de l'article 72 ne lèverait pas complètement la prohibition de la tutelle mais devrait être conciliée avec elle. L'interprétation dépend du sens donné à l'adverbe *cependant* : exclut-il ou combine-t-il l'application des deux dispositions à la fois ? L'un des effets d'une norme permissive n'est-il pas, pourtant, de permettre de déroger à un impératif

---

<sup>1729</sup> Concl. sur CE, 12 décembre 2003, *Département des Landes, RFDA* 2004, p. 518-524, spéc. p. 521. Etait en l'espèce en cause la modulation, par le département des Landes, des aides financières qu'il versait aux communes, dans le but de les inciter à préférer un mode de gestion direct des services publics d'adduction d'eau et d'assainissement. L'interprétation stricte à laquelle s'est livrée le Conseil d'Etat dans cette affaire a, au contraire, conduit à neutraliser la prohibition des tutelles : « si une acception rigoureuse de la tutelle s'impose, pour lui conserver une portée juridique, elle fait de la prohibition législative un coup d'épée dans l'eau » : Jean-Claude Douence, note sous cet arrêt, p. 525-529, spéc. p. 527.

<sup>1730</sup> Jean-François Brisson, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 538.

initial ? La réponse pourrait être apportée par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une loi prévoyant les modalités d'un mécanisme d'exercice conjoint de compétences avec désignation d'un « chef de file », même si, dans les faits, la probabilité que le législateur ne recoure pas au procédé contractuel est bien faible.

**766.** La définition et la répartition des compétences locales procèdent donc, dans une large mesure, d'une permissivité normative, qui contribue au respect du principe de libre administration et anime plus ou moins explicitement les solutions retenues pour favoriser un exercice cohérent et efficace de ces compétences. L'action locale s'est par ailleurs enrichie d'un volet supplémentaire, qui traduit la volonté de doter les collectivités territoriales d'un pouvoir d'adaptation du droit national : d'une portée variable, ce pouvoir se concrétise par l'édition de dispositions permissives qui ouvrent la voie d'une « territorialisation » du droit.

## **§ 2 – LE CADRE PERMISSIF D'UNE « TERRITORIALISATION » DU DROIT**

**767.** Le droit des collectivités territoriales est marqué, surtout depuis la révision constitutionnelle *relative à l'organisation décentralisée de la République*, par un souci de prise en compte de la diversité territoriale et de rupture avec un système normatif trop centralisé, dans lequel la règle de droit provient toujours « d'en haut ». En ce sens, certains points de la réforme ne remettent pas en cause cette vision puisque la recherche d'adaptation du droit aux particularismes locaux ou la prise en compte de la demande de différenciation sont relayées par l'Etat : ainsi, le législateur est-il compétent pour faire évoluer la typologie des collectivités territoriales, créer des collectivités à statut particulier ou prévoir des assouplissements au principe d'identité normative applicable dans les départements et régions d'outre-mer.

Cela étant, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 innove – ou généralise des mesures limitées à certaines collectivités ou invalidées par le Conseil constitutionnel<sup>1731</sup> – en habilitant les collectivités territoriales à « territorialiser » elles-mêmes le droit qui leur est applicable. Mieux encore, il leur est permis d'expérimenter des dérogations au droit commun et ainsi d'amorcer une dynamique ascendante – des collectivités vers l'Etat – en matière de création du droit (A). Afin de respecter le principe de libre administration, et pour tenir compte du caractère simplement éventuel du besoin ou du désir d'adaptation du droit national, ces

---

<sup>1731</sup> V. n° 778, s'agissant de la Corse.

habilitations reposent sur des mécanismes permissifs (A). Toutefois, l'émancipation normative a ses limites, celles que l'Etat décentralisée mais unitaire imposent et qui permettent de saisir la juste mesure des facultés ouvertes aux acteurs locaux (B).

## A – DES PREROGATIVES NORMATIVES PERMISSIVES RECONNUES AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES

**768.** Afin de respecter le principe de libre administration, et pour tenir compte du caractère simplement éventuel du besoin ou du désir d'adaptation du droit national, les prérogatives normatives reconnues aux collectivités territoriales reposent sur des mécanismes permissifs : il ne s'agit donc que de facultés d'intervention normative (1). Par ailleurs, il convient de distinguer l'une de ces facultés en raison de la démarche spécifique dont elle procède : il s'agit de la faculté de recourir à l'expérimentation locale (2).

### *1 – Des facultés étendues d'intervention normative*

**769.** La révision constitutionnelle a reconnu aux collectivités territoriales un certain nombre de prérogatives en matière normative, leur permettant d'intervenir elles-mêmes sur le contenu des règles juridiques nationales, tant réglementaires que législatives, ce qui constitue une innovation majeure. Cette réforme avait été précédée de la reconnaissance, au profit de la collectivité territoriale de Corse, de certains pouvoirs analogues, qui n'avaient cependant pas tous été validés par le Conseil constitutionnel<sup>1732</sup>.

Ces prérogatives reposent toutes sur un dispositif permissif, compatible avec la libre administration des collectivités territoriales et avec le fait qu'elles permettent de déroger aux règles de principe, la dérogation étant nécessairement une faculté. Le caractère permissif de ces prérogatives se justifie aussi d'un point de vue pratique : quel serait l'intérêt d'obliger les collectivités territoriales à adapter ou écarter des règles de droit qu'elles peuvent trouver parfaitement applicables et pertinentes telles qu'elles sont posées par le législateur ou le pouvoir réglementaire national ? Ces prérogatives répondent à un souci d'adaptabilité de la règle de droit aux circonstances locales ; ce caractère contingent doit se traduire dans le dispositif normatif qui les introduit dans l'ordre juridique. Enfin, l'introduction d'une

---

<sup>1732</sup> Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 *relative à la Corse* (JORF 23 janvier 2002, p. 1503) ; sur la censure des dispositions de cette loi ouvrant au législateur, à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi : décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, cons. 18-21 (préc.).



obligation d'adaptation saperait certains fondements de la République, comme l'unité, qui postule au moins une unité de principe du droit applicable sur le territoire.

**770.** Les facultés d'intervention normative ainsi ouvertes<sup>1733</sup> présentent toutefois une certaine diversité. Toutes les collectivités territoriales n'en bénéficient pas nécessairement, dans la mesure où certains dispositifs ne concernent qu'une seule catégorie de collectivités ; de manière significative, ce sont les collectivités territoriales non continentales qui se voient reconnaître le plus grand nombre de prérogatives. En outre, l'objet de ces dernières varie d'une simple faculté de proposition d'évolution normative, à celle d'adopter des actes dans le domaine législatif.

**771.** La loi du 22 janvier 2002, *relative à la Corse*, a ainsi reconnu à l'Assemblée de Corse, la faculté de présenter, de sa propre initiative ou à la demande du conseil exécutif de la Corse, des propositions tendant à modifier ou à adapter des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ou en cours d'élaboration concernant les compétences, l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des collectivités territoriales de Corse, ainsi que toutes dispositions législatives et réglementaires concernant le développement économique, social et culturel de la Corse. Les propositions de l'Assemblée de Corse sont adressées au président du conseil exécutif qui les transmet au Premier ministre et au représentant de l'Etat dans la collectivité territoriale de Corse<sup>1734</sup>. Ces facultés permettent donc aux autorités corses d'attirer l'attention du Premier ministre sur un aspect du cadre juridique de l'île et d'initier éventuellement une adaptation ou une modification – opérée par les autorités nationales – des règles applicables. Cependant, le Premier ministre n'est pas lié par ces propositions<sup>1735</sup>.

**772.** L'adaptation des règles nationales est également envisagée à l'égard des départements et régions d'outre-mer, dans le cadre du principe d'identité normative, afin de tenir compte de leurs caractéristiques et contraintes particulières. L'article 73 alinéa 2 reconnaît cependant à ces collectivités la faculté de procéder elles-mêmes à ces adaptations, dans les matières où

---

<sup>1733</sup> Ou, dans la plupart des cas, tout au moins *reconnues*, à défaut d'être directement ouvertes aux collectivités territoriales. En effet, le législateur joue fréquemment un rôle de catalyseur de l'exercice de ces facultés. V. n° 788 et s.

<sup>1734</sup> Art. L4424-2-I et III du CGCT.

<sup>1735</sup> En soulignant le caractère simplement procédural des dispositions des articles L4424-2-I et III, et en précisant qu'elles ne transféraient, par elles-mêmes, aucune matière de nature réglementaire et législative à la Corse, le Conseil constitutionnel rappelait la permissivité bénéficiant au Premier ministre (v. décision n° 2001-454 DC, préc., cons. 9 et 17). Auparavant, à l'occasion de l'examen de la loi statutaire de 1991, qui prévoyait un mécanisme de proposition similaire en matière législative et réglementaire (art. 26), le Conseil avait censuré l'injonction faite au Premier ministre de se justifier sur les suites à donner aux propositions émanant de l'Assemblée de Corse (décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, préc., cons. 45-51).

s'exercent leurs compétences, sur habilitation législative ; cette faculté complète le pouvoir d'adaptation appartenant au législateur en vertu du premier alinéa de cet article.

773. La Constitution opère, en revanche, un saut qualitatif en reconnaissant aux départements et régions d'outre-mer une prérogative qui dépasse cette faculté d'adaptation. L'alinéa 3 de l'article 73 dispose en effet que « *par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi* ». Il ne s'agit donc pas d'un prolongement de la faculté d'adaptation mais d'une prérogative d'une autre nature, dans la mesure où elle permet de déroger à l'application du droit commun dans les départements et régions d'outre-mer, éventuellement adapté<sup>1736</sup>. La faculté reconnue est d'autant plus sensible qu'elle est conditionnée par la volonté de tenir compte des spécificités de ces collectivités, formule autorisant une distanciation plus importante par rapport au droit métropolitain. Comme le souligne la doctrine, « déroger au titre des *spécificités* est bien plus qu'adapter au titre des *caractéristiques et contraintes particulières* »<sup>1737</sup> ; le terme de *spécificité* est un « vocable que l'on a plutôt l'habitude d'employer s'agissant des TOM »<sup>1738</sup>.

774. Par ailleurs, contrairement à ce qui a pu être prévu pour l'Assemblée de Corse par l'article L4424-2-II du CGCT<sup>1739</sup>, l'intervention des DOM/ROM n'est pas cantonnée au domaine réglementaire : la Constitution leur ouvre le champ législatif en indiquant que les matières dans lesquelles la loi organique peut les autoriser à édicter un « droit local » peuvent relever du domaine de la loi. Certes, il ne s'agit que d'une faculté et le législateur peut ne pas la mettre en œuvre et limiter l'intervention directe de ces collectivités au règlement<sup>1740</sup>.

---

<sup>1736</sup> Olivier Gohin, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *op. cit.*, p. 678-683, p. 680.

<sup>1737</sup> Olivier Gohin, « La réforme constitutionnelle de la décentralisation après la première lecture devant le Sénat », *LPA* 26 novembre 2001, n° 236, p. 5.

<sup>1738</sup> Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *op. cit.*, p. 568

<sup>1739</sup> « *Le pouvoir réglementaire de la collectivité territoriale de Corse s'exerce dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi. - Sans préjudice des dispositions qui précèdent, dans le respect de l'article 21 de la Constitution, et pour la mise en œuvre des compétences qui lui sont dévolues en vertu de la partie législative du présent code, la collectivité territoriale de Corse peut demander à être habilitée par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental* ».

<sup>1740</sup> Initialement, le projet de loi constitutionnelle mentionnait les matières « relevant de la loi » ; afin d'inclure les matières réglementaires dans le champ de la faculté de l'art. 73 al.3, et d'autoriser sans équivoque l'intervention des DOM/ROM dans le domaine de la loi, la rédaction a donc été modifiée. Or, la formule adoptée (« *pouvant relever du domaine de la loi* ») introduit une faculté supplémentaire au bénéfice du législateur. Non

Toutefois, l'innovation est remarquable et certains estiment qu'« il est probable que ces facultés ne resteront pas lettre morte, induisant inévitablement un risque de dérive vers l'autonomie juridique et, de manière plus prosaïque, une difficulté accrue d'accès aux normes applicables »<sup>1741</sup>. Sans verser les DOM/ROM dans le régime normatif de l'article 74 de la Constitution concernant les COM – ensemble marqué par une importante hétérogénéité statutaire – le constituant organise, sur un mode permissif, un cadre statutaire intermédiaire. M. Gohin considère ainsi avec réalisme qu'« au milieu de l'article 73, il existe une sorte d'article 73 et demi pour des collectivités dont les élus ont finalement obtenu de rester organiquement dans le régime de l'article 73, par crainte infondée de sortir du champ du droit communautaire, tout en se donnant la possibilité d'entrer matériellement dans celui de l'article 74, par souci aventureux de pénétrer dans le champ du droit local »<sup>1742</sup>.

Cependant, le constituant a prévu un certain nombre de domaines dans lesquels la faculté de dérogation tenant aux spécificités des DOM/ROM est fermée. L'alinéa 4 de l'article 74 énonce la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération peut être précisée et complétée par la loi organique. De la même manière, au terme de l'alinéa 5, aucune « règle locale » ne peut être adoptée lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti. Ainsi bornée, la faculté d'intervention normative reconnue aux DOM/ROM ne risque pas, en principe, de porter atteinte aux prérogatives régaliennes de l'Etat, ni d'engendrer des inégalités territoriales d'exercice des libertés publiques au sein de la République.

775. Le dispositif du nouvel article 73, mis en place par la révision constitutionnelle de 2003, que le rapporteur à l'Assemblée nationale qualifiait de « triptyque "assimilation-adaptation-différenciation" »<sup>1743</sup> introduit donc une flexibilité importante dans le régime de l'identité législative, « chaque département d'outre-mer et région d'outre-mer ayant la faculté de choisir où il souhaite placer le curseur entre assimilation et adaptation »<sup>1744</sup>. Reposant sur le

---

seulement il n'est pas tenu d'habiliter ces collectivités à intervenir directement, mais en outre, il n'est pas obligé de leur donner une habilitation dans le domaine législatif. Cf. Jean-Philippe Thiellay, *ibid.*, note 13.

<sup>1741</sup> Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *op. cit.*, p. 568.

<sup>1742</sup> Olivier Gohin, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *op. cit.*, p. 680.

<sup>1743</sup> Pascal Clément, rapport in *L'organisation décentralisée de la République*, *op. cit.*, p. 127

<sup>1744</sup> *Ibid.*

« principe cardinal du volontariat »<sup>1745</sup>, donc de la permissivité normative, ce dispositif « [éviterait] tout risque de dérapage »<sup>1746</sup>, selon M. Oraison. L’auteur ne précise guère sa pensée, mais sans doute faut-il comprendre que l’article 73 n’empêche pas les DOM/ROM qui le souhaiteraient, de ne pas multiplier les adaptations et dérogations au droit commun ou tout au moins d’exercer ces facultés de manière plus retenue.

Dans cette perspective, l’exclusion de l’application des dispositions de l’article 73 alinéas 3 et 4 pour la Réunion paraît contestable<sup>1747</sup>. Certes, le Sénat a souhaité répondre aux inquiétudes de certains élus de l’île<sup>1748</sup>. Cependant, le caractère permissif de l’alinéa 3 laissait aux autorités réunionnaises toute latitude pour ne pas exercer la faculté en cause ; cela n’a pas manqué d’être souligné<sup>1749</sup>. Cette exclusion méconnaît un principe de rationalité instrumentale élémentaire : si la position de la Réunion venait à évoluer, et que les élus – majoritaires – de l’île souhaitaient finalement pouvoir bénéficier de la faculté de l’article 73 alinéa 3, une révision constitutionnelle s’imposerait. A l’évidence, la cadence des révisions de la Constitution montre que la rigidité relative de la loi fondamentale n’est guère un frein à l’exercice du pouvoir constituant dérivé, mais une telle nécessité n’est pas propice à la stabilité normative.

**776.** Le cadre juridique tracé par l’article 73 de la Constitution met donc en exergue l’utilité de la technique normative permissive pour assurer l’adaptation du droit commun aux collectivités territoriales dont le particularisme justifie un traitement spécifique. Certes, le cas réunionnais ne tire pas parti, sans doute par excès de précaution, du caractère simplement virtuel des facultés ouvertes dans le texte constitutionnel, mais la norme permissive se

---

<sup>1745</sup> André Oraison, « Quelques réflexions générales sur l’article 73 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *op. cit.*, p. 688.

<sup>1746</sup> *Ibid.*

<sup>1747</sup> Art. 73 al. 5 : « La disposition prévue aux deux précédents alinéas n’est pas applicable au département et à la région de La Réunion ». Cela est d’autant plus contestable que la faculté d’opter pour le régime de l’article 74 n’est pas fermée (art. 72-4), ni celle de constituer une collectivité territoriale unique (art. 73 al. 7), tout aussi « attentatoires » à l’assimilation de la Réunion au sein de la République.

<sup>1748</sup> Pour une présentation détaillée des fondements – politiques – de cette exception, v. André Oraison, « Quelques réflexions générales sur l’article 73 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *op. cit.*, p. 689.

<sup>1749</sup> M. Thiellay considère que cette exclusion « dès lors qu’il ne s’agit que de facultés, paraît contestable » (« Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *op. cit.*, p. 567). Mme Brigitte Girardin, ministre de l’Outre-mer, notait que l’amendement de M. Virapoullé (n° 85) « privera les Réunionnais d’une simple possibilité » ; citée par André Oraison, « Quelques réflexions générales sur l’article 73 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *op. cit.*, p. 690. Lui-même s’interroge d’ailleurs : « Pourquoi exclure expressément le département de la Réunion du dispositif, au demeurant facultatif, de l’habilitation législative alors même qu’il est prévu que l’habilitation en question sera encadrée par une loi organique et ne pourra, par ailleurs, se faire que sous le contrôle objectif et rigoureux du Conseil constitutionnel ? » (*ibid.*).

présente comme un gage de prise en compte des aspirations différentes des diverses collectivités, à exercer une compétence normative et se différencier au sein de la République. Cela se vérifie également pour les COM dotées de l'autonomie et la Nouvelle-Calédonie, avec la faculté qui leur a été reconnue d'adopter, pour les premières<sup>1750</sup>, « *certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi* » (art. 74 al. 8 de la Constitution), actes dénommés « lois du pays »<sup>1751</sup>, et pour la seconde, « *certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante [...] soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel* » (art. 77 al. 3), correspondant également à des « lois du pays »<sup>1752</sup>, qu'elle peut adopter dans douze matières déterminées par l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999. Pour ces collectivités, dont les liens avec la République sont plus lâches, la permissivité accompagnant ces compétences normatives n'était guère évitable ; elle est une des conditions de l'autonomie effective qui leur est reconnue.

777. Parallèlement, l'article 74 alinéa 9 de la Constitution confère aux COM dotées de l'autonomie la faculté de protéger leur capacité d'intervention normative, en disposant que « *l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité* ». Cette procédure de « désétatisation »<sup>1753</sup> n'est pas sans rappeler celle de délégalisation (ou déclassement) de dispositions législatives intervenues dans le champ du règlement par l'article 37 alinéa 2 de la Constitution ; comme dans ce cadre-ci, la faculté reconnue à ces COM doit leur permettre de se défendre contre les empiètements d'un pouvoir concurrent, en l'occurrence celui de l'Etat.

---

<sup>1750</sup> Le pluriel s'explique par la vocation de cette catégorie à accueillir d'autres collectivités que la seule Polynésie française.

<sup>1751</sup> La loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française emploie systématiquement la formule « *actes prévus à l'article 140 dénommés « "loi du pays" »*, qu'elle place toujours entre guillemets. Ces actes sont des actes administratifs, soumis au contrôle du Conseil d'Etat (art. 74 al. 8 de la Constitution ; rappelé par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 90, préc.).

<sup>1752</sup> Si ces actes n'ont pas une nature administrative, leur caractère législatif n'est cependant pas assuré. Sur ces questions, v. Oliver Gohin, « L'apport de l'évolution institutionnelle de l'outre-mer non départementalisé au droit constitutionnel depuis 1998 », CCC n° 12, 2002, p. 112-117. V. aussi Estelle Brosset, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *op. cit.*, p. 726-730. Par ailleurs, la notion de « loi du pays » s'avère particulièrement indécise en ce qu'elle se rapporte tant à la Nouvelle-Calédonie qu'à la Polynésie française, sans pour autant signifier la même chose : à une même notion correspondent deux régimes juridiques. La distinction entre des lois *du* pays (polynésiennes) et des lois *de* pays (néo-calédoniennes) ne semble pas établie : si la loi organique relative au statut de la Polynésie française emploie exclusivement la notion de lois *du* pays, la loi organique de 1999 n'évoque les lois *de* pays qu'à l'art. 102 al.2 – peut-être s'agit-il d'une erreur matérielle.

<sup>1753</sup> Jean-Philippe Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *op. cit.*, p. 569.

778. La Constitution ne limite toutefois pas aux collectivités ultramarines ou à la Corse de telles prérogatives normatives, permettant l'ajustement de la règle de droit aux particularismes locaux. La reconnaissance constitutionnelle de la faculté de procéder à des expérimentations locales généralise la possibilité d'intervention normative à l'ensemble des collectivités territoriales. Au demeurant, cette prérogative se distingue des précédentes par la démarche qu'elle suppose.

## ***2 – La faculté d'expérimentation locale***

779. L'article 72 alinéa 4 de la Constitution dispose : « *Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ». Un an environ après que le Conseil constitutionnel ait censuré une disposition de la loi du 22 janvier 2002 sur la Corse, qui ouvrait à l'Assemblée de Corse la faculté de procéder à des expérimentations dans le domaine de la loi<sup>1754</sup>, le constituant consacrait donc cette faculté pour l'ensemble des collectivités territoriales de la République, tant dans les matières réglementaires<sup>1755</sup> – où l'expérimentation était déjà admise – que législatives, privant d'effet la position de la Haute instance.

Celle-ci avait considéré qu'« *en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution* »<sup>1756</sup> ; autrement dit, pour le Conseil, en habilitant une collectivité territoriale à expérimenter dans le domaine de la loi, le législateur empiétait sur une compétence qui n'appartient qu'au pouvoir constituant. Le juge

---

<sup>1754</sup> Le projet d'article L4424-2-IV du CGCT prévoyait ainsi que « lorsque l'Assemblée de Corse estime que les dispositions législatives en vigueur ou en cours d'élaboration présentent, pour l'exercice des compétences de la collectivité territoriale, des difficultés d'application liées aux spécificités de l'île, elle peut demander au Gouvernement que le législateur lui ouvre la possibilité de procéder à des expérimentations comportant le cas échéant des dérogations aux règles en vigueur, en vue de l'adoption ultérieure par le Parlement de dispositions législatives appropriées ». V. la décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse* (préc.).

<sup>1755</sup> Les collectivités territoriales avaient en effet développé des expérimentations en dehors de toute habilitation législative, sur le fondement de leur clause générale de compétence, mais simplement dans des matières réglementaires. Le juge administratif avait admis ces interventions : v. CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul* (préc.).

<sup>1756</sup> Décision précitée, cons. 21.

constitutionnel assimilait donc l'expérimentation dans le domaine de la loi à l'exercice même du pouvoir législatif. Or, le seul titulaire de la compétence législative étant le Parlement, en vertu de l'article 34, il n'était pas envisageable qu'une collectivité territoriale, dotée d'un simple pouvoir réglementaire<sup>1757</sup>, se voit déléguer une telle compétence par la loi.

**780.** Le constituant a donc finalement ouvert lui-même une brèche dans la compétence du législateur, en l'autorisant à habiliter les collectivités territoriales et leurs groupements<sup>1758</sup> à procéder à des expérimentations législatives. Cette faculté se distingue de celle introduite à l'article 37-1 de la Constitution, qui énonce que « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ». Il s'agit d'une prérogative reconnue au législateur lui-même, qui confirme le droit à l'expérimentation d'Etat, telle qu'il avait pu être mis en œuvre auparavant<sup>1759</sup>.

Le Conseil constitutionnel, tout en admettant le principe des expérimentations dérogeant à des lois en vigueur, s'est attaché à les assortir de conditions précises. Sa décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*<sup>1760</sup>, fixe un cadre dans lequel sont tenues de s'inscrire les expérimentations : elles doivent être explicites, le législateur devant définir précisément la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises ; doivent également être prévues par la loi les conditions et procédures selon lesquelles ces expérimentations feront l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon ». Une troisième condition s'est ajoutée en 1994, tenant au caractère nécessairement temporaire de l'expérimentation<sup>1761</sup>.

---

<sup>1757</sup> Pouvoir qui est, par ailleurs, de second ordre par rapport au pouvoir réglementaire national. Cela se lit notamment au travers de la rédaction précautionneuse de l'article L4424-2-II du CGCT, qui prévoit un pouvoir d'adaptation des règlements aux spécificités de la Corse.

<sup>1758</sup> Il est très probable qu'en pratique cela ne concerne que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre.

<sup>1759</sup> V. not. la loi du 17 janvier 1975 *sur l'interruption volontaire de grossesse* (préc.), ou la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1988 *sur le RMI*. Plus tard, l'introduction de la couverture maladie universelle prendra les traits d'une expérimentation (loi du 27 juillet 1999), de même que l'institution de la prestation spécifique dépendance (loi du 24 janvier 1997), la régionalisation de la gestion de certaines lignes de chemins de fer (loi du 13 février 1997 *portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France »* ; régionalisation généralisée par la loi du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*) ou encore le transfert aux régions de compétences en matière de développement des ports maritimes, des aérodromes, et de patrimoine culturel (loi du 27 février 2002 *sur la démocratie de proximité*).

<sup>1760</sup> *RJC* I-533 ; *RA* 1993, p. 443 ; *RFDC* 1993, p. 830 ; *LPA* 27 février 1994, p. 4 ; *Pouvoirs*, n° 68, p. 159.

<sup>1761</sup> Décision n° 94-333 DC du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Rec. CC*, p. 32, *RJC* I-569.

**781.** L'article 72 alinéa 4 de la Constitution et la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003 qui précise le régime des expérimentations par les collectivités territoriales<sup>1762</sup>, ne s'éloignent pas des conditions posées par la jurisprudence : la loi autorisant les collectivités territoriales à déroger aux dispositions législatives régissant leurs compétences<sup>1763</sup>, « doit [définir] l'objet de l'expérimentation ainsi que sa durée, qui ne peut excéder cinq ans, et [mentionner] les dispositions auxquelles il peut être dérogé » (art. LO 1113-1 al. 1 du CGCT). L'obligation d'évaluation est rappelée par l'article LO 1113-6, qui dispose qu'« avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation », la loi doit déterminer la suite à donner au processus (prolongation, généralisation, abandon...) <sup>1764</sup>.

**782.** En dépit de règles impératives visant à encadrer un processus mettant en cause l'unité normative sur le territoire national, un certain nombre de dispositifs permissifs doivent être relevés dans le cadre tracé par le Constituant et le législateur organique, d'autant que cette permissivité est au cœur du mécanisme de l'expérimentation.

**783.** L'initiative de l'expérimentation appartient donc, par principe, aux collectivités territoriales, dans les conditions définies par la loi organique ; il s'agit pour elles d'une simple faculté, comme cela était prévisible eu égard, notamment, au principe de libre administration<sup>1765</sup>. A cette raison il faut ajouter le fait que l'expérimentation implique une

---

<sup>1762</sup> Loi organique n° 2003-704 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, JORF 2 août 2003, p. 13217 ; v. CGCT, art. LO 1113-1 à 1113-7. Le Conseil constitutionnel a reconnu la conformité du texte à la Constitution (décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, LPA 30 septembre 2003, p. 5-8, note J.-E. Schoettl). Pour un commentaire, v. not. Jean-Marie Pontier, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA* 2003, p. 1715-1723 ; Florence Crouzatier-Durand, « L'expérimentation locale (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003) », *RFDA* 2004, p. 21-28.

<sup>1763</sup> Cette formule a suscité des interrogations doctrinales : certains estiment qu'il convient de comprendre qu'il sera permis de déroger tant aux règles de répartition des compétences qu'aux règles régissant la compétence déléguée ; seraient donc concernées à la fois les règles de forme sur la répartition des compétences entre collectivités et entre l'Etat et les collectivités, et les règles de fond, déterminant d'un *corpus* normatif régissant un secteur (v. not. Pascal Clément, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République*, Doc. AN, n° 376, p. 91 ; Jean-François Brisson, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 536-537 ). Pour d'autres auteurs, ne seraient concernées que les dérogations aux lois régissant une compétence, les expérimentations-transferts de compétences restant possibles sans recourir à la procédure des lois d'habilitation (v. Jean-Marie Pontier, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 1718 ; Michel Piron, *Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Doc. AN, n° 955, 18 juin 2003, p. 26, consultable en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0955.pdf>).

<sup>1764</sup> La procédure fixée pour les expérimentations législatives, qui font intervenir la loi, est transposée, *mutatis mutandis*, pour les expérimentations réglementaires, où le Gouvernement, agissant par décret en Conseil d'Etat, assume les fonctions précédemment dévolues au législateur (habilitation des collectivités pouvant participer à l'expérimentation, précision des conditions de l'expérimentation, décision de la suite à donner à l'expérimentation).

<sup>1765</sup> Mme Crouzatier-Durand le fait remarquer : « L'expérimentation locale (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003) », *op. cit.*, p. 25.



déroger aux règles en vigueur, et comme telle, une atteinte au principe d'égalité : dès lors, l'expérimentation ne saurait logiquement être impérative<sup>1766</sup>. L'article 72 alinéa 4 de la Constitution dispose donc que les collectivités et leurs groupements « *peuvent [...] déroger, à titre expérimental* » aux lois et règlements régissant l'exercice de leurs compétences. L'article LO 1113-2 du CGCT précise certaines conditions d'exercice de cette faculté : « *Toute collectivité territoriale entrant dans le champ d'application défini par la loi [...] peut demander, dans le délai prévu à l'article précédent, par une délibération motivée de son assemblée délibérante, à bénéficier de l'expérimentation mentionnée par cette loi* ». Les collectivités que la loi habilite à demander le bénéfice de l'expérimentation présenteront donc librement leur candidature. Cette liberté a pour conséquence qu'il est toujours possible à une collectivité territoriale d'abandonner l'expérimentation avant le terme de celle-ci.

**784.** A l'autre extrémité du processus d'expérimentation, c'est-à-dire au terme de l'évaluation à laquelle il a nécessairement été procédé, la norme permissive refait son apparition au travers des prérogatives reconnues au législateur s'agissant d'expérimentation législative<sup>1767</sup>, et au Gouvernement en matière réglementaire<sup>1768</sup>. Ainsi, l'un comme l'autre ont-ils le choix entre la prolongation ou la modification de l'expérimentation pour une durée maximale de trois ans, le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental et l'abandon de l'expérimentation (cela assure la réversibilité du processus). M. Pontier considère qu'une seconde prolongation de l'expérimentation ne semble pas exclue dans la mesure où un amendement visant à limiter cette possibilité à une seule fois s'est vu rejeté lors du vote de la loi organique<sup>1769</sup>.

Cette alternative est complétée par une autre option puisque l'article LO 1113-6 prévoit que « *le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un de ces effets proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation* » ; en d'autres termes, le dépôt d'un simple projet de texte proroge le délai, ce qui n'a pas heurté le Conseil constitutionnel, le mécanisme se rapprochant finalement de ce qui est prévu à l'article 38 de la Constitution, lors

---

<sup>1766</sup> V. Florence Crouzatier-Durand, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 18 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC* 2003, n° 56, p. 675-695, spéc. p. 692.

<sup>1767</sup> Art. LO 1113-6 du CGCT.

<sup>1768</sup> V. l'art. LO 1113-7 al. 4 du CGCT, qui ouvre au Gouvernement, par voie de décret en Conseil d'Etat, la faculté de prendre « *l'une des mesures prévues à l'article LO 1113-6* ».

<sup>1769</sup> Jean-Marie Pontier, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, *op. cit.*, p. 1721.

qu'un projet de loi de ratification d'une ordonnance est déposé, évitant la caducité de cette dernière, dont la durée de validité se trouve prorogée.

**785.** A ces options prévues par la loi organique, il convient d'ajouter d'autres facultés non expressément prévues par la loi organique. En premier lieu, le législateur et le Gouvernement pourraient n'adopter aucun texte à l'issue du délai d'expérimentation. Cette carence emporterait abrogation tacite des dispositions dérogatoires et retour à l'état initial du droit, exception faite du maintien, dans les conditions de la jurisprudence, de certains actes non réglementaires ayant créé des droits. Certes, cette éventualité n'est pas réellement une option proprement conférée à l'autorité compétente, mais il s'agit tout de même d'une faculté résultant de la non-sanction du défaut d'intervention à l'issue de l'expérimentation et du jeu du principe d'égalité, qui ne tolère qu'une entorse limitée<sup>1770</sup>.

En second lieu, constatant le résultat probant d'une expérimentation, mais sa difficile ou impossible transposabilité à l'ensemble des collectivités, l'autorité compétente pourrait opter pour l'une des deux solutions suivantes. D'une part, la collectivité ayant procédé avec succès à l'expérimentation pourrait se voir dotée d'un statut particulier, seul statut lui permettant de continuer à voir l'exercice de ses compétences régi par des dispositions dérogatoires au droit commun. Cependant, cette solution – bien que sans doute d'un rare recours – a pour conséquence d'induire un risque de fragilisation du principe d'unité catégorielle et de favoriser une excessive différenciation au sein de la République<sup>1771</sup>. D'autre part, l'autorité compétente pour décider du sort de l'expérimentation pourrait procéder à la « rénovation » du pouvoir réglementaire local : la notion n'est pas très claire et l'on ne peut guère compter, pour en préciser le sens, sur la doctrine<sup>1772</sup> qui se borne à répéter les mots du rapporteur M. Piron : « la loi [confie] le domaine en question à la compétence des collectivités territoriales ». Dans ce cas, « la collectivité à l'origine de l'expérimentation peut ainsi poursuivre la réglementation qu'elle a pratiquée pendant la durée de l'expérimentation, les autres collectivités pouvant la suivre ou décider de maintenir les règles en vigueur. Il n'y a pas dans ce cas généralisation de

---

<sup>1770</sup> Le Conseil constitutionnel le rappelle implicitement en indiquant l'impératif de généralisation, en cas de maintien de la règle expérimentale (décision 2003-478, préc.). Dès lors, aucune prorogation tacite de l'expérimentation n'est concevable.

<sup>1771</sup> Néanmoins, c'est l'option qui a été choisie par la loi de 2002 sur la Corse. Cf. Jean-Luc Pissaloux, « Réflexions sur l'expérimentation normative », *DA* 2003, n° 19, p. 19.

<sup>1772</sup> Jean-Marie Pontier, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, *op. cit.*, p. 1722 ; Florence Crouzatier-Durand, « L'expérimentation locale (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003) », *op. cit.*, p. 26 ; même auteur,

l'expérimentation, mais affirmation de l'initiative locale, dans le respect de l'article 34 de la Constitution sur les domaines réservés à la loi et au règlement »<sup>1773</sup>.

Ce qu'il convient de remarquer est évidemment le caractère permissif de cette « rénovation » : elle ouvrirait en effet une simple faculté d'appliquer les nouvelles règles aux collectivités territoriales n'ayant pas procédé à l'expérimentation – les collectivités expérimentatrices seraient au contraire tenues de les appliquer. Dans cette hypothèse, la généralisation de la règle expérimentée à l'ensemble des collectivités ne semble réalisée qu'au gré d'une conception souple, acceptant qu'une généralisation de principe, impliquée par une disposition permissive, suffise. Ce ne serait pas tant la détermination des collectivités pour l'adoption du droit issu de l'expérimentation ou le maintien des règles en vigueur qui opèrerait la généralisation, mais l'ouverture même de la faculté, en ce qu'elle modifie l'ordonnement juridique<sup>1774</sup>.

**786.** L'intervention normative des collectivités territoriales par le biais de la faculté d'expérimentation repose donc sur des mécanismes permissifs qui ménagent tant la liberté d'option des acteurs locaux que des autorités étatiques, chargées d'orchestrer le processus et de décider du sort de l'expérimentation. Deux remarques s'imposent toutefois.

Premièrement, le caractère facultatif des expérimentations locales pour les collectivités territoriales peut avoir pour effet de « fausser » l'expérimentation quant aux enseignements à en tirer : « ne risquent de participer que ceux qui seront prêts à s'impliquer pleinement dans la réforme, ce qui ne sera pas nécessairement le cas de ceux restés en dehors »<sup>1775</sup>. Autrement dit, l'expérimentation se fait sur des collectivités acquises à la démarche.

La seconde remarque concerne la permissivité reconnue à l'autorité chargée de décider de l'issue de l'expérimentation. Il est évident qu'un dispositif permissif était incontournable dans cette nouvelle démarche de création de la règle de droit : comment assurer la prise en compte des résultats de l'évaluation sans ménager une liberté d'appréciation aux organes chargés d'en tirer les conclusions ? La question de l'issue d'une expérimentation appelle une réponse en opportunité, que le droit ne peut trop êtreindre. Par ailleurs, l'empirisme de la méthode

---

<sup>1773</sup> Michel Piron, *Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>1774</sup> Ceci doit être rapproché d'une appréhension en terme d'effets de l'exécution des normes permissives. V. n° 369 et s.

<sup>1775</sup> Laurent Dauphin, « L'expérimentation, nouveau mode de création du droit ? », in Cédric Groulier, Clément Lévy et Gian Maria Tore (dir.), *Regards croisés sur l'expérience dans les sciences de l'homme et de la société*, PULIM, 2006, p. 105-119, spéc. p. 117.

commande le rejet de tout systématisme normatif. La légitimité de la règle de droit se fonde désormais sur l'effectivité et l'efficacité – dans le cadre de politiques publiques – et non plus sur l'autorité ou l'idée d'une puissance intrinsèque<sup>1776</sup>. Or, cette évolution de la rationalité juridique – dont l'expérimentation est une conséquence<sup>1777</sup> – s'est accompagnée d'une mutation des instruments normatifs ; la norme permissive s'est imposée comme l'un des moyens de mettre en œuvre ces nouvelles exigences.

**787.** L'émancipation locale prend donc, depuis peu, une tournure normative : les facultés d'intervention reconnues aux collectivités territoriales sur les lois et règlements applicables sur leur territoire, notamment au travers du mécanisme d'expérimentation locale, sont particulièrement remarquables. Le droit positif en la matière démontre toutefois que de telles prérogatives ne sauraient, en raison du principe de libre administration et de la liberté d'appréciation qu'elles impliquent, reposer sur des normes exclusivement impératives. Au contraire, les dispositions permissives sont omniprésentes, du principe à la concrétisation de ces prérogatives. Il faut cependant se garder d'exagérer la liberté normative ainsi reconnue aux acteurs locaux. A bien des égards, elle est contenue par les autorités de l'Etat.

## B – UNE EMANCIPATION NORMATIVE CONTENUE

**788.** Les facultés d'adaptation du droit commun et d'adoption de règles locales prévues outre-mer et en Corse, de même que la faculté d'expérimentation par l'ensemble des collectivités territoriales, sont rigoureusement encadrées par l'Etat. L'autonomie normative des collectivités s'inscrit toujours dans la perspective d'une libre administration médiata par le législateur<sup>1778</sup> et en deçà du pouvoir réglementaire national.

**789.** En matière d'expérimentation par les collectivités territoriales, le procédé de l'habilitation est omniprésent. Il permet de maintenir le contrôle étatique sur les collectivités

---

<sup>1776</sup> Jacques Chevallier, « La rationalisation de la production juridique », in Charles-Albert Morand, *L'Etat propulsif*, *op. cit.*, p. 19 ; Florence Crouzatier-Durand, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 18 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *op. cit.*, p. 676.

<sup>1777</sup> Sur la démarche expérimentale, v. not. : Jean Boulouis, « Note sur l'utilisation de la "méthode expérimentale" en matière de réformes », *Mélanges Louis Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 34-35 ; Jacques Chevallier, « Les lois expérimentales, le cas français », *Évaluation législative et lois expérimentales*, études réunies par Charles-Albert Morand, PUAM, 1993, p. 122 ; Catherine Mamontoff, « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP* 1998, p. 351-371 ; Roland Drago, « Le droit de l'expérimentation », *Mélanges François Terré*, PUF, 1999, p. 229 ; Vanessa Perrocheau, « L'expérimentation, un nouveau mode de création législative », *RFaffaires sociales*, n° 1, 2000, p. 14.

<sup>1778</sup> Il est l'« intermédiaire obligé », selon la formule de M. André Roux, *Droit constitutionnel local*, Economica, 1995, spéc. p. 67.

et d'assurer le respect du principe d'égalité. Sa conjugaison à une compétence discrétionnaire reconnue, selon le cas, au législateur ou au pouvoir réglementaire, confère un important pouvoir d'appréciation à l'Etat qui donne la mesure réelle du pouvoir d'intervention normative des acteurs locaux.

L'article 72 alinéa 4 de la Constitution dispose d'abord que la faculté d'expérimentation par les collectivités territoriales s'exerce selon les conditions prévues par le législateur organique. La loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003 définit ainsi un cadre juridique général pour l'exercice concret de ces expérimentations. C'est ensuite une autre loi ou un décret en Conseil d'Etat, qui seuls autorisent les collectivités territoriales à déroger à titre expérimental aux dispositions régissant l'exercice de leurs compétences<sup>1779</sup> : il leur appartient de définir l'objet et la durée de l'expérimentation et les dispositions qui sont concernées. Mais surtout, ils doivent également préciser « *la nature juridique et les caractéristiques des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation ainsi que, le cas échéant, les cas dans lesquels l'expérimentation peut être entreprise* » ; ils fixent en outre « *le délai dans lequel les collectivités territoriales qui remplissent les conditions [...] fixées peuvent demander à participer à l'expérimentation* ».

**790.** En d'autres termes, l'Etat détermine ponctuellement les collectivités qui seront autorisées à prendre part à l'expérimentation, de même que les termes de celle-ci ; la faculté d'intervention normative des collectivités n'est donc qu'une virtualité tant que le législateur ou le pouvoir réglementaire national n'ont pas décidé d'inclure ces collectivités dans le champ d'une expérimentation donnée. Si certains auteurs refusent d'admettre l'existence d'un droit à l'expérimentation des collectivités territoriales et préfèrent parler de « droit de demander à bénéficier de l'expérimentation »<sup>1780</sup>, ce droit de demander n'existe pas de manière permanente ; il est contingent, lié à un texte d'habilitation particulier. Ainsi, pour telle ou telle expérimentation, les autorités nationales pourront ne retenir que certaines catégories de collectivités (les régions, les départements d'outre-mer, la Corse), certaines collectivités au sein d'une catégorie (les communes atteignant un certain seuil démographique, les communes

---

<sup>1779</sup> Respectivement, art. LO 1113-1 et LO 1113-7 du CGCT.

<sup>1780</sup> V. Jean-François Brisson, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 538. M. Pontier s'interroge : « Peut-on même parler, comme certains l'ont pensé, d'un droit à demander à bénéficier de l'expérimentation ? On peut en douter, la demande n'étant qu'une possibilité offerte à certaines collectivités » (« La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 1717). M. Favoreu évoque un « droit à bénéficier de l'expérimentation », ce qui semble également plus restreint (Louis Favoreu et a., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 714).

littorales...), des collectivités « chef de file » ou encore certains établissements publics de coopération intercommunale.

**791.** Mais dès lors qu'une collectivité figure parmi celles qui sont habilitées à participer à l'expérimentation, rien ne peut les empêcher d'exercer leur faculté<sup>1781</sup> et de prendre effectivement part à l'expérimentation. En effet, l'article LO 1113-2 prévoit que « *le Gouvernement vérifie que les conditions légales sont remplies et publie, par décret, la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation* » ; or, le Conseil constitutionnel a précisé que le Gouvernement était tenu de retenir les demandes de toutes les collectivités répondant aux conditions de l'habilitation. Il considère que le législateur organique, a « *[lié] la compétence du pouvoir réglementaire pour dresser la liste des collectivités territoriales admises à participer à une expérimentation* » – c'est, semble-t-il, une condition de conformité de la loi organique à la Constitution<sup>1782</sup>.

**792.** Au demeurant, l'influence des demandes de participation des collectivités territoriales ne serait pas sans produire d'effet sur les autorités chargées de procéder aux habilitations : selon l'article LO 1113-5 alinéa 2 du CGCT, « *chaque année, le Gouvernement transmet au Parlement un rapport retraçant l'ensemble des propositions d'expérimentation et demandes formulées au titre de l'article LO 1113-2 que lui ont adressées les collectivités, en exposant les suites qui leur ont été réservées* ». Etant donné que le Gouvernement a compétence liée pour inscrire les collectivités répondant aux conditions d'une expérimentation sur la liste de l'article LO1113-2 dès lors qu'elles en font la demande, il semble logique de comprendre que les « *suites qui leur ont été réservées* » correspondent aux réponses négatives adressées à l'encontre des collectivités volontaires qui ne répondaient pas aux conditions de l'habilitation – et aux réponses positives données aux demandes de collectivités régulièrement habilitées. Or, pour Mme Crouzatier-Durand, ces demandes pourront « permettre d'élaborer les lois d'habilitation ; cela confirmerait que l'initiative des expérimentations doit essentiellement provenir des collectivités territoriales »<sup>1783</sup>.

Cette interprétation mérite cependant quelques réserves, dans la mesure où rien n'impose que les habilitations étatiques à venir s'accordent avec les demandes passées, notamment celles

---

<sup>1781</sup> « Toute collectivité territoriale entrant dans le champ d'application défini par la loi mentionnée à l'article LO 1113-1 peut demander, dans le délai prévu à l'article précédent, par une délibération motivée de son assemblée délibérante, à bénéficier de l'expérimentation mentionnée par cette loi » (art. LO 1113-2 du CGCT).

<sup>1782</sup> Décision 2003-478, cons. 6, préc.

<sup>1783</sup> Florence Crouzatier-Durand, « L'expérimentation locale (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003) », *op. cit.*, p. 25.

restées insatisfaites. D'ailleurs, les demandes rejetées proviennent de collectivités qui ont cru, à tort, qu'elles étaient habilitées à participer à l'expérimentation ; par ailleurs, les demandes favorablement accueillies par le Gouvernement n'ont rien de significatif d'une demande locale, dès lors qu'elles répondaient à une sollicitation de l'Etat. Si une influence existe, elle n'est donc que factuelle, l'article L1113-5 étant muet quant à l'exploitation qu'il convient de faire du rapport annuel du Gouvernement.

**793.** La faculté d'expérimentation reconnue aux collectivités territoriales doit donc être appréciée à sa stricte valeur : si les autorités locales sont libres de participer à ce type de démarche, elles se voient en quelque sorte instrumentalisées dans un processus donnant un pouvoir de décision finale aux seuls organes de l'Etat. Par ailleurs, ni la Constitution, ni la loi organique, ne prévoient d'initiative locale de l'expérimentation. Dans ces conditions, les collectivités n'ont en définitive que la faculté de répondre à un appel à candidature que seul l'Etat peut lancer. L'intervention normative des collectivités territoriales est donc, dans ce cadre-là, une prérogative fortement limitée. Un même souci de maîtrise étatique existe concernant des facultés ouvertes au profit des collectivités ultramarines et de la Corse en matière d'adaptation du droit commun et d'adoption d'un droit local.

**794.** Le procédé de l'habilitation est également récurrent. Mme Brosset souligne à ce propos que la Constitution distingue entre les « incursions temporaires » des collectivités territoriales dans le domaine de la loi, qui appellent l'intervention du législateur ordinaire et les « incursions définitives », nécessitant une loi organique<sup>1784</sup>. Par « incursions temporaires », il faut entendre la faculté qu'ont les DOM/ROM d'adapter le droit commun pour tenir compte de leurs caractéristiques et contraintes particulières (art. 73 al. 2 de la Constitution), ou encore celle de fixer elles-mêmes, notamment dans le domaine de la loi, des règles visant à tenir compte de leurs spécificités (art. 73 al. 3).

Toutefois, dans ces deux hypothèses, le législateur organique doit tout de même intervenir pour prévoir les conditions et réserves sous lesquelles les habilitations de la loi ordinaire sont données aux collectivités demandant à mettre en œuvre ces facultés<sup>1785</sup>. Une double intervention du législateur est donc sollicitée ; « parce que la loi organique aura

---

<sup>1784</sup> Estelle Brosset, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *op. cit.*, p. 718 et s.

<sup>1785</sup> Art. 73 al. 6 de la Constitution. A la différence de la faculté d'expérimentation, les facultés reconnues aux alinéas 2 et 3 de l'art. 73 impliquent une véritable initiative des autorités locales. L'alinéa 6 de cet article dispose en effet que « les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée... ».

vraisemblablement principalement pour objet de déterminer prioritairement la procédure applicable – s’agissant notamment du mode d’adoption de ces délibérations par les assemblées locales – majorité qualifiée ou non – et du contrôle juridictionnel –, il fallait donc que le législateur ordinaire intervienne, par la suite, pour fixer précisément la liste de ces matières qui peuvent faire l’objet d’une adaptation ou d’une dérogation »<sup>1786</sup>. Surtout, l’habilitation donnée par la loi ordinaire constitue une réponse circonstanciée à une demande formulée par certaines collectivités souhaitant exercer la faculté que leur reconnaît la Constitution. Enfin, l’article L4424-2-II du CGCT prévoit également un mécanisme d’habilitation législative de l’Assemblée de Corse pour qu’elle fixe des dispositions réglementaires adaptées aux spécificités de l’île.

**795.** S’agissant des « incursions définitives »<sup>1787</sup> des collectivités dans le domaine de la loi, sont en cause les prérogatives normatives reconnues aux COM et à la Nouvelle-Calédonie. Le texte constitutionnel renvoie également à une loi organique pour déterminer, *via* le statut de ces collectivités, les compétences des COM (art. 74 al. 4), les modalités d’adoption de certains actes dans le domaine de la loi par les COM dotées de l’autonomie (art. 74 al. 8) et par la Nouvelle-Calédonie (art. 77 al. 3).

**796.** A ces habilitations indispensables, la Constitution ajoute deux autres limites importantes aux prérogatives normatives reconnues aux collectivités territoriales. D’une part, l’article 73 alinéa 3 fixe une liste de matières fermées à l’exercice de la faculté reconnue en son alinéa 3 et à l’exercice de compétences des COM, sous réserves de celles qu’elles exerceraient déjà (art. 74 al. 4). Sont en cause des matières régaliennes qui supposent une compétence exclusive de l’Etat<sup>1788</sup>. Le législateur organique bénéficie en outre de la faculté de préciser et compléter cette liste, ce qui peut avoir pour effet de restreindre les possibilités d’intervention des collectivités territoriales concernées.

D’autre part, la Constitution ferme la possibilité d’exercer les facultés prévues aux alinéas 2 et 3 de l’article 73, et exclut toute expérimentation, « *lorsque sont en cause les conditions*

---

<sup>1786</sup> Estelle Brosset, « L’impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d’exercer le pouvoir législatif... », *op. cit.*, p. 719.

<sup>1787</sup> Ou tout au moins durables s’agissant, puisqu’il est possible au législateur organique de revenir sur ce qu’il a décidé.

<sup>1788</sup> Ces matières sont la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l’état et la capacité des personnes, l’organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l’ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral.



*essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* »<sup>1789</sup>. Le constituant n'a fait que tirer les conséquences de la « charte jurisprudentielle » élaborée depuis vingt ans par le Conseil constitutionnel concernant l'application des libertés publiques sur le territoire<sup>1790</sup>. Postulant que les conditions de mise en œuvre des libertés publiques et l'ensemble des garanties que celles-ci comportent ne peuvent dépendre du choix discrétionnaire d'autorités décentralisées et ainsi varier sur l'ensemble du territoire<sup>1791</sup>, il était donc nécessaire de fermer des prérogatives permissives dont la mise en œuvre, au demeurant non systématique, conduit à porter une certaine atteinte au principe d'égalité.

797. Enfin, l'Etat conserve, à bien des égards, la faculté de se ressaisir de sa compétence, dans les domaines où l'intervention normative des collectivités territoriales est permise. Par exemple, le pouvoir réglementaire national, ayant une vocation générale et procédant directement de l'article 21 de la Constitution, peut toujours se manifester, quand bien même les collectivités territoriales auraient mis en œuvre leurs prérogatives d'adaptation des règlements nationaux<sup>1792</sup>. L'article L4422-16-II du CGCT, relatif au pouvoir d'adaptation des règlements nationaux par l'Assemblée de Corse, indique bien que cette faculté s'exerce « dans le respect de l'article 21 de la Constitution ».

En outre, Mme Brosset considère que le législateur pourrait modifier ou supprimer les dispositions dérogatoires expérimentales prises par les collectivités territoriales sur le fondement de l'habilitation législative de l'article LO 1113-1 du CGCT. Selon cet auteur, « dans la Constitution, rien n'interdit en effet au législateur de modifier les dispositions de la loi d'habilitation puisque l'article 72 n'autorise pas une délégation de compétences comparables à celle que l'article 38 prévoit pour les ordonnances. Dans le cas des ordonnances, le législateur ne peut plus intervenir dans le domaine législatif ayant fait l'objet d'une délégation, l'article 41 de la Constitution précisant même à cet effet que le gouvernement peut invoquer l'irrecevabilité, en saisissant au besoin le Conseil

---

<sup>1789</sup> Art. 72 al. 4 et 73 al. 6 de la Constitution.

<sup>1790</sup> Dominique Turpin, « Les libertés publiques sous la V<sup>e</sup> République », *RDJ* 1998, p. 1837.

<sup>1791</sup> V. Estelle Brosset, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif... », *op. cit.*, p. 713-714.

<sup>1792</sup> V. Pierre-Laurent Frier, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *op. cit.*, p. 562-563. Mme Flamand-Lévy estime d'ailleurs que si le pouvoir réglementaire local était exclusif du pouvoir réglementaire national, « une modification de l'article 21 de la Constitution se serait imposée [...]. L'article 21 aurait précisé que le pouvoir réglementaire du Premier ministre s'exerce sous réserve des dispositions de l'article 13 et du troisième alinéa de l'article 72 » (« Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *op. cit.*, p. 61).

constitutionnel »<sup>1793</sup>. De manière analogue, le Gouvernement pourrait également modifier l'habilitation conférée aux collectivités territoriales pour déroger, à titre expérimental, aux dispositions réglementaires régissant l'exercice de leurs compétences et modifier ou supprimer les actes pris par ces collectivités. Il s'agirait encore de l'application du principe de prohibition dans le cadre de compétences reconnues aux pouvoirs publics<sup>1794</sup>.

Enfin, l'article 74-1 de la Constitution ouvre une habilitation permanente au profit du Gouvernement, pour étendre, par ordonnance, le droit métropolitain dans les COM et en Nouvelle-Calédonie. Il s'agit d'une procédure inédite d'habilitation qui exclut, en amont, le contrôle du Parlement, mais compense ce handicap en prévoyant la caducité des ordonnances non ratifiées par celui-ci au terme des dix-huit mois suivant leur publication. A moins que la loi n'ait exclu expressément le recours à ce procédé, le Gouvernement dispose donc d'un instrument lui permettant de « récupérer » sa compétence dans un domaine où les collectivités se sont vu reconnaître une faculté d'intervention.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**798.** La norme permissive est un gage de souplesse normative évident. Le droit des collectivités territoriales, notamment depuis la révision constitutionnelle de mars 2003, en fait un instrument d'accompagnement privilégié de l'émancipation locale. Elle permet l'adaptation de la règle de droit aux particularismes locaux, constitue le support de la différenciation – notamment statutaire – et s'avère nécessaire à l'effectivité de la libre administration.

Cependant, si cette adaptabilité présente un intérêt certain en matière de décentralisation, il ne faut pas mésestimer les risques inhérents à une technique normative flexible.

---

<sup>1793</sup> « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif... », *op. cit.*, p. 722.

<sup>1794</sup> V. n° 148 et s.

## CHAPITRE 2 – LES RISQUES DUS A LA FLEXIBILITE DE LA NORME PERMISSIVE

799. En dépit de l'intérêt que présentent les normes permissives du point de vue de l'adaptabilité de la règle de droit aux divers contextes où elle doit s'appliquer, aux besoins de ses destinataires, etc., il convient de souligner les risques inhérents à une telle technique normative. La flexibilité du droit permissif ne constitue pas qu'un atout : elle présente des risques d'au moins deux natures. Des risques d'ordre théorique d'abord, s'agissant de la conciliation de cette forme de droit avec les exigences tenant à une « bonne législation » (Section 1). Des risques d'ordre pratique, ensuite, liés à l'usage qui peut être fait de normes juridiques laissant une liberté d'appréciation et de décision à leur destinataire (Section 2).

### SECTION 1 – DES RISQUES D'ORDRE THEORIQUE : L'ATTEINTE A DES PRINCIPES DE BONNE LEGISLATION

800. Les vertus d'un droit flexible n'occultent pas complètement les inconvénients qu'il peut néanmoins présenter à l'égard de principes considérés comme assurant les conditions d'une bonne législation. Ceux-ci doivent permettre de garantir la qualité de la norme juridique. Leur formulation résulte pour l'essentiel de la jurisprudence, qui entend ainsi approfondir l'Etat de droit, en assurant que les sujets de droit – potentiels justiciables – seront en mesure d'appréhender le plus justement leur situation juridique et ses éventuelles évolutions ; l'accessibilité, tant matérielle qu'intellectuelle de la norme, ou encore sa prévisibilité, sont à cet égard primordiales. De même, le principe d'égalité s'impose aux autorités normatrices comme un élément structurant de l'ordre juridique.

Or, l'idée même de droit flexible semble gager de tels principes : adaptabilité, discrétionalité et optionalité ne les mettent-elles pas en sursis ? Le Conseil d'Etat s'interroge d'ailleurs : « comment mieux concilier l'impératif d'innovation ou d'adaptation, d'une part, et la stabilité, la prévisibilité et le consensus minimum indispensables non seulement à la sécurité juridique, mais aussi à l'efficacité de toute réforme, d'autre part ? »<sup>1795</sup>. Ainsi, la norme permissive, en

---

<sup>1795</sup> *Rapport public 2006, op. cit.*, p. 232.

raison de la simple faculté qu'elle ouvre à son destinataire, et de la liberté d'usage qui en découle, n'obèrerait-elle pas le respect des principes de prévisibilité (§ 1) et d'égalité (§ 2) ?

## § 1 – LA NORME PERMISSIVE ET LA PREVISIBILITE DU DROIT

**801.** La question qui se pose semble être la suivante : la norme permissive impliquerait-elle un insoutenable aléa (B) quant aux conditions de sa mise en œuvre, à l'indétermination qu'elle suppose de la part de son destinataire, de nature à porter atteinte à l'exigence de prévisibilité de la règle de droit (A) ?

### A – L'EXIGENCE DE PREVISIBILITE DE LA REGLE DE DROIT

**802.** La notion de prévisibilité de la règle de droit s'insère dans le cadre plus vaste des exigences jurisprudentielles relatives à la qualité des normes juridiques<sup>1796</sup>. En effet, les juges européens et les nationaux ont progressivement construit une véritable « obligation de bien légiférer »<sup>1797</sup>, visant à assurer le respect du principe de sécurité juridique, que Mme Frison-Roche et M. Baranès proposent de définir comme « la qualité d'un système dans lequel chacun peut savoir à quelle règle sa situation est et sera soumise »<sup>1798</sup>. La convergence des juges sur ce point est remarquable. Dans son *Rapport public 2006*, le Conseil d'Etat retient que « le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable »<sup>1799</sup>. Pour la Cour de justice des Communautés européennes, qui l'a consacrée comme principe général du droit communautaire dans un arrêt du 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenhogerd/Bosch*<sup>1800</sup>, la sécurité juridique « exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel cet acte existe et commence à produire ses effets juridiques, notamment au regard des

---

<sup>1796</sup> Ce lien est notamment relevé par MM. Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud et a. (dir.), *Les grands arrêts de la CEDH*, PUF, 2003, n° 49 : la qualité de la loi implique le respect des exigences de précision, d'accessibilité et de prévisibilité (à propos de l'arrêt CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, série A, n° 30, § 49).

<sup>1797</sup> Pour reprendre, dans un sens très large, l'expression de Mme Florence Galletti, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence législative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

<sup>1798</sup> Marie-Anne Frison-Roche et William Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *op. cit.*, p. 364. V. aussi Michel Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, n° spéc., p. 178-184.

<sup>1799</sup> *Op. cit.*, p. 281.

<sup>1800</sup> Aff. 13/61, *Rec. CJCE*, p. 89. V. Jean-Pierre Puissochet et Hubert Legal, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CCC* n° 11, 2001, p. 98-105.

délais de recours »<sup>1801</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme considère, depuis l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979<sup>1802</sup>, que le principe de sécurité juridique est inhérent au droit de la Convention. Enfin, tandis que le principe demeure implicite pour le juge constitutionnel<sup>1803</sup>, le Conseil d'Etat, en formation contentieuse, a finalement érigé la sécurité juridique en principe général du droit, dans un arrêt d'Assemblée du 24 mars 2006<sup>1804</sup>.

Du principe, explicite ou latent, de sécurité juridique, découle un ensemble d'exigences jurisprudentielles propres à en assurer la concrétisation : clarté, accessibilité, intelligibilité, précision, stabilité et prévisibilité de la règle de droit constituent ainsi un ensemble de « vertus » que la norme juridique se doit de présenter pour satisfaire à l'impératif de sécurité juridique.

**803.** Plus précisément, la Cour européenne des droits de l'homme fait surtout référence à l'exigence d'accessibilité du droit – qui passe par sa publicité –<sup>1805</sup> et à celles de stabilité et de prévisibilité<sup>1806</sup>. Cependant, ces notions ne sont pas exclusives des autres : la clarté du droit est notamment liée à son accessibilité<sup>1807</sup> et elle est, avec l'exigence de précision, corollaire de l'impératif de sécurité juridique<sup>1808</sup>. Pour le juge communautaire, la sécurité juridique se traduit par les exigences de clarté, de précision et de prévisibilité de la règle de droit<sup>1809</sup>, de même que sa non-rétroactivité<sup>1810</sup>. Il est nécessaire de relever, par ailleurs, l'existence de la notion de confiance légitime, principe général du droit communautaire<sup>1811</sup>, qui se distingue

---

<sup>1801</sup> CJCE, 7 février 1991, *Tagaras c/ Cour de justice*, aff. 18/89. V. aussi TPI, 22 janvier 1997, *Opel Austria c/ Conseil*, T-155/94, *Rec. CJCE*, II, p. 39.

<sup>1802</sup> A-231, n° 6833/74. V. Michele de Salvia, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CCC* n° 11, 2001, p. 93-97.

<sup>1803</sup> Si le respect d'un tel principe est sous-jacent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment à travers la garantie des droits, il demeure « clandestin » : Bertrand Mathieu, Rapport français, « Constitution et sécurité juridique », *XV<sup>e</sup> Table ronde de jurisprudence constitutionnelle*, AIJC, n° 15, 1999. V. aussi Anne-Laure Valembos, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, Dijon, 2003 ; François Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *CCC* n° 11, 2001, p. 67-69.

<sup>1804</sup> CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et a.*, *AJDA* 2006, p. 1028-1033, chr. gén. jur. adm. fr., C. Landais et F. Lenica.

<sup>1805</sup> CEDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, n° 253-B.

<sup>1806</sup> V. par ex. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales et a. c/ France*, n° 99-107 (en matière de loi de validation).

<sup>1807</sup> CEDH, 16 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle c/ France*, préc. : le système français de publicité relatif aux décisions de classement de sites ne présentait pas une « clarté suffisante » pour permettre au requérant d'avoir un accès effectif au juge.

<sup>1808</sup> CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*, *Rec. CEDH* 2000-III, § 52.

<sup>1809</sup> Sur la clarté et la prévisibilité : CJCE, 25 septembre 1984, *Künecke*, aff. 117/83, *Rec. CJCE*, p. 3291 ; CJCE, 13 mars 1990, *Commission c/ France*, aff. C30/89, *Rec. CJCE*, p. I-691. Sur la clarté et la précision : CJCE, 9 juillet 1981, *Administration des douanes c/ SA Gontrand Frères et SA Garancini*, aff. 169-80, *Rec. CJCE*, p. 1931 ; CJCE, 26 mai 1982, *Allemagne c/ Commission*, aff. 44/81.

<sup>1810</sup> CJCE, 25 janvier 1979, *Racke* (aff. 98/78, *Rec. CJCE*, p. 70) ; CJCE, 10 juillet 1984, *Kirk* (aff. 63/83).

<sup>1811</sup> CJCE, 14 mai 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA)*, aff. 74/74, *Rec. CJCE*, p. 533. La notion de confiance légitime apparaît pour la première fois dans la jurisprudence communautaire dans l'arrêt CJCE, 12

dans une certaine mesure de celui de sécurité juridique. Selon M. Jacqué, il s'agit d'une « autre manifestation »<sup>1812</sup> du principe de sécurité juridique, autrement dit un prolongement de celui-ci, au même titre que les principes de non-rétroactivité ou de clarté de la règle de droit ; d'ailleurs, MM. Blumann et Dubouis mentionnent la confiance légitime comme l'une des exigences dégagées du principe de sécurité juridique<sup>1813</sup>.

**804.** Inspiré du droit allemand, le principe de confiance légitime « tend à limiter les possibilités de modification des normes juridiques, dès lors que des engagements ou leur équivalent ont été pris par les autorités compétentes »<sup>1814</sup>. Autrement dit, ce principe a partie liée avec les exigences de prévisibilité et de stabilité de la règle de droit ; il « impose [...] de ne pas tromper la confiance que les administrés ont pu, de manière légitime et fondée, placer dans la stabilité d'une situation juridique en modifiant trop brutalement les règles de droit »<sup>1815</sup>. Le principe de confiance légitime apparaît donc comme un principe garantissant les sujets de droit contre une tangibilité excessive des normes juridiques ; c'est pour cette raison que le Conseil d'Etat souligne qu'un tel principe « ouvre, plus encore que la sécurité juridique, la voie à une appréciation par le juge des attentes légitimes du justiciable et à l'idée de droits subjectifs [...] du destinataire des normes juridiques »<sup>1816</sup>. Cette idée de garantie de stabilité minimale – raisonnable – de la règle de droit, soulignée par M. Fromont<sup>1817</sup> ou encore M. Jacqué<sup>1818</sup>, invite d'ailleurs à écarter la définition de Mme Maucour-Isabelle, selon laquelle « la confiance légitime requiert de formuler de manière non équivoque les règles de droit, afin de permettre aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et de donner la possibilité aux juridictions d'en assurer le respect »<sup>1819</sup> ; une telle définition renvoie plutôt à l'accessibilité, la clarté et la précision de la règle de droit. Or, la confiance légitime intéresse essentiellement les notions de prévisibilité et de stabilité de l'ordonnement juridique, et par suite, des situations juridiques.

---

juillet 1957, *Algera c/ Assemblée commune de la CECA* (aff. 7/56) ; il sera ensuite formellement consacré par l'arrêt du 5 juin 1973, *Commission contre Conseil* (aff. 81/72), confirmé par l'arrêt 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission* (aff. 112/77). L'arrêt du 5 mai 1981, *Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen* (aff. 112/80) en fait un « principe fondamental de la Communauté ».

<sup>1812</sup> Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 856.

<sup>1813</sup> Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 695. Mme Amicie Maucour-Isabelle parle de « subdivision de la sécurité juridique » (« La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA* 2005, p. 303-307, spéc. p. 306).

<sup>1814</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, p. 283.

<sup>1815</sup> *Ibid.*

<sup>1816</sup> Le Conseil n'a cependant pas accueilli la confiance légitime au sein des principes généraux du droit.

<sup>1817</sup> Michel Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 179.

<sup>1818</sup> Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 556.

<sup>1819</sup> « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *op. cit.*, p. 306.

**805.** En droit interne, le principe de sécurité juridique n'ayant pas été expressément consacré par le Conseil constitutionnel, on ne peut que supposer que le principe et l'objectif de valeur constitutionnelle qu'il a énoncés s'agissant de la qualité de la loi – clarté de la loi<sup>1820</sup> d'une part, accessibilité et intelligibilité<sup>1821</sup> d'autre part –, procèdent d'un tel principe. En indiquant que ces objectifs imposent au législateur, « *afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* », le Conseil semble bien assurer, entre autres, le respect d'un principe innommé de sécurité juridique<sup>1822</sup>.

Pour une partie de la doctrine, leur consécration successive, ainsi que leur fondement et leur nature juridique distincts supposent de bien distinguer le principe de clarté de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité : en procèderaient une différence de nature et de contenu des obligations imposées au législateur et un contrôle différent du Conseil constitutionnel<sup>1823</sup>. Pour autant, certains auteurs estiment que le principe et l'objectif de valeur constitutionnelle sont assez difficilement séparables.

**806.** Mme Milano met ainsi en évidence combien « isoler la clarté de la loi de sa compréhensibilité semble quelque peu artificiel, car en toute logique seul ce qui s'énonce clairement est compréhensible. En revanche, il est vrai que l'objectif dispose d'un contenu plus large que le principe de clarté puisqu'il contient également l'accessibilité matérielle à la loi »<sup>1824</sup>. Elle déplore surtout un manque de rigueur dans la jurisprudence constitutionnelle, qui réduit l'intérêt d'une distinction : « la volonté du Conseil de distinguer principe de clarté de la loi et objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi n'aurait été légitime qu'au prix d'une politique jurisprudentielle rigoureuse justifiant l'utilité respective de chacun des

---

<sup>1820</sup> Le principe à valeur constitutionnelle de clarté de la loi, qui se fonde sur l'article 34 de la Constitution, a été consacré dans la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. CC, p. 258 ; D 2000, somm., p. 60, obs. L. Favoreu ; décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élections des conseillers régionaux*, Rec. CC, p. 21. V. not. Patrick Wachsmann, « Sur la clarté de la loi », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 809-830.

<sup>1821</sup> L'objectif de valeur constitutionnelle de l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, qui se fonde sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC, a été consacré dans la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, Rec. CC, p. 136 ; D 2000, somm., p. 425-426, obs. D. Ribes.

<sup>1822</sup> Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49 ; Dr. soc. 2002, n° 3, p. 244-253, note X. Prétot ; LPA 2002, n° 191, p. 15-17, note B. Mathieu et M. Verpeaux.

<sup>1823</sup> V. not. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, LPA 2002, n° 191, p. 16 ; Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p. 320-321.

<sup>1824</sup> Laure Milano, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », RDP 2006, n° 3, p. 637-671, spéc. p. 644.

concepts, mais il faut convenir que tel n'est pas le cas »<sup>1825</sup>. Aussi, estime-elle que le seul objectif d'accessibilité et d'intelligibilité pourrait être retenu comme norme de contrôle de la qualité de la loi : son contenu large renvoie en effet à l'accessibilité du droit entendue dans un sens matériel comme dans un sens intellectuel<sup>1826</sup>. Cela permettrait un rapprochement avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui retient elle-même une approche duale de la notion d'accessibilité<sup>1827</sup>.

**807.** S'agissant de la prévisibilité de la règle de droit, le Conseil constitutionnel ne lui confère pas un caractère aussi général que les juridictions européennes. Il considère en effet qu'elle n'a valeur constitutionnelle qu'en matière pénale, aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 : « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ». Dans les autres domaines du droit, le principe n'a qu'une valeur législative – découlant de sa proclamation par l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Cela implique que le législateur peut y porter atteinte au gré de ses interventions normatives.

Toutefois, cette faculté s'est vu peu à peu encadrée par la jurisprudence constitutionnelle, qui exige que le caractère rétroactif d'une loi soit justifié par un « motif d'intérêt général suffisant »<sup>1828</sup>. En décidant ainsi, le juge constitutionnel se rapproche de la position de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1829</sup> et pose les bases d'un contrôle de proportionnalité – impliqué par l'emploi de l'adjectif *suffisant* – entre l'atteinte au principe de non-rétroactivité et le motif d'intérêt général la fondant. Cela suppose donc qu'un simple motif d'intérêt général ne saurait justifier, en lui-même, une entorse à la prévisibilité de la règle de droit, et surtout, que le principe de non-rétroactivité se voit reconnaître une valeur tout au moins supra-légale, puisque le législateur ne bénéficie plus d'un plein pouvoir discrétionnaire en la matière.

---

<sup>1825</sup> *Op. cit.*, p. 646. L'auteur note d'ailleurs que le Conseil a pu employer la formule ambiguë d'« objectif de clarté et d'intelligibilité de la loi » (décision n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, *Allocation partielle d'autonomie*, *Rec. CC*, p. 192). C'est un tel principe qu'applique cependant le Conseil d'Etat : CE, 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la recherche publique SGEN CFDT et a.*, n° 266900.

<sup>1826</sup> *Op. cit.*, p. 646.

<sup>1827</sup> CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc. Comme la Cour de Strasbourg, le Conseil constitutionnel adopte d'ailleurs une approche réaliste des notions d'accessibilité et d'intelligibilité de la règle de droit, en prenant en considération la qualité de ses destinataires : une norme complexe peut être accessible et intelligible dans la mesure où elle s'adresse à des professionnels : v. décisions n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement de la Sécurité sociale*, *Rec. CC*, p. 190 ; n° 2004-494 DC, du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, *JORF* 5 mai 2004, p. 7998.

<sup>1828</sup> Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, *JORF* 27 décembre 1998, p. 19663. V. Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, *op. cit.*, p. 289-291.

<sup>1829</sup> CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et a.*, préc. (la Cour exige d'« impérieux motifs d'intérêt général »).



**808.** L'exigence de prévisibilité de la règle de droit semble donc bénéficier d'un traitement distinct au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : elle ne se confond pas avec les exigences relatives à la qualité de la loi – clarté, accessibilité et intelligibilité – et demeure liée au principe de non-rétroactivité. Sa portée est donc limitée, en dépit de l'évolution du contrôle néanmoins retenu de la Haute instance. Cette scission entre prévisibilité et qualité de la loi apparaît également dans le rapport du Conseil d'Etat qui appréhende la notion de sécurité juridique selon deux axes<sup>1830</sup> : l'axe formel – celui de la qualité de la norme – et l'axe temporel, lié à la prévisibilité du droit et se traduisant par le principe de non-rétroactivité, la protection des droits acquis et la stabilité des situations juridiques.

Toutefois, le Conseil opère un renversement, en ne faisant pas procéder la prévisibilité du principe de non-rétroactivité, mais en en faisant une facette du principe de sécurité juridique. Cela démontre un certain flou autour de la notion de prévisibilité de la norme en droit interne. Mais les solutions des juges européens ne sont guère plus claires : d'une part, l'exigence de prévisibilité apparaît avec celles de précision, d'accessibilité, etc., c'est-à-dire des exigences relatives à la qualité de la règle de droit ; d'autre part, le principe de prévisibilité limite tantôt la possibilité de disposer pour le passé, lorsqu'il est lié au principe de non-rétroactivité, tantôt celle de disposer pour l'avenir lorsqu'il est incorporé à la notion de confiance légitime.

**809.** La notion de prévisibilité du droit pourrait donc s'avérer plus transversale qu'elle ne paraît de prime abord. D'un point de vue temporel, elle a vocation à s'imposer à l'activité normative pour l'ensemble du « temps du droit »<sup>1831</sup> : le passé et l'avenir, les situations juridiques existantes et celles sur lesquelles les sujets de droit peuvent légitimement compter. Du point de vue de la qualité de la règle de droit, l'exigence de prévisibilité ne semble pas pouvoir être totalement méconnue. En effet, la prévisibilité d'une norme est notamment liée à sa clarté, son accessibilité et à son intelligibilité<sup>1832</sup>. Obscure et incompréhensible, une disposition juridique ne permet pas de prévoir les conséquences de sa mise en œuvre : le bénéfice d'un avantage ou le risque d'une sanction, la licéité ou l'illicéité d'une action, etc. Elle peut même favoriser l'arbitraire, qui implique l'absence de référence permettant de

---

<sup>1830</sup> *Rapport public 2006, op. cit.*, p. 281-283.

<sup>1831</sup> V. François Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.

<sup>1832</sup> Mme Frison-Roche et M. Baranès souligne d'ailleurs la proximité et la relation causale existant entre prévisibilité et intelligibilité : à propos de l'arrêt de la CJCE du 24 avril 1990, *Kruslin c/ France et Huvig* (D 1990, J, p. 353, note J. Pradel, et chron. R. Koering-Joulin, p. 187), ils notent que « la notion de "loi" implique qu'elle soit accessible et prévisible, la notion de prévisibilité pouvant ici se rapporter à l'intelligibilité puisque celle-ci est la condition de celle-là » (« Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *op. cit.*, p. 365).

prévoir et d'apprécier le champ des possibles juridiques. L'incertitude pouvant naître d'une rédaction ambiguë ne permet pas de prévoir le sens qu'en retiendra la jurisprudence et les conséquences qui en suivront, notamment pour les premiers affectés par cette imprévisibilité : les parties au litige. Enfin, la mauvaise ou in-accessibilité de certaines règles de droit peut conduire à ce que les sujets de droit ne soient pas en mesure de pouvoir prévoir avec suffisamment d'acuité les situations juridiques qui découleront de leur application.

Identifiable à défaut d'être clairement et invariablement identifiée dans la jurisprudence nationale et européenne, l'exigence plus ou moins impérieuse de prévisibilité de la règle de droit doit maintenant être opposée à la notion de norme permissive.

## B – L'INDETERMINATION DE LA NORME PERMISSIVE : UN INSOUTENABLE ALEA ?

**810.** L'indétermination inhérente à la norme permissive est susceptible de heurter l'exigence de prévisibilité de la règle de droit. Ouvrant une simple faculté, elle engendre un aléa lié au sens dans lequel son destinataire mettra celle-ci en œuvre. Mais cette incertitude n'affecte pas la situation juridique de ce dernier, qui tire au contraire tout avantage de la liberté de choix qui lui est reconnue et ne saurait subir l'effet de sa propre indétermination. En revanche, les tiers, destinataires indirects de la norme, se trouvent exposés à une forme d'imprévisibilité juridique liée à la norme permissive édictée.

Or, cette incertitude est susceptible de présenter un véritable enjeu pour leur situation juridique<sup>1833</sup>. Par exemple, de nombreuses normes permissives ouvrent des facultés au profit d'autorités administratives et leur reconnaissent ainsi un certain pouvoir discrétionnaire en matière décisionnelle ; l'indétermination liée à la mise en œuvre de ses prérogatives permissives par l'administration induit une certaine imprévisibilité pour les administrés.

---

<sup>1833</sup> Mme Frison-Roche et M. Baranès évoquent d'ailleurs la connaissance que doivent avoir les individus de leurs droits, mais aussi de leurs libertés qui, selon ces auteurs, découlent de ce que le droit positif n'a pas expressément réglé. Prenant naissance dans les interstices du droit, les libertés ainsi entendues correspondraient à des permissions faibles – il semble préférable d'y voir de simples facultés, la qualification de liberté pouvant tout à fait se rapporter à des prérogatives expressément fondées par l'ordre juridique, comme la liberté d'expression. En revanche, l'analyse de ces auteurs est intéressante à l'égard du champ d'application de l'exigence de prévisibilité : « si [la loi] ne fournit pas à son destinataire l'information sur ce qu'elle vise : alors, ce faisant, elle ne peut fournir l'information sur ce qu'elle ne vise pas » (« Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *op. cit.*, p. 365). La prévisibilité du droit doit permettre de connaître ce qu'il est possible de faire, par détermination positive (l'édition de normes permissives) ou négative du droit (l'interprétation des limites de certains impératifs et la déduction de permissions faibles).

**811.** En réaction, la pratique administrative et le droit positif, tendent à redéployer une forme de contrainte normative en périphérie des facultés reconnues aux autorités administratives, ainsi qu'aux autres destinataires des normes permissives. Ce mouvement vise bien à rendre moins imprévisible la mise en œuvre de ces normes et s'inspire du principe de sécurité juridique. Peuvent être distinguées des formes de contrainte temporelle (1) et des formes de contrainte au fond (2).

### ***1 – Le déploiement d'une contrainte temporelle sur les facultés ouvertes***

**812.** Si l'édiction d'une norme permissive définit et circonscrit, en soi, une zone de licéité, elle ne règle pas la question de l'indétermination de l'exercice qui sera fait de la faculté ouverte. L'imprévisibilité générée par la norme permissive n'est donc pas tant liée à son contenu – la prescription qu'elle insère dans l'ordonnement juridique : la faculté de faire et de ne pas faire qu'elle ouvre –, qu'à sa mise en œuvre. Comme l'exécution de la norme permissive, la question de sa prévisibilité réitère la problématique de l'indétermination de son destinataire. Le choix de ce dernier est en effet susceptible de peser sur la situation juridique de tiers.

**813.** Pour compenser les effets de l'indétermination du destinataire de normes permissives et restaurer une certaine sécurité juridique, le droit balise les facultés ouvertes d'une forme plus ou moins affirmée de contrainte. Celle-ci peut se concrétiser en dispositions impératives qui circonscrivent l'exercice de ces facultés dans le temps. Ainsi, l'institution de délais en matière de recours contentieux impose-t-elle aux requérants d'exercer leur faculté d'ester en justice dans un certain laps de temps. Au-delà de la limite fixée par le droit<sup>1834</sup>, le recours est irrecevable, le requérant forclos. Pour le titulaire du droit de recours, le bénéficiaire de la faculté d'ester, ces délais s'imposent comme une nécessité pour que la requête soit accueillie par le juge administratif ; c'est en cela qu'une forme de contrainte vient étreindre la faculté ouverte.

**814.** Du point de vue de la prévisibilité du droit, ces règles ne changent en rien la situation juridique du destinataire de la norme permissive ouvrant la faculté de recours juridictionnel, mais elles contribuent clairement à sécuriser la situation juridique des tiers. En effet, elles circonscrivent dans le temps la faculté de mettre en cause un acte administratif inséré dans

---

<sup>1834</sup> Sur les délais existants, v. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 688 et s.

l'ordonnancement juridique et susceptible de créer des droits, comme les décisions individuelles. Pour l'administration, l'arrivée du terme du délai de recours lui assure que la décision qu'elle a prise, devenue définitive, ne pourra plus être contestée.

**815.** D'ailleurs, la faculté d'exciper de l'exception d'illégalité<sup>1835</sup> au-delà du délai de recours n'emporte pas de conséquence sur la situation juridique des tiers. Si elle permet à un requérant de se prévaloir de l'illégalité d'un acte réglementaire à l'appui d'un recours contre une décision individuelle, elle n'a aucun effet sur l'ordonnancement juridique. Cette inconséquence sur le *corpus* normatif va ainsi de pair avec le caractère en principe perpétuel<sup>1836</sup> de la faculté d'invoquer l'exception d'illégalité : cette exception a pour but de permettre à un requérant de priver de base légale une décision d'application d'un règlement illégal pour régulariser sa propre situation juridique, et non de purger le droit positif d'un règlement vicié. La faculté ouverte assure donc le respect du principe de légalité pour le cas particulier du requérant mais ne compromet donc pas la sécurité juridique des tiers – la réglementation reste inchangée.

**816.** Cela permet de saisir les véritables motivations de la loi du 9 février 1994 *portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*<sup>1837</sup>, qui a fermé la faculté d'exciper de l'exception d'illégalité, pour vice de forme ou de procédure, des documents d'urbanisme au terme d'un délai de six mois suivant leur entrée en vigueur. Ces recours visent à permettre l'annulation d'un acte individuel (souvent un permis de construire, une autorisation de lotir, etc.) en raison de l'illégalité du document d'urbanisme dont il fait application. L'impératif de sécurité juridique ne semble pas affecté : pour le requérant, il s'agit de faire respecter le principe de légalité et pour les tiers, le prononcé de l'illégalité de l'acte individuel ne rétroagit pas sur l'état de la réglementation, les documents d'urbanisme en cause demeurant applicables. La raison d'une telle restriction législative réside essentiellement dans la volonté de limiter le flux des recours contentieux en la matière.

---

<sup>1835</sup> Bertrand Seiller, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse, Paris II, 1995 ; Jean Gourdou, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse, Pau, 1996.

<sup>1836</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1016.

<sup>1837</sup> Loi n° 94-112 du 9 février 1994 *portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, *JORF* 10 février 1994 (v. not. : François Danemans, « Les nouvelles dispositions issues de la loi du 9 février 1994 », *AJPI* 1994, p. 526 ; Brigitte Phémolant, « La loi du 9 février 1994 : quelles nouvelles dispositions en matière d'urbanisme et de construction ? », *BJDU* 1994, p. 3). Dispositions codifiées à l'art. L600-1 du Code de l'urbanisme.

**817.** S'agissant enfin de la faculté d'exciper de l'illégalité des décisions individuelles définitives<sup>1838</sup>, le principe veut justement qu'elle soit fermée en raison du risque de remise en cause des situations particulières et droits individuels nés de ces décisions. Cependant, deux hypothèses permettent d'écarter cette solution : l'illégalité de décisions individuelles dommageables définitives<sup>1839</sup> et l'illégalité d'un acte non réglementaire définitif constituant un élément d'une « opération complexe »<sup>1840</sup>, qui peuvent être invoquées à l'appui de recours ultérieurs. Dans le premier cas, le caractère spécifiquement dommageable de la décision individuelle justifie qu'il soit possible d'exciper de son illégalité, tandis que dans le second, le caractère non réglementaire de l'acte n'en fait pas pour autant un acte individuel et il n'est pas susceptible de créer des droits individuels.

**818.** La faculté de recours contentieux se trouve donc enserrée dans des conditions de délai pour garantir une certaine sécurité juridique, le délai de principe de deux mois étant censé réaliser un compromis entre les exigences de cette dernière et les nécessités de la légalité. L'infléchissement du principe que constitue l'exception d'illégalité se justifie par l'inconséquence de la mise en œuvre de cette faculté quant au principe de sécurité juridique.

**819.** A l'inverse, la faculté de retrait des actes administratifs qui appartient à l'administration, se trouve elle-même contrainte par des règles impératives qui visent également à satisfaire l'exigence de sécurité juridique. Selon l'arrêt d'Assemblée *Ternon*, du 26 octobre 2001<sup>1841</sup>, le retrait des décisions individuelles explicites, créatrices de droit et illégales, n'est possible que dans les quatre mois suivant leur signature ; lorsque ces décisions sont implicites, l'article 23 de la loi du 12 avril 2000 prévoit que le retrait peut avoir lieu pendant le délai de recours contentieux, lorsque des mesures d'information des tiers ont été mises en œuvre, dans les deux mois suivant la date à laquelle est intervenue la décision, à défaut de telles mesures d'information, ou bien pendant la durée de l'instance au cas où un recours contentieux a été formé.

La faculté de retrait de l'administration est donc encadrée dans le but d'opérer une conciliation entre le principe de légalité et la sécurité de la situation juridique des bénéficiaires de ces actes. Ce souci de sécurité juridique explique par suite que la faculté de

---

<sup>1838</sup> Jean-François Flauss, « L'exception d'illégalité contre un acte administratif individuel est-elle perpétuelle ou temporaire ? », *Gaz. Pal.* 1987, D, p. 623.

<sup>1839</sup> CE, 3 décembre 1952, *Dubois, Rec.*, p. 555 ; *JCP* 1953, n° 7353, note G. Vedel.

<sup>1840</sup> Il s'agit de la situation dans laquelle deux ou plusieurs décisions sont enchaînées l'une à l'autre. Par ex., en matière d'expropriation, la déclaration d'utilité publique est prise pour permettre l'édition de l'arrêté de cessibilité. V. not. CE, 6 juillet 1977, *Consorts Girard, RDP* 1977, p. 1323, note M. Waline.

<sup>1841</sup> Préc.

retrait des actes individuels non créateurs de droits puisse être exercée à tout moment, s'il n'ont pas créé de droit au profit des tiers, qu'ils soient légaux ou illégaux<sup>1842</sup>, mais que le retrait des actes individuels réguliers créateurs de droit soit subordonné à une demande de leur bénéficiaire<sup>1843</sup>; de même, cela explique que les actes réglementaires légaux puissent être retirés tant qu'ils n'ont pas reçu d'exécution<sup>1844</sup>.

**820.** Si les formes de contrainte apportées par le droit positif ou la jurisprudence aux facultés de retrait et de recours appréhendent la question de l'imprévisibilité de leur mise en œuvre d'un point de vue essentiellement temporel, d'autres opèrent d'une manière plus substantielle, sur le fond de l'exercice des facultés ouvertes.

## ***2 – Le déploiement d'une contrainte au fond sur les facultés ouvertes***

**821.** La contrainte au fond, introduite pour rendre moins imprévisible l'exercice des facultés ouvertes, se manifeste par des instruments juridiques visant à modérer la liberté d'appréciation bénéficiant aux destinataires des normes permissives.

**822.** La reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire aux autorités administratives les conduit ainsi fréquemment à définir une politique de décision qui prend la forme de directives administratives<sup>1845</sup>. Certes, ces documents ne posent pas d'impératif strict mais contribuent à réduire l'imprévisibilité inhérente à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. En conséquence, des dispositions permissives pouvant laisser craindre les effets d'une incertitude de l'interprétation administrative et donc du sens de certaines décisions, verront leur mise en œuvre sécurisée plus ou moins énergiquement par la contrainte produite par l'administration elle-même, même si cette dernière se réserve la liberté de s'écarter de la ligne directrice définie dans la directive, notamment par l'effet de la règle de l'examen au cas par cas des dossiers. Le droit de l'urbanisme présente un dispositif inspiré de la directive administrative, qui appelle quelques développements.

---

<sup>1842</sup> S'agissant du retrait d'actes légaux : CE, 23 novembre 1990, *Fondation du Centre hospitalier des courses*, préc. ; pour des actes illégaux : CE Sect., 15 janvier 1943, *Thomet*, préc.

<sup>1843</sup> CE Sect., 13 novembre 1981, *Commune de Houille*, préc.

<sup>1844</sup> CE Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet*, préc. Cependant, les règlements illégaux doivent être retirés, ce qui fait procéder leur retrait d'une règle impérative.

<sup>1845</sup> V. n° 288 et s.

**823.** L'adoption d'une carte communale<sup>1846</sup>, par les communes ne souhaitant pas élaborer un plan local d'urbanisme, mais néanmoins désireuses de planifier *a minima* leur urbanisation, procède en effet du souci de rendre plus prévisible la mise en œuvre de dispositions permissives. En effet, la nouvelle appellation de ces documents d'urbanisme élémentaires n'occulte pas leur ancienne dénomination de modalités d'application du Règlement national d'urbanisme (MARNU) : il s'agissait de documents de planification sommaires, destinés à préciser l'application des règles du RNU sur le territoire d'une commune. Or, les règles nationales d'urbanisme étant en majorité permissives, elles reconnaissent un important pouvoir discrétionnaire aux autorités compétentes pour délivrer les autorisations d'urbanisme.

Ces MARNU ont consacré, en 1983, une pratique initiée par certaines directions départementales de l'équipement de doter les communes non couvertes par un plan d'occupation des sols de documents d'orientation, matérialisant par des documents graphiques les zones constructibles et non constructibles, en indiquant pour chacune d'entre elles les articles du RNU pouvant fonder un refus de permis de construire ; le Conseil d'Etat leur avait reconnu une valeur de directive administrative au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*<sup>1847</sup>. Cela ne privait pas l'administration de tout pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des dispositions permissives du RNU, mais contribuait à mieux informer les administrés des règles juridiques ayant vocation à s'appliquer sur leur terrain, donc à mieux anticiper l'application de la règle et veiller à ce que ne leur soient pas appliquées des dispositions étrangères à leur cas ; toutefois, cette sécurisation était de faible portée, dans la mesure où elle les renseignait sur la détention d'un pouvoir discrétionnaire par l'autorité compétente.

Les MARNU répondaient à des préoccupations similaires de limitation de l'incertitude juridique. Pendant longtemps, leur adoption n'a pas transféré la compétence pour délivrer les autorisations d'urbanisme aux maires et ces derniers pouvaient être soucieux d'anticiper, par une élaboration conjointe des MARNU par le conseil municipal et le représentant de l'Etat<sup>1848</sup>, la politique de ce dernier en matière d'application du RNU<sup>1849</sup> (notamment par

---

<sup>1846</sup> Nicolas Chauvin, « Les cartes communales », *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, 2001, p. 73 ; Seydou Traore, « La nouvelle réforme des cartes communales : entre décentralisation et recentralisation », *DA* octobre 2003, p. 10.

<sup>1847</sup> CE, 29 avril 1983, *Association de défense des espaces ruraux et naturels de la commune de Regny*, *Rec.*, p. 168. Sur l'arrêt *Crédit foncier de France*, v. n° 288 et s.

<sup>1848</sup> V. l'art. L111-3 du Code de l'urbanisme dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains* (préc.).

<sup>1849</sup> Du moins tant que les autorisations étaient délivrées par ce dernier, et non par le maire au nom de l'Etat, puisqu'en ce cas, c'est l'appréciation de ce dernier qui était en cause, bien qu'il agisse pour l'Etat.

l'élaboration d'un zonage sommaire). Depuis la loi du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, qui a donc substitué la carte communale aux MARNU<sup>1850</sup>, l'élaboration d'un tel document peut impliquer le transfert de la compétence pour délivrer les autorisations d'urbanisme aux maires, au nom de la commune<sup>1851</sup>, aussi apparaît-il moins important pour ces derniers de baliser l'exercice des facultés reconnues par le RNU, puisqu'ils peuvent en avoir la maîtrise.

Néanmoins, dans un souci de transparence et pour satisfaire à l'impératif de sécurité juridique, il peut être jugé opportun de préciser les conditions d'application des règles nationales d'urbanisme à l'attention des administrés. De même, l'adoption de cartes communales peut permettre d'harmoniser l'application du RNU dans un cadre intercommunal : en effet, la compétence pour délivrer les autorisations d'urbanisme n'étant pas susceptible d'être exercée par l'exécutif de l'établissement public de coopération intercommunale, des divergences dans l'application des règles permissives nationales par les maires des différentes communes pourraient apparaître comme contradictoires avec les objectifs de l'intercommunalité.

**824.** Cela étant, il convient de relativiser le degré de contrainte exercé par les cartes communales sur le pouvoir discrétionnaire reconnu le cas échéant à l'autorité compétente par une règle permissive du RNU. En effet, se résumant matériellement à un rapport de présentation et des documents graphiques, mais dépourvues de règlement, à la différence des plans locaux d'urbanisme, ces documents conservent une valeur essentiellement interprétative. Certes, les cartes communales constituent tout de même des documents opposables aux tiers<sup>1852</sup>, mais cela se traduit essentiellement par la possibilité pour ceux-ci de les contester devant le juge administratif ; elles font grief, notamment en ce qu'elles tiennent en échec, dès leur entrée en vigueur, la règle de la constructibilité limitée<sup>1853</sup>. Mais un tel effet ne prive pas l'autorité administrative du pouvoir d'appréciation reconnu par les dispositions permissives du RNU, qui peuvent, par exemple, concerner la protection des sites

---

<sup>1850</sup> V. désormais l'art. L124-1 du Code de l'urbanisme : « *Les communes qui ne sont pas dotées d'un plan local d'urbanisme peuvent élaborer, le cas échéant dans le cadre de groupements intercommunaux, une carte communale précisant les modalités d'application des règles générales d'urbanisme prises en application de l'article L111-1* » du Code de l'urbanisme.

<sup>1851</sup> Depuis la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 *urbanisme et habitat* (art. 68), une délibération du conseil municipal est toutefois nécessaire pour transférer cette compétence à la commune, alors que le dispositif de la loi SRU reposait sur une dévolution de principe, avec faculté de renoncement à l'exercice de cette compétence (*JORF* 3 juillet 2003).

<sup>1852</sup> CE Sect., 22 juillet 1992, *Syndicat viticole de Pessac et Léognan, Rec.*, p. 297 ; *DA* 1992, n° 449 ; *CJEG* décembre 1992, p. 540, concl. Dutreil ; *AJDA* 1993, p. 61, note J.-P. Lebreton.

<sup>1853</sup> Depuis la loi du 2 juillet 2003, *Urbanisme et habitat* (préc.), l'adoption d'une carte communale permet en outre d'instituer un droit de préemption urbain en vue de la réalisation d'un équipement ou d'un aménagement (art. L211-1 du Code de l'urbanisme).



remarquables : le fait qu'un terrain soit constructible en raison de la suspension de la règle de la constructibilité limitée n'empêche pas l'autorité administrative d'apprécier si oui ou non la construction qui y est projetée est de nature à nuire à l'intérêt du site. Les cartes communales renforcent donc dans une certaine mesure la prévisibilité de l'application des règles nationales, surtout en ce qui concerne la constructibilité ou non des parcelles, mais pas vraiment s'agissant de la mise en œuvre de très nombreuses normes du RNU.

**825.** Face à l'imprévisibilité générée par la mise en œuvre des normes permissives, le droit positif réagit en réintroduisant des formes plus ou moins marquées de contrainte normative, qui visent à circonscrire l'exercice des facultés ouvertes, tant dans le temps que sur le fond. La libre détermination demeure la règle, mais elle se trouve balisée, disciplinée, afin de rendre plus soutenable l'aléa induit par la permissivité. Une forme de conciliation entre exigence de prévisibilité et norme permissive n'est donc pas exclue. Il reste à apprécier les rapports de cette catégorie de norme avec le principe d'égalité.

## **§ 2 – LA NORME PERMISSIVE, VECTEUR D'UN DROIT INÉGALITAIRE ?**

**826.** La mise en œuvre des normes permissives ne s'inscrit pas dans un cadre monolithique comme en matière d'exécution de dispositions impératives. Le destinataire d'une injonction ou d'une prohibition n'a en effet d'autre choix que de se soumettre à l'ordre qui lui est adressé. L'exécution de la norme impérative suppose un seul comportement valable, de nature à satisfaire le commandement donné ; par suite, la voie de l'exécution forcée n'a d'autre effet que celui d'assurer, sous la contrainte, la réalisation, en nature ou en équivalent, du comportement requis par l'ordonnancement juridique. Au contraire, lorsqu'elles ouvrent une faculté, les normes permissives ne requièrent aucun comportement déterminé ; elles laissent à leur destinataire la liberté d'apprécier l'opportunité de leur usage. Aussi, plusieurs sujets de droit peuvent-ils faire une application différente d'une même disposition permissive ; le fondement juridique de leur action est unique, mais cette action pourra être diversifiée.

Or, cette caractéristique de la mise en œuvre des normes permissives<sup>1854</sup> est susceptible de mettre en cause la notion d'égalité : la différenciation qui peut naître de l'exercice des facultés ouvertes dans le droit est avérée et constitue une contrepartie de l'adaptabilité de la norme

---

<sup>1854</sup> Cette caractéristique existe aussi s'agissant de la mise en œuvre des normes d'habilitation, qui ne déterminent pas nécessairement par avance le contenu des mesures que l'autorité habilitée pourra prendre.

permissive : une certaine rupture d'égalité en résulte alors (A), qui s'avère toutefois, dans une large mesure, relative (B).

## A – LA RUPTURE D'EGALITE IMPLIQUEE PAR LA NORME PERMISSIVE

**827.** La variabilité de l'exercice des facultés ouvertes par les normes permissives est une conséquence de la libre détermination qu'elles impliquent de la part de leurs destinataires. En soi, la norme permissive ne rompt pas nécessairement avec l'idée d'uniformité de la règle de droit – elle est la même pour tous ceux à qui elle s'applique – mais en se limitant à proposer, à rendre possible, elle ouvre la voie à une rupture d'unité dans la mise en œuvre du droit. Or, de cette différenciation peut résulter une atteinte au principe d'égalité<sup>1855</sup>. Deux domaines en rendent particulièrement compte : le droit des collectivités territoriales, en raison même des mécanismes permissifs censés renforcer l'autonomie locale (1) et le droit communautaire en matière de coopérations renforcées (2).

### *1 – Une rupture d'égalité dans le droit des collectivités territoriales*

**828.** Deux illustrations du recours à la norme permissive témoignent du risque de rupture d'égalité impliqué par l'exercice indéterminé des facultés ouvertes aux collectivités territoriales.

**829.** En premier lieu, l'unité paraît particulièrement sensible à la faculté d'expérimentation locale introduite par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et précisée par la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>1856</sup>. Permissive en son principe, cette nouvelle prérogative des collectivités territoriales n'a pas manqué d'être accusée de mettre en danger l'unité de la République. Même s'il n'existe pas de « droit à » l'expérimentation pour les collectivités territoriales, en ce sens que le mécanisme est substantiellement maîtrisé par le Parlement et le Gouvernement, qui déterminent notamment les collectivités qui seront habilitées à recourir à ce procédé normatif, la dimension permissive de la prérogative reconnue est susceptible d'induire une distorsion de l'égalité existant entre les collectivités territoriales. En effet, celles qui, parmi les collectivités habilitées par l'Etat à expérimenter, auront choisi de tenter

---

<sup>1855</sup> V. not. François Luchaire, « Un Janus constitutionnel, l'égalité », *RDP* 1986, p. 1229 et s. ; Gilles Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996 ; Conseil d'Etat, « Considérations générales sur l'égalité », *Rapport public 1996*, Etudes et documents, n° 48, La Documentation française, p. 114 ; Ferdinand Mélin-Souscramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, 1997.

<sup>1856</sup> Préc. ; v. art. 72 al. 4 de la Constitution.

l'expérience, seront amenées à mettre en œuvre des dispositions juridiques dérogatoires au droit commun, pour une durée limitée. Autrement dit, temporairement, existera une rupture d'égalité entre les collectivités territoriales s'agissant des règles relatives à l'exercice de leurs compétences.

**830.** Cette atteinte à l'égalité a d'ailleurs clairement été relevée par le Conseil d'Etat s'agissant de la faculté d'expérimentation législative et réglementaire pouvant être mise en œuvre par les autorités de l'Etat, selon l'article 37-1 de la Constitution : « *La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ». Dans un avis non publié, rendu le 11 octobre 2002, à propos du projet de loi constitutionnelle *relative à l'organisation décentralisée de la République*, qui introduisait cette faculté en son article 2, le Conseil proposait une rédaction différente selon laquelle il aurait été disposé que le droit à l'expérimentation déroge au principe d'égalité. Ne se bornant pas, comme le projet d'article 37-1, à rappeler, de manière d'ailleurs imprécise, la jurisprudence administrative et constitutionnelle en matière d'expérimentation, cette rédaction alternative avait le mérite d'éviter la censure du Conseil constitutionnel, en écartant d'emblée le principe d'égalité. Le Gouvernement n'a toutefois pas tenu compte de l'avis du Conseil d'Etat<sup>1857</sup>.

**831.** Néanmoins, pour compenser les atteintes à l'égalité générées par la faculté d'expérimentation locale, le législateur organique a posé un certain nombre de règles qui concrétisent l'exigence constitutionnelle de circonscription de l'expérimentation quant à son objet et à sa durée<sup>1858</sup>. L'expérimentation est donc nécessairement provisoire : un terme doit être prévu *ab initio* et à son échéance, le législateur doit décider du sort des dispositions expérimentales. Soit elles sont généralisées à l'ensemble des collectivités territoriales, et l'égalité se trouve restaurée par la création d'une nouvelle situation normative uniforme, soit les dispositions expérimentées sont abandonnées, et l'égalité se trouve à nouveau assurée par le retour à l'ancien état du droit – en d'autres termes, l'expérimentation ne doit ouvrir qu'une parenthèse à l'égard du principe d'égalité.

La création éventuelle d'une collectivité à statut particulier qui maintiendrait l'application de dispositions expérimentales satisfaisantes, mais non généralisables, procède elle aussi du souci de respecter le principe d'égalité, puisqu'en ce cas, une différence de situation, traduite

---

<sup>1857</sup> V. Florence Crouzatier-Durand, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *op. cit.*, p. 694.

<sup>1858</sup> L'exigence, qui figure d'ailleurs aussi dans l'article 37-1 de la Constitution, est présente à l'article 72 al. 4.

par une différence de nature statutaire, justifierait un traitement normatif différent. De même, l'éventuelle « rénovation » du pouvoir réglementaire local, qui consisterait à ouvrir aux collectivités territoriales la faculté d'adopter ou non les dispositions expérimentées, ne contreviendrait pas non plus, en soi, à l'exigence d'égalité, toutes les collectivités bénéficiant de la même alternative. Enfin, l'interdiction faite par l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, de mener une expérimentation lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, est liée à l'exigence d'application uniforme, donc conforme au principe d'égalité, des droits et libertés au sein de la République.

**832.** En second lieu, le droit des départements et régions d'outre-mer (DOM/ROM), influencé par l'idée d'égalité catégorielle<sup>1859</sup>, est bouleversé par les normes permissives introduites par la révision constitutionnelle de 2003. Les nombreuses facultés ouvertes rendent possible une différenciation statutaire marquée, susceptible de mettre en cause le principe d'égalité. Ainsi, l'exercice par les DOM/ROM de la faculté d'adapter le droit métropolitain pour tenir compte de leurs « *caractéristiques et contraintes particulières* »<sup>1860</sup> implique-t-il, mécaniquement, une atteinte à l'uniformité des règles applicables résultant du principe d'identité normative, dans une mesure encore plus importante que l'ancien état du droit. Mais, l'existence d'un droit adapté pour les DOM/ROM, différent du droit de la métropole, n'est qu'un visage de cette « désuniformisation ». En effet, au sein même de la catégorie des DOM/ROM, la mise en œuvre des facultés reconnues est susceptible d'induire une rupture d'égalité supplémentaire.

Or, cette seconde rupture n'est pas uniquement imputable au fait que les normes de droit commun se verraient adaptées aux contraintes et particularismes des DOM/ROM ; elle procède précisément du caractère permissif de la prérogative accordée à ces collectivités. En effet, l'exercice de la faculté d'adaptation aura nécessairement un caractère contingent, variant d'une collectivité à l'autre, selon leur volonté de se doter ou non de règles adaptées, dès lors qu'elles y auront été habilitées par la loi<sup>1861</sup>.

---

<sup>1859</sup> Cette égalité catégorielle se fonde sur le principe d'identité normative et l'assimilation de ces collectivités aux départements et régions de métropole.

<sup>1860</sup> Faculté reconnue par l'art. 73 al. 2 de la Constitution.

<sup>1861</sup> Une autre rupture d'égalité, inscrite dans la Constitution (art. 73 al. 5), procède toutefois d'une disposition impérative qui a justement pour objet d'exclure du bénéfice des dispositions permissives de l'alinéa 3 le département et la région de la Réunion.

**833.** Un même raisonnement vaut évidemment s'agissant de la faculté de dérogation au droit métropolitain prévue par l'article 73 alinéa 3, pour tenir compte des « *spécificités* » des DOM/ROM : telle collectivité, qui dérogera à une règle nationale, n'adoptera pas forcément les mêmes règles locales qu'une autre collectivité ayant mis en œuvre cette prérogative ; elle sera du reste dans une situation bien différente de la collectivité ayant préféré conserver les règles édictées en métropole. L'uniformité du droit d'outre-mer et la portée du principe d'identité normative sont ainsi tributaires de la mise en œuvre des dispositions permissives de l'article 73 alinéa 3 et des modalités de cette mise en œuvre.

Au demeurant, c'est précisément en raison du risque d'atteinte à l'égalité, intolérable dans certaines matières régaliennes et lorsque sont en cause l'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, que la faculté de dérogation a été fermée par le constituant<sup>1862</sup>.

**834.** L'idéal de liberté, d'*égalité* et de fraternité dans lequel la République reconnaît les populations d'outre-mer au sein du peuple français<sup>1863</sup>, semble donc s'accommoder de l'introduction dans le texte constitutionnel de normes permissives qui conduisent précisément à remettre en cause un traitement égalitaire des DOM/ROM. Le conditionnement des facultés ouvertes – le constat de particularismes et contraintes particulières pour l'une, et la prise en compte de spécificités pour l'autre – tend peut-être à reconnaître, à défaut de véritables différences de situations entre ces collectivités et celles de métropole, certaines différences à la marge qui justifient une inflexion du principe d'égalité. L'identité normative connaît en effet des limites qui imposent de traiter différemment les questions qui rendraient l'assimilation illusoire, ces particularismes, contraintes et spécificités qu'a retenus le constituant.

Mais l'apport des mécanismes permissifs mis en place tient sans doute au fait qu'ils portent plus loin les termes de la différenciation en permettant aux DOM/ROM de se différencier davantage entre eux. La rupture d'unité engendrée rapproche ces collectivités des collectivités d'outre-mer de l'article 74 de la Constitution, pour lesquels l'égalité suppose un traitement qui, loin de l'uniformité, « *[tienne] compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République* ». La rupture d'unité induite par la révision constitutionnelle semble donc réaliser un véritable renouvellement de la notion d'égalité, pour en faire un principe moins

---

<sup>1862</sup> Art. 73 al. 4 et 6 de la Constitution.

<sup>1863</sup> Art. 72-3 al. 1 de la Constitution.

formel. L'absence d'unité normative et l'approche catégorielle de la notion d'égalité deviennent ainsi des caractéristiques structurelles du droit de l'outre-mer, marqué par le souci d'adaptation territoriale.

**835.** Le principe d'égalité est donc susceptible de se trouver mis en cause, dans le droit des collectivités territoriales, par certaines normes permissives qui ouvrent aux autorités locales la faculté de rompre l'unité et de favoriser la différenciation normative. Il s'agit alors de répondre aux attentes d'adaptabilité de la règle de droit aux particularismes locaux. En droit communautaire, la faculté de s'affranchir de l'unité procède plutôt de la dynamique de la construction européenne ; elle n'en remet pas moins en cause le principe d'égalité.

## ***2 – La rupture d'égalité inhérente aux coopérations renforcées***

**836.** Depuis les débuts de la construction européenne, les traités n'ont jamais fait obstacle à ce qu'un nombre restreint d'Etats membres décident de mener entre eux une coopération étroite dans certains domaines<sup>1864</sup>, notamment juridiques<sup>1865</sup>. De ces rapprochements ont pu procéder certains approfondissements de l'intégration européenne, bénéficiant à l'ensemble des Etats membres<sup>1866</sup>. Le pragmatisme présidant à la construction européenne, ainsi que l'influence d'un certain « esprit managérial » propre aux années 1990, particulièrement inspiré par le néo-libéralisme et l'idée de flexibilité<sup>1867</sup>, a peu à peu poussé les rédacteurs des traités modificatifs à introduire ces formes de coopération dans le droit communautaire, sous la dénomination de *coopérations renforcées*.

Le traité d'Amsterdam<sup>1868</sup>, qui opéra cette formalisation, prenait cependant acte du risque que constituaient de tels mécanismes pour l'uniformité du droit communautaire et l'égalité de

---

<sup>1864</sup> Domaines économique (Concorde, Airbus), monétaire (l'Euro), scientifique (Ariane), culturel (Arte).

<sup>1865</sup> Par ex. les accords de Schengen, le Pacte social.

<sup>1866</sup> Tel fut le cas des accords de Schengen, qui ont été incorporés dans le cadre de l'Union européenne en 1997 (protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, annexé au traité d'Amsterdam, JOCE C 340, 10 novembre 1997). V. Jean-François Akandji-Kombe, « Accords de Schengen », *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, vol. 1, 2002.

<sup>1867</sup> Sur les liens entre cette notion et la construction européenne : Daniel Vignes, « Construction européenne et différenciation : la flexibilité », *Mélanges Gros Espiell*, Bruylant, 1997, p. 1741 ; Grainne de Burca et Joane Scott, *Constitutional Change in the UE : From Uniformity to Flexibility?* Oxford, Hart Publishing, 2000 ; Sébastien Marciali, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, thèse, Nice, 2002 ; Hervé Bribosia, « Les coopérations renforcées et les nouvelles formes de flexibilité en matière de défense dans la Constitution européenne », *RDUE* 4/2004, p. 647 et s.

<sup>1868</sup> Philippe Manin, « La "coopération renforcée" », in *Le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives*, Colloque, Etudes de droit des Communautés européennes, Paris, 27 et 28 février 1998, Pedone, p. 135-155.

traitement des Etats membres<sup>1869</sup> ; aussi, les conditions de recours aux coopérations renforcées étaient-elles, au début, particulièrement contraignantes, à tel point, d'ailleurs, que leur effet dissuasif a finalement conduit les rédacteurs du traité de Nice à assouplir considérablement le mécanisme<sup>1870</sup>. Le traité établissant une constitution pour l'Europe du 18 juillet 2003 ne remettait pas en cause ces progrès et procédait à quelques ajustements<sup>1871</sup>.

**837.** Selon le droit en vigueur, et abstraction faite des conditions spécifiques de mise en œuvre des coopérations renforcées dans les différents piliers de l'Union<sup>1872</sup>, le mécanisme doit viser « à favoriser la réalisation des objectifs de l'Union et de la Communauté, à préserver et à servir leurs intérêts et à renforcer le processus d'intégration » (art. 43 a) du TUE<sup>1873</sup>). S'impose par ailleurs le respect des traités (art. 43 b) du TUE), de l'acquis communautaire (art. 43 c) du TUE), du marché intérieur et de la cohésion économique et sociale (art. 43 e) du TUE), ainsi que les principes relatifs aux échanges et à la concurrence (art. 43 f) du TUE). En outre, les coopérations renforcées doivent s'inscrire dans les limites des compétences de l'Union (art. 43 d) du TUE) et au sein du cadre institutionnel unique de cette dernière (art. 43 b) du TUE) : cela signifie que les Etats membres coopérants sont tenus d'utiliser les organes et instruments communautaires pour mettre en œuvre leur coopération. Il en résulte que l'effet des coopérations renforcées est censé se limiter à l'intensification de l'intégration, et ne peut entraîner l'extension des compétences communautaires à de nouveaux domaines.

**838.** En raison même de leurs finalités, les coopérations renforcées ne sauraient être autres que facultatives. Certes, l'article 43 du TUE, qui introduit le mécanisme, présente une nature permissive, mais l'identification de la faculté ouverte n'est pas forcément évidente pour qui s'en tient à un examen purement textuel ; il dispose en effet que « *les États membres qui se proposent d'instaurer entre eux une coopération renforcée peuvent recourir aux institutions, procédures et mécanismes prévus par le présent traité et le traité instituant la Communauté européenne* ». Il pourrait être compris que les Etats membres s'engageant dans une

---

<sup>1869</sup> Sur le principe de solidarité et d'égalité entre les Etats membres : CJCE, 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/72, *Rec. CJCE* 1973, p. 101, point 24.

<sup>1870</sup> Hervé Bribosia, « Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice », *RDUE* 1/2001, p. 111 et s. ; Stéphane Rodrigues, « Le traité de Nice et les coopérations renforcées », *RMCUE*, 2001, p. 11.

<sup>1871</sup> Sur les coopérations renforcées dans le cadre de ce traité, v. Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 559-564.

<sup>1872</sup> Le droit des coopérations renforcées pose en effet des conditions générales (art. 43 à 45 du TUE, soit le titre VII) et des dispositions spécifiques au premier pilier (art. 11 et 11 A du traité CE), deuxième pilier (art. 27 A à 27 E du TUE) et troisième pilier (art. 40, 40 A et 40 B du TUE).

<sup>1873</sup> Traité sur l'Union européenne.

coopération renforcée ont la simple faculté de recourir aux institutions, procédures et mécanismes des traités.

Or, l'obligation d'insérer cette coopération dans le cadre institutionnel unique de l'Union conduit à lier la permissivité de cette disposition à l'initiative du mécanisme. La rédaction que proposait l'article I-44 du traité établissant une constitution pour l'Europe était sur ce point un peu plus claire : « *Les Etats membres qui souhaitent instaurer entre eux une coopération renforcée dans le cadre des compétences non exclusives de l'Union peuvent recourir aux institutions de celle-ci...* ». L'emploi du verbe *souhaiter* lève notamment toute ambiguïté. Mais comme l'expliquent MM. Blumann et Dubouis, il n'aurait pas été concevable qu'un impératif de coopération renforcée soit posé : « imposer un tel modèle eût été vain puisque selon les règles même du droit international, rien n'interdit aux Etats d'exercer leur capacité conventionnelle, non seulement dans les domaines non couverts par l'Union européenne, mais même dans les domaines de compétence partagée au sens de l'avis donné par la Cour de justice dans l'affaire OMC »<sup>1874</sup>.

**839.** La coopération renforcée correspond donc à une liberté liée au volontarisme présidant au droit international public ; le caractère permissif de l'article 43 du TUE exprime ce principe et garantit aux Etats membres qu'une coopération ne leur sera pas imposée par les instances communautaires. Cela étant, la permissivité du mécanisme n'implique pas une liberté totale d'initiative : outre les conditions précédemment indiquées, l'exigence d'une taille critique mise à la coopération renforcée, tenant au fait que celle-ci doit réunir au moins huit Etats membres (art. 43 g) du TUE), contribue nécessairement à modérer l'usage de la faculté ouverte.

Par ailleurs, dans les matières du premier pilier, la Commission conserve un monopole de proposition et si les Etats membres disposent du pouvoir de demander à la Commission de présenter une proposition, celle-ci peut refuser en communiquant les raisons de cette décision ; au contraire, l'initiative est partagée dans le cadre du troisième pilier, et n'appartient qu'aux Etats membres (la Commission n'ayant qu'un rôle consultatif) dans le deuxième pilier, davantage marqué par l'intergouvernementalisme<sup>1875</sup>. Toutefois, la décision

---

<sup>1874</sup> Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., n° 541, se référant à CJCE, 15 novembre 1994, avis 1/94, Rec. CJCE, I, p. 5267.

<sup>1875</sup> Op. cit., n° 551-553.



finale sera prise à la majorité qualifiée par le Conseil<sup>1876</sup>, ce qui facilite, en théorie, le recours à un mécanisme dont l'objectif n'est justement pas de progresser de manière unanime.

**840.** La dimension permissive des coopérations renforcées, aménagée par un droit communautaire soucieux de maîtriser un processus censé le servir, porte cependant un coup certain à l'unité au sein de l'Union<sup>1877</sup>. La différenciation<sup>1878</sup> permise par les coopérations renforcées conduit nécessairement à rompre l'égalité des citoyens de l'Union devant le droit communautaire, selon qu'ils sont ou non ressortissants d'un Etat membre participant à la coopération. L'uniformité du droit communautaire, qui s'impose comme un objectif essentiel du système juridique de l'Union<sup>1879</sup>, ne résiste pas face à la constitution d'un « noyau dur »<sup>1880</sup>, d'un « groupe pionnier »<sup>1881</sup>, mettant en œuvre des règles juridiques impliquant un degré d'intégration plus élevé, c'est-à-dire un transfert de compétence plus substantiel au profit des organes communautaires. L'opposition de principe entre les coopérations renforcées et les exigences d'unité, d'uniformité et d'égalité explique donc que le caractère subsidiaire du mécanisme, qui ne doit être utilisé « *qu'en dernier ressort, lorsqu'il a été établi au sein du Conseil que les objectifs qui leur sont assignés ne peuvent être atteints, dans un délai raisonnable, en appliquant les dispositions pertinentes des traités* » (art. 43 A du TUE).

**841.** Cette atteinte à l'uniformité du droit est donc directement liée à la mise en œuvre de la norme permissive ouvrant la faculté de recourir aux coopérations renforcées. La procédure n'étant pas imposée aux Etats membres, elle n'est susceptible d'être utilisée que par ceux qui sont capables – juridiquement, administrativement, économiquement, etc. – de s'engager plus intensément dans le processus d'intégration. Même si le mécanisme se veut incitatif et

---

<sup>1876</sup> Le traité de Nice a fermé la possibilité, pour un Etat membre, de faire obstacle à la coopération renforcée en renvoyant la décision aux chefs d'Etat et de gouvernement statuant à l'unanimité (*op. cit.*, n° 551 *in fine*).

<sup>1877</sup> MM. Blumann et Dubouis opposent les coopérations renforcées aux « principes fondamentaux du droit communautaire que sont l'unité, l'uniformité, l'égalité de traitement » (*Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, n° 532).

<sup>1878</sup> Sur la notion de différenciation : Philippe Manin et Jean-Victor Louis (dir.), *Vers une Europe différenciée ? Possibilité et limite*, Pedone, 1996 ; Christine Guillard, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, thèse, Tours, 2003, p. 399 et s.

<sup>1879</sup> Cet objectif est notamment au cœur du mécanisme du renvoi préjudiciel (sur cette notion, v. not. : Jean-Louis Clergerie, *Le renvoi préjudiciel*, Ellipses, 2000 ; Robert Kovar, « Le recours préjudiciel », *Juris-classeur Europe*, fasc. 360-362). En outre, l'application uniforme du droit communautaire appelle le principe de primauté de ce droit sur les droits nationaux (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec. CJCE*, p. 1141).

<sup>1880</sup> Groupe parlementaire CDU/CSU du Parlement allemand (Bundestag), *Réflexions sur la politique européenne*, Europe Documents, n°1895/96, 7 septembre 1994.

<sup>1881</sup> Discours du Président de la République française Jacques Chirac du 27 juin 2000 devant le Bundestag, *in Le Monde*, 28 juin 2000, p. 16-17, faisant écho à celui de Joschka Fisher, ministre allemand des affaires étrangères à l'université d'Humboldt, le 12 mai 2000, *in Le Monde*, 14-15 mai 2000, p. 12. Sur ces discours, v. aussi Paul Magnette (dir.), *La constitution de l'Europe*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2<sup>ème</sup> éd., 2000, respectivement note 53, p. 193, et p. 181).

suppose un effet d'entraînement, la différenciation constructive qu'il introduit s'accompagne d'une distanciation des Etats membres non partie à la coopération.

Certes, les coopérations renforcées doivent demeurer ouvertes aux autres Etats membres (art. 43 j) du TUE) et sont provisoires ; mais ces conditions tentent une conciliation au moins intellectuelle entre l'exigence d'uniformité et la réalité d'une différenciation qui s'impose tout de même aux citoyens. D'ailleurs, l'exigence d'une durée limitée n'est pas sans rappeler le système français de l'expérimentation normative ; les deux techniques visent à permettre à des volontaires – d'où la permissivité du droit en la matière – de tester des dispositions juridiques éventuellement appelées à être généralisées. Il demeure toutefois que l'issue d'une coopération renforcée n'est pas déterminée et que son extension à d'autres Etats pourrait être longtemps différée.

**842.** Enfin, la liberté des Etats membres de s'engager ou non dans un coopération renforcée ne doit pas être appréhendée dans les seuls termes de la capacité : certains Etats tout à fait capables d'intensifier l'intégration trouvent, dans le caractère permissif de l'article 43 du TUE, un fondement à leur absence de volonté de s'engager davantage. La permissivité normative implique en effet autant la « différenciation offensive »<sup>1882</sup> propre aux Etats volontaires qu'une différenciation plus « défensive »<sup>1883</sup> de la part des plus réticents : tout Etat, même capable d'aller de l'avant, peut invoquer la faculté d'*opting out*, qui lui permet de ne pas s'associer à une politique menée par la Communauté<sup>1884</sup>. *A fortiori*, rien ne l'empêche de ne pas adhérer à une initiative restreinte. La norme permissive rappelle sa double nature : donnant la faculté de faire, elle ouvre en même temps celle de ne pas faire. Rapportée à la matière communautaire, la norme permissive illustre ici autant l'hypothèse d'une flexibilité positive que d'une flexibilité négative<sup>1885</sup>.

**843.** La variabilité de l'usage des facultés introduites par les normes permissives, en raison de la liberté de détermination qu'elles consentent à leurs bénéficiaires, est donc susceptible de causer certaines atteintes à l'exigence d'égalité. Liée à une prérogative normative, comme en

---

<sup>1882</sup> Par « différenciation offensive », il faut entendre un processus qui « permet à un certain nombre d'Etats, une avant-garde ou une aile marchante, d'aller plus loin dans un certain nombre de secteurs en espérant entraîner un jour leurs partenaires frileux » (Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 539 *in fine*).

<sup>1883</sup> A la « différenciation défensive » sont associées les demandes de dérogations, les régimes transitoires ou encore les clauses de sauvegarde (*ibid.*).

<sup>1884</sup> Jacques Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>1885</sup> Sur les notions de *negative flexibility* et *positive flexibility*, voir A. M. Collins, « Flexibilité et union de droit », in Joël Rideau (dir.) *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, p. 175.

matière d'expérimentation locale ou dans le cadre des coopérations renforcées, la norme permissive conduit en effet à rompre l'uniformité du droit et pousse à reconsidérer la notion d'égalité des sujets de droit devant la règle. En outre, le caractère contingent de la mise en œuvre des facultés ouvertes renforce les distorsions d'égalité susceptibles d'apparaître. Toutefois, il ne faut sans doute pas conclure trop vite à une contrariété absolue entre norme permissive et égalité.

## B – UNE RUPTURE D'EGALITE RELATIVE

**844.** Bien que la norme permissive porte en elle les germes de la différenciation et de la rupture d'égalité, il convient d'observer que cette rupture n'est consommée qu'au moment de la mise en œuvre de la faculté ouverte. Dans un certain sens, elle présente un caractère extra-normatif (1), en étant liée non pas à la règle elle-même mais au comportement de son destinataire à l'égard de la latitude qui lui est reconnue. La rupture d'égalité impliquée par la norme permissive est donc relative. D'ailleurs, la recherche d'égalité réelle, effective, entre les sujets de droit, n'exclut pas, bien au contraire, le recours à la norme permissive (2).

### *1 – Une rupture d'égalité extra-normative*

**845.** La rupture d'égalité que semble engendrer la norme permissive ne tient pas à son édicition même dans l'ordonnancement juridique. Ouvrant une faculté comme une virtualité saisissable par les sujets de droit, elle se cantonne à poser le principe d'une action. En revanche, la mise en œuvre de cette faculté par les destinataires de la norme est plus particulièrement susceptible d'introduire l'atteinte à l'égalité. Son exercice, et les modalités de cet exercice, sont en effet seuls à induire une différenciation qui peut conduire à rompre une situation égalitaire préalable : l'application de mêmes dispositions légales métropolitaines à l'ensemble des départements et régions d'outre-mer, le même degré d'intégration des vingt-cinq Etats membres s'agissant de l'exercice d'une compétence concurrente, etc.

**846.** Seul l'exercice de la faculté ouverte, ainsi que les modalités de celui-ci, vont engendrer la rupture d'égalité ; le choix du destinataire de la norme permissive à l'égard de l'alternative qui lui est offerte est déterminant. Ainsi, si plusieurs sujets de droit se voient reconnaître une même faculté mais décident tous de ne pas la mettre en œuvre positivement, aucune rupture d'égalité n'apparaîtra entre eux. Par exemple, si aucune collectivité territoriale habilitée par la loi ne décide d'exercer la faculté d'expérimentation qui lui est reconnue, le droit commun

continuera à régir l'exercice de les compétences de ces collectivités, qui seront dans une situation égalitaire sur ce point.

**847.** La rupture d'égalité peut résulter de deux situations, bien qu'une seule soit réellement liée à la technique normative permissive : une première, élémentaire, apparaît lorsque certains destinataires d'une norme permissive exercent positivement la faculté qui leur est ouverte, et qu'une autre partie s'abstient, c'est-à-dire en fait un usage négatif. Ce cas de figure correspond à la rupture d'unité provoquée par le recours de certaines Etats à la coopération renforcée. De même, la faculté reconnue aux communes dotées d'un plan local d'urbanisme d'instaurer un droit de préemption urbain connaît une mise en œuvre variable : toutes les communes pour lesquelles l'article L211-1 du Code de l'urbanisme, permissif, s'applique, ne vont pas recourir à cet instrument de maîtrise foncière. Il en résulte une rupture d'égalité entre les propriétaires des immeubles situés dans les communes ayant décidé de l'instaurer et ceux des immeubles localisés dans des communes n'y ayant pas recouru : lorsqu'ils souhaiteront vendre leur bien, les propriétaires de la première catégorie de communes devront se soumettre aux formalités liées à l'existence d'un droit de préemption (notamment la déclaration d'intention d'aliéner). L'entrave administrative viendra, non pas paralyser leur *abusus* mais néanmoins l'affecter. La rupture d'égalité ainsi entraînée par la mise en œuvre de la faculté ouverte est donc bien liée à la nature permissive de la norme posée : sans elle, aucune liberté de détermination n'existerait, qui génère une mise en œuvre hétérogène<sup>1886</sup>.

**848.** Cette situation de rupture d'égalité doit être distinguée de celle qui s'observe lorsque l'exercice d'une faculté est insuffisamment déterminé et qu'il laisse au destinataire de la norme une liberté dans les modalités de son action. Le droit des expérimentation locales prévoit, certes, que les collectivités territoriales devront être habilitées par l'Etat, pour un objet limité, et à l'égard de dispositions juridiques identifiées, mais il demeure une inconnue, tenant à la manière dont les collectivités vont mettre en œuvre le pouvoir normatif qui leur est confié temporairement : les dérogations qu'elles apporteront aux règles régissant l'exercice de leurs compétences n'auront probablement pas la même nature ni la même portée.

Toutefois, dans cette hypothèse, ce n'est pas tant la nature permissive de la norme qui induit la rupture d'égalité que l'habilitation conférée aux collectivités territoriales. L'effet de la permissivité normative se limite à l'opportunité de l'action ou de l'inaction – il correspond à

---

<sup>1886</sup> Néanmoins, la rupture d'égalité entre les propriétaires des communes où le droit de préemption est institué et celles où il ne l'est pas se justifie par la différence de situation dans laquelle ils se trouve, différence fondée sur la mise en œuvre, par les autorités municipales, d'une simple norme permissive.

la question : la collectivité va-t-elle agir ou non ? –, tandis que l’habilitation s’accompagne d’un pouvoir normatif qui appelle une autre question : comment la collectivité va-t-elle agir ?

**849.** Enfin, les solutions jurisprudentielles retenues à l’égard des dispositions – permissives – reconnaissant une faculté de dérogation à une règle générale démontrent également que la rupture d’égalité tient non pas à l’édiction de la norme permissive elle-même – cela condamnerait toute perspective de dispositifs dérogatoires – mais dans sa mise en œuvre. La question qui se pose au juge est celle de savoir s’il convient que l’autorité pouvant accorder une dérogation adopte une même solution à l’égard de pétitionnaires différents.

Il ressort de la jurisprudence que l’existence d’un pouvoir discrétionnaire n’impose pas à l’administration d’accorder aux uns ce qu’elle a accordé à d’autres<sup>1887</sup>. Certains arrêts attestent toutefois d’annulations de refus d’accorder une dérogation sur le fondement d’une rupture d’égalité entre les administrés<sup>1888</sup> ; mais une telle solution doit rester marginale, précisément en raison du caractère par principe permissif de l’octroi de dérogations. En imposant un traitement égalitaire entre les pétitionnaires, le juge contribuerait à priver l’autorité compétente de son pouvoir discrétionnaire et à dénaturer la faculté de dérogation en devoir d’exception. Mais en tout état de cause, cela atteste bien que la question de la rupture d’égalité se situe dans la mise en œuvre de la norme permissive.

La proposition du commissaire du gouvernement Kessler, dans ses conclusions sur l’arrêt du 7 février 1994, *Duchêne*<sup>1889</sup>, d’imposer l’égalité dans les décisions prises au même moment, par le même agent, à l’égard de mêmes demandes, alors même que cet agent jouit d’un pouvoir discrétionnaire, le confirme<sup>1890</sup>. En conditionnant ainsi la décision de l’autorité compétente, serait contraint, au nom de l’égalité, l’exercice de la faculté ouverte.

**850.** La rupture d’égalité procédant de la norme permissive est donc essentiellement de caractère factuel, dans la mesure où elle est susceptible de naître du choix opéré par son destinataire quant à l’exercice de la faculté qui lui est ouverte. La censure du juge n’est pas envisageable puisque d’un point de vue purement normatif, l’égalité règne, et plus

---

<sup>1887</sup> V. par ex. : CE, 10 décembre 1969, *Consorts Fourel*, *Rec.*, p. 572 ; CE, 12 juin 1986, *Commune de Gaillac*, n° 78335 ; CE, 19 mai 1995, *Mesnay*, n° 133225.

<sup>1888</sup> CE, 10 juillet 1995, *Contremoulin*, *Rec.*, p. 213 ; *AJDA* 1995, p. 925, concl. Y. Aguila : rejet d’une demande de dérogation de secteur scolaire présentée pour l’émotif d’une proximité entre le lieu de travail d’un parent d’élève et l’école en question, alors que des dérogations avaient été accordées à d’autres parents pour un même motif.

<sup>1889</sup> *Rec.*, p. 55.

<sup>1890</sup> Le fait que l’égalité de décision soit *imposée* à l’agent montre que cette proposition ne reprend pas le mécanisme déjà existant de la directive administrative.

particulièrement l'égalité devant la loi, en l'occurrence la loi permissive. La norme permissive est égalitaire quant au principe d'action qu'elle pose.

En cela, elle s'inscrit parfaitement dans la conception française selon laquelle « le principe d'égalité siège essentiellement dans la généralité de la règle »<sup>1891</sup>. Il n'est pas mis en doute que les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reconnaissant la liberté d'expression – de nature permissive – soient égalitaires ; pourtant, elle reconnaît la faculté de s'exprimer ou de se taire. De même, l'article 43 du TUE, qui ouvre la faculté de mener des coopérations renforcées à tous les Etats membres respecte bien le principe d'égalité de traitement des Etats membres.

**851.** L'édition d'une norme permissive n'est donc pas, en elle-même, génératrice d'inégalité. L'est au contraire sa mise en œuvre, tant en ce qui concerne l'option de son destinataire quant au choix entre l'action ou l'inaction, et quant aux modalités de cette action. Mais le rapport entre la catégorie des normes permissives et le principe d'égalité ne se limite pas à un rapport de non-contrariété ; en effet, le droit positif et la jurisprudence témoignent qu'un concours de la permissivité à l'égalité est concevable.

## ***2 – Les liens de la norme permissive avec la recherche d'une égalité réelle***

**852.** L'égalité constitue surtout un concept de philosophie politique qui s'est trouvé peu à peu juridicisé par le droit positif. Le Conseil d'Etat sera le premier à en faire une application implicite, notamment dans l'arrêt *Roubeau et autres*, du 9 mai 1913<sup>1892</sup>. La consécration de principes généraux du droit<sup>1893</sup> fournira ensuite une assise plus explicite au principe d'égalité, que le juge déclinera dans de nombreux domaines<sup>1894</sup>.

Le Conseil constitutionnel à son tour consacrera le principe dans sa décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*<sup>1895</sup>, en censurant une discrimination entre les citoyens contraire au « principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme et 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ». A cet

---

<sup>1891</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 2006, op. cit.*, p. 37.

<sup>1892</sup> *Rec.*, p. 521. Pour d'autres applications, v. Conseil d'Etat, *Rapport public 1996, op. cit.*, p. 26.

<sup>1893</sup> CE Ass., 26 octobre 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213.

<sup>1894</sup> Par ex., égalité des usagers du service public (v. not. CE Ass., 25 juin 1948, *Société du journal L'Aurore, Rec.*, p. 289) ou égalité d'accès de tous les Français aux emplois publics (CE Ass., 28 mai 1945, *Barel, Rec.*, p. 308).

<sup>1895</sup> *GDCC*, n° 21.

égard, la doctrine a souligné combien « les sources textuelles du principe d'égalité possèdent une richesse sans équivalent par rapport aux autres droits fondamentaux » : en effet, la Déclaration de 1789 (articles 1<sup>er</sup>, 6 et 13), le préambule de la Constitution de 1946 (alinéas 1<sup>er</sup>, 3, 11, 12, 13, 16 et 18) ainsi que la Constitution de 1958 (alinéa 2 du préambule, articles 1<sup>er</sup>, 2, 13 et 72-3), s'agissant du seul droit français, consacrent le principe de manière explicite<sup>1896</sup>.

**853.** Il est par ailleurs notable que l'appréciation du respect du principe d'égalité, tant par le juge administratif que par le juge constitutionnel, ne demeure pas purement formelle. En effet, l'égalité est appréhendée d'une manière concrète, pragmatique, par la jurisprudence, qui concilie les exigences de ce principe théorique et universaliste avec la diversité des situations de la vie réelle. S'il existe une égalité de droit entre les hommes, pour être effective, elle doit tenir compte des inégalités de fait existant entre eux, et des exigences de la vie en société<sup>1897</sup>.

Or, cette « connection » inspire précisément la jurisprudence, comme en témoigne la formule désormais classique du Conseil constitutionnel, selon laquelle le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit<sup>1898</sup>. Le Conseil d'Etat retient une solution similaire en considérant que des « différences de situations appréciables » peuvent justifier des différences de traitement entre les administrés<sup>1899</sup>.

Cette conception réaliste de l'égalité<sup>1900</sup> fonde tout particulièrement la notion de discrimination positive<sup>1901</sup>. Cette dernière semble toutefois dépasser les termes de la simple

---

<sup>1896</sup> Louis Favoreu et a., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 412. Pour un examen des sources textuelles du principe, v. Conseil d'Etat, *Rapport public 1996*, op. cit., p. 30-33.

<sup>1897</sup> Néanmoins, il existe des discriminations qui, par principe, sont interdites, et ne sauraient trouver de justification : discriminations fondées sur la religion, l'origine ethnique, distinction d'une peuple corse au sein du peuple français... V. Conseil d'Etat, *Rapport public 1996*, op. cit., p. 39-41.

<sup>1898</sup> V. les décisions n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole* (Rec. CC, p. 17) et n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Diverses dispositions d'ordre économique et financier* (RJC I-668) ajoutant la précision du rapport direct.

<sup>1899</sup> V. l'arrêt classique : CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec., p. 274 ; *AJDA* 1974, p. 298, chron. M. Franc et M. Boyon ; *D* 1975, p. 393, note P. Tedeschi ; *RA* 1974, p. 440, note F. Moderne ; *RDP* 1975, p. 467, note M. Waline. V. not. Jean-François Lachaume, « Péage sur les ouvrages d'art et principe d'égalité des usagers devant le service public », note sous TA Poitiers, 7 mai 1996, *Dumas*, *RFDA* 1996, p. 983.

<sup>1900</sup> Parallèlement et à titre subsidiaire, une rupture d'égalité peut être justifiée par l'intérêt général, à condition qu'elle soit en rapport avec la réglementation en cause : CE, 12 novembre 1958, *Syndicat de la raffinerie de soufre française*, Rec., p. 544 ; CC, décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole*, préc.

<sup>1901</sup> Gwénaële Calvès, *Les politiques de discrimination positive*, La Documentation française, n° 822, 1999 ; Jean-François Flauss, « Discrimination positive et convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1999, p. 415 ; Danièle Loschak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778.

prise en compte d'une différence de situation ; la discrimination positive a une dimension *active*, en ce qu'elle vise à *réduire* une inégalité de fait. Il s'agit d'une « différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles »<sup>1902</sup>.

**854.** Or, il est remarquable que le Conseil d'Etat, comme le juge constitutionnel, estiment que l'introduction de discriminations positives dans le droit positif soit simplement facultative<sup>1903</sup>. Autrement dit, il existerait une norme jurisprudentielle permissive ouvrant au législateur et aux autorités administratives, la simple faculté de prévoir des discriminations positives, même si la formule type du juge constitutionnel n'évoque qu'une *absence d'interdiction* de traiter différemment des situations différentes – ce qui ne fonde pas expressément et positivement une faculté – et qu'une telle solution est affectée par le caractère évolutif de la jurisprudence.

**855.** La thèse d'une obligation de traitement différencié a pu être soutenue<sup>1904</sup>, nourrie par les positions des juges européens. En effet, adoptant une approche matérielle du principe d'égalité, la Cour de justice des communautés européennes considère qu'il *impose* de traiter de manière différente des situations différentes<sup>1905</sup> ; la simple faculté de traitement différencié pourrait produire, dans sa conception, une discrimination si une même règle juridique était appliquée à deux situations différentes. Réciproquement, l'égalité suppose, pour les juges de Luxembourg, de traiter de la même manière des situations identiques. Le juge constitutionnel allemand retient notamment le même principe d'une obligation d'introduire des discriminations positives<sup>1906</sup>. Dans cette perspective, toute inégalité de traitement *doit* être justifiée par une différence de situation objective<sup>1907</sup> ou par des objectifs d'intérêt général

---

<sup>1902</sup> Louis Favoreu et a., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 430.

<sup>1903</sup> CE, 22 mars 1950, *Société des ciments français*, *Rec.*, p. 175 ; CC, décision n° 80-128 DC du 21 janvier 1982, *Loi relative au travail à temps partiel*, *Rec. CC*, p. 29.

<sup>1904</sup> V. not. Gilles Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 36 : le traitement différent de situations différentes serait le pendant logique du traitement identique de situations semblables.

<sup>1905</sup> V. par ex. : CJCE, 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République italienne c/ Commission*, aff. 13/63, *Rec. CJCE*, p. 355 ; CJCE, 20 septembre 1988, *Espagne c/ Conseil*, aff. 203/86, *Rec. CJCE*, p. 4597 ; CJCE, 14 février 1995, *Finanzamt Köhl-Altstadt c/ R. Schumacker*, C-279/93, *Rec. CJCE*, p. I-225, point 30 ; CJCE, 13 février 1996, *Gillespie et a.*, C-342/93, *Rec. CJCE*, p. I-475, point 6 ; CJCE, 30 juin 1998, *Brown c/ Rentokil Ltd*, C-394/96, *Rec. CJCE*, p. I-4185, point 30.

<sup>1906</sup> V. not. Olivier Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *Economica*, 1992.

<sup>1907</sup> CJCE, 24 octobre 1973, *Merkur c/ Commission*, aff. 43/72, *Rec. CJCE*, p. 1055.



poursuivis par la Commission<sup>1908</sup>, sous réserve que la rupture de traitement soit proportionnée au but recherché<sup>1909</sup>.

**856.** Le Conseil d'Etat maintient toutefois sa position et ne reconnaît qu'une faculté de traiter différemment des situations différentes, c'est-à-dire une approche formelle du principe d'égalité : « *si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* »<sup>1910</sup>. Le Conseil constitutionnel<sup>1911</sup> adopte une même posture, de même que la Cour de cassation<sup>1912</sup>, ce qui fait dire à un auteur que la « faculté est la marque distinctive de la jurisprudence interne »<sup>1913</sup>.

La seule exception au principe résulte des dispositions du droit fiscal, qui impose un traitement différencié des contribuables : l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose en effet que « *la contribution commune* » aux dépenses d'administration et à l'entretien de la force publique « *doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ». L'impératif de traitement inégal des contribuables, dans le but même d'assurer une répartition égalitaire<sup>1914</sup> des charges publiques, est donc clairement posé, et le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le rappeler<sup>1915</sup>.

**857.** Il résulte donc de la jurisprudence en la matière, qu'en dehors du droit fiscal, l'introduction de discriminations positives en droit français est laissée à la libre appréciation

---

<sup>1908</sup> CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Hohlen-und Baustoffgroshandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec. CJCE*, p. 491.

<sup>1909</sup> La Cour européenne des droits de l'homme impose également un but légitime aux discriminations et une proportionnalité des mesures adoptées au but qu'elles poursuivent (CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, *Rec. CEDH*, p. 34). V. aussi CEDH, 6 avril 2006, *Thlimmenos c/ Grèce*, n° 3469/97 (la Cour évoque une « justification objective et raisonnable »).

<sup>1910</sup> V. CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, *AJDA* 2005, p. 2233 et s., note L. Burgorgue-Larsen ; CE, 20 avril 2005, *Syndicat national des entreprises artistiques et a.*, même revue, spéc. p. 2234. La solution a explicitement été posée dans l'arrêt CE, 28 mars 1997, *Société Baxter*, *Rec.* p. 114 ; *DA* 2000, n° 15, obs. R. S. ; *RFDA* 1997, p. 458, concl. Bonichot : le principe d'égalité « *n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents* ». V. aussi CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, *Rec. t.*, p. 703 ; *AJDA* 2002, p. 276, note G. J. Guglielmi et G. Koubi ; *RFDA* 2003, p. 785, chron. C. Deffigier.

<sup>1911</sup> Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, *AJDA* 1999, p. 738, chron. J.-E. Schoettl.

<sup>1912</sup> Cass. soc., 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine, Dr. soc.* 1998, p. 615.

<sup>1913</sup> Laurence Burgogne-Larsen, note sous CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, préc.

<sup>1914</sup> L'adjectif *égalitaire* vise à rendre compte de la recherche d'égalité réelle, de fait, qui suppose une contribution proportionnée des citoyens à raison de leurs capacités. Le droit fiscal recherche donc plus l'équité que l'égalité dans la répartition de l'impôt.

<sup>1915</sup> Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement pour la sécurité sociale*, *RDJ* 2001, p. 267-285.

de l'autorité normative, pourvu qu'existent des différences de situation appréciables. Cela permet d'apprécier le lien qui existe entre la permissivité normative et la recherche d'une égalité réelle entre les sujets de droit.

**858.** Le risque d'atteinte à la prévisibilité du droit et à l'égalité entre les sujets de droit qu'impliquerait l'édiction de normes permissives n'est donc pas complètement avéré. Si ces normes induisent un aléa quant au sens de l'action de leur destinataire, le droit positif permet d'observer le redéploiement d'une contrainte normative en périphérie des facultés ouvertes, qui vise à circonscrire, dans le temps et sur le fond, la liberté concédée. Le risque quant à la prévisibilité de la règle de droit est donc maîtrisable.

De même, s'agissant du principe d'égalité, le risque de rupture inhérent à la norme permissive doit être relativisé : si la simple faculté ouverte favorise une différenciation dans la mise en œuvre de la norme, c'est bien cette phase-ci, et non l'édiction de la norme permissive elle-même, qui est à l'origine de la rupture d'égalité. Cela atteste donc du caractère essentiellement factuel de cette dernière. Par ailleurs, le droit positif et la jurisprudence démontrent que loin d'exclure l'idée d'égalité, le recours à la norme permissive peut être un moyen de contribuer à en assurer la réalisation. Les risques d'ordre théorique ainsi soulignés ne constituent donc pas des motifs dirimants de critique de la catégorie des normes permissives. En revanche, les risques induits par la pratique liée à ces normes méritent sans doute plus de réserves quant à leur usage.

## **SECTION 2 – DES RISQUES D'ORDRE PRATIQUE LIÉS À L'USAGE DES NORMES PERMISSIVES**

**859.** Le terme d'usage de la norme est ici employé au sens le plus large : il se rapporte tant à la mise en œuvre des normes permissives édictées, à leur exécution, qu'au recours à cette catégorie de normes par l'autorité normatrice. Deux risques essentiels apparaissent à cet égard, qui rendent compte des inconvénients liés à des formes de droit flexible, non contraignant. D'abord, la liberté de détermination concédée par la norme permissive révèle des effets pervers difficiles à contenir (§ 1) ; ensuite, la norme permissive apparaît, à plusieurs égards, comme un vecteur potentiel de dénaturation du droit (§ 2).

## § 1 – LES EFFETS PERVERS DE LA LIBERTE DE DETERMINATION

**860.** La liberté d'appréciation est inhérente aux facultés ouvertes par les normes permissives. Elle favorise l'adaptabilité de la règle de droit et permet de reconnaître une certaine autonomie aux sujets de droit. Mais, cette marge d'appréciation n'est pas sans présenter certains inconvénients s'agissant de la mise en œuvre de la règle de droit. D'une part, elle donne prise à l'influence d'éléments de fait sur les conditions d'application des normes permissives (A). D'autre part, elle légitime l'inaction de leurs destinataires et montre les limites de la notion d'effectivité à l'égard de cette catégorie de normes (B).

### A – L'INFLUENCE POSSIBLE D'ELEMENTS DE FAIT SUR L'EXERCICE DES FACULTES OUVERTES

**861.** Cette influence peut conduire à dissuader le destinataire d'une norme permissive de faire un usage positif de la faculté qui lui est reconnue (1), voire donner prise à une véritable négociation de l'application de la règle (2).

#### *1 – Une influence dissuasive*

**862.** L'exécution des normes permissives témoigne d'une certaine perméabilité au contexte factuel dans lequel elle doit avoir lieu, en ce sens que des déterminants de fait peuvent avoir un effet sur les modalités d'exercice des facultés ouvertes. Cette influence est directement liée à la liberté d'appréciation reconnue au destinataire de la norme permissive, qui allège, voire supprime, le poids du droit qui s'exerce sur lui, et le rend plus sensible à celui des faits.

Par principe, une norme impérative implique au contraire sur son destinataire une pression juridique forte : à défaut de se conformer à l'injonction formulée ou de respecter la prohibition posée, celui-ci encourt en général une sanction. Face à la menace juridique, l'influence des faits est particulièrement diminuée ; elle peut éventuellement ressurgir lorsque la sanction n'est pas jugée suffisamment dissuasive par les sujets de droit pour les convaincre de ne pas violer l'impératif du droit<sup>1916</sup> : par exemple, lorsqu'elle est symbolique ou trop modique, ou encore lorsque l'ordre de valeurs que représente le droit n'est pas accepté par certains de ses sujets qui y substituent un autre ordre, extra-juridique, mais à leurs yeux tout

---

<sup>1916</sup> V. n° 137 et s.

aussi impératif<sup>1917</sup>. Mais de manière classique, la pression plus forte du droit sur le fait constitue un ressort de l'organisation de la société, de la régulation des rapports humains<sup>1918</sup>.

**863.** La pression des faits, ou du moins leur influence, sur le destinataire d'une norme permissive peut d'abord fausser le jeu de la libre appréciation de ce dernier. Non contraint par le droit, n'ayant pas plus de raison juridique de faire une action donnée plutôt que l'action contraire – cette raison s'entend de la crainte d'une éventuelle sanction –, le bénéficiaire d'une faculté risque d'être plus sensible aux déterminants de fait pouvant accompagner sa mise en œuvre.

Cette influence des faits peut d'ailleurs poursuivre un but légitime, comme les messages des autorités publiques visant à combattre l'abstentionnisme électoral, et scandant que *voter est un droit, mais aussi un devoir* : incapables d'exercer une pression de droit sur les titulaires du droit de vote – liberté se matérialisant en une simple faculté, sauf dans les hypothèses de vote obligatoire –, elles n'ont d'autre recours qu'une pression dont les ressorts résident hors du droit : campagnes de sensibilisation dans les médias, instruction civique, etc.

**864.** Mais dans d'autres cas, la perturbation des faits peut être plus dommageable pour l'exercice de la faculté ouverte ; elle risque d'en supprimer l'intérêt. Ainsi, le projet de loi *modifiant et complétant le statut de la collectivité territoriale de Corse* de 2002 prévoyait-il, en son article 7-I, que « *la langue corse [serait] enseignée dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et élémentaires à tous les élèves, sauf volonté contraire des parents ou du représentant légal de l'enfant* ». En d'autres termes, cette disposition posait le principe d'un enseignement obligatoire de la langue corse, assorti d'une faculté, pour les parents ou représentants légaux des élèves concernés, d'en faire dispenser leur enfant.

*A priori*, la norme permissive incluse dans ce projet d'article rendait l'enseignement de la langue corse facultatif. Or, dans son avis du 8 février 2001, le Conseil d'Etat a considéré que ces dispositions « *contraignant, à la différence de la procédure d'inscription applicable à tous les autres enseignements optionnels, les représentants légaux de l'enfant à accomplir une*

---

<sup>1917</sup> Par ex. les « lois du milieu » dans la mafia, certains codes d'honneur, ou encore l'omerta – ou loi du silence – en Corse, qui peut primer sur l'obligation de dénonciation des infractions. L'emprunt au vocabulaire proprement juridique est d'ailleurs significatif d'un véritable ordre normatif alternatif. V. les théories culturalistes sur le phénomène de délinquance : Renaud Fillieule, *Sociologie de la délinquance*, PUF, 2001, p. 177 et s..

<sup>1918</sup> La pression ne s'entend pas nécessairement d'une forme de menace, de la dimension comminatoire du droit, mais peut simplement tenir à l'intérêt qu'ont les sujets de droit à adopter certains comportements ; il en est ainsi à l'égard de dispositifs juridiques incitatifs, la « pression » du droit n'ayant pas une visée dissuasive.

*démarche expresse pour faire dispenser l'élève de l'obligation de suivre cet enseignement, reviendraient à instituer dans les faits un enseignement obligatoire de la langue corse »*<sup>1919</sup>.

**865.** C'est donc bien en raison d'une considération de fait – la démarche expresse de dispense à accomplir – que le Conseil a estimé qu'il était préférable d'introduire l'enseignement de la langue corse comme une option supposant une démarche positive d'inscription et non comme un enseignement de principe auquel il pouvait être renoncé. L'obligation d'entreprendre une démarche de dispense constituait une pesanteur dans l'exercice de la faculté ouverte ; en outre, il n'est peut être pas interdit de penser que certains parents, moins diligents que d'autres, n'auraient fait qu'un choix théorique, leur inaction passant pour un choix consenti pour l'enseignement de la langue corse. Enfin, il n'est pas non plus impossible qu'une démarche positive de dispense ait été difficile à accomplir dans le contexte politique et social particulier de l'île ; si le choix d'inscrire son enfant à l'enseignement de la langue corse est perçu comme un attachement à l'identité corse, la démarche inverse risque d'être moins bien perçue et plus péjorativement connotée. Face à la pression de la situation de fait en Corse, la libre détermination des parents aurait pu être illusoire.

**866.** De manière générale, de nombreuses facultés reconnues aux individus par le droit peuvent trouver dans les faits des obstacles à leur mise en œuvre. Par exemple, la reconnaissance du droit d'ester en justice pour faire valoir ses droits est une chose, mais l'action concrète en justice en est une autre. Entre la prérogative théorique et son exercice effectif, il y a une distance qui tient aux démarches à accomplir et à l'investissement qu'une action en justice représente en temps et sur le plan pécuniaire. L'instauration de l'aide juridictionnelle est ainsi une réponse à l'artificialité du droit d'ester en justice des personnes les plus démunies. La garantie des droits a motivé la prise de mesures permettant de libérer l'exercice d'une faculté de certaines contingences de fait.

**867.** De manière analogue, la reconnaissance par la Constitution d'un droit de pétition, permettant aux électeurs d'une collectivité qu'une question soit inscrite à l'ordre du jour de son assemblée<sup>1920</sup> est, sur le plan théorique, un progrès significatif de la démocratie participative. Toutefois, l'exercice de la faculté ouverte en est une autre, comportant son lot d'obstacles matériels, d'autant que la loi du 13 août 2004 *relative aux libertés et*

---

<sup>1919</sup> Conseil d'Etat, Section de l'Intérieur, des Finances et des Travaux publics, avis n° 365726 (NOR : INTX0000188L).

<sup>1920</sup> Art. 72-1 al. 1 de la Constitution.

*responsabilités locales*<sup>1921</sup>, qui concrétise ce droit en matière de consultation locale, prévoit des seuils pour l'initiative populaire : seul un cinquième des électeurs inscrits sur les listes d'une commune dans le cadre d'une consultation communale, et un dixième s'agissant des autres collectivités, peuvent ainsi demander que soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante l'organisation d'une consultation sur toute affaire relevant de la décision de cette assemblée. Cette exigence impose donc, de manière très prosaïque, de réunir un nombre d'électeurs suffisant ; cela implique nécessairement d'y consacrer du temps, des moyens financiers, et surtout de contacter, informer et convaincre les électeurs qui manifesteront de l'intérêt pour la démarche. Comme le craint Mme Belloubet-Frier, cela pourrait réserver, de fait, l'exercice du droit de pétition à des groupements politiques ou des groupes d'intérêts ayant les moyens financiers de se faire entendre<sup>1922</sup>.

**868.** La mise en œuvre des normes permissives se révèle donc particulièrement sensible au contexte d'exercice des facultés ouvertes, l'influence des faits pouvant être dissuasive, voire paralysante. Il convient également de noter qu'il n'est pas impossible que cette influence des faits sur l'appréciation du destinataire de la norme permissive donne prise à une éventuelle négociation de l'application de la règle de droit.

## ***2 – La norme permissive, règle potentiellement négociable***

**869.** Cette dérive est susceptible d'être le fait des administrés comme de l'administration elle-même. L'exercice de leurs compétences par les autorités administratives apparaît en effet comme un lieu non négligeable de tentatives de négociation de l'application de la règle de droit, *a fortiori* permissive. Le pouvoir d'appréciation reconnu à ces dernières peut constituer le point focal de bien des tentatives des administrés ayant pour finalité un exercice des normes permissives en cause qui leur soit favorable.

Comme il a été écrit, toute norme est « un enjeu de négociation et de compromis entre les acteurs, portant sur les conditions de son application »<sup>1923</sup>. La remarque vaut à l'égard des normes permissives, précisément en raison de la marge d'appréciation laissée dans leur application : la part d'indétermination de ces règles, qui fonde le choix en opportunité de l'autorité administrative, donne prise à une certaine négociabilité qui échappe au contrôle du

---

<sup>1921</sup> Préc.

<sup>1922</sup> Nicole Belloubet-Frier, « Les référendums municipaux », *op. cit.*, p. 173.

<sup>1923</sup> Jacques Chevallier et Danièle Loschak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *op. cit.*, p. 719.

juge. Tant qu'elles ne se manifestent pas sous une forme extrême<sup>1924</sup>, ces « manœuvres » restent à la lisière de la légalité, exploitant les virtualités de la zone de discrétionnalité reconnue par la norme permissive à l'autorité chargée d'en assurer l'application.

**870.** Pour l'administré, l'enjeu est alors de faire plier une règle impérative générale en obtenant une dérogation ou une dispense : contrairement à la tolérance administrative, qui suppose l'absence de sanction d'une entorse à une disposition impérative, et donc une bienveillance de l'administration à l'égard d'un comportement irrégulier provenant de l'administré, dérogation et dispense émanent d'une décision de l'autorité administrative. Si la seconde vise de façon plus contestable à écarter une règle impérative alors que le droit ne l'a pas expressément prévu, la faculté de dérogation est parfaitement ancrée dans la légalité, ce qui n'exclut cependant pas l'existence d'une marge d'opportunité sur laquelle se concentrent les démarches des administrés. En dépit du contrôle juridictionnel instauré en la matière, il existe rarement une seule solution dérogatoire légale pour chaque cas et il est légitime que le pétitionnaire cherche à tirer le meilleur profit du procédé. De même, lorsqu'une norme permissive, en dehors des hypothèses de dérogation, ouvre une alternative à l'autorité administrative, il est dans l'ordre des choses que l'administré en attende un choix qui épouse sa vision de l'opportunité, dès lors que les deux solutions sont légales.

**871.** Au demeurant, l'influence des administrés sur la mise en œuvre de certaines facultés de l'administration est sans doute moins contestable que celle de déterminants de fait propres à l'autorité administrative, qui affectent en réalité les conditions dans lesquelles elles font usage de la liberté que leur reconnaissent les normes permissives. Intégrant la logique de négociation de l'application de la règle, l'autorité administrative peut en profiter pour renforcer sa position face à l'administré : elle utilise alors « la faculté qu'elle a d'adapter la règle générale, voire de consentir certaines violations mineures de la législation en vigueur, pour renforcer sa position dans les relations de pouvoir informelles qu'elle entretient avec ses interlocuteurs »<sup>1925</sup>.

---

<sup>1924</sup> Sur la corruption, v. par ex. : Yves Mény, « Corruption : l'explosion d'un phénomène endémique », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 227-236 ; « La décennie de la corruption », *Le Débat*, n° 77, 1993, p. 15-25 ; *La corruption de la République*, Fayard, 1992 ; Eric Peuchot, « La corruption des fonctionnaires devant la justice », *Pouvoirs*, 1981, n° 31, p. 37-53.

<sup>1925</sup> Danièle Loschak, « Le principe de légalité, mythes et mystifications », *AJDA* 1981, p. 387 et s., spéc. p. 391. V. aussi Jacques Chevallier et Danièle Loschak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *op. cit.*, p. 719.

872. Or, cette tendance ne joue pas forcément en défaveur de l'administré, ainsi que l'explique M. Chevallier : lorsqu'il est en relation avec le public, l'agent chargé d'appliquer une réglementation tend à s'écarter de la stricte légalité et à interioriser le point de vue de ses interlocuteurs ; « de manière générale [...], la relation au public est pour le fonctionnaire un *atout* qu'il s'efforce de valoriser : elle lui donne en effet une marge de manœuvre vis-à-vis de la hiérarchie, en créant une zone d'incertitude que celle-ci ne peut maîtriser ; et en prenant ses distances avec la règle pour satisfaire l'administré, le fonctionnaire tout à la fois affirme sa puissance et améliore la qualité de ses relations »<sup>1926</sup>. La liberté que lui consent une norme permissive se concrétisera donc surtout en pouvoir et en latitude d'action dans l'échange administration/administré.

873. Il faut toutefois veiller à ce que cette position dominante de l'autorité qui *peut* ne fasse pas le lit de manœuvres clientélistes, ou d'un certain arbitraire. M. Livet soulignait un des risques inhérents à la technique de l'autorisation administrative préalable : selon lui, il existe un risque d'arbitraire « reposant sur le fait que l'autorisation est réclamée "intuitu personae" et qu'elle peut être accordée ou refusée en fonction du seul critère de la personnalité du requérant [...] qui n'apparaît pas dans l'hypothèse d'une réglementation par essence générale et impersonnelle »<sup>1927</sup>.

Cette opinion doit être relativisée, notamment en ce qu'elle n'est pas appropriée aux hypothèses de compétence liée où l'administration est tenue par des règles impératives. Toutefois, s'agissant de la mise en œuvre de dispositions permissives (ce qui est très souvent le cas dans le cadre de l'autorisation préalable), il n'est pas exclu qu'un usage déviant et défavorable à l'administré puisse être fait de la zone de libre appréciation reconnue. M. Givaudan se montre d'ailleurs très critique à l'égard des nombreuses normes permissives édictées dans le droit de l'urbanisme : « le subjectivisme, qui s'exprime dans le droit par le verbe "peut" si commode puisqu'il permet de refuser ou de permettre à la tête du client, semble bien se porter [...] Il faut craindre que le droit local de l'urbanisme devienne de plus en plus un moyen de rançonner celui à qui l'on permet d'utiliser ou d'occuper le sol et, de moins en moins, une technique d'organisation ordonnée de l'espace »<sup>1928</sup>.

---

<sup>1926</sup> Jacques Chevallier, *Science administrative*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd. refondue, 2002, p. 400.

<sup>1927</sup> Pierre Livet, *L'autorisation préalable et les libertés publiques*, op. cit., p. 17.

<sup>1928</sup> Antoine Givaudan, « Pourquoi la règle juridique suscite-t-elle tant de mécontentement ? », *La règle de l'urbanisme*, ADEF, 1987, p. 314 et s., spéc. p. 317.



**874.** La liberté d'appréciation impliquée par la nature permissive de certaines règles rend donc la mise en œuvre de ces dernières particulièrement perméable à des considérations extra-juridiques qui peuvent nuire à un exercice serein et objectif des facultés ouvertes. Mais la mise en œuvre des normes permissives révèle aussi une autre limite de cette technique normative, également liée à la liberté consentie, et qui tient à l'inaction de leur destinataire.

#### B – LA LIBERTE DE NE PAS AGIR, UNE LIMITE DE LA NOTION D'EFFECTIVITE RAPPORTEE A LA NORME PERMISSIVE

**875.** Pour la logique déontique, une norme permissive ouvre une faculté bilatérale dont il découle que ce qu'il est permis de faire peut tout aussi valablement ne pas être fait. Cette indifférence normative, obstacle à une appréhension intuitive de l'exécution des normes permissives, implique donc que l'usage négatif d'une faculté ouverte par une norme juridique participe aussi de son exécution ; l'idée d'usage positif et négatif se rapporte à l'expression phénoménale de la norme permissive : cette dernière suppose théoriquement une alternative légale qui n'est généralement pas formulée *in extenso*.

Le droit positif énonce en général une seule des deux branches de l'alternative, l'autre se déduisant implicitement. L'usage positif d'une faculté correspond donc à la mise en œuvre de cette seule branche expresse, qu'elle énonce une possibilité de faire ou de ne pas faire, l'usage négatif de la faculté se rapportant à la face tacite de l'alternative. Par exemple, dans la norme : *Le permis de construire peut être refusé si les constructions projetées sont de nature à porter atteinte à une perspective monumentale*, l'usage positif consiste à exercer la branche de l'alternative permettant de refuser le permis de construire, l'usage négatif à mettre en œuvre la branche implicite laissant la liberté de ne pas refuser l'autorisation.

**876.** Cette précision permet de prendre conscience des limites de la notion d'effectivité du droit, rapportée aux normes permissives. D'un strict point de vue normatif, il n'y a jamais d'ineffectivité d'une règle permissive, puisque son non usage apparent n'est autre que la mise en œuvre de la branche implicite de la faculté qu'elle ouvre. Le doyen Carbonnier l'a fort bien exprimé : « on ne saurait pousser la notion d'effectivité, pour les lois permissives, jusqu'à cette conséquence que tout ce qui est permis devrait être effectivement pratiqué. L'effectivité de la loi qui consacre une liberté d'agir se situe non dans l'action, mais dans la liberté même, c'est-à-dire dans le pouvoir de choisir l'inaction aussi bien que l'action. Une telle loi a toujours d'ailleurs, une effectivité invisible, par son influence psychologique,

psychothérapique. C'est comme une fenêtre ouverte : même si l'on n'a pas la tentation de s'évader, on respire mieux »<sup>1929</sup>. Une norme permissive n'est donc théoriquement jamais inappliquée et jamais frappée de désuétude.

**877.** Cela étant, l'inaction du bénéficiaire d'une faculté ouverte par le droit positif n'est pas nécessairement sans conséquence : l'application des normes permissives n'est un jeu à somme nulle qu'en théorie. Pour les autorités publiques chargées de mettre en œuvre des politiques publiques, des réformes, etc., le droit est un instrument privilégié d'action sur les comportements et les activités. Le recours à des normes permissives révèle bien moins souvent une indifférence quant à l'application qui en sera faite qu'une volonté politique plus ou moins explicite. Souvent, en effet, la norme permissive est l'expression d'un droit finalisé.

En arrière-plan de la faculté d'adoption de règles dérogatoires dans les départements et régions d'outre-mer, réside la volonté d'un Gouvernement de conférer plus d'autonomie normative aux collectivités ultramarines et de favoriser le pluralisme au sein de la République. Si aucune de ces collectivités ne vient à exercer ces prérogatives, cela peut à la rigueur révéler leur satisfaction quant au cadre juridique actuel – ce qui est discutable –, mais il en ressortira que la politique de décentralisation plus poussée conduite par le Gouvernement Raffarin en 2003 n'aura pas, sur ce point, été concluante. D'ailleurs, l'absence de toute expérimentation normative locale révèle, pour l'heure, un certain échec de « l'acte II » en matière de transfert de responsabilités normatives aux collectivités territoriales.

**878.** L'inaction des acteurs juridiques qui se voient reconnaître des facultés se révèle donc déterminante quant au succès ou à l'échec de politiques publiques construites sur des mécanismes permissifs. La question est d'autant plus sensible que l'époque est au recours à de tels instruments. « Dès lors que le droit est conçu désormais autant comme un système de ressources, que comme un ensemble de commandements, apparaît le rôle essentiel des « usagers » du droit dans la mobilisation de ces potentialités juridiques. Le sort de beaucoup de politiques publiques dépendra ainsi des initiatives prises par les usagers, dans le sens de l'amplification des normes juridiques qui les traduisent, ou, au contraire, de la résistance à celles-ci »<sup>1930</sup>.

---

<sup>1929</sup> Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 136.

<sup>1930</sup> François Ost, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in Gérard Timsit, Alain Claisse et Nicole Belloubet-Frier (dir.), *Les administrations qui changent. Innovations techniques ou nouvelles logiques ?* PUF, 1996, p. 73-84, spéc. p. 79.

**879.** Du reste, l'influence de l'inaction des bénéficiaires de facultés reconnues par des règles permissives sur l'effectivité du droit se constate également en marge de la conduite de politiques publiques. L'organisation des pouvoirs publics constitutionnels en livre un exemple significatif. En 1958, l'adoption de la nouvelle Constitution visait à restaurer l'importance du pouvoir exécutif : le texte constitutionnel est construit de telle manière que le pouvoir législatif se trouve davantage discipliné, sous surveillance. Pour consolider ce renversement institutionnel, le constituant a reconnu un ensemble de pouvoirs à l'exécutif, lui permettant de garantir sa suprématie et le cantonnement du législateur dans son domaine restreint. La souveraineté qui s'attache aux plus hautes fonctions explique sans doute le caractère permissif de la plupart des dispositions qui reconnaissent de tels pouvoirs au Gouvernement. Or, force est de constater que la pratique de la V<sup>e</sup> République n'a pas vraiment fait un usage de ces facultés qui soit conforme à l'esprit de la nouvelle Constitution.

**880.** Ainsi, l'article 37 alinéa 2 de la Constitution ouvre au gouvernement la faculté<sup>1931</sup> de faire constater par le Conseil constitutionnel qu'une loi comporte des dispositions à caractère réglementaire, c'est-à-dire que le législateur est sorti du cadre de l'article 34 et a empiété sur le domaine du règlement. Or, cette faculté de faire procéder au « déclassement » ou à la « délégalisation » de dispositions législatives n'a pas donné lieu à l'usage défensif qui pouvait en être attendu<sup>1932</sup> ; le Conseil d'Etat parle d « usage exagérément modéré »<sup>1933</sup> de cette prérogative permissive<sup>1934</sup>.

Aussi, le déclassement « préventif » de dispositions législatives à caractère réglementaire, opéré de sa propre initiative par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la loi *d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*<sup>1935</sup>, apparaît-il comme particulièrement remarquable et de nature à compenser la carence de l'exécutif, au nom d'une plus grande orthodoxie constitutionnelle. Le Gouvernement pourra déclasser ces dispositions sans avoir à saisir à nouveau le Conseil ; cette attitude inédite du juge constitutionnel se veut sans doute incitative à l'égard du Gouvernement – elle est en tout cas davantage dissuasive,

---

<sup>1931</sup> Les auteurs des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* rappellent que M. René Capitant, intervenant en 1967 dans un rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, soulignait le caractère facultatif de la procédure de l'article 37 al. 2 (ainsi que de l'art. 41, v. *infra*) (*GDCC*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 33, § 6). Le Conseil constitutionnel n'a pas eu une autre interprétation dans sa décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, cons. 11 (préc.).

<sup>1932</sup> V. not. Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 568.

<sup>1933</sup> *Rapport public 2006*, *op. cit.*, p. 316.

<sup>1934</sup> Cela étant, sur le principe, la décision du Gouvernement de ne pas user de la procédure de délégalisation peut faire l'objet d'un recours : CE Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire*, *Rec.*, p. 379, concl. Lamy.

<sup>1935</sup> Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, préc.

voire stigmatisante, pour le Parlement<sup>1936</sup>. Néanmoins, elle ne doit pas conduire à priver le Gouvernement et les présidents des Assemblées de leur liberté d'exercice<sup>1937</sup>.

**881.** De la même manière, les gouvernements qui se sont succédé n'ont pas fait un usage suffisant de la faculté qui leur est accordée d'opposer l'irrecevabilité aux amendements parlementaires intervenant dans des matières réglementaires (article 41 de la Constitution) ou, après l'ouverture des débats, de s'opposer à l'examen de tout amendement n'ayant pas antérieurement été soumis à une commission (article 44 de la Constitution). Hormis durant les vingt premières années d'application de la nouvelle Constitution, l'inaction en la matière<sup>1938</sup> a conduit au développement de véritables « lois réglementaires »<sup>1939</sup>, d'autant que le Conseil constitutionnel allait considérer, dans sa décision *Blocage des prix et revenus* <sup>1940</sup>, que le fait que la loi empiète sur le domaine réservé au règlement n'était pas, de ce seul fait, contraire à la Constitution en raison, notamment, de la possibilité que conservait le Gouvernement de demander ultérieurement le déclassement de la disposition législative en cause en application de l'article 37 alinéa 2.

Le rapport du Conseil d'Etat pour 2006 indique ainsi qu'entre 1994 et 2004, l'article 44 de la Constitution n'a jamais été appliqué<sup>1941</sup>. Cette situation pourrait toutefois changer depuis la discussion sur la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 *relative à la régulation des activités postales*, lors de laquelle le Gouvernement a fait un usage significatif de sa faculté d'opposition<sup>1942</sup>. Toutefois, il est très probable que cet exercice ne joue, fait majoritaire oblige, qu'à l'égard d'amendements de l'opposition, ce qui n'empêchera pas la loi de comporter les dispositions réglementaires que la majorité pourra avoir insufflées.

**882.** Bien qu'elle participe de l'intérêt et de la spécificité de la norme permissive, la libre détermination qu'elle implique au profit de son destinataire fonde aussi certaines lacunes de cette catégorie de norme. Cette liberté donne en effet prise à l'influence de considérations de

---

<sup>1936</sup> V. Jean-Bernard Auby, « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », CCC n° 19, 2005, p. 105-108.

<sup>1937</sup> Sur l'hypothèse, inadmissible, d'une dépossession par le Conseil constitutionnel, v. Guillaume Drago, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », RDP 2006, p. 45-64, spéc. p. 62.

<sup>1938</sup> M. Philippe Ardant parle d'une « prérogative considérable qui est très rarement utilisée », le Gouvernement préférant accueillir les amendements et les faire rejeter ensuite (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., n° 499).

<sup>1939</sup> Pour reprendre l'expression de M. Ripert, à propos des lois très détaillées excédant nécessairement leur office et confinant au texte réglementaire (Georges Ripert, *Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, p. 70 et s.).

<sup>1940</sup> Décision n° 82-143 DC, préc.

<sup>1941</sup> *Rapport public 2006*, op. cit., p. 318.

<sup>1942</sup> *Ibid.*

fait sur l'exercice des facultés ouvertes, qu'elle rend par ailleurs aléatoire<sup>1943</sup>. Toutefois, ces inconvénients sont une conséquence, certes regrettable, mais relativement normale de la simple ouverture d'une faculté dans le droit : il appartient aux autorités publiques de veiller à ce que les sujets de droit puissent librement et effectivement faire usage de leur liberté de détermination, et de recourir avec prudence à des mécanismes permissifs dans la conduite de politiques publiques. Or, plus dommageable encore est le risque de dénaturation du droit qu'entraînent certaines pratiques de la permissivité normative.

## § 2 – LE VECTEUR D'UNE POTENTIELLE DENATURATION DU DROIT

**883.** Le risque de dénaturation du droit n'est pas, dans cette hypothèse, le fruit du « jeu normal » de la permissivité normative ; il ne s'agit pas d'une simple conséquence de l'absence de contrainte, puisque s'ajoute un élément d'ordre intentionnel, une volonté de tirer profit du mécanisme permissif dans un but plus discutable. Le droit positif organise en effet des procédures, consacre des droits, ou instaure des réglementations impératives protectrices (en matière d'environnement, par exemple), qu'il assortit parfois de dispositifs permissifs. Ces derniers visent à prévoir des assouplissements à la règle de principe.

Or, ces dispositifs peuvent, soit en raison de l'usage qui en sera fait, soit du fait même de leur instauration dans le droit, provoquer davantage qu'un simple assouplissement à la règle. La norme permissive est ainsi à l'origine de la dénaturation de procédures inscrites dans la Constitution (A), et même plus radicalement instrumentalisée au service de stratégies normatives ambivalentes (B).

### A – LE DENATURATION DE PROCEDURES CONSTITUTIONNELLES

**884.** L'une des principales fonctions assignées par la doctrine à la norme permissive est d'introduire des mécanismes d'exception facultatifs à des dispositions impératives ; plus précisément, il s'agit d'organiser une possibilité de dérogation, qui ménage un pouvoir d'appréciation à l'autorité chargée d'écarter la norme de principe ou plus généralement au titulaire de cette prérogative. L'identification de l'« option de principe », qui transparaît bien souvent de la formulation des normes permissives dans le droit positif, revêt un intérêt particulier s'agissant de l'analyse de l'application effective de facultés censées n'ouvrir que

---

<sup>1943</sup> Cette nature de norme se présente bien comme une manifestation de droit aléatoire (v. André Hauriou, « Le droit administratif de l'aléatoire », *Mélanges Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 197 et s.

des « options secondaires ». Ainsi, la pratique atteste quelquefois de renversements entre le principe et l'exception, la norme permissive devenant le moyen de dévoyer l'esprit d'un texte, de déséquilibrer certaines procédures, voire de les détourner. Cela se constate par exemple en droit constitutionnel.

**885.** La pratique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution est ainsi révélatrice d'une certaine distance prise avec l'équilibre voulu par le constituant en 1958. Cet article dispose que « *le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai déterminé, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Cette disposition permissive, qui ouvre au Gouvernement la faculté de se faire habilitier à intervenir dans les matières législatives de l'article 34 de la Constitution, remplit une fonction dérogoire par rapport au principe posé par ce même article : « *la loi est votée par le Parlement* ».

M. Gaudemet souligne le lien qui existe entre l'assignation d'un domaine déterminé au législateur et la nécessité qu'une disposition de la Constitution prévoie expressément un mécanisme de législation déléguée<sup>1944</sup>. La norme permissive s'imposait pour prévoir une simple faculté d'exception au principe de l'article 34. L'adverbe *normalement*, employé dans l'article 38, confirme d'ailleurs le rapport entre les deux dispositions : le recours aux ordonnances, au demeurant précisément encadré<sup>1945</sup> et qui doit être demandé par le Gouvernement, se présente comme une voie d'exception pour l'adoption de mesures intervenant dans le domaine de la loi<sup>1946</sup>. La nécessité incertaine d'une telle procédure dans un texte constitutionnel dotant déjà le Gouvernement des moyens de maîtriser l'action législative (maîtrise de l'ordre du jour des assemblées, prérogatives sur le déroulement de la navette, etc.), soulignée par la doctrine<sup>1947</sup>, renforce encore le caractère secondaire de la faculté ouverte par l'article 38 ; tout au moins constitue-t-elle un moyen pour le Gouvernement d'agir de manière efficace et rapide lorsque la situation l'exige.

---

<sup>1944</sup> Yves Gaudemet, « La loi administrative », *RDP* 2006, p. 65-84, spéc. p. 67 ; du même auteur, v. aussi « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 617 et in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 157.

<sup>1945</sup> Notamment par les exigences du Conseil constitutionnel en la matière (v. not. la décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Rec. CC*, p. 31) et les conditions posées par l'article 38 lui-même.

<sup>1946</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 2006, op. cit.*, p. 269 : « la procédure des ordonnances a traditionnellement été conçue comme une procédure exceptionnelle, à la seule initiative du Gouvernement, ce qu'elle fut jusqu'à ces dernières années ». V. aussi Guillaume Drago, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *op. cit.*, p. 54 : « l'article 38 de la Constitution est un moyen secondaire de production législative, sinon un moyen qui doit demeurer exceptionnel » ; Yves Gaudemet, « La loi administrative », *op. cit.*, p. 67 : « le procédé des ordonnances [...] est consacré comme un procédé exceptionnel de législation ».

<sup>1947</sup> V. Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel, op. cit.*, n° 459.

**886.** Cependant, la pratique des ordonnances semble s'écarter du schéma prévu en 1958. Le recours à la faculté de l'article 38 apparaît, à bien des égards, devenir un procédé de droit commun dans certains domaines<sup>1948</sup>. L'urgence à transposer les directives du droit communautaire<sup>1949</sup>, la nécessité de codifier<sup>1950</sup>, de simplifier le droit<sup>1951</sup>, semblent ainsi imposer la voie de l'ordonnance aux gouvernements qui se succèdent, alors qu'ils ne disposent que d'une simple faculté. Le principe du vote par la représentation nationale pâtit donc de l'application abusive qui est faite des dispositions permissives de l'article 38 ; à l'exception des phases de l'habilitation et de la ratification par le Parlement<sup>1952</sup>, l'élaboration du droit par ordonnance présente une certaine opacité, un aspect bureaucratique, qui justifie qu'elle reste exceptionnelle.

Cette banalisation ne peut pourtant guère être combattue, le droit permissif en la matière laissant au Gouvernement une liberté d'appréciation que même la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne peut complètement réduire. Certes, ce dernier avait posé des exigences strictes tenant à la précision de l'habilitation sollicitée par le Gouvernement, mais l'urgence est largement admise comme justifiant le recours à l'article 38<sup>1953</sup>, de même que l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire<sup>1954</sup>. La question des ordonnances démontre, une fois de plus, combien le fait majoritaire a pu réformer les institutions de la V<sup>e</sup> République, en bouleversant les équilibres initiaux.

---

<sup>1948</sup> Pour des éléments statistiques, v. le Rapport du service des études juridiques du Sénat, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution*, *op. cit.* ; Pierre Delvolvé, « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005, p. 909.

<sup>1949</sup> V. par ex. la loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 *portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire* (*JORF* 4 janvier 2001).

<sup>1950</sup> Le Conseil d'Etat estime que « le recours à l'article 38 devint progressivement, à partir de la loi du 16 décembre 1999 autorisant le Gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de neuf codes par voie d'ordonnance, une procédure législative ordinaire ». Il relève, dans son rapport de 2006, que depuis le début de l'année 2002, plus de 150 ordonnances ont été adoptées : 85 en 2005 (contre 50 lois adoptées), 53 en 2004 (contre 40 lois votées) et 18 en 2003 (contre 56 lois) ; *in Rapport public 2006*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>1951</sup> La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit (préc.)* compte trente-deux articles autorisant le Gouvernement à légiférer dans les domaines les plus variés ; la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 *de simplification du droit* (*JORF* 10 décembre 2004, p. 20857), présente soixante articles d'habilitation dans des domaines aussi différents que le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit de l'environnement, l'agriculture, le droit de l'urbanisme et de la construction, la santé et la protection sociale, les relations des usagers avec l'administration ou encore la filiation. Sur le politique de simplification du droit : Amicie Maucour-Isabelle, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *op. cit.*, p. 303-307.

<sup>1952</sup> Le vote de l'habilitation porte cependant sur des questions souvent techniques et abstraites. Quant à la procédure de ratification, l'admission de son caractère implicite en réduit l'intérêt. V. Yves Gaudemet, « La loi administrative », *op. cit.*, p. 70-75.

<sup>1953</sup> Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Codification par ordonnances*, *Rec. CC*, p. 136.

<sup>1954</sup> Décisions n° 99-421 DC (préc.) ; n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, *Rec. CC*, p. 211.

**887.** La procédure de révision de la Constitution est également l'objet d'une pratique discutable<sup>1955</sup>, en raison, précisément, de l'usage qui est fait des dispositions permissives de l'article 89. Celui-ci dispose en son alinéa 2 qu'une fois le projet ou la proposition de révision voté en termes identiques par les deux assemblées, « *la révision est définitive après avoir été approuvée par référendum* » (alinéa 2). Cependant, l'alinéa 3 ouvre au Président de la République la faculté de ne pas soumettre les projets de révision au peuple : « *Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès* ».

L'architecture normative de l'article 89 rend compte du caractère secondaire du recours au Congrès : plutôt que d'introduire une alternative *ab initio* entre la voie référendaire et la voie parlementaire de révision, le constituant a procédé en deux temps. Il a d'abord posé un principe, une voie normale de révision<sup>1956</sup> : l'approbation par référendum, qu'il a ensuite assortie d'une faculté de dérogation, introduite par l'adverbe *toutefois*. L'article 89 est bien, dans son ensemble, une disposition permissive, même s'il articule deux normes : l'une impérative et l'autre permissive, ouvrant la faculté de recourir (ou non) au Congrès. Toutefois, cette permissivité globale ne vaut que pour les projets de révision, puisque la faculté de dérogation au principe du référendum est fermée pour l'approbation des propositions de révision. Cette dissymétrie explique sans doute l'emploi de la combinaison d'un impératif général avec une norme permissive au champ d'application restreint.

**888.** Pour autant, en dépit du principe référendaire ressortant clairement du texte de l'article 89, la pratique montre que sur le nombre élevé de révisions de la Constitution initiées par le Gouvernement, donc susceptibles d'être conduites selon l'une ou l'autre des procédures de l'article 89, seule une d'entre elles a donné lieu à un référendum, le 24 septembre 2000, lors de la réforme du septennat<sup>1957</sup>. Si la voie du Congrès se justifie pour l'approbation de

---

<sup>1955</sup> Une autre source de décalage entre le texte et la pratique, mais qui ne sera pas développée ici, tient au recours à l'article 11 de la Constitution, à deux reprises, dans le but de réviser le texte suprême ; les référendums des 28 octobre 1962 et 27 avril 1969 ont ainsi pris les traits de référendums constitutifs alors qu'ils étaient pris sur le fondement de l'article introduisant le référendum législatif dans la Constitution. Ne remettant pas en cause cette pratique gaulienne, le Président Mitterrand a pu dire que « l'usage établi et approuvé par le peuple [pouvait] désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89 » (entretien avec Olivier Duhamel, *Pouvoirs* 1988, n° 45).

<sup>1956</sup> Dans son ouvrage de 1961, M. Marcel Prélot écrit d'ailleurs que « le référendum constituant est ainsi la règle ». Cette procédure respecte le parallélisme des formes en invitant le peuple souverain à se prononcer directement sur les modifications du texte qu'il avait approuvé lui-même le 28 septembre 1958. (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1961, n° 413).

<sup>1957</sup> Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 (*JORF* 3 octobre 2000, p. 15582). L'objet de cette révision, touchant à l'institution présidentielle, procédant directement du peuple depuis 1962, imposait très certainement le recours à cette procédure.



réformes partielles et techniques<sup>1958</sup>, force est de constater que des révisions plus symboliques et d'une technicité très relative ont néanmoins donné lieu à approbation parlementaire : modification des articles 3 et 4 de la Constitution (égalité entre les hommes et les femmes)<sup>1959</sup>, intégration de la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité<sup>1960</sup>, etc. La technicité n'est sans doute pas toujours la véritable motivation, tant certains référendums, non constituants, ont pu être organisés sur des sujets vraiment techniques dont les enjeux étaient plus complexes à saisir<sup>1961</sup>. Le coût du recours au référendum et la lourdeur de la procédure expliquent davantage le caractère quasi-systématique de la voie du Congrès.

**889.** L'ouverture d'une faculté de dérogation, plus ou moins clairement formulée comme telle, pour permettre d'assouplir un impératif de principe, peut donc entraîner une pratique contestable qui a pour effet de renverser la règle de principe et l'option dérogatoire. Cela est d'autant plus sensible qu'il n'existe pas de moyen permettant de contrôler que l'usage de la faculté ouverte conserve son caractère secondaire de dérogation. Mais ces pratiques contestables, qui s'appuient sur la nature des dispositions en cause, peuvent devenir quelquefois plus pernicieuses. Le droit d'amendement reconnu aux parlementaires et au Gouvernement par l'article 44 de la Constitution en livre un exemple.

**890.** Le caractère permissif de l'article 44 ne saurait être discuté dans la mesure où l'exercice de ce droit correspond logiquement à une simple faculté. Cette dernière permet aux députés et sénateurs, ainsi qu'au Gouvernement, de proposer des modifications à un texte en discussion ; son objet est donc de nourrir le débat et de contribuer à l'œuvre de législation. Or, le droit d'amendement donne lieu à un usage parfois déviant.

Le Conseil d'Etat le relève dans son rapport public pour 2006. La faculté de déposer des amendement est utilisée pour contourner la règle posée à l'article 39 alinéa 2 de la Constitution : « *Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées* ». En effet, la voie de l'amendement déposé par le Gouvernement ou par un élu de la majorité, « amendement gouvernemental déguisé »<sup>1962</sup>, permet d'éviter de soumettre une disposition nouvelle à

---

<sup>1958</sup> Marcel Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., n° 413.

<sup>1959</sup> Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 (*JORF* 9 juillet 1999, p. 10175).

<sup>1960</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 (*JORF* 2 mars 2005, p. 3697). Sur cette question, v. not. « La Constitution et l'environnement », études réunies par Jacqueline Morand-Deville, CCC n° 15, 2003, p. 120-169.

<sup>1961</sup> A propos, par ex., du traité de Maastricht ou du traité établissant une constitution pour l'Europe.

<sup>1962</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, op. cit., p. 317.

l'examen du Conseil d'Etat et du Conseil des ministres : cela vise « à "contourner" l'opposition d'un ministre, à éviter les mises en garde du Conseil d'État, ou à réintroduire une disposition écartée en réunion d'arbitrage par le Premier ministre »<sup>1963</sup>. Il convient d'ajouter aussi l'économie d'un examen en commission et de l'inscription à l'ordre du jour des assemblées.

**891.** L'abus de la faculté d'amender est même grossier lorsque les manœuvres du gouvernement ou d'un parlementaire de la majorité visent à introduire des dispositions sans rapport avec le texte en discussion. Or, la pratique des cavaliers législatifs n'est plus à démontrer. Ainsi, en ce qu'il constitue un « moyen permettant l'adoption, plus rapidement et facilement que par la voie réglementaire, de dispositions voulues par le gouvernement, l'amendement est devenu l'instrument idéal de fabrication de la norme »<sup>1964</sup>. Cette dernière remarque est d'autant plus juste que l'impact des amendements sur la physionomie des lois adoptées est considérable. Le nombre croissant d'amendements déposés est en partie responsable de l'inflation législative aujourd'hui dénoncée<sup>1965</sup> : les projets et propositions de loi se voient alourdis de dispositions introduites par voie d'amendement<sup>1966</sup>, ce qui débouche sur un accroissement important du volume des textes et une compréhensibilité moins évidente. La simple faculté ouverte par la Constitution génère un exercice intensif qui obscurcit les modalités d'adoption des lois.

**892.** Le Conseil constitutionnel a réagi en plusieurs temps, face à cette dérive de l'exercice du droit d'amendement. Revenant sur une jurisprudence libérale, il a finalement progressivement consacré – et étendu – la « règle de l'entonnoir »<sup>1967</sup>. Ainsi, a-t-il résulté,

---

<sup>1963</sup> *Op. cit.*, p. 318. La décision du Conseil constitutionnel n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, relative à la loi sur l'élection des conseillers régionaux (préc.), censure ainsi la modification substantielle apportée au texte après l'examen en Conseil d'Etat.

<sup>1964</sup> Bertrand Mathieu, « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », *AJDA* 2006, p. 306-307, spéc. p. 307.

<sup>1965</sup> Sur cette notion, v. not. : Jean-Claude Zarka, « A propos de l'inflation législative », *D* 2005, n° 10, p. 660-661 ; Georges Hispalis, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 101 ; « Inflation législative galopante : l'exemple de l'été 2004 », dossier spécial, *Jurisclasseur*, novembre 2004 ; Guy Braibant, « L'avenir de l'Etat », *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 39-46, spéc. p. 44 ; Bruno Oppetit, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits* 1986, n° 4, p. 9-20. Le phénomène n'est cependant pas nouveau : René Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D* 1977, chron., p. 43 et s. ; Jean Carbonnier, « L'inflation des lois », *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 271 et s. Sur la distinction entre inflation et expansion normative, v. Jacques Chevallier, « La rationalisation de la production juridique », Charles-Albert Morand (publié par), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, 1991, p. 11-48, spéc. p. 21. Pour une opinion dissidente : Pascal Mbongo, « De « l'inflation législative » comme discours doctrinal », *D*, 2005, n° 20, p. 1300-1301.

<sup>1966</sup> Concernant la loi portant engagement national pour le logement (préc.), v. Henri Jacquot, « La loi ENL échappe à la règle de "l'entonnoir" », *AJDA* 2006, p. 1521.

<sup>1967</sup> « La "théorie de l'entonnoir" signifie qu'au cours de la navette, le débat ne doit plus porter que sur les dispositions sur lesquelles un accord n'est pas déjà intervenu ». Damien Chamussy, « Le Conseil constitutionnel

dans un premier temps, de sa décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998<sup>1968</sup>, qu'après la commission mixte paritaire (CMP), seuls les amendements étant en *relation directe* avec les dispositions du texte en discussion pouvaient être adoptés. Mais ce lien direct n'excluait pas que des amendements suppriment des articles adoptés en première lecture ; aussi, le Conseil a-t-il précisé sa position dans sa décision n° 2000-430 DC du 29 juin 2000<sup>1969</sup>, qui limite encore la faculté d'amendement, après la CMP, à ceux en relation directe avec les dispositions *restant* en discussion, ce qui exclut qu'un amendement revienne sur des articles précédemment adoptés<sup>1970</sup>. Enfin, deux décisions devaient encore parachever le dispositif : la décision n° 2004-501 du 5 août 2004<sup>1971</sup>, qui décide que la règle de l'entonnoir s'applique dès la réunion de la CMP elle-même – et non après –, et la décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*<sup>1972</sup>, qui ferme toute possibilité d'amendement n'étant pas en relation directe avec une disposition restant en discussion dès après la *première lecture*<sup>1973</sup>.

**893.** En systématisant la règle de l'entonnoir à l'ensemble de la navette, le Conseil constitutionnel rigidifie la procédure législative<sup>1974</sup> et apporte une réponse ferme à l'abus d'exercice de la faculté d'amendement. Cela vise à rééquilibrer une procédure qu'une application abusive de mécanismes permissifs avait dénaturée, le constituant n'ayant sans doute pas, en 1958, eu le dessein de conférer autant de « poids » à ces voies simplement facultatives. En revanche, tel pourrait être le cas de certaines stratégies normatives ambivalentes.

## B – L'INSTRUMENT DE STRATEGIES NORMATIVES AMBIVALENTES

**894.** La norme permissive, comme toute norme juridique, est un instrument d'organisation des rapports sociaux et de conciliation des droits et obligations des sujets de droit. Du fait de

---

et la qualité de la législation », *RDP* 2004, p. 1739-1760, spéc. p. 1743, note 18. V. aussi Jean-Pierre Camby, « Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée », *RDP* 2006, n° 2, p. 293-300, spéc. p. 293-294 : « cette règle [...] restreint le champ du débat parlementaire, au fur et à mesure des étapes de la navette ».

<sup>1968</sup> J.-E. Schoettl, *AJDA* 1998, p. 701 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *LPA*, 2 décembre 1998 ; A. Roux, *RFDC* 1998, p. 642.

<sup>1969</sup> *AJDA* 2000, p. 660, note J.-E. Schoettl.

<sup>1970</sup> V. Jean-Pierre Camby, « Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée », *op. cit.*, p. 297.

<sup>1971</sup> *Rec. CC*, p. 134. J.-E. Schoettl, *LPA*, 19 août 2004, p. 3.

<sup>1972</sup> *AJDA* 2006, p. 172 ; Pierre Avril et Jean Gicquel, « Le triomphe de l'entonnoir », *LPA*, 15 février 2006, p. 6.

<sup>1973</sup> Cependant, subsiste la faculté d'amender le texte en discussion pour assurer le respect de la Constitution, opérer une coordination des textes en cours d'examen ou encore corriger une erreur matérielle.

<sup>1974</sup> Sur les conséquences prévisibles d'un tel affermissement : Jean-Pierre Camby, « Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée », *op. cit.*, p. 298-300.

la fonction abrogatoire qui lui est reconnue, cette catégorie de norme présente un intérêt particulier s'agissant de l'aménagement de possibilités d'assouplissements de réglementation impératives qui peuvent, dans certaines circonstances, apparaître comme inadaptées à la situation de fait qu'elles ont vocation à régir. La norme permissive devient alors le support de facultés de dérogation. Cet intérêt d'ordre légistique suscite toutefois quelques réserves lorsque la voie dérogatoire est en réalité organisée de telle manière qu'elle permet en fait un affaiblissement du dispositif impératif de base (1).

Par ailleurs, l'introduction de mécanismes permissifs visant à concilier les prérogatives reconnues aux sujets de droit appelle également des remarques lorsqu'elle a pour effet d'affaiblir certaines des prérogatives en cause. Par exemple, la reconnaissance de facultés d'interventions des administrés dans les procédures publiques est systématiquement accompagnée, en droit français, d'une permissivité bénéficiant à l'autorité administrative, et lui permettant, au mieux de tempérer, au pire d'annihiler, la portée du droit à la participation. Or, une telle instrumentalisation ne ferait-elle pas de la norme permissive un alibi (2) ?

### *1 – Un facteur d'affaiblissement de règles impératives*

**895.** Dans sa thèse sur la notion de dérogation en droit public, Mme Rouyère expose clairement l'intérêt que revêt le mécanisme dérogatoire du point de vue légistique. Alors qu'il s'apprête à insérer un ensemble de règles impératives dans l'ordonnement juridique, le législateur se trouve confronté à un choix entre au moins deux voies normatives, à l'égard du risque de méconnaissance de la règle par ses destinataires. Une première solution consiste à édicter des dispositions exclusivement impératives, en faisant « le pari de la capacité de la norme à maintenir son assise en tout état de cause »<sup>1975</sup>.

Dans une telle hypothèse, « la règle n'est assortie d'aucune mesure d'adaptation, et l'échec de ce défi se soldera par une violation ouverte de la règle »<sup>1976</sup>, si elle ne parvient pas à s'imposer à ses destinataires. Une telle approche est particulièrement risquée, voire utopique, et c'est la raison pour laquelle une seconde solution semble préférable : le législateur imagine alors « une possibilité d'effritement de l'obligation objective et cherche à prévenir celle-ci par l'aménagement de mesures d'adaptation. Le choix de ces dernières sera guidé par l'idée qu'il se fait de la prévisibilité des cas où la rupture de l'équilibre axiologique a le plus de chances d'être consommée. Si ces cas lui semblent correspondre à des catégories juridiques figées, il

---

<sup>1975</sup> Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 411-412.

<sup>1976</sup> *Ibid.*

créera des exceptions à la règle. Si au contraire, la teneur du fait dérogatoire ne peut être abstraitement qualifiée par le texte initial, le législateur créera un pouvoir de dérogation »<sup>1977</sup>.

**896.** En d'autres termes, délaissant la voie de l'impérativité absolue, le législateur pré-voit le risque d'entorse à la règle et organise lui-même des solutions d'évitement ; le recours à des facultés de dérogation – et non à des exceptions – s'explique alors par la difficulté à anticiper les situations de fait rendant nécessaires l'assouplissement à la règle. Cela n'exclut pas qu'il combine exceptions et dérogations dans un même texte<sup>1978</sup>, mais la dérogation présente un double intérêt pour lui : d'une part, si le législateur choisit simplement d'inscrire dans le droit positif que « *des dérogations pourront être accordées...* », sans être plus précis quant à leur nature et leur portée – même s'il les assortit de conditions –, l'autorité chargée d'accorder ces dérogations sera relativement libre de déterminer le contenu de la solution dérogatoire, face à l'extrême fécondité des faits<sup>1979</sup>. D'autre part, la dérogation repose sur un dispositif permissif : l'autorité compétente pour accorder la dérogation sera donc plus à même de maîtriser la portée de l'entorse – légalement organisée – à la règle impérative.

**897.** Néanmoins, l'intérêt que présente la technique normative permissive peut se retourner contre l'impératif posé. Si les exceptions ont un champ limité pouvant apparaître trop réduit face à la diversité des situations de fait, *a contrario*, les atteintes qu'elles sont susceptibles de porter à l'impératif de base sont prévisibles tant dans leur nature que dans leur portée. Tel n'est pas le cas avec les facultés de dérogation : non seulement il n'existe pas une seule solution dérogatoire admissible – la jurisprudence la plus exigeante en la matière n'impose qu'un équilibre d'intérêts généraux<sup>1980</sup> –, mais surtout, le pouvoir discrétionnaire impliqué par la norme autorisant la dérogation donne prise à une subjectivité pouvant, certes, contenir mais aussi multiplier à l'excès les dérogations. De « dynamique d'ajustement »<sup>1981</sup> du système juridique, la dérogation pourrait devenir un facteur d'effritement de l'impératif de principe.

**898.** En outre, certaines solutions adoptées par le législateur sont apparues particulièrement contestables, tant elles ont conduit à instrumentaliser la technique normative permissive, *via*

---

<sup>1977</sup> *Ibid.*

<sup>1978</sup> L'art. L111-1-2 du Code de l'urbanisme prévoit quatre voies d'assouplissement à la règle impérative de la constructibilité limitée : trois exceptions et une faculté de dérogation justifiée par l'intérêt communal, qui permet, en réalité, d'envisager des hypothèses n'entrant pas dans les prévisions des trois exceptions.

<sup>1979</sup> Pierre-Joseph Proudhon, *Du principe fédératif*, E. Dentu, 1863, p. 41 : « la fécondité de l'imprévu dépasse de beaucoup la prudence de l'homme d'Etat et, plus on légifère, plus il surgit de litiges ».

<sup>1980</sup> Des solutions dérogatoires fort diverses peuvent parfaitement respecter le cadre posé par la jurisprudence *Ville de Limoges* (cf. supra).

<sup>1981</sup> Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public, op. cit.*, p. 495.

un mécanisme de dérogation, dans le but d'infléchir notablement des textes impératifs, et ceci à des fins discutables. L'affaire dite du lac de Fabrèges, dans les Pyrénées, est particulièrement révélatrice de ce recours ambigu à l'instrument normatif permissif. Elle est liée à l'application de l'ancien article L145-5 du Code de l'urbanisme, qui prévoyait que les rives naturelles des plans d'eaux naturels ou artificiels d'une superficie inférieure à 1000 hectares ne peuvent recevoir de constructions ou installations sur une bande de 300 mètres à compter de la rive. Toutefois, les documents locaux de planification (à l'époque, les schémas directeurs et les plans d'occupation des sols) pouvaient décider de l'implantation de hameaux nouveaux intégrés à l'environnement.

Cet article combine donc une norme impérative de protection et une norme permissive autorisant, lorsqu'un document d'urbanisme a été adopté et « à titre exceptionnel », un assouplissement prenant la forme d'une dérogation pour les projets de construction ou d'installations susceptibles de constituer un hameau nouveau intégré à l'environnement. Ayant à qualifier juridiquement un projet au regard de cette notion floue, le juge administratif a finalement décidé que ne constituait pas un tel hameau, et ne pouvait donc pas bénéficier de la faculté de dérogation, un complexe touristique de 30000 mètres carrés de surface hors œuvre nette (SHON) comportant 2000 lits nécessitant l'édification de dispositifs paravalanches et l'implantation de grandes surfaces de stationnement<sup>1982</sup>.

**899.** En dépit de sa conformité à l'esprit protecteur de la loi, la décision de justice s'est pourtant trouvée dénuée d'intérêt pratique, face au fait accompli : les installations litigieuses avaient été réalisées. Aussi devenait-il important, pour certains protagonistes, d'obtenir leur régularisation. Après une tentative infructueuse de cavalier législatif, visant à neutraliser cet arrêt *SEPANSO*<sup>1983</sup>, la loi du 9 février 1994 *portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*<sup>1984</sup>, a finalement introduit un nouvel alinéa dans l'article L145-5 du Code de l'urbanisme, poursuivant un but équivalent.

---

<sup>1982</sup> CE, 9 octobre 1989, *Fédération des sociétés pour l'étude, la protection et l'aménagement de la nature dans le Sud-Ouest (SEPANSO)*, *Rec.*, p. 983 ; *RJE* 1990-2, p. 253, note Ph. Terneyre ; *LPA* 20 juin 1990, note J. Morand-Deville.

<sup>1983</sup> *JO* déb. Sénat, 19 juin 1990, p. 1797 et décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, *JORF* 27 juillet 1990 (« Considérant que l'article 16 est issu d'un amendement adopté par le Sénat en première lecture du projet de loi ; que de telles dispositions étaient dépourvues de tout lien avec le texte en discussion ; qu'elles excédaient ainsi les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement ; qu'il convient, en conséquence, de décider que l'article 16 de la loi déférée a été adopté selon une procédure irrégulière, sans qu'il y ait lieu en l'état de s'interroger sur la conformité à la Constitution du contenu des dispositions dont s'agit »).

<sup>1984</sup> *Préc.*

Edictant une norme permissive, il prévoit que les ministres chargés de l'urbanisme et de l'environnement peuvent autoriser, à titre exceptionnel et après avis de la commission départementale des sites, une opération d'urbanisation intégrée à l'environnement dont la SHON n'excède pas 30 000 mètres carrés. Comme l'a écrit avec ironie M. Jegouzo, il s'est agi d'une « réaction calibrée au mètre carré de SHON près (ce qui ne révèle pas un excès de révérence du législateur pour le juge) »<sup>1985</sup>. En effet, le lien entre l'annulation contentieuse et les termes de la faculté de dérogation ouverte est manifeste. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu qu'il s'agissait d'une validation d'une autorisation d'urbanisme annulée par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée ; selon lui, il était loisible au législateur d'adapter les règles d'urbanisme applicables en zone de montagne en conférant à l'autorité administrative cette possibilité de dérogation<sup>1986</sup>.

**900.** En dépit des circonstances de son adoption, la nouvelle disposition de l'article L145-5 fait question quant à ses effets potentiels sur le dispositif protecteur mis en place : la faculté initialement ouverte, tenant à la possibilité d'implanter des hameaux nouveaux intégrés à l'environnement, laissait à l'évidence un grand pouvoir d'appréciation au juge du fait de son indétermination, mais elle n'était pas « étirable » à l'infini. L'intervention du législateur autorise au contraire une dérogation très circonstanciée à l'article L145-5, qui n'est pas susceptible d'interprétation extensive (la dérogation est plus précisément circonscrite), mais qui, en soi, porte un coup sérieux à l'impératif de protection posé comme principe dans cet article<sup>1987</sup>.

Certes, le caractère permissif du dispositif peut laisser espérer un recours maîtrisé et modéré à la solution dérogatoire – contrairement au caractère systématique d'une exception, il n'y a jamais de droit au bénéfice d'une dérogation –, mais à la différence d'une faculté de dérogation classique, balisée par la jurisprudence, cette faculté ouvre un champ virtuel de licéité très vaste.

**901.** En principe, en permettant d'écarter la règle impérative, une dérogation ne permet pas d'adopter une solution remettant manifestement en cause cette règle : la jurisprudence administrative impose qu'elle soit motivée par un intérêt général suffisant et qu'elle ne porte

---

<sup>1985</sup> Yves Jegouzo, « Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9 février 1994 », *RDI* 1994, p. 153 et s., spéc. p. 154.

<sup>1986</sup> Décision n° 93-335 du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, *JORF* 26 janvier 1994, p. 1382.

<sup>1987</sup> V. plus récemment Patrick Hocreître, « L'abrogation partielle de la loi littoral autour des lacs de montagne de plus de 1000 hectares », *AJDA* 2006, p. 1930-1937.

pas une atteinte excessive à l'intérêt général que la réglementation initiale avait pour objet de protéger. Il doit donc y avoir un rapport de proportionnalité entre l'impératif écarté et la solution dérogatoire. Une telle position jurisprudentielle permet de compenser la marge d'incertitude propre à l'octroi d'une dérogation, et qui provenait en l'hypothèse de l'indétermination de la notion de hameau nouveau intégré à l'environnement.

Or, en prévoyant elle-même une faculté de dérogation manifestement disproportionnée avec la règle initiale<sup>1988</sup>, le législateur, que rien n'empêche de remettre en cause ses propres règles, introduit dans le Code de l'urbanisme un mécanisme permissif insidieux qui permet à certains projets de « passer en force », sans risquer la censure du juge administratif, ce dernier ne pouvant faire autrement que de constater que les dérogations accordées respectent bien les conditions prévues par le législateur. Certes, ce dernier a prévu que ces dérogations soient soumises à une « procédure d'autorisation exorbitante du droit commun »<sup>1989</sup>, mais l'atteinte à la règle initiale est consommée : une faculté d'érosion du dispositif protecteur de l'article L145-5 a été ouverte.

**902.** Sans doute, dans cette affaire, la validation législative<sup>1990</sup> opérée apparaît-elle plus condamnable que l'édiction de dispositions permissives, mais ces dernières affectent les possibilités dérogatoires d'une portée incertaine qui justifie une vigilance accrue quant à leur mise en œuvre<sup>1991</sup>.

Une autre forme de recours contestable à la norme permissive réside dans l'ouverture, au profit de l'administration, de facultés lui permettant de maîtriser l'exercice des facultés reconnues aux administrés.

## ***2 – La norme permissive alibi ?***

**903.** L'existence de facultés de l'administration en contrepoint de celles bénéficiant aux administrés n'est, *a priori*, guère inévitable. L'organisation des relations administratives,

---

<sup>1988</sup> Cette disproportion découle du sens même de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1989.

<sup>1989</sup> Fernand Bouyssou, « Nouvelles dispositions en matière d'urbanisme », *AJDA* 1994, p. 208 et s., spéc. p. 217.

<sup>1990</sup> En dépit de la décision libérale du Conseil constitutionnel dans cette affaire. Sur cette notion, v. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 1032 ; Jean-Pierre Camby, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP* 2000, p. 611 et s. ; Conseil d'Etat, *Rapport public 2006, op. cit.*, p. 371.

<sup>1991</sup> V. aussi l'affaire dite du Cap Sicié (CE, 19 mai 1993, *Association « Les Verts Var », Rec.*, p. 162), similaire et s'étant également soldée par l'intervention de la loi Bosson (v. art. L146-8 al. 2 du Code de l'urbanisme : « *A titre exceptionnel, les stations d'épuration d'eaux usées, non liées à une opération d'urbanisation nouvelle, peuvent être autorisées conjointement par les ministres chargés de l'urbanisme et de l'environnement, par dérogation aux dispositions du présent chapitre* »).



l'aménagement des droits, ou encore la constitution de pouvoirs publics supposent, en effet, une articulation des prérogatives de chacun des deux pôles, l'articulation de facultés n'étant qu'un aspect de la combinaison plus générale des devoirs et des obligations dans l'architecture normative. Ainsi, les autorités administratives se sont-elles vu reconnaître la faculté de ne pas donner suite aux demandes de communication d'actes administratifs jugées abusives, notamment en raison de leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique. L'article 7 de la loi du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration* a en effet entériné sur ce point la jurisprudence administrative et les avis de la Commission d'accès aux documents administratifs qui avaient suppléé le silence de la loi du 17 juillet 1978<sup>1992</sup>. Au contraire, la loi du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* avait, dès son adoption, prévu que « le responsable [d'un] traitement [de données à caractère personnel] peut s'opposer aux demandes manifestement abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique »<sup>1993</sup>. Ces deux illustrations montrent qu'une norme permissive peut donner à l'administration les moyens de ne pas subir l'abus d'un droit – donc d'une faculté – par les administrés, l'objectif de bonne administration justifiant vraisemblablement l'existence de cette faculté de rejet.

**904.** La combinaison des facultés de l'administration et des administrés n'est donc pas neutre. Si la recherche d'une conciliation est un objectif louable, garantissant notamment un usage raisonnable des prérogatives reconnues aux particuliers à l'égard de l'administration, il arrive néanmoins que cette combinaison soit en réalité synonyme de confrontation. Le terrain de la participation des administrés aux processus décisionnels en fournit sans doute l'illustration la plus probante, les développements récents du droit en la matière ayant eu soin de ménager une marge de permissivité au profit des autorités administratives. Qu'il s'agisse des nouveaux instruments mis en place, ou du perfectionnement d'anciennes procédures, à la faculté des administrés s'oppose celle des pouvoirs publics, comme un alibi justifiant un tempérament aux progrès de la démocratie participative.

**905.** Le Sénat semble s'imposer comme le relais, au sein du Parlement, de la méfiance des pouvoirs publics à l'égard des velléités participationnistes des administrés. Son attitude est moins timorée que conservatrice, dès lors qu'il s'agit d'examiner les projets de textes tendant à franchir un pas en matière de participation du public. La Chambre haute opère ainsi par

---

<sup>1992</sup> V. not., sur le caractère abusif de la demande de communication : TA Grenoble, 21 octobre 1993, *Mazari* (Rec. t., p. 78) et CE, 13 novembre 1992, *Commune de Louviers c/ Laheye* (Rec. t., p. 988).

<sup>1993</sup> Art. 39 II.

modifications rédactionnelles – plus vraiment subtiles tant le procédé est courant –, qui bouleversent cependant la signification du texte en discussion.

Le projet de loi sur la démocratie de proximité évoquait ainsi la participation du public aux « décisions » publiques ; or, le texte finalement adopté ne retient sa participation qu'au « processus de décision »<sup>1994</sup>, distinguant deux temps – la discussion et la décision – qui ne sauraient faire intervenir les mêmes acteurs : s'il est convenu que les pouvoirs publics discutent avec les administrés, seuls les premiers peuvent véritablement décider, engager la collectivité. Le spectre des *conseils élus* plane indéniablement sur les modalités de la libre administration, et les tentations monopolistiques de la représentation explique pourquoi le référendum local *décisionnel* n'est apparu que très récemment.

**906.** Cela explique aussi l'ouverture de facultés au profit de l'autorité administrative, selon le mode opératoire sénatorial précédemment décrit : ainsi, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, sur *l'organisation décentralisée de la République*, a-t-elle consacré un droit de pétition des électeurs auprès de leur collectivité bien moins ambitieux que ce que proposait le projet de loi constitutionnelle. En effet, il était prévu que les électeurs puissent *obtenir* l'inscription d'une question à l'ordre du jour d'une assemblée. Or, la formulation en vigueur de l'article 72-1 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution donne aux électeurs la faculté de « *demander l'inscription à l'ordre du jour* » de l'assemblée délibérante de leur collectivité d'une question relevant de sa compétence.

Selon M. Verpeaux, « la différence de rédaction n'est pas anodine car elle supprime l'automatisme de l'inscription et considère la pétition comme un simple vœu qui ne lie pas l'assemblée délibérante qui reste libre d'accepter ou de refuser »<sup>1995</sup>. En d'autres termes, la rédaction adoptée introduit deux dispositifs permissifs concurrents, l'un apparent – au profit des électeurs –, l'autre plus implicite, amoindrissant la portée du premier. Dans ces circonstances, le droit de pétition que consacre cette disposition est loin de constituer un « droit à » – qui impliquerait au contraire une obligation positive des pouvoirs publics –, mais un simple « droit de », une faculté, réduite à sa plus simple expression.

---

<sup>1994</sup> V. Daniel Hoefel, Rapport devant le Sénat, Commission des lois, n° 156, 2001-2002, p. 113.

<sup>1995</sup> Michel Verpeaux, « Décentralisation : en attendant le Congrès », *op. cit.*, p. 90. V. Rapport de M. Pascal Clément, n° 376, Assemblée nationale, 2002, in *L'organisation décentralisée de la République*, *op. cit.*, p. 89-130, spéc. p. 106-107.

**907.** En cela, le droit positif reproduit les limites qui pouvaient résulter de l'ancien article L2142-3 du CGCT, permettant à un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales de saisir le conseil municipal en vue de l'organisation d'une consultation sur une opération d'aménagement relevant de la décision des autorités municipales. En effet, le conseil municipal était compétent pour délibérer notamment sur le principe de cette consultation. En toute logique, la Cour administrative d'appel de Paris en a conclu « *qu'il résulte des termes des dispositions législatives précitées qu'il appartient au conseil municipal de décider, sous le contrôle du juge, s'il entend ou non donner suite à une demande de consultation des électeurs [...] ; qu'il n'est pas tenu, lorsqu'il est régulièrement saisi d'une telle demande par un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales, d'organiser la consultation sollicitée* »<sup>1996</sup>. La loi du 13 août 2004 *sur les libertés et responsabilités locales* a finalement érigé en règle commune<sup>1997</sup> cette permissivité concurrente – les termes de l'introduction du droit de pétition ne lui laissent pas d'autre alternative – en multipliant d'ailleurs inutilement les précautions<sup>1998</sup>.

**908.** Pour certains, l'existence d'une telle faculté au profit de l'autorité administrative est particulièrement critiquable, dans la mesure où elle se cumule à l'exigence d'un *quorum* s'agissant de l'initiative populaire<sup>1999</sup> : le seuil d'un cinquième des électeurs inscrits dans les communes, et d'un dixième dans les autres collectivités est nécessaire<sup>2000</sup>. Il serait peut être préférable de choisir entre un seuil faible et le maintien d'une faculté de rejet de l'initiative populaire – ce qui constituerait alors une garantie légitime pour l'administration<sup>2001</sup> –, ou un seuil élevé combiné à une compétence liée de l'administration. Le cumul actuel confère bien à la permissivité dont bénéficie cette dernière le caractère d'un alibi, et confirme une frilosité des pouvoirs publics en matière de démocratie participative, et la volonté de préserver les prérogatives des assemblées locales.

---

<sup>1996</sup> CAA Paris, 22 février 2005, *Association des Amis de la Terre du Val d'Ysieux c/ commune de Luzarches*, *AJDA* 2005, p. 1052-1056, concl. A. Lercher.

<sup>1997</sup> V. les art. L1112-15 et s. du CGCT.

<sup>1998</sup> Non seulement l'article L1112-16 alinéa 1<sup>er</sup> du CGCT dispose que les électeurs peuvent « *demander l'inscription* » d'une question à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante, mais le dernier alinéa confirme que « *la décision d'organiser la consultation appartient à l'assemblée délibérante* » et l'article L1112-17 que cette dernière « *arrête le principe [...] de la consultation* ».

<sup>1999</sup> V. not. Pierre Albertini, lors du vote de la loi du 4 février 1995 *relative à l'aménagement et au développement du territoire* (*JOAN* 12 juillet 1994, déb., p. 4757).

<sup>2000</sup> Art. L1112-16 du CGCT.

<sup>2001</sup> M. Papadopoulos relie les mécanismes de filtrage qui peuvent ainsi être instaurés à la nécessité de préserver les pouvoirs publics de la forte demande de changement que la participation du public est susceptible d'induire, et d'anticiper les décalages qui pourraient survenir entre les propositions du peuple et les intérêts et objectifs des hommes politiques (*Démocratie directe*, *op. cit.*, p. 140 et s.).

Cela se traduit également, dans le cadre du référendum décisionnel local, par la compétence reconnue à la seule assemblée délibérante d'une collectivité, de soumettre à référendum local tout projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité<sup>2002</sup>. Si l'exécutif dispose d'une faculté d'initiative – d'ailleurs exclusive pour tout projet d'acte relevant des attributions qu'il exerce au nom de la collectivité<sup>2003</sup> –, celle-ci est tempérée par la faculté reconnue à l'assemblée délibérante, de décider du sort de cette initiative ; sa délibération sera cependant susceptible de recours pour excès de pouvoir.

**909.** La faculté de filtrage ouverte à l'autorité administrative est d'autant plus sujette à caution qu'elle implique un large pouvoir discrétionnaire. Or, le droit relatif au débat public organisé en matière de grands projets présente à cet égard un intérêt certain. Certes, il confère à la Commission nationale du débat public, la faculté d'accepter ou de refuser l'organisation d'un débat public<sup>2004</sup>. Il en va semble-t-il différemment lorsque la Commission est saisie conjointement par le ministre de l'Environnement et un ministre, non pas pour procéder à un débat public sur un grand projet, mais en vertu de l'article L121-10 du Code de l'environnement : « *Le ministre chargé de l'environnement, conjointement avec le ministre intéressé, peut saisir la Commission nationale du débat public en vue de l'organisation d'un débat public portant sur des options générales en matière d'environnement ou d'aménagement* ». Ce texte est très flou quant à l'obligation ou la faculté de la Commission d'organiser le débat, et l'article 10 du décret du 22 octobre 2002 *relatif à l'organisation du débat public et à la Commission du débat public* semble imposer une obligation<sup>2005</sup>. Pour MM. Hélin et Hostiou, la Commission doit conserver un pouvoir d'appréciation « en raison de sa qualité d'autorité administrative indépendante », mais il « sera particulièrement réduit »<sup>2006</sup>.

**910.** Seule la compétence de la Commission en matière de débat public relatif aux grands projets est donc assurément permissive ; la jurisprudence confirme à cet égard que la

---

<sup>2002</sup> Art. LO 1112-1 du CGCT.

<sup>2003</sup> Art. LO 1112-2 du CGCT.

<sup>2004</sup> Art. L121-9 I al. 3 du Code de l'environnement. En ce cas, elle peut recommander au maître de l'ouvrage d'organiser une concertation (v. par ex. : décision de recommander au maître d'ouvrage l'organisation d'une concertation n° 2006-16-AP-1 du 5 avril 2006, *Avenue du Parisis*).

<sup>2005</sup> (décret n° 2002-1275, *JORF* 23 octobre 2002) « *Lorsque la Commission nationale du débat public est saisie d'une demande de débat public portant sur des options générales en matière d'environnement ou d'aménagement en application de l'article L. 121-10 du code de l'environnement, elle organise le débat suivant les modalités définies à l'article 7 du présent décret* ». V. aussi L. Benoit, note sous CE, 13 décembre 2002, *Association pour la sauvegarde de l'environnement et la promotion de Saint-Léger-en-Bray*, *Environnement* 2003, comm. 29.

<sup>2006</sup> Jean-Claude Hélin et René Hostiou, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », *op. cit.*, p. 296.

Convention d'Aarhus ne saurait imposer, par elle-même, l'organisation d'un débat public, et revenir ainsi sur la faculté bénéficiant à la Commission. Cela étant, l'exercice de cette faculté n'est pas entièrement discrétionnaire. En effet, l'article L121-9 II alinéa 2 du Code de l'environnement impose que sa décision – positive ou négative –, soit motivée<sup>2007</sup>, et ce en fonction de quatre éléments : « *la commission apprécie, pour chaque projet, si le débat public doit être organisé en fonction de l'intérêt national du projet, de son incidence territoriale, des enjeux socio-économiques qui s'y attachent et de ses impacts sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* »<sup>2008</sup>. Cette motivation donne lieu à une sorte de pesée d'intérêts, de bilan<sup>2009</sup> réalisé par la Commission, ce qui instaure une transparence certaine dans son appréciation, et est en mesure de faciliter les recours des administrés<sup>2010</sup>. Seule l'impossibilité, une fois le délai de recours écoulé, d'invoquer utilement devant le juge l'illégalité qui frapperait un refus de la Commission<sup>2011</sup>, paraît regrettable dans ce dispositif qui montre que permissivité et transparence peuvent être conciliées.

**911.** La présence dans le droit de normes permissives ouvrant aux autorités administratives la possibilité de faire échec à l'exercice de facultés reconnues aux administrés ne paraît donc tenable qu'autant que le but poursuivi est celui d'assurer la sauvegarde de l'intérêt général, et les conditions d'une bonne administration. En revanche, cette situation est forcément contestable lorsque cette permissivité vise à « court-circuiter » certains droits des administrés, et à ne conférer à ceux-là qu'une portée théorique et illusoire.

---

<sup>2007</sup> « Elle se prononce sur les demandes de débat dont elle est saisie en vertu de l'article L. 121-8 par une décision motivée ».

<sup>2008</sup> Art. L121-9 I du Code de l'environnement.

<sup>2009</sup> Par ex. : « considérant que le contenu du dossier fait apparaître l'intérêt essentiel pour la ville de Marseille des trois nouvelles lignes de tramway que la communauté urbaine a décidé de réaliser, mais que les enjeux socio-économiques comme les impacts sur l'environnement restent très circonscrits ; qu'en définitive, il n'apparaît pas que ce dossier présente un caractère d'intérêt national, au sens de la loi, de nature à rendre nécessaire l'organisation d'un débat public » (décision n° 2003-12 du 2 avril 2003, *projet de tramway de Marseille*, *JORF* 17 avril 2003, p. 6842) ; « considérant de surcroît que le contenu du dossier fait apparaître un intérêt départemental incontestable (amélioration de la desserte routière à l'intérieur du département et avec les départements voisins) mais ne fait pas ressortir un intérêt national, qu'il ne fait pas apparaître non plus les "forts enjeux socio-économiques" ou "les impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire" visés par la loi » (décision n° 2003-05 du 5 mars 2003, *projet de réalisation d'itinéraires routiers en Maine-et-Loire*, *JORF* 19 mars 2003, p. 4878).

<sup>2010</sup> La décision d'organiser ou non un débat public fait grief et peut donc être déférée devant le juge administratif (CE, 14 juin 2002, *Association pour garantir l'intégrité rurale restante*, *Environnement* 2002, comm. 107, note L. Benoit ; *RDI* 2002, p. 426, obs. L. Derepas et p. 375, obs. F. Donnat), au contraire des mesures que cette commission ou la commission particulière qu'elle a chargée de l'organisation du débat public arrête ensuite pour déterminer les modalités de déroulement du débat.

<sup>2011</sup> M. Jegouzo parle de stratégie d'« imperméabilisation » des procédures par le législateur (« La loi de démocratie de proximité réorganise la procédure du débat public », *op. cit.*, p. 193).

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**912.** La norme permissive révèle ses limites s'agissant de sa conciliation avec les exigences liées à une bonne législation. La libre détermination du bénéficiaire d'une faculté n'est pas exempte d'inconvénients : elle rend par définition l'application du droit permissif imprévisible et est susceptible d'entraîner des atteintes au principe d'égalité. Par ailleurs, sur un plan plus pratique, il convient de souligner les risques liés à l'usage de normes juridiques qui n'imposent rien. Elles donnent d'abord prise à l'influence des faits sur les choix du destinataire de la norme : cela peut notamment se traduire par des tentations de négociation de l'application de la règle de droit ou par l'inaction des acteurs juridiques. Ensuite, la pratique démontre que la permissivité est le support de pratiques discutables, notamment en ce qu'elles permettent de tempérer ou priver de portée certains principes posés dans le droit.

## CONCLUSION DU TITRE

**913.** Les implications de la norme permissive quant à l'adaptabilité du droit sont particulièrement mises en évidence dans le droit des collectivités territoriales. Présentes dans la détermination des acteurs locaux et dans l'encadrement de leurs compétences, elles remettent nettement en cause l'idée d'un droit public monolithique et fixe. Les facultés ouvertes aux collectivités territoriales leur permettent ainsi d'approfondir ou de modérer leur émancipation, c'est-à-dire d'en choisir le rythme ; par ailleurs, elles autorisent une différenciation au sein de la République.

Cependant, la flexibilité du droit permissif n'est pas sans inconvénient. La liberté de détermination reconnue au bénéficiaire de la faculté constitue à la fois l'atout et l'origine des griefs formulés à l'encontre de la permissivité normative.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

**914.** La norme permissive n'est donc pas étrangère au droit public et sa multiplication dans la discipline, notamment dans le droit des collectivités territoriales, rend compte de son intérêt : l'adaptabilité de la règle est un objectif du droit public contemporain, qui tend à faire préférer la technique normative permissive à l'unilatéralisme et à l'impérativité. Partant, la norme permissive peut sembler participer à une certaine érosion de la contrainte normative. Cependant, il convient de replacer cette catégorie de normes dans le cadre normatif complexe qui est celui du droit public positif : les mutations du droit excèdent la simple question de la permissivité normative.

Ce qui, en revanche, mérite d'être considéré davantage, est l'effet responsabilisant des normes permissives. Leurs destinataires, bénéficiaires de facultés, se voient reconnaître la responsabilité de choisir, de décider. Ainsi, leur liberté n'est-elle pas, dans une certaine mesure, plus aliénante que l'impératif juridique ? D'ailleurs, d'un point de vue technique, le droit permissif souffre de handicaps directement liés à cette liberté de détermination : droit imprévisible, potentiellement source d'inégalités, il laisse prise à des déterminants de fait que l'impératif, au contraire, tend à étouffer. Enfin, il fournit une base normative à des pratiques contestables, difficiles à contenir du fait du principe de liberté inhérent à la permissivité.

## CONCLUSION GENERALE

915. La mise en évidence de l'existence d'une notion autonome de norme permissive et de ses implications sur le droit public permet de réfuter l'argument de contradiction *in adjecto* formulé à l'encontre de l'idée de permissivité normative. La norme permissive n'est pas un non-sens ; elle produit même du sens en droit public.

Elle peut être définie comme toute norme juridique ouvrant une faculté d'action à son destinataire – personne publique ou privée –, ce dernier bénéficiant d'une liberté de détermination qui rend son choix indifférent sur le plan normatif. Ainsi caractérisé le phénomène normatif qu'elle incarne, la norme permissive peut être appréhendée comme une notion juridique, désignant un ensemble de normes ayant cette caractéristique commune et s'opposant à la notion classique de norme impérative.

Si l'autonomie de la notion fait souvent question, elle n'est cependant pas inconcevable. D'une part, les tentatives de réduction de la norme permissive à un corrélat ou à une négation de l'obligation ont l'inconvénient d'appréhender le droit comme un discours logique, d'occulter l'expression phénoménale de la discipline et de méconnaître la nature réelle de l'opposition entre impérativité et permissivité. D'autre part, le primat de l'impératif dans la conception de la normativité doit être remis en cause. La norme juridique est un modèle de référence, d'évaluation, doté d'un caractère obligatoire, indépendamment de sa nature déontique, c'est-à-dire de son caractère injonctif, prohibitif ou permissif. L'approche impérativiste de la norme juridique – qui voit dans toute norme un commandement assorti de la menace d'une sanction – conduit à une confusion entre le contenu – impératif, permissif, prescriptif, etc. – et la valeur – obligatoire – du droit. L'impératif est donc dissociable de l'obligation et la permissivité conciliable avec elle.

S'agissant de ses implications sur le droit public, la norme permissive n'est pas étrangère aux mutations affectant les rapports des personnes publiques entre elles et avec les administrés ; s'il est possible de parler d'érosion de la contrainte normative, il faut toutefois souligner que cette évolution n'est pas le seul fait de la permissivité normative : la contractualisation des relations y concourt substantiellement. En outre, l'érosion de la contrainte normative ne signifie pas l'érosion de l'autorité : l'existence d'une permissivité « autoritaire », c'est-à-dire accompagnant l'exercice de l'autorité publique, le vérifie.



D'un point de vue technique, les normes permissives tendent à assurer l'adaptabilité de la règle de droit à une réalité multiple et changeante que le droit doit saisir. L'ouverture de simples facultés d'action fait ainsi du droit une ressource de l'action publique et non plus une limite. Moins contraignant, le droit permissif se pose comme un mode normatif fondé sur la proposition. Toutefois, cette liberté concédée aux acteurs juridiques n'est pas sans conséquence sur leur responsabilité dans la conduite de l'action publique et l'effectivité du droit. Ouvrir une faculté d'agir (ou non) ne revient-il pas à transférer la charge de décider ? la mission de choisir, d'arbitrer ? Cela explique sans doute que le droit permissif soit fondamentalement aléatoire, sensible aux pressions, susceptible de faire éclater l'exécution du droit en plusieurs formes d'exécution. Si, avec la norme permissive, la liberté est la même pour tous les acteurs juridiques, l'exercice de cette liberté est pluriel.

Apparaît sans doute ici la vraie spécificité de la norme permissive : constituer un modèle normatif n'exprimant pas la contrainte, mais néanmoins doté d'un caractère obligatoire. En cela, cette catégorie de norme altère sans doute moins la conception traditionnelle du droit que les formes nouvelles de la régulation juridique, dont l'obligatorité fait question. L'un des intérêts de l'étude de la norme permissive est peut-être d'avoir permis de comprendre qu'elles ne sont pas réductibles à ce « droit mou ». Irréductibles, les normes permissives ?

# BIBLIOGRAPHIE

## 1 – TRAITES, PRECIS, MANUELS, COURS

- Ardant Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, Manuel, 17<sup>ème</sup> éd., 2005
- Aubert Jean-Luc, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> édition, 2000
- Auby Jean-Bernard et Périnet-Marquet Hugues, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> édition, 2004
- Auby Jean-Marie, Bon Pierre, Auby Jean-Bernard, *Droit administratif des biens*, Dalloz, Précis, 4<sup>ème</sup> éd., 2003
- Bénoit Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968
- Bourdon Jacques, Pontier Jean-Marie et Ricci Jean-Claude, *Droit des collectivités territoriales*, PUF, 2004
- Brisson Jean-François et Rouyère Aude, *Droit administratif*, Montchrestien, 2004
- Burdeau Georges, *Traité de Science Politique*, I, Paris, 1949
- Cabrillac Rémy, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, 2003
- Carbonnier Jean,  
*Droit civil. Introduction*, Thémis, PUF, 27<sup>ème</sup> éd., 2002  
*Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 2004
- Chapus René,  
*Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>ème</sup> éd., 2001  
*Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001  
*Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd., 2002
- Chevallier Jacques, *Science administrative*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd. refondue, 2002
- Combacau Jean et Sur Serge, *Droit international public*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 1999
- De David Beauregard-Berthier Odile, *Droit administratif des biens*, Mémento, Gualino éditeur, 3<sup>ème</sup> éd., 2003
- De Laubadère André, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1953

Delvolvé Pierre, *L'acte administratif*, Sirey, 1982

Demichel André, *Droit administratif*, LGDJ, 1979

Dupuis Georges, Guédon Marie-José et Chrétien Patrice, *Droit administratif et institutions administratives*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2002

Dupuy Pierre-Marie, *Droit international public*, Dalloz, Précis, 6<sup>ème</sup> éd., 2002

Eisenmann Charles,  
*Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983  
*Cours de droit*, 1949-1950, Les Cours de droit

Favoreu Louis (dir.),  
*Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 5<sup>ème</sup> éd., 2005  
*Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2005

Favoreu Louis et Philip Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2001

Favret Jean-Marc, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2001

Formery Simon-Louis, *La constitution commentée article par article*, Hachette, 7<sup>ème</sup> éd., 2003

Gicquel Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 19<sup>ème</sup> éd., 2003

Hauriou Maurice, *Précis de droit administratif*, Sirey, 11<sup>ème</sup> éd., 1927

Israel Jean-Jacques, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998

Jacqué Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Cours, 3<sup>ème</sup> éd., 2004

Jacquot Henri et Priet François, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Précis, 5<sup>ème</sup> éd., 2004

Lachaume Jean-François, *La fonction publique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2002

Lebreton Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Collin, 6<sup>ème</sup> éd., 2003

Lebreton Jean-Pierre, *Droit de l'urbanisme*, PUF, 1993

Lombard Martine et Dumont Gilles, *Droit administratif*, Dalloz, Hyper Cours, 2003

Mathieu Bertrand et Verpeaux Michel, *Droit constitutionnel*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2004

Moreau Jacques, *Droit administratif*, PUF, 1989

Mourgeon Jacques, *Les droits de l'homme*, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 1998

Pactet Pierre et Mélin-Soucramanien Ferdinand, *Droit constitutionnel*, Armand Colin, 23<sup>ème</sup> éd., 2004

Portelli Hugues, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Hyper Cours, 4<sup>ème</sup> éd., 2001

Pradel Jean et Varinard André, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2003

Prélot Marcel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1961

Prieur Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, Précis, 5<sup>ème</sup> éd., 2004

Rivero Jean, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 1961

Rousseau Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd. 2006

Roux André, *Droit constitutionnel local*, Economica, 1995

Savarit-Bourgeois Isabelle, *L'essentiel du droit de l'urbanisme*, Gualino éditeur, 2003

Savy Robert, *Droit de l'urbanisme*, PUF, coll. Thémis Droit, 1981

Sériaux Alain, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997

Simon Denys, *Le système juridique communautaire*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2001

Soler-Couteaux Pierre, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Cours, 3<sup>ème</sup> éd., 2000

Sourioux Jean-Louis, *Introduction au droit*, PUF, 1987

Sudre Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 6<sup>ème</sup> éd. refondue, 2003

Sudre Frédéric, Marguénaud Jean-Pierre et a. (dir.), *Les grands arrêts de la CEDH*, PUF, 2003

Terré François, *Le droit*, Dominos, Flammarion, 1999

Touvet Laurent, Ferstenberg Jacques, Cornet Claire, *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz, 1999

Vedel Georges, *Droit administratif*, PUF, 1961

Wachsmann Patrick, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 4<sup>ème</sup> éd., 2002

Waline Marcel, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969

## 2 – OUVRAGES GENERAUX, MONOGRAPHIES

- Albertini Jean-Benoît, *Réforme administrative et réforme de l'Etat en France. Thèmes et variations de l'esprit de réforme de 1815 à nos jours*, Economica, 2000, 163 p
- Alchourron Carlos E., Bulygin Eugenio, *Sobre la existencia de las normas juridicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, Oficina latinoamericana de investigaciones juridicas y sociales, 1979
- Amselek Paul,  
*Interprétation et droit*, (dir.), Bruylant, PUAM, 1995  
*Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964
- Arnaud André-Jean, *Essai d'analyse structurale du Code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, 1973
- Austin John, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, Paris, 1970
- Bacoyannis Constantinos, *Le principe de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, PUAM, 1993
- Barthélémy-Saint-Hilaire Jules, *Logique d'Aristote*, vol. 1, « *Les catégories et l'Herménéia* », Ladrance, 1839-1844
- Bentham Jeremy, *Of Laws in General*, Althone Press, Londres, 1970
- Bergeal Catherine, *Savoir rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire...*, Berger-Levrault, 1997, 5<sup>ème</sup> éd. mise à jour au 30 juin 2004
- Bernard Paul, *L'Etat républicain au service de la France*, Economica, 1988, 377 p.
- Blanché Robert,  
*Introduction à la logique contemporaine*, Colin, 1987  
*La logique des normes*, PUF, 1972  
*Structures intellectuelles, essai sur l'organisation systématique des concepts*, Vrin, 1966
- Blumann Claude, *La fonction législative communautaire*, LGDJ, 1995
- Bobbio Norberto, *Essais de théorie du droit*, trad. Michel Guéret, avec la collab. de Christophe Agostini, Bruylant, LGDJ, 1998
- Bosserelle Eric, *Le cycle Kondratieff : théories et controverses*, Masson, 1994
- Brunelli Pierre, *Le contrôle de légalité*, LGDJ, 2000
- Calvès Gwénaële, *Les politiques de discrimination positive*, La Documentation française, n° 822, 1999

- Carbonnier Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 1995
- Carcattera Gaetano, *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*, 2<sup>ème</sup> éd., Roma, Bulzoni, 1988
- Cardet Christophe, *Le placement sous surveillance électronique*, L'Harmattan, 2004
- Celano Bruno, *Dialettica della giustificazione pratica*, Giappichelli, Turin, 1994
- Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'Etat, *La régulation entre droit et politique*, colloque du 1-2 octobre 1992, Montpellier 1, L'Harmattan, 1995
- Chabanol Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2003
- Chevallier Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Droit et Société, 2003, 225 p.
- Clergerie Jean-Louis, *Le renvoi préjudiciel*, Ellipses, 2000
- Colson Renaud (dir.), *La prohibition des drogues : regards croisés sur un interdit juridique*, PU Rennes, 2005
- Cornu Gérard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 1990
- Cros Roselle, *La qualité dans les collectivités territoriales*, Berger-Levrault, 2001
- Crozier Michel, *Le phénomène bureaucratique*, Seuil, 1963
- DATAR, *Aménager la France de 2020 - Mettre les territoires en mouvement*, La Documentation française, 2002
- De Béchillon Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, 1997
- De David Beauregard-Berthier Odile, *Droit administratif des biens*, Mémento, Gualino éditeur, 3<sup>ème</sup> éd., 2003
- Delaunay Bénédicte, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, 1993
- Del Vecchio Giorgio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953
- Delmas-Marty Mireille, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994
- Descartes René, *Discours de la méthode*, Partie V, Hatier, 1999
- Di Qual Lino, *La compétence liée*, LGDJ, 1964
- Donati Donato, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milan, 1910

- Du Pasquier Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux, Neuchâtel, 1937
- Dubouchet Paul, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, PUF, 1990
- Duverger Maurice, *Méthode de sciences sociales*, PUF, 1961
- Ekeu Jean-Paul, *Consensualisme et poursuites en droit pénal comparé*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 13, Cujas, 1993
- ENM, CESDIP et CIRAP-ENAP, *Poursuivre et punir sans emprisonner : les alternatives à l'incarcération*, Bruxelles, La Chartre, 2006
- Enriquez Eugène, *De la horde à l'Etat. Essai de psychanalyse du lien social*, Gallimard, 1988
- Ernst Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903
- Fabrice Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004
- Février Jean-Marc, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2000, p. 46 et s.
- Fillieule Renaud, *Sociologie de la délinquance*, PUF, 2001
- Fomerand Gérard, *Crise des valeurs et mutation de l'Etat. Vers une alternative locale ?* Loysel, 1994
- Freud Sigmund, *Totem et tabou*, Payot, Petite bibliothèque, 2<sup>ème</sup> trad., 1965
- Garcia Máñez Eduardo,  
*Libertad como derecho y como poder*, Compañía General Editora, 1941  
*Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica*, Mexico, Imprenta Universitaria, 1953
- Gardies Jean-Louis, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, LGDJ, 1972
- Gaudin Jean-Pierre, *Gouverner par contrat : l'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999
- Gény François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd. mise à jour, 1995
- Gourdou Jean et Bourrel Antoine, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, 2003
- Goyard-Fabre Simone, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Librairie Klincksieck, 1972

- Graziani Paul, *Le nouveau pouvoir. Essai sur la décentralisation*, Albin Michel, 1985
- Guastini Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992
- Gurvitch Georges, *L'idée de Droit social*, Sirey, 1932, rééd. Scientia, 1972, 710 p.
- Haesaert Jean, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948
- Hart Herbert L. A., *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, FUSL, Bruxelles, 1994
- Hayek Friedrich A., *Droit, législation et liberté*, vol. 1, *Règles et ordre*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1992
- Hernández Marín Rafael,  
*El derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984  
*Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 2<sup>ème</sup> éd., 1989  
*Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998  
*Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, PPU, Barcelone, 1989
- Hohfeld Wesley Newcomb, Cook Walter Wheeler et Corbin Arthur L., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1978, 114 p.
- Jouanjan Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1992
- Kalinowski Georges,  
*Etudes de logique déontique*, préface de Blanché Robert, LGDJ, 1972  
*Introduction à la logique juridique*, LGDJ, 1965  
*La logique des normes*, PUF, 1972  
*Théorie des propositions normatives*, 1953, in *Etudes de logique déontique*, 1953-1969, LGDJ, 1972
- Kelsen Hans,  
*Théorie générale des normes*, PUF, 1996, 604 p.  
*Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant, 1997  
*Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962  
*Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, La pensée juridique, Bruylant, LGDJ, 1999  
*Théorie pure du droit*, trad. Thevenaz, Neuchâtel, 1952
- Kikert Rensis, *New Patterns of Management*, M<sup>o</sup> Graw Hill Book Company, Inc. N.Y., 1961
- Kriegel Blandine, *Etat de droit ou Empire ?* Bayard, 2002
- Labbée Xavier, *Les critères de la norme juridique*, PU Lille, 1994



- Laferrière Edouard, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Berger-Levrault, 1<sup>ère</sup> éd., 1887-1888
- Larangé Alain, *La déconcentration*, LGDJ, 2000
- Laun Rudolf, *Le pouvoir discrétionnaire*, PUF, 1934
- Lavialle Christian, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, LGDJ, 1974
- Legendre Pierre, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*, Fayard, 1989
- Lemaire Jacques-Charles, *La prostitution : pour ou contre la légalisation ?*, Bruxelles, Espace de libertés, 2004
- Livet Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, LGDJ, 1974, 334 p.
- Lorho Gérard, *Peines de substitution, peines alternatives : régime juridique*, ENM, Bordeaux, 2000
- Luchaire François, *Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie* (textes et commentaires), Economica, 2000
- Magnette Paul (dir.), *La constitution de l'Europe*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2<sup>ème</sup> éd., 2000
- Manin Philippe et Louis Jean-Victor (dir.), *Vers une Europe différenciée ? Possibilité et limite*, Pedone, 1996
- Mélin-Souscramanien Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, 1997
- Mény Yves, *La corruption de la République*, Fayard, 1992
- Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, LGDJ, 1973
- Morand Charles-Albert  
*Légistique formelle et matérielle*, (dir.), PUAM, 1999  
*Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999
- Ost François et Van de Kerchove Michel, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988
- Ost François, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999
- Ould Bouboutt Ahmed Salem, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, PUAM, 1987

- Ouvrard Lucille, *La prostitution : analyse juridique et choix de politique criminelle*, L'Harmattan, 2000
- Papadopoulos Yannis, *Démocratie directe*, Economica, 1998, 329 p.
- Pauliat Hélène (textes réunis par), *La qualité : une exigence pour l'action publique en Europe ?*, PULIM, 2004
- Pavlopoulos Procopios, *La directive en droit administratif*, LGDJ, 1978
- Pellissier Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996
- Perelman Chaïm (études publiées par), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968
- Perrin Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève-Paris, 1979
- Prieur Michel et Doumbé-Billé Stéphane, *Droit de l'environnement et développement durable*, PULIM, 1994
- Proudhon Pierre-Joseph, *Du principe fédératif*, E. Dentu, 1863
- Raucent Léon, *Pour une théorie critique du droit*, Duculot, Gembloux, 1975
- Ray Jean, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, F. Alcant, 1926, 296 p.
- Reichenbach Hans, *Elements of Symbolic Logic*, New York, The MacMillan Company, 1947
- Rémy Dominique, *Légistique : l'art de faire les lois*, Romillat, 1994
- Rials Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980
- Rideau Joël (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque du Centre d'étude sur le droit des organisations européennes (CEDORE), Institut du droit de la paix et du développement, Nice Sophia-Antipolis, 25-26 avril 1997, LGDJ, 1998
- Ripert Georges, *Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949
- Rivero Jean et Moutouh Hugues, *Libertés publiques*, t. 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 129.
- Rivero-Cabouat Noëlle (dir.), *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Montchrestien, 2005
- Roguin Ernest, *La science juridique pure*, LGDJ, 1923
- Romano Santi, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modène, 1925
- Ross Alf, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London, 1968

Ruiz Manero Juan et Atienza Manuel, *Las piezas del Derecho. Teoria de los enunciados juridicos*, Ariel Derecho, Barcelone, 1996

Sfez Lucien, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966

Simon Denys, *La directive européenne*, Dalloz, 1997

Somló Félix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Menier, 2<sup>ème</sup> éd., 1927

Timsit Gérard,

*Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, 1995

*Les noms de la loi*, PUF, 1991

Troper Michel, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, 2001

Varaut Jean-Marc, *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991

Von Wright Georg Henrik,

*An essay in deontic logic and the general theory of action*, North-Holland Publishing Company, coll. « Acta Philosophica Fennica », Amsterdam, 1968, fasc. 21

*Norm and action, a logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley, 1977

Zagrebelsky Gustavo, *Le droit en douceur*, trad. de l'italien par Michel Leroy, PUAM, Economica, 2000

Zénati Frédéric, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991

### 3 – ARTICLES

#### Dossiers spéciaux :

« Inflation législative galopante : l'exemple de l'été 2004 », dossier spécial, *Jurisclasseur*, novembre 2004

« Intercommunalité », dossier spécial, *RGCT* 2000

« L'administration contractuelle », dossier spécial, *AJDA* 2003, p. 970-993

« Référendum local, regards croisés », *Lamy CT*, juillet-août 2006, p. 46-61

- Alberton Ghislaine, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne : les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », *RFDA* 2002, p. 1
- Alchourrón Carlos E. et Bulygin Eugenio, « Permessos y normas permissivas », *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 215-238
- Amselek Paul,
- « A propos de la théorie kelsenienne de l'absence de lacunes dans le droit », *APD*, t. 33, 1988, p. 283 et 288.
- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 275 et s. ; in Morand Charles-Albert (publié par), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, 1991, p. 129-154
- « La teneur indécise du droit », *RDP* 1991, p. 1129-1216
- « Le droit technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 10, 1989, p. 7
- « Norme et loi », *APD* t. 25, 1980, p. 89
- « Ontologie du droit et logique déontique », *RDP* 1992, p. 1017
- « Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 79, 1993, p. 311-320
- « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *RRJ* 1999, PUAM, p. 51
- Argentieri Laurent, « Du risque pour les collectivités territoriales de contracter avec l'Etat, *La semaine juridique - Collectivités territoriales - Intercommunalité*, 2005, n° 1, p. 7-11
- Atienza Manuel et Ruiz Manero Juan, « Sobre permisos en el derecho », in *Doxa*, vol. 15-16, 1994, p. 815 et s.
- Auby Jean-Bernard,
- « L'application anticipée des plans d'occupation de sols en cours de révision », *CJEG* 1990, p. 33
- « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », *CCC* n° 19, 2005, p. 105-108
- « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912-926
- « La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale », *RFDA* 1993-1, p. 37 et s.
- « Prescription juridique et production juridique », *RDP* 1988, p. 673 et s.
- « La loi du 6 février 1992 et l'administration d'Etat », *RFDA* 1993, p. 234
- Aulagnon Lucien, « Aperçu de la force dans la règle de droit », *Mélanges Roubier*, I, Dalloz, 1961, p. 29
- Autexier Christian, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP* 1981, p. 581

- Autin Jean-Louis, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *La régulation entre droit et politique*, colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'Etat, 1-2 octobre 1992, Montpellier 1, L'Harmattan, 1995, p. 43-55
- Avril Pierre et Gicquel Jean, « Le triomphe de l'entonnoir », *LPA*, 15 février 2006, p. 6
- Bailhache Patrice, « G. W. Leibniz : un logicien déontique avant la lettre », *Archiv für Rechts und Sozial-Philosophie*, 1965, p. 269-274
- Barthe-Gay Clarisse, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ* 2004, p. 233-259
- Bastit Michel, « La loi », *APD* t. 35, 1990, p. 211 et s.
- Bazex Michel, « La déréglementation », *AJDA* 1986, p. 635-642
- Belloubet-Frier Nicole et Frier Pierre-Laurent, « La deuxième mort de Jean Romieu », *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 1 et s
- Belloubet-Frier Nicole, « Les référendums municipaux », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 163-179
- Benessiano William, « Le vote obligatoire », *RFDC* 2005, n° 61, p. 73-115
- Bergel Jean-Louis,  
 « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs. Essai de synthèse », *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 4, *RRJ* 1989, p. 975 et s.  
 « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », *RRJ* 2001, PUAM, n° spéc., *Cahiers de méthodologie juridique* n° 16, p. 2373-2380
- Bernard Paul, « La déconcentration au cœur de l'administration territoriale de la République », *RA* 1993, p. 357
- Bernaut François, « Quelques réflexions sur le thème du partenariat », *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Gardavaud Guy et Oberdorff Henri (dir.), Actes du colloque du 40<sup>ème</sup> anniversaire des tribunaux administratifs, de l'Institut français des sciences administratives (section Rhône-Alpes), Grenoble, 11-12 mars 1994, PUG, 1995 (447 p.), p. 115-125
- Bijou Pierre, « Le recours à la concertation en urbanisme », *Droit et ville*, n° 54, 2002, p. 103-135
- Bobbio Norberto, « Norma », in *Enciclopedia Einaudi*, Turin, 1980, vol. 9, p. 876-907
- Bonan Sylvie, « Les lois dites de "souveraineté" outre-mer », *RFDA* 1996, p. 1232
- Bonichot Jean-Claude, « Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen », *AJDA* 1999, n° spécial, p. 86-88

Bonnard Roger, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP* 1923, p. 363

Boulouis Jean,

« Note sur l'utilisation de la "méthode expérimentale" en matière de réformes », *Mélanges Louis Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 34-35

« Sur une nouvelle catégorie d'actes juridiques : les directives », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, 1974, p. 191

Bourjol Maurice, « Statut constitutionnel, exercice de la libre administration », *Jurisclasseurs Collectivités territoriales*, fasc. 23, p. 3

Bouyssou Fernand,

« Le versement pour dépassement du plafond légal de densité », *Dr. fiscal* 1977, p. 68

« Les modifications concernant le droit de l'urbanisme », *Droit et ville* 1987, n° 23, p. 129-142

« Nouvelles dispositions en matière d'urbanisme », *AJDA* 1994, p. 208 et s.

« Une garantie méconnue de la propriété : le droit de délaissement en matière d'urbanisme et d'expropriation », *JCP* 1979, éd., G, I, 2925

Boy Laurence, « Les normes », p. 1, consultable sur le site du Réseau européen Droit et Société, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/boy1.pdf>

Braibant Guy,

« De la proportionnalité », *Mélanges Waline*, 1974, p. 297

« L'avenir de l'Etat », *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 39-46, spéc. p. 44

Bréchon-Moulènes Christine, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 1998, p. 643-650

Bribosia Hervé,

« Les coopérations renforcées et les nouvelles formes de flexibilité en matière de défense dans la Constitution européenne », *RDUE* 4/2004, p. 647 et s.

« Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice », *RDUE* 1/2001, p. 111 et s.

Brosset Estelle, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC* 2004, n° 60, p. 695-739

Bulygin Eugenio,

« Permissive norms and normative systems », in Martino Antonio Anselmo / Soggi Natali Fiorenza (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts*, Publishing Company, Amsterdam, 1986, p. 211-218.

« Norme permissiva e sistemi normativi », Martino Antonio A. et Soggi Natali Fiorenza, *Analisi automatica dei testi giuridici*, Giuffrè, Milan, 1988, p. 285-294

« Permissive norms and normative systems », in Martino Antonio Anselmo / Socci Natali Fiorenza (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts*, Publishing Company, Amsterdam, 1986, p. 211-218

Cadoz Xavier, « Critères de choix : pas d'alternative ! » *La lettre du cadre territorial*, n° 285, 15 novembre 2004, p. 20

Caillosse Jacques,

« La fabrique occidentale du droit : une visite guidée. A propos de... Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* », *Droit et Société*, n° 39-1998, consultable en ligne : [http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/biblio/ds039-b.htm#\\_ednref98](http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/biblio/ds039-b.htm#_ednref98)

« Les réformes administratives et la question du droit », *AJDA* 1989, p. 6.

« Un déferé préfectoral pour quoi faire ? », *Pouvoirs locaux*, Les Cahiers de la décentralisation, n° 44, I/2000, p. 52-58

« Variations sur le modèle juridique d'administration. La modernisation de l'Etat », *AJDA* 1991, p. 755-764

Calvès Gwénaëlle, « La société sous l'emprise du droit : France - Etats-Unis : deux cultures juridiques », *Le droit dans la société*, Cahiers français, La Documentation française, n°288, oct.-déc. 1998, p. 28-29

Camby Jean-Pierre,

« Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée », *RDP* 2006, n° 2, p. 293-300

« Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP* 2000, p. 611 et s.

Canedo Marguerite, « L'histoire d'une double occasion manquée », *RDP* 2003, p. 767 et s.

Carbonnier Jean , « L'inflation des lois », *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 271 et s.

Carton Olivier, « Commandements sociaux légaux et autonomie communale : un Conseil constitutionnel serein devant les malfaçons législatives (A propos de la décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*) », *Tribune du droit public*, 2001/9, p. 111-127

Cassen Bernard, « Naissance de l'Europe SA », *Le monde diplomatique*, juin 2000, p. 14

Chaminade André, commentaire de la loi n° 99-586 *relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale*, *JCP* 2000, I, n° 220

Chamussy Damien, « Le Conseil constitutionnel et la qualité de la législation », *RDP* 2004, p. 1739-1760

Chapuisat Jérôme ,

« Libertés locales et libertés publiques », *AJDA* 1982, p. 354-355

- « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », *AJDA* 1974, p. 48
- Chauvin Nicolas, « Les cartes communales », *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, 2001, p. 73
- Chenot Fanny, « Le juge civil et la violation des servitudes d'urbanisme », *Gaz. Pal.*, 1-3 juillet 2001, p. 3 et s.
- Chevallier Jacques et Loschak Danièle, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP* n° 24, 1982, p. 679-720
- Chevallier Jacques,
- « Droit, ordre, institution », *Droits*, n° 10, 1989, p. 19.
- « L'ordre juridique », *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p. 28
- « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP* 1990-2, p. 1651 et s.
- « La rationalisation de la production juridique », in Morand Charles-Albert (publié par), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, 1991, p. 11-48
- « La régulation », *RFAP* n° 109, 2004
- « Les enjeux de la déréglementation », *RDP* 1987, p. 281-319
- « Les lois expérimentales, le cas français », Morand Charles-Albert (études réunies par), *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, p. 122
- « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *RA* 1998, n° 301, p. 43-53
- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998-1, p. 659-690
- « Droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 68
- Cliquennois Martine, « Que reste-t-il des directives ? A propos du vingtième anniversaire de l'arrêt "Crédit foncier de France" », *AJDA* 1992, p. 3
- Collins A. M., « Flexibilité et union de droit », in Joël Rideau (dir.) *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, p. 175
- Combacau Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 47-58
- Combau Jacques, « Une avancée dans le contrôle juridictionnel des circulaires ? », *LPA* 23 juin 2003, n° 124, p. 19
- Conte Amedeo G., « Décision, complétude, clôture. A propos des lacunes en droit », in *Le problème des lacunes en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 67 et s.
- Cordelier Jean-Pierre et Musso Dominique, « Le droit de délaissement des propriétaires dans le Code de l'urbanisme », *Gaz. Pal.* 25-26 novembre 1994, doctrine, p. 2



Côté Pierre-André, « Le mot "chien" n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 279-296

Crouzatier-Durand Florence,

« L'expérimentation locale (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003) », *RFDA* 2004, p. 21-28

« Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 18 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC* 2003, n° 56, p. 675-695

Danemans François, « Les nouvelles dispositions issues de la loi du 9 février 1994 », *AJPI* 1994, p. 526

Danna Pierre-Paul et Zalma Gilles, « L'urbanisme dans la loi Méhaignerie », *Etudes foncières*, n° 34, mars 1987, p. 34

Danti-Juan Michel, « Le consentement et la sanction », *La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 367 et s.

Darcy Gilles, « La décision exécutoire, esquisse méthodologique », *AJDA* 1994, p. 663

Dauphin Laurent, « L'expérimentation, nouveau mode de création du droit ? », in Groulier Cédric, Lévy Clément et Tore Gian Maria (dir.), *Regards croisés sur l'expérience dans les sciences de l'homme et de la société*, PULIM, 2006, p. 105-119

De Béchillon Denis, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA* 1992, p. 15-35

De Burca Grainne et Scott Joane, *Constitutional Change in the UE : From Uniformity to Flexibility ?* Oxford, Hart Publishing, 2000

De Laubadère André, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire et la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 537

De Salvia Michele, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CCC* n° 11, 2001, p. 93-97

Debouy Christian, « De l'intercommunalité », *JCP-A* 2005, n° spécial, n° 1017

Debouzy Olivier et Guillot Pierre, « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *Dalloz* 2005, n° 5, chron., p. 319-328

Degoffe Michel,

« L'intercommunalité après la loi du 13 août 2004 relatif aux libertés et responsabilités locales », *AJDA* 2005, p. 133 et s.

commentaire de la loi n° 99-586 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *AJDA* 1999, p. 911

Delaunay Bénédicte,

« La réforme de la procédure du débat public entre en vigueur », *AJDA* 2002, p. 1447-1450

- Delcamp Alain, « Le problème de la déconcentration dans les pays européens », *RFDA* 1995, p. 730
- Delelis Philippe, « La fin du colbertisme », in Fauroux Roger et Spitz Bernard (dir.), *Notre Etat. Le Livre vérité de la fonction publique*, Hachette Littératures, Robert Laffont, 2000, p. 437-453
- Delvolvé Pierre,  
 « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005, p. 909  
 « La notion de directive », *AJDA* 1974, p. 459 et s.
- Denoix de Saint Marc Renaud, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970-971
- Denquin Jean-Marie, « Référendums consultatifs », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 79-93
- Djian Jean-Michel, « La diplomatie culturelle de la France à vau-l'eau », *Le monde diplomatique*, juin 2004, p. 28
- Drago Guillaume,  
 « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *RDJ* 2006, p. 45-64  
 « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDComp.* 1994, p. 583
- Drago Roland, « Le droit de l'expérimentation », *Mélanges François Terré*, PUF, 1999, p. 229
- Dreyfus Jean-David, « Pondération ou hiérarchisation des offres dans les marchés : le débat », *AJDA* 2005, n° 12, p. 625
- Duprat Jean-Pierre, « La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003 », *AJDA* 2003, p. 1862
- Emile Giraud, « Le Secrétariat des institutions internationales », Académie de Droit international, *Recueil de Cours*, 1951, p. 385
- Enriquez Eugène, « Du crime au groupe, du groupe à l'Etat », *Pouvoirs* 1979, 11, p. 41
- Eyrolles Jean-Jacques, « Droit de préemption urbain et loi "ENL" », *Lamy CT*, oct. 2006, p. 38-39
- Faberon Jean-Yves,  
 « La Nouvelle-Calédonie, "pays à souveraineté partagée" », *RDJ* 1998, p. 645  
 « Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 », *RDJ* 1999, p. 113
- Faure Bertrand, « Les objectifs de valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* 1995, p. 47-77

Favoreu Louis et Roux André, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *CCC* n° 12, 2002, p. 88-92

Favoreu Louis, « Libre administration et principes constitutionnels », in Moreau Jacques et Darcy Gilles (dir.), *La libre administration des collectivités locales*, Economica-PUAM, 1984, p. 68

Feldman Jean-Philippe, « Sur la proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi », *D* 2005, p. 399

Février Jean-Marc,

« Remarques sur la notion de norme permissive », *D* 1998, chron., p. 271-274

« Sur les fondements de l'autorité des décisions exécutoires », *RRJ* 1999, p. 871

Flamand-Lévy Bénédicte, « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA* 2004, p. 59-68

Flauss Jean-François,

« Discrimination positive et convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1999, p. 415

« L'exception d'illégalité contre un acte administratif individuel est-elle perpétuelle ou temporaire ? », *Gaz. Pal.* 1987, D, p. 623

Foiers Paul, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 22

Fortier Vicente, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, p. 375

Freiburghaus Dieter, « Le développement des moyens de l'action étatique », Charles-Albert Morand (publié par), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, p. 49-63

Frier Pierre-Laurent, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA* 2003, p. 559-563

Frison-Roche Marie-Anne et Baranès William,

« Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D* 2000, p. 361-368

« Droit de la régulation : questions d'actualité », dossier spécial in *LPA* 3 juin 2002, n° 110

« Les nouveaux champs de la régulation », *RFAP* n° 110, 2004, p. 53-64

Fromont Michel,

« Le principe de proportionnalité », *AJDA* juin 1995, n° spécial, p. 156

« Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, n° spéc., p. 178-184

- Gabarda Olivier, « "L'intérêt d'une bonne administration de la justice". Etude de droit du contentieux administratif », *RDP* 2006, n° 1, p. 153-184
- Galletti Florence, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence législative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2004, p. 387-417
- Gardère Anne, « L'intérêt communautaire. Une notion ambiguë », *Cah. jur. coll. terr.*, n° 43, 1999, p. 23
- Gardies Jean-Louis, « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet ? », *APD*, t. 24, 1979, p. 285 et s.
- Gardner John, « Concerning Permissive Sources and Gaps », *Oxford Journal of Legal Studies*, 8, p. 457-461
- Gaudemet Yves,  
 « Introduction », *RFAP* n°109, 2004, p. 13-16  
 « La loi administrative », *RDP* 2006, p. 65-84  
 « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 617 et in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 157
- Gautier Agnès, « Le Conseil d'Etat et les actes « hors nomenclature » de la Communauté européenne », *RTDE*, 1995, p. 24
- Gicquel Jean-Eric, « La démission du Premier ministre après les élections nationales », *RA* n° 343, p. 5-17
- Givaudan Antoine,  
 « Pourquoi la règle juridique suscite-t-elle tant de mécontentement ? », *La règle de l'urbanisme*, ADEF, 1987, p. 314 et s.  
 « Simplification du permis de construire et fausse déclaration », *JCP*, éd. N, I, p. 319  
 « Urbanisme à la campagne et bêtise à la française », *Etudes foncières*, n° 71, juin 1996, p. 54
- Goesel-Le Bihan Valérie, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *Ann. fr. DI* 1998, p. 24
- Gohin Olivier et Joyau Marc, « L'évolution institutionnelle de la Polynésie française », *AJDA* 2004, p. 1242-1252
- Gohin Olivier,  
 « L'apport de l'évolution institutionnelle de l'outre-mer non départementalisé au droit constitutionnel depuis 1998 », *CCC* n° 12, 2002, p. 112-117  
 « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA* 2003, p. 678-683  
 « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA* 2003, p. 522-528

- « La réforme constitutionnelle de la décentralisation après la première lecture devant le Sénat », *LPA* 26 novembre 2001, n° 236, p. 5
- Gousseau Jean-Louis, « Les aménagements de la fiscalité de l'urbanisme », *Droit et ville* 1987, n° 23, p. 211-219
- Groud Hervé, « L'intérêt communautaire au lendemain de la loi Chevènement », *AJDA* 2000, p. 967-976
- Groulier Cédric, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA* 2005, p. 1034-1042
- Guastini Ricardo, « Interprétation et description de normes », Amselek Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 94
- Guettier Christophe, « Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République », *RDP* 1998, p. 1719
- Guibourg Ricardo A. et Mendonça Daniel, « Permesso, garanzie e libertà », *Analisi e diritto* 1995, p. 269-301
- Hauriou André,  
« Le droit administratif de l'aléatoire », *Mélanges Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 197 et s.  
note sous CE, 26 janvier 1912, *Blot*, S 1913, p. 17
- Hélin Jean-Claude et Hostiou René, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », *AJDA* 2002, p. 291-304
- Helin Jean-Claude, « Entre régulation sociale et régulation juridique : la "charte de la concertation" », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 153-165
- Hémery Véronique, « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », *RFDA* 1998, p. 347-357
- Henry Jean-Pierre, « Vers la fin de l'Etat de droit ? », *RDP* 1977, p. 1207-1235
- Héraud Guy, « La validité juridique », *Mélanges Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 485
- Hernández Marín Rafael, « Double Pairs », traduction anglaise M. Navarro del Río, *in Ratio Juris*, 6, 1993, p. 305-323
- Hertzog Robert, « L'ambigüe constitutionnalisation des finances locales », *AJDA* 2003, p. 548
- Hispalis Georges, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 101
- Hocreitère Patrick,  
« L'abrogation partielle de la loi littoral autour des lacs de montagne de plus de 1000 hectares », *AJDA* 2006, p. 1930-1937

« Les aménagements à la règle de la constructibilité limitée et aux cartes communales », *R DFA* 1987, p. 111

Hohfeld Wesley Newcomb,

« Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning. I », *Yale Law Journal*, 23, 1913, p. 16-59

« Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning. II », *Yale Law Journal*, 26, 1917, p. 710-770

Huberlant Charles, « Les mécanisme institués pour combler les lacunes de la loi », in *Le problème des lacunes en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 34

Hubrecht Hubert-Gérald, « La constructibilité limitée en 1986 : l'adoption d'une nouvelle conception de la planification urbaine », *Droit et ville* 1987, n° 23, p. 145-162

Jacob Robert, « Jus ou la cuisine romaine de la norme », *Droit et Cultures*, n° 48-2004/2, p. 11 et s.

Jacquot Henri,

« La déclaration préalable de travaux. Problèmes actuels », *Droit et ville*, 1991, n° 32, p. 113

« La loi ENL échappe à la règle de "l'entonnoir" », *AJDA* 2006, p. 1521

Jamin Christophe et Revet Thierry, « Législation française et communautaire en matière de droit privé », *RTDCiv.* 1996, p. 485 et s.

Janicot Laetitia, « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA* 2004, p. 1574-1583

Jeammaud Antoine, « La règle de droit comme modèle », *D* 1990, chron., p. 199-210

Jégouzo Yves,

« La loi de démocratie de proximité réorganise la procédure du débat public », *RDI* 2001, p. 191-198

« Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9 février 1994 », *RDI* 1994, p. 153 et s.

Jestaz Philippe, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D* 1986, chron., p. 197

Jorda Frédéric, « Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la Constitution », *RFDC* 2003, n° 56, p. 720

Joye Jean-François,

« La notion de "chef de file" en droit des collectivités locales. Entre échec et progrès de la clarification des compétences locales », *CT-I* juillet 2003, p. 17

« Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités territoriales mal nommées ? », *LPA* 16 mai 2003, n° 98, p. 4-15

Kalinowski Georges,

« Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit », *APD* t. 26, 1981, p. 331-343

« Théorie des propositions normatives », *Etudes de logique déontique I (1953-1969)*, LGDJ, vol. 13, 1972, p. 17-53

« Trois notions de droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 44

Kiss Alexandre-Charles et Doumbé-Billé Stéphane, « La conférence de Rio », *AJPI*, 1992, p. 823

Koubi Geneviève, « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *RDP* 2004, p. 501

Kovar Robert, « Le recours préjudiciel », *Juris-classeur Europe*, fasc. 360-362

Labetoule Daniel, « Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique », in Institut français de sciences administratives, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, éd. Cujas, Cahier n° 16, 1978, p. 27 et s.

Lachaume Jean-François, « Péage sur les ouvrages d'art et principe d'égalité des usagers devant le service public », note sous TA Poitiers, 7 mai 1996, *Dumas, RFDA* 1996, p. 983

Larralde Dominique et Wallut Patrick, « Modifications législatives du code de l'urbanisme et pratique notariale », *JCP* éd. Not., n° 7, 16 février 2001, p. 327

Lepage-Jessua Corinne, « La vision des avocats », *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Gardavaud Guy et Oberdorff Henri (dir.), Actes du colloque du 40<sup>ème</sup> anniversaire des tribunaux administratifs, de l'Institut français des sciences administratives (section Rhône-Alpes), Grenoble, 11-12 mars 1994, PUG, 1995, p. 127-151

Leser Eric, « La justice américaine réclame 280 milliards de dollars aux industriels du tabac », *Le Monde*, 21 septembre 2004

Lévy Alain, « L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 », 1<sup>ère</sup> partie : *DA* juin 2004, n° 12 ; 2<sup>ème</sup> partie : *DA* juillet 2004, n° 14

Lewis David, « A Problem about Permission », in Saarinen Esa et a. (eds.), *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, D. Reidel, Dordrecht/Boston/London, p. 163-175.

Libchaber Rémy, « Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTDciv.* 1999, p. 242-244

Linditch Florian, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 41, 6 octobre 2003, p. 1289-1294

Lise Pierre, « Une délocalisation atypique : les TAAF », *RDP* 1999, p. 1109

Loschak Danièle,

« Le droit, discours de pouvoir », *Etudes en l'honneur de L. Hamon*, Economica, 1982, p. 429 et s.

« Le principe de légalité, mythes et mystifications », *AJDA* 1981, p. 387 et s.

« Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778

Luchaire François,

« La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *CCC* n° 11, 2001, p. 67-69

« Un Janus constitutionnel, l'égalité », *RDP* 1986, p. 1229 et s.

Mac Cormick Neil, « La texture ouverte des règles juridiques », *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989, p. 122

Madiot Yves, « Vers une "territorialisation" du droit », *RFDA* 1995, p. 946-960

Makinson David, « Stenius' Approach to Disjunctive Permission », *Theoria. A swedish Journal of Philosophy*, 50, 1984, p. 138-147

Mamontoff Catherine, « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP* 1998, p. 351-371

Manin Philippe, « La "coopération renforcée" », in *Le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives*, Colloque, Etudes de droit des Communautés européennes, Paris, 27 et 28 février 1998, Pedone, p. 135-155

Marcou Gérard, « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA* 2003, p. 982-985

Mathieu Bertrand,

« Le droit d'amendement : en user sans en abuser », *AJDA* 2006, p. 306-307

« Constitution et sécurité juridique », *XV<sup>e</sup> Table ronde de jurisprudence constitutionnelle*, AIJC, n° 15, 1999

Mathiot André, « Bureaucratie et démocratie », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 223-252

Matunato Edwin, « Une notion en mutation : les lois de souveraineté », *RFDC* 2005, n° 63, p. 517-537

Maucour-Isabelle Amicie, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA* 2005, p. 303-307

Maugüé Christine, « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », *AJDA* 2006, p. 1496-1506

Mazzarese Tecla, « Permesso forte e permesso debole : note a margine », *Analisi e diritto*, 2000, p. 113-131



- Mbongo Pascal, « De « l'inflation législative » comme discours doctrinal », *D*, 2005, n° 20, p. 1300-1301
- Mégret Jean, « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire », *EDCE*, 1953, p. 77
- Melleray Guy, « La suppression des tutelles ? » in Moderne Franck, *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983, p. 211 et s.
- Mény Yves,  
 « Corruption : l'explosion d'un phénomène endémique », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 227-236  
 « La décennie de la corruption », *Le Débat*, n° 77, 1993, p. 15-25
- Michalon Thierry, « La Corse entre décentralisation et autonomie, Vers la fin des catégories ? », *RFDA* 1991, p. 728
- Michoud Léon, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *RGA* 1914, p. 9
- Milano Laure, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP* 2006, n° 3, p. 637-671
- Moderne Franck, « Double mort et survie des cartes communales », *Quot. jur.*, 21 juin 1983, p. 3
- Molfessis Nicolas,  
 « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTDCiv.* 1999, p. 729  
 « La distinction du normatif et du non-normatif dans les textes de loi (ou comment le Conseil constitutionnel répond à la processivité constitutionnelle des requérants) », *Justice*, n° 5, janvier/mars 1997, p. 232 et s.
- Mondon Denis, « L'administration est-elle libre d'agir ? », *AJDA* 1999, n° spécial, p. 83-85
- Monjal Pierre-Yves, « Les enjeux de la notion "d'intérêt communautaire" ou les faces cachées d'une réforme constitutionnelle décisive pour les établissements publics de coopération intercommunale », *AJDA* 2003, p. 1701-1707
- Montain-Domenach Jacqueline, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », *CCC* n° 12, 2002, p. 118-123
- Moor Pierre, « Herméneutique et droit administratif. La question du pouvoir », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, 1999, n° 42, p. 51-72
- Moore Ronald, « Legal permissions », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LIX, 3, 1973, p. 327-346
- Morand Charles-Albert,

- « La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit », Morand Charles-Albert (publié par), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, 1991, p. 181-219
- « La sanction », *APD* t. 35, 1990, p. 296 et s.
- Morand-Deville Jacqueline,
- « La Constitution et l'environnement » (études réunies par), *CCC* n° 15, 2003, p. 120-169  
*Dalloz Immobilier Urbanisme*, 1995, n° 8033
- Moreau Jacques, « Les matières contractuelles », *AJDA* 1998, p. 747-752
- Moreso José Juan et Navarro Pablo Eugenio, « Normas permissivas, sistemas jurídicos y clausura normativa », *Theoria*, Segunda época, vol. 7, p. 1079-1110
- Mullock Philip, « The Permissiveness of Power », *Ratio*, 16, 1974
- Navarro Pablo Eugenio et Redondo Maria Cristina, « Permisiones y actitudes normativas », *Doxa*, 7, p. 249-256
- Opalek Kazimierz et Wolenski Jan,
- « Normative Systems, Permission and Deontic Logic », *Ratio Juris*, 4, 1991, p. 334-348
- « On Weak and Strong Permission », *Rechtstheorie*, 4, 1973, p. 169-182
- « On Weak and Strong Permission Once More », *Rechtstheorie*, 17, 1983, p. 83-88
- Opalek Kazimierz, « On weak and strong permissions », *Rechtstheorie*, Bd. 4, 1973, p. 169.
- Oppetit Bruno, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits* 1986, n° 4, p. 9-20
- Oraison André, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA* 2003, p. 684-690
- Orianne Paul, « Droit et gestion publique », *Bulletin international d'administration publique*, n° 36, oct-déc. 1975, p. 61
- Ost François et Van de Kerchove Michel, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, p. 1 et s.
- Ost François, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in Timsit Gérard, Claisse Alain et Belloubet-Frier Nicole (dir.), *Les administrations qui changent. Innovations techniques ou nouvelles logiques ?* PUF, 1996, p. 73-84
- Pallard Henri R., « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique », *RRJ* 1998, p. 211-242
- Pelet Alain, commentaire de la décision relative au Traité d'Amsterdam, *CCC* n° 4, 1998, p. 113 et s.

- Périnet-Marquet Hugues, « Les méandres du contentieux civil de l'urbanisme », *LPA* 17 juillet 1996, n° 86, p. 45
- Perrocheau Vanessa, « L'expérimentation, un nouveau mode de création législative », *RFaffaires sociales*, n° 1, 2000, p. 14
- Petit Jacques, « Les circulaires impératives sont des actes faisant grief (suite) », *RFDA* 2003, p. 510
- Peuchot Eric, « La corruption des fonctionnaires devant la justice », *Pouvoirs*, 1981, n° 31, p. 37-53
- Phémolant Brigitte, « La loi du 9 février 1994 : quelles nouvelles dispositions en matière d'urbanisme et de construction ? », *BJDU* 1994, p. 3
- Philip Loïc,  
 « L'autonomie financière des collectivités territoriales », *CCC* n° 12, 2002, p. 96-100  
 « Le pouvoir fiscal local bénéficie-t-il d'une protection constitutionnelle? », *Pouvoirs locaux*, n° 46, sept. 2000, p. 60
- Picard Etienne, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental », *AJDA* 1998, p. 651-666
- Pissaloux Jean-Luc, « L'autonomie financière des collectivités locales : clarification et renforcement », *La revue du Trésor*, n° 11, 2004, p. 674
- Poggi Francesca,  
 « "Obbligatorio" implica "permesso" », Paolo Comanducci et Riccardo Guastini, *Analisi e diritto 2000*, Giappichelli, Turin, 2001, p. 195-215  
 « Diritti d'agire, permessi e garanzie », *Analisi e diritto 2002 - 2003*, Giappichelli, Turin, 2004, p. 241-274  
 « I permessi nel diritto », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 34, n° 1, 2004, p. 147-187  
 « Sobre las normas permisivas », *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco* (Chili), V, 2004, p. 11-32
- Pollet Diego, « Le médiateur et le juge dans l'ordre administratif », *LPA* 1999, n° 81, p. 4 et n° 82, p. 5
- Pontier Jean-Marie,  
 « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *RFDA* 2003, p. 35  
 « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA* 2003, p. 1715-1723  
 commentaire de la loi n° 99-586 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *RA* 1999, p. 516

- Portier Nicolas, « La loi du 13 août 2004 : un bilan en demi-teinte pour l'intercommunalité », *AJDA* 2005, p. 140 et s.
- Pradel Jean, « Le consensualisme en droit pénal comparé », *Mélanges en l'honneur de E. Correia*, Université de Coïmbra, 1988
- Priet François, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC* 1994, p. 59-85
- Prieur Michel, « La déréglementation en matière d'environnement », *RJE* 1987, n° 3, p. 319
- Puissochet Jean-Pierre et Legal Hubert, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CCC* n° 11, 2001, p. 98-105
- Py Pierre, « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction », *D* 2000, I, p. 563
- Raimbault Philippe, « La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *AJDA* 2004, p. 2427
- Renoux Thierry S., « Le médiateur de la République française », *LPA* 12 février 1992, p. 4
- Richer Laurent, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973-975
- Rideau Joël, « La fonction législative dans les Communautés européennes », *RAE* 1995, p. 63
- Rihal Hervé, « La disparition d'un TOM et la création d'une unité territoriale autonome », *RFAP* 1999, p. 178
- Rivero Jean,  
 « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821-833  
 « Démocratie et administration », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 253-264  
 « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 549-561  
 « Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives », *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, tome 2, p. 379
- Robert Jacques-Henri, « La loi Fauchon, trois ans après », *AJDA* 2003, p. 1897
- Rochdi Gabrielle, « Le référendum local dans la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement du territoire », *LPA* 18 décembre 1996, p. 4
- Rodrigues Stéphane, « Le traité de Nice et les coopérations renforcées », *RMCUE*, 2001, p. 11
- Rossinyol Garsanda, « Les accords de Nouméa... : un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie », *RDP* 2000, p. 445

- Rouault Marie-Christine, « Du renforcement des pouvoirs des préfets de région et de département », note sur le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 *relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements*, *JCP-A*, n° 30, 19 juillet 2004, p. 1023-1026
- Rouland Norbert, « Penser le droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 79
- Roussillon Henri, « Le devenir du projet Pompidou de 1973 », *La révision de la Constitution*, 1993, p. 93-104
- Rouyère Aude, « La dispense en droit public : l'"un" et le "multiple" », *Droits*, 1997, p. 73-90
- Sabourin Paul, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *AJDA* 1974, p. 396
- Salvage Philippe, « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1991, p. 699 et s.
- Sauvageot Frédéric,  
 « La nouvelle catégorie des collectivités d'outre-mer », *RJOI* 2002-2003/3, p. 119-139  
 « Mayotte et l'article 72 de la Constitution : des solutions possibles à celle retenue par le législateur », in Sermet Laurent et Coudray Jean (dir.), *Mayotte dans la République*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2004, p. 82-99
- Savatier René, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D* 1977, chron., p. 43 et s.
- Savy Robert, « Permis de construire et légalité », *D* 1975, chron., p. 63 et s.
- Schmitter Georges, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJJC* 1989, p. 137-173
- Simon Denys et Rigaux Anne, in *Europe*, novembre 1993, chron., p. 1-4
- Simonian-Gineste Hélène, « Nouveau regard sur l'avis consultatif », *RDP* 1999, p. 1121
- Sirat Charles, « L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative », *JCP* 1958, I, n° 1440
- Solt Kornél, « Permissions and Deontically Perfect Worlds », *Logique et Analyse*, 1987, 30, p. 177-179
- Steckel Marie-Christine,  
 « Réflexions autour de la notion de controverse constitutionnelle », *RDP* 2004, p. 415 et s.  
 « Le pouvoir fiscal local, objet nouveau du droit constitutionnel », *AJDA* 2004, p. 2316
- Stirn Bernard, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA* 1998, p. 673-675

- Stockinger Peter, « Possibilités d'une représentation conceptuelle de la situation normative », *Droit et Société*, n° 8-1988, consultable en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds008/ds008-04.htm>
- Struillou Jean-François, « La Commission nationale du débat public et le droit à la participation », *Etudes foncières* 2003, n° 104
- Sudre Frédéric, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, p. 363 et s.
- Tallineau Lucile, « Les tolérances administratives », *AJDA* 1978, p. 3
- Tanguy Yves,  
 « La motion de défiance dans le statut de la Corse », *RA* 1992, p. 121, spéc. p. 123  
 « Le statut de la collectivité territoriale de Corse », *AJDA* 1991, p. 706
- Teitgen-Colly Catherine, « Le juge administratif, un protecteur efficace des tiers en matière de permis de construire ? », *AFPI* 1981, p. 618 et s.
- Terneyre Philippe, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA* 1998, p. 667-672
- Thibierge Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTDCiv.*, 2003, p. 618
- Thiellay Jean-Philippe, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA* 2003, p. 564-570
- Timsit Gérard,  
 « La compétence liée et le principe de légalité », *D* 1964, chron., p. 217-222  
 « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP* n° 109, 2004, p. 5-12, spéc. p. 8-10  
 « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, n° 78, avril-juin 1996, p. 376
- Traore Seydou,  
 « La nouvelle réforme des cartes communales : entre décentralisation et recentralisation », *DA* octobre 2003, p. 10  
 « Le référendum local dans la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement du territoire », *LPA* 7 février 1997, p. 8
- Truchet Didier,  
 « L'autorité de police est-elle libre d'agir ? », *AJDA* 1999, n° spécial, p. 81-82  
 « Remarques sur la doctrine en droit administratif », *Mélanges Paul Amselek, op. cit.*, p. 769-777

- Tuot Thierry, « La planète des sages », in Fauroux Roger et Spitz Bernard (dir.), *Notre Etat. Le Livre vérité de la fonction publique*, Hachette Littératures, Robert Laffont, 2000, p. 688-712
- Turpin Dominique, « Les libertés publiques sous la V<sup>e</sup> République », *RDP* 1998, p. 1837
- Verpeaux Michel,
- « La dernière réforme - en date - du droit des consultations locales en France », *AJDA* 2006, p. 866-872
- « Le « référendum » communal devant le juge administratif : premier bilan », *Revue administrative* 1996, p. 95
- « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA* 2003, p. 540 et s.
- « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales », (études réunies par), *CCC* n° 12, 2002, p. 86-128
- « Décentralisation : en attendant le Congrès », *JCP-A*, 2003, n° 5, n° 1063
- commentaire de la loi n° 99-586 *relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale*, *RGCT* 2000, p. 139
- Vignes Daniel, « Construction européenne et différenciation : la flexibilité », *Mélanges Gros Espiell*, Bruylant, 1997, p. 1741
- Viguié Jacques, « De la mauvaise utilisation du terme « référendum » au plan local (la différence logique entre référendum national et consultation locale) », *LPA* 25 février 1998, p. 12
- Villey Michel, « De l'indicatif dans le droit », *APD* t. 19, 1974, Sirey, p. 33-61
- Von Wright Georg Henrik, « L'analyse des normes », trad. Olivier Tavio, en collaboration avec Jean-Paul Delville, *RRJ* 2003-1, p. 19 et s.
- Wachsmann Patrick,
- « Sur la clarté de la loi », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 809-830
- « Un bilan du bilan en matière d'expropriation : la jurisprudence Ville nouvelle Est, trente ans après », *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 733
- Waline Marcel, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP* 1930, p. 198
- Wroblewski Jerzy, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et Société*, n° 8/1988
- Zalma Gilles, « *Patere regulam quam fecisti* ou l'administration liée par ses propres actes unilatéraux », *RDP* 1980, p. 1112
- Zarka Jean-Claude, « A propos de l'inflation législative », *D* 2005, n° 10, p. 660-661
- Ziebiński Zygmunt,

« On So-Called Permissive Norms », *Archivium Juridicum Cracoviense*, IX, 1976, p. 169-178

« Norms of competence as norms of conduct », in *Archivium Juridicum cracoviense*, 1970, III, p. 23-31

Ziller Jacques, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* juin 1996, n° spécial, p. 186

#### 4 – THESES, MEMOIRES

Amselek Paul, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit, essai de phénoménologie juridique*, thèse, Paris, 1962, LGDJ, 1964

Becquart Paul, *Etude de la permissivité des cellules transformées aux parvovirus autonomes*, thèse, Lille 1, 1993

Bertrand Anne, *Les dispositions législatives non prescriptives. Contribution à l'étude de la normativité*, thèse, Toulouse, 2000

Capitant René, *L'illicite*, t. 1, *L'impératif juridique*, thèse, Paris, 1928 - Dalloz, 1929

Chakri Abderrachid, *L'adaptation de la sanction pénale à la personnalité du délinquant*, thèse, Paris I, 1993

Chapuisat Jérôme, *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, thèse, Paris II, 1972

Chevalier François, *Contribution à l'étude des actes directifs*, thèse, Paris II, 1976

De Montalivet Pierre, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse, Paris II, 2004 ; Dalloz, 2006

Gallardo Jean-Michel, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, thèse, Pau, 2002

Garrido Ludovic, *Le droit d'accès au juge administratif : enjeux, progrès et perspectives*, thèse, Bordeaux IV, 2005

Géninet Béatrice, *Etude critique de la personnalisation de la peine*, thèse, Paris I, 2000

Gineste Hélène, *La notion d'exécution des actes administratifs unilatéraux*, thèse, Toulouse I, 1987

Gourdou Jean, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse, Pau, 1996

Grossrieder-Tissot Sophie, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, th., Nancy II, 1999

Guillard Christine, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, thèse, Tours, 2003

Lecocq Pierre-André, *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, thèse, Lille, 1971, 3 vol.

Lee Kyuhwa, *La personnalisation de la sanction pénale : étude juridique et criminologique*, thèse, Aix-Marseille III, 1998

Lichtle Jean-Xavier, *La notion d'affaires locales à travers la décentralisation et la libre administration*, mémoire DEA, Paris II, 2005



- Makowiak Jessika, *Esthétique et droit*, thèse, Limoges, 2000 ; LGDJ, 2004
- Marciali Sébastien, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, thèse, Nice, 2002
- Motulsky Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, thèse, Lyon, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 1991
- Pères-Dourdou Cécile, *La règle supplétive*, thèse, Paris I, 2003 ; LGDJ, 2004
- Poggi Francesca, *Norma permissiva*, thèse, Università degli studi di Milano, 2002 - *Norme permissive*, Giappichelli, Turin, 2004
- Rousseau Dominique, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse, Poitiers, 1979
- Rouyère Aude, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse, Bordeaux IV, 1993
- Sasso Luc, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée de droit allemand, européen et français*, thèse, Caen, 1999
- Schwartzberg Roger-Gérard, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1969
- Seiller Bertrand, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse, Paris II, 1995
- Serrand Pierre, *L'acte de gouvernement (contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat)*, thèse, Paris II, 1996
- Thywissen Benjamin, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, mémoire DEA, Bordeaux IV, 1999
- Tusseau Guillaume, *Les normes d'habilitation*, thèse, Paris X-Nanterre, 2004 ; Dalloz, 2006
- Valembois Anne-Laure, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, Dijon, 2003

## 5 – RAPPORTS, DOCUMENTS PARLEMENTAIRES, DISCOURS

- Akandji-Kombe Jean-François, « Accords de Schengen », *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, vol. 1, 2002
- Albertini Pierre, intervention lors du vote de la loi du 4 février 1995 relative à l'aménagement et au développement du territoire, *JOAN* 12 juillet 1994, déb., p. 4757
- CDU/CSU du Parlement allemand (Bundestag), *Réflexions sur la politique européenne*, Europe Documents, n°1895/96, 7 septembre 1994
- Clément Pascal, intervention, 2<sup>ème</sup> séance, 15 juillet 2003, *JORF*, débats, AN, p. 7629
- Commission « Efficacité de l'Etat » du X<sup>e</sup> Plan, présidée par François de Closets, *Le pari de la responsabilité*, DF, 1989, Payot, 1989, 305 p.
- Conseil d'Etat,
- « De la sécurité juridique », *Rapport public 1991*, Etudes et documents, n° 43, La Documentation française
- « Considérations générales sur le droit communautaire », *Rapport public 1992*, Etudes et documents, n° 44, La Documentation française
- Rapport public 1993*, Etudes et documents, n° 46, La Documentation française

- « Réflexions sur l'intérêt général », *Rapport public 1999*, Etudes et documents, n° 50, La Documentation française
- « Les autorités administratives indépendantes », *Rapport public 2001*, Etudes et documents, n° 52, La Documentation française, p. 253 et s.
- « Perspectives pour la fonction publique », *Rapport public pour 2003*, Etudes et documents, n° 54, La Documentation française
- « Responsabilité et socialisation du risque », *Rapport public 2005*, Etudes et documents, n° 56, La Documentation française
- « Sécurité juridique et complexité du droit », *Rapport public 2006*, Etudes et documents n° 58, La Documentation française
- Dallier Philippe, *L'intercommunalité à fiscalité propre*, rapport d'information n° 193 au nom de l'Observatoire de la décentralisation, Sénat, annexe au procès verbal de la séance du 1<sup>er</sup> février 2006, p. 16. Consultable sur : <http://www.senat.fr/rap/r05-193/r05-1931.pdf>
- Daniel Hoeffel, Rapport devant le Sénat, Commission des lois, n° 156, 2001-2002
- Devedjian Patrick, intervention, 2<sup>ème</sup> séance, 24 juillet 2003, *JORF*, débats, AN, p. 7952
- Discours du ministre allemand des affaires étrangères Joschka Fisher à l'université d'Humboldt, le 12 mai 2000, in *Le Monde*, 14-15 mai 2000, p. 12
- Discours du Président de la République Jacques Chirac du 27 juin 2000 devant le Bundestag, in *Le Monde*, 28 juin 2000, p. 16-17
- Discours du Président de la République Jacques Chirac, théâtre de Champ-Fleuri, Saint-Denis de la Réunion, 18 mai 2001 : [http://www.elysee.fr/elysee/francais/interventions/discours\\_et\\_declarations/2001/mai/discours\\_de\\_m\\_jacques\\_chirac\\_president\\_de\\_la\\_republique\\_au\\_theatre\\_du\\_champ\\_fleuri-saint-denis\\_la\\_reunion.543.html](http://www.elysee.fr/elysee/francais/interventions/discours_et_declarations/2001/mai/discours_de_m_jacques_chirac_president_de_la_republique_au_theatre_du_champ_fleuri-saint-denis_la_reunion.543.html)
- Entretien du Président de la République François Mitterrand avec Olivier Duhamel, *Pouvoirs* 1988, n° 45
- Foyer Jean, intervention lors de la discussion sur la loi d'orientation pour la recherche, *JOAN*, débats, 21 juin 1982, p. 3667,
- Ghysel Michel, *Entre répression, tolérance et permissivité : la politique des Pays-Bas en matière de toxicomanie*, Rapport, Assemblée nationale, 1996
- L'organisation décentralisée de la République*, coll. « Aux sources de la loi », Les éditions des journaux officiels, 2003
- Mazeaud Pierre, Discours de vœux au Président de la République, 3 janvier 2005, *CCC* n° 18, p. 2-9.
- Mazeaud Pierre, intervention, *JOAN*, 23 février 1996, p. 1133
- Message du Président de la République François Mitterrand au Parlement du 8 avril 1986, *Le Monde*, 10 avril 1986
- Piron Michel, *Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Doc. AN, n° 955, 18 juin 2003, p. 26, consultable en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0955.pdf>
- Portalis Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté à la Commission nommée par le Gouvernement le 24 thermidor An VIII*

Projet de loi constitutionnelle n° 1832, *tendant à renforcer l'autorité de la loi*, présenté par Jean-Louis Debré, le 5 octobre 2004 (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1832.asp>)

Réponse ministérielle n° 1521, *JOAN*, 2 mai 1989, p. 2040

Réponse ministérielle, *JOAN*, débats, 12 décembre 2004

## 6 – DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES, REPERTOIRES

Alland Denis et Rials Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2003

ALTIF-CNRS-Université Nancy II, *Trésor de la Langue Française informatisé* : <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>

Arnaud André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993

Corniot S., *Dictionnaire de droit*, t. 1, Dalloz, 1966

Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8<sup>ème</sup> éd. 2000.

*Enciclopedia Einaudi*, Turin, 1980, vol. 9

« Enquêtes publiques », *Juris-classeur Collectivités territoriales*, fasc. 1020

Guillien Raymond et Vincent Jean (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2003

*La Grande Encyclopédie*, H. Lamirault et Cie éd., 1961, t. 22, p. 421

Lalande André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. I : A-M, PUF, 1999

*Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, t. 3, Dictionnaire Le Robert - VUEP, 2001

*Lexis, Larousse de la langue française*, Larousse/VUEF, 2002

Littré Emile, *Dictionnaire de la langue française*, t. 3, éd. Encyclopaedia Britannica Inc., Chicago, 1991

« Participation du public aux procédures d'urbanisme », *Juris-classeur Collectivités territoriales*, fasc. 1022

Roland Henri et Boyer Laurent, *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 1999

Simon Denys, « Directive », *Répertoire Dalloz droit communautaire*, n° 29

Van Lang Agathe, Gondouin Geneviève, Inserguet-Brisset Véronique, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Collin, 3<sup>ème</sup> éd., 2002

## 7 – RESSOURCES EN LIGNE

*Le vote obligatoire*, Etudes de législation comparée, Sénat, mai 2003 : <http://www.senat.fr/lc/lc121/lc121.html>

Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, *Pourquoi la parité en politique reste-t-elle un enjeu pour la démocratie française ?* Rapport au Premier ministre, mars 2003 : <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr/BRP/034000109/0000.pdf>

Comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires ([http://www.diact.gouv.fr/Datar\\_Site/DATAR\\_Actu.nsf/Frame/Actus?opendocument&ID=CLAP-6MMGUM&](http://www.diact.gouv.fr/Datar_Site/DATAR_Actu.nsf/Frame/Actus?opendocument&ID=CLAP-6MMGUM&))

Amnesty international, peine de mort : <http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-countries-fra>

Dossier du Sénat sur l'organisation décentralisée de la République : <http://www.senat.fr/dossierleg/pjl02-024.html>

Dossier de l'Assemblée nationale sur l'organisation décentralisée de la République : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/0200240203.asp>

# JURISPRUDENCE CITEE

## 1 – CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, Rec. CC, p. 27
- Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1<sup>er</sup>, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce*, RJC II-20 ; JORF 23 août 1965
- Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. CC, p. 29
- Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, GDCC, n° 21
- Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Juge unique*, RJC I-32
- Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des ISSAS*, Rec. CC, p. 31 ; JORF 13 janvier 1977, p. 343
- Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, GDCC n° 25
- Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle Calédonie*, RJC I-69
- Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, RJC I-71
- Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, RJC I-1014
- Décision n° 80-128 DC du 21 janvier 1982, *Loi relative au travail à temps partiel*, Rec. CC, p. 29
- Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, RDP 1982, p. 1288
- Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, JORF 27 février 1982, p. 697
- Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, Rec. CC, p. 52
- Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, Rec. CC, p. 57
- Décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*, JORF 4 décembre 1982, p. 3666
- Décision n° 83-162 DC des 19-20 juin 1983, *Démocratisation du secteur public*, RJC I-157
- Décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, RJC I-180 ; RDP 1984, p. 687, note L. Favoreu ; AJDA 1984, p. 258, note J.-C. Nemery

Décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion*, JORF 28 juillet 1984, p. 2493

Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Rec. CC, p. 32

Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. CC, p. 46

Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. CC, p. 63 ; JORF 8 août 1985, p. 9125

Décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, D 1986, J., p. 345, obs. F. Luchaire

Décision n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, RJC I-254

Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. CC, p. 141

Décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole*, Rec. CC, p. 17

Décision n° 87-241 DC du 19 janvier 1988, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, JORF 21 janvier 1988, p. 1025

Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers*, RJC I-365

Décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, RJC I-403

Décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, RJC I-406 ; JORF 27 juillet 1990

Décision n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, *Concomitance des élections régionales et cantonales*, RJC I-412

Décision n° 91-291 DC du 6 mai 1991, *Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes*, RJC I-445

Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. CC, p. 50

Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, RJC I-465

Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. CC, p. 55

Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, RJC I-505

Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, Rec. CC, p. 94

Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, RJC I-516

Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, RJC I-533 ; RA 1993, p. 443 ; RFDC 1993, p. 830 ; LPA 27 février 1994, p. 4 ; Pouvoirs, n° 68, p. 159

- Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, *JORF* 7 août 1993, p. 11193
- Décision n° 93-331 DC du 13 janvier 1994, *Renouvellement triennal des conseillers régionaux*, *RJC* p. I-566
- Décision n° 94-333 DC du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Rec. CC*, p. 32 ; *RJC* I-569
- Décision n° 93-335 du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, *JORF* 26 janvier 1994, p. 1382
- Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des Communautés européennes*, *Rec. CC*, p. 117
- Décision n° 94-350 DC du 20 décembre 1994, *Loi relative au statut fiscal de la Corse*, *Rec. CC*, p. 134
- Décision n° 94-353/356 DC du 11 janvier 1995, *Loi organique modifiant diverses dispositions relatives à l'élection du Président de la République et à celle des députés à l'Assemblée nationale et loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République*, *RJC* I-615
- Décision n° 95-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, *RJC* I-624
- Décision n° 96-373 DC du 9 décembre 1996 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *AJDA* 1996, p. 371, chron. O. Schrameck ; *RDP* 1996, p. 953, étude F. Luchaire
- Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *RJC* I-668
- Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, *RJC* I-675, note J. Chevallier
- Décision n° 97-304 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, *Rec. CC*, p. 344
- Décision n° 97-338 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, *D.* 1999, somm., p. 234, L. Favoreu, et p. 236, F. Mélin-Soucramanien
- Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, *JORF* 12 mai 1998, p. 7092 ; *RFDC* 1998, p. 634, note A. Pena-Gaïa
- Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, *Rec. CC*, p. 258 ; *D* 2000, somm., p. 60, obs. L. Favoreu
- Décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *AJDA* 1998, p. 701, chron. J.-E. Schoettl ; *LPA*, 2 décembre 1998, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC* 1998, p. 642, note A. Roux
- Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, *JORF* 29 juillet 1998, p. 11714 ; *AJDA* 1998, chron. J.-E. Schoettl ; *CCC* 1999, n° 6, p. 6
- Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, *JORF* 27 décembre 1998, p. 19663

- Décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, JORF 31 décembre 1998, p. 20138
- Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, AJDA 1999, p. 149, note J.-E. Schoettl ; D 2000, p. 194, note R. Ghévantian ; LPA 12 février 1999, p. 9, note A. Gruber ; RGCT 1999, p. 303, note C. Pichon ; DA 1999, p. 6, note S. Traoré
- Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. CC, p. 51
- Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, JORF 28 juillet 1999, p. 11250 ; AJDA 1999, p. 738, chron. J.-E. Schoettl
- Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi sur le PACS*, JORF 16 novembre 1999, p. 16962
- Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, Rec. CC, p. 136 ; D 2000, somm., p. 425-426, obs. D. Ribes
- Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, Rec. CC, p. 70 ; CCC n° 9, 2000, p. 9
- Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, AJDA 2000, p. 653, note J.-E. Schoettl
- Décision n° 2000-430 DC du 29 juin 2000 *Loi organique tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membre des assemblées de province et du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'Assemblée de la Polynésie française et de l'Assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna*, AJDA 2000, p. 660, note J.-E. Schoettl
- Décision n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, JORF 14 juillet 2000, p. 10821
- Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec. CC, p. 164 ; JORF 14 décembre 2000, p. 19830
- Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi sur la solidarité et le renouvellement urbains*, JORF 14 décembre 2000, p. 19840 ; RFDC 2001, p. 346, note F. Mélin-Soucramanien ; LPA 28 décembre 2001, n° 259, p. 26, note F. Robbe ; AJDA 2001, p. 18, note J.-E. Schoettl ; CCC 2001, n° 10, p. 9
- Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement pour la sécurité sociale*, Rec. CC, p. 190 ; RDP 2001, p. 267-285
- Décision n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, *Allocation partielle d'autonomie*, Rec. CC, p. 192
- Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, Rec. CC, p. 70
- Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. CC, p. 49 ; Dr. soc. 2002, n° 3, p. 244-253, note X. Prétot ; LPA 2002, n° 191, p. 15-17, note B. Mathieu et M. Verpeaux
- Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, Rec. CC, p. 198



Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *Rec. CC*, p. 204

Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, *Rec. CC*, p. 211 ; *JORF* 19 mars 2003, p. 4789

Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, *CCC* n° 15, p. 20 et s.

Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *Rec. CC*, p. 293 ; *RDP* 2003, p. 767, note M. Canedo,

Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, *Rec. CC*, p. 397 ; *JORF* 31 juillet 2003, p. 13038

Décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, *LPA* 30 septembre 2003, p. 5-8, note J.-E. Schoettl

Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, *Rec. CC*, p. 430

Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *JORF* 2 mars 2004, p. 4220

Décision n° 2004-494 DC, du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, *JORF* 5 mai 2004, p. 7998

Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, *JORF* 30 juillet 2004, p. 13562 ; *RFDC* 2004, p. 798-803, note L. Philip

Décision n° 2004-501 du 5 août 2004, *Service public de l'électricité et du gaz et entreprises électriques et gazières*, *Rec. CC*, p. 134 ; *LPA*, 19 août 2004, p. 3, note J.-E. Schoettl

Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, *CCC*, n° 17 ; *LPA* 31 août 2004, p. 3-13

Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec. CC*, p. 173

Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, *Rec. CC*, p. 211

Décision n° 2004-511 DC du 29 décembre 2004, *Loi de finances pour 2005*, *Rec. CC*, p. 236

Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *JORF* 24 avril 2005, p. 7173

Décision n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, *Rec. CC*, p. 142

Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, *AJDA* 2006, p. 172

Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, *JORF* 2 avril 2006, p. 4964

## 2 – TRIBUNAL DES CONFLITS

TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, *D* 1903, III, p. 41, concl. Romieu ; *S* 1904, III, p. 20, note Hauriou

## 3 – CONSEIL D'ETAT

CE, 24 février 1864, *Lesbats*, *Rec.* p. 209, concl. L'Hôpital

CE, 26 novembre 1875, *Pariset et Laumonier-Carriol*, *Rec.* p. 934 et 936

CE, 7 avril 1905, *Commune d'Aigre*, *Rec.*, p. 345

CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2001, p. 120

CE, 26 janvier 1912, *Blot*, *S* 1913, p. 17, note M. Hauriou

CE, 4 avril 1914, *Rec.*, p. 488 ; *S* 1917, 3, p. 25, note M. Hauriou

CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec.*, p. 595

CE, 16 mars 1933, *Ramel*, *Rec.* p. 637

CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers*, *Rec.* p. 541 ; *D* 1933, 3, p. 354, concl. Michel ; *S* 1934, 3, 1, Concl., note A. Mestre

CE, 7 février 1936, *Jamart*, *Rec.*, p. 172

CE, 28 avril 1938, *Dlle Weiss*, *D* 1939, 3, p. 41, concl. Dayras, note M. Waline

CE, 12 novembre 1938, *Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions*, *Rec.* p. 840

CE, 7 juin 1940, *Vuldy*, *Rec.*, p. 187 ; *S* 1942, 3, p. 3

CE Sect., 10 novembre 1944, *Langneur*, *Rec.*, p. 288 ; *D* 1945, p. 87 ; *JCP* 1945, n° 2852 ; *GDDA*, p. 448

CE Ass., 28 mai 1945, *Barel*, *Rec.*, p. 308

CE Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, *Rec.*, p. 213

CE, 5 mars 1948, *Des Isnards*, *Rec.*, p. 119

CE Ass., 25 juin 1948, *Société du journal L'Aurore*, *Rec.*, p. 289

CE Ass., 17 février 1950, *Meynier*, *Rec.*, p. 111

CE, 22 mars 1950, *Société des ciments français*, *Rec.* p. 175

CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Jean-François Lachaume, *Les grandes décisions de la jurisprudence (droit administratif)*, PUF, 12<sup>ème</sup> éd. 1999, p. 266

CE, 3 décembre 1952, *Dubois*, *Rec.*, p. 555 ; *JCP* 1953, n° 7353, note G. Vedel

CE Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, *Rec.*, p. 64

CE Sect., 2 avril 1954, *Petronelli*, *Rec.*, p. 208 ; *AJDA* 1954, 2 bis, p. 9, chron. M. Long ; *DA* 1954, p. 98, concl. P. Laurent

CE Sect., 7 janvier 1955, *Ged, Rec.* p. 11 ; *D* 1955, p. 69, concl. Mosset

CE, 18 décembre 1955, *Société « les films Lutetia », S* 1960, 3, p. 99, concl. Mayras ; *D* 1960, J, p. 171, note P. Weil

CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Rec.* p. 246 ; *AJDA* 1958, 2, p. 282, concl. Kahn ; *D* 1958, p. 730, note A. de Laubadère

CE, 12 novembre 1958, *Syndicat de la raffinerie de soufre française, Rec.*, p. 544

CE Ass., 19 décembre 1958, *X...*, *Rec.* p. 651 ; *AJDA* 1959, 1, p. 31, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert ; *JCP* 1958, n° 10839

CE Sect., 14 décembre 1959, *Doublet, Rec.*, p. 540 ; *D* 1960, p. 191, note D. G. Lavroff ; *RDP* 1959, p. 1235, concl. A. Bernard et 1960, p. 802, note M. Waline

CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de La Marnière, Rec.* p. 25

CE Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon, Rec.* p. 294

CE, 8 décembre 1961, *Benchenouf, Rec.* p. 693

CE, 12 janvier 1962, *Canton, Rec.*, p. 23

CE Sect., 3 mai 1963, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins, Rec.* p. 259 ; *RDP* 1963, p. 1174, note M. Waline ; *CJEG* 1964, p. 186, note J. Virole

CE, 13 juillet 1963, *SCI Résidence des Allées, Rec.*, p. 635

CE, 25 mars 1964, *Samoël, Rec.* p. 201

CE, 15 juillet 1964, *Prat-Flottes, Rec.*, p. 438

CE, 2 octobre 1964, *Wallut, Rec.*, p. 782

CE, 9 juillet 1965, *Pouzens, Rec.* p. 421

CE, 28 janvier 1966, *Muller, Rec.*, p. 65

CE Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet, Rec.* p. 560

CE Sect., 18 novembre 1966, *Froment et Veuve Clément, Rec.* p. 607 ; *RDP* 1967, p. 543, note M. Waline et p. 987, concl. Galabert ; *AJDA* 1967, p. 45, note A. de Laubadère ; *JCP* 1967, II, n° 15063, note J. Mourgeon.

CE, 10 janvier 1968, *Daudens, Rec.*, p. 24 ; *AJDA* 1968, p. 297 ; *AJPI* 1968, p. 872, note Clément

CE Ass., 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne, Rec.*, p. 211, concl. Vught ; *AJDA* 1968, p. 335, chron. J. Massot et J.-L. Dewost ; *RDP* 1969, p. 320

CE Ass., 29 mars 1968, *Ville de Bordeaux c/ Société Menneret, Rec.* p. 217 ; *AJDA* 1968, p. 348, concl. Théry et p. 574, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc ;

CE, 3 avril 1968, *Jardin, Rec.*, p. 233 ; *AJDA* 1968, p. 480

CE, 21 juin 1968, *Dame Spiaggeri et Dlle Courtois, Rec.*, p. 380

CE, 3 juillet 1968, *Vergneau, Rec.*, p. 1140

CE, 12 juillet 1969, *Manigand, Rec.*, p. 386

CE, 19 juillet 1968, *Consorts Troussier, Rec.*, p. 971 ; *AJDA* 1969, p. 109, note A. Homont

CE Sect., 14 novembre 1969, *Eve, Rec.* p. 498

CE, 10 décembre 1969, *Consorts Fourel*, Rec., p. 572

CE Ass., 23 janvier 1970, *Ministre d'Etat chargé des Affaires sociales c/ Sieur Amoros et a.*, Rec. p. 51

CE, 10 avril 1970, *Beau et Lagarde*, Rec., p. 243

CE Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, Rec. p. 750, concl. Bertrand ; *D* 1971, II, 673, note Loschak ; *RDP* 1971, p. 1224, note Waline ; *JCP* 1972, II, 17232, note Fromont

CE, 20 janvier 1971, *Le Gall*, Rec. p. 44

CE Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Equipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »*, Rec. p. 409, concl. Braibant ; *AJDA* 1971, p. 405, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes ; *CJEG* 1972, p. 35, note J. Virole ; *D* 1972, p. 194, note J. Lemasurier ; *JCP* 1971, 16873, note A. Homont ; *RA* 1971, p. 422, concl. ; *RDP* 1972, p. 454, note M. Waline

CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, Rec. p. 561 ; *AJDA* 1972, p. 227, note A. Homont

CE, 22 décembre 1971, *Commune de Mont-de-Lans*, Rec., p. 789 ; *JCP* 1973, n° 17289, note W. Rabinovitch

CE, 28 janvier 1972, *Commune de Merly-le-Roi*, *RDP* 1972, p. 1542

CE, 15 mars 1972, *Ministre de l'Equipement et du Logement c/ Dame Pham Ngoc*, Rec., p. 221

CE Sect., 5 mai 1972, *Mlle Noyer*, Rec. p. 342

CE, 5 juillet 1972, *Espagnol*, Rec., p. 1259

CE Ass., 20 octobre 1972, *Marabout*, Rec., p. 664 ; *AJDA* 1972, p. 581, chron. P. Cabanes et D. Léger, et p. 625, concl. G. Guillaume

CE Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec., p. 657

CE, 27 octobre 1972, *Dlle Ecarlati*, *RTD San. et soc.* 1972, p. 542, note F. Moderne

CE, 12 décembre 1972, *Dames Robinet et Flandre*, *D* 1975, J, 216, concl. Braibant

CE Sect., 26 janvier 1973, *Driancourt*, Rec., p. 77 ; *AJDA* 1973, p. 245 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 859

CE, 28 mars 1973, *Association de défense des habitants de la région de Vernon (Eure)*, Rec., p. 262

CE, 6 avril 1973, *Jacques*, Rec., p. 288

CE, 1<sup>er</sup> juin 1973, *Dlle Ambrigot*, Rec., p. 915

CE, 26 juin 1973, *Société Géa*, Rec. p. 453

CE Ass., 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, Rec., p. 530 ; *RDP* 1974, p. 259, note M. Waline, concl. Rougevin-Baville ; *AJDA* 1973, p. 480 ; *AJPI* 1974, p. 808, note R. Savy ; *JCP* 1973, G, II, 17575, note G. Liet-Veaux

CE, 18 juillet 1973, *SCI « Le Moulin Bellanger »*, Rec., p. 529

CE Ass., 2 novembre 1973, *Société Librairie Maspero*, Rec., p. 611 ; *AJDA* 1973, p. 577, chron. M. Franc et M. Boyon ; *JCP* 1974, 17642, concl. Braibant, note R. Drago

CE, 7 novembre 1973, *Giudicelli*, Rec., p. 624

CE, 14 novembre 1973, *Ministre de l'Education nationale c/ Dame de Messire de Beaudiez*, Rec., p. 644

CE, 15 mars 1974, *Syndicat national CGT-FO des fonctionnaires et agents du commerce intérieur et des prix*, Rec. p. 188

CE Ass., 20 mars 1974, *Navarra*, Rec., p. 200, concl. Rougevin-Baville ; *AJDA* 1974, p. 303, chron. M. Franc et M. Boyon ; *D* 1974, p. 481, note J.-P. Gilli ; *JCP* 1974, n° 1752, note G. Liet-Veaux ; *RDP* 1974, p. 924, note J. de Soto

CE, 3 mai 1974, *Flesh*, Rec., p. 259

CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec., p. 274 ; *AJDA* 1974, p. 298, chron. M. Franc et M. Boyon ; *D* 1975, p. 393, note P. Tedeschi ; *RA* 1974, p. 440, note F. Moderne ; *RDP* 1975, p. 467, note M. Waline

CE Sect., 23 juillet 1974, *Ministre de l'Intérieur c/ Gay*, n° 91338

CE, 4 décembre 1974, *Ministre de l'Education nationale c/ Dame Chandelier*, Rec., p. 993

CE Ass., 24 janvier 1975, *Gorlier et Bonifay*, Rec., p. 53 ; *AJDA* 1975, p. 128, chron. M. Franc et M. Boyon ; *CJEG* 1975, p. 191, concl. M. Rougevin-Baville, note A. Carron

CE, 23 juin 1976, *Latty*, Rec., p. 329 ; *RDP* 1977, p. 865, note M. Waline

CE, 6 juillet 1977, *Consorts Girard*, *RDP* 1977, p. 1323, note M. Waline

CE, 8 juillet 1977, *Dame Rie et Association pour la sauvegarde des intérêts et le développement de Talmont et a.*, Rec., p. 317, concl. M. Gentot ; *AJDA* 1977, p. 620, chron. M. Nauwelaers et O. Dutheillet de Lamothe

CE, 16 novembre 1977, *Entreprise Marchand*, Rec. p. 444

CE, 16 novembre 1977, *Sevin*, Rec., p. 436

CE, 16 décembre 1977, *Cluzeau*, Rec., p. 509 ; *AJDA* 1978, p. 457, concl. M.-A. Latournerie

CE Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Rec., p. 22

CE, 31 mai 1978, *Fourquet*, Rec. p. 912

CE Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, *AJDA* 1978, p. 553, concl. Genevois

CE, 25 octobre 1978, *Bolot*, Rec., p. 393

CE, 1<sup>er</sup> décembre 1978, *Drouet*, Rec., p. 973

CE, 5 janvier 1979, *Zeender*, Rec., p. 10

CE, 19 janvier 1979, *Leclert*, Rec., p. 758 ; *D* 1979, IR, p. 323, obs. P. Bon

CE, 26 janvier 1979, *SCI Le Maréchal*, Rec., p. 924

CE Sect., 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, Rec., p. 127, concl. D. Labetoulle ; *AJDA* 1979, n° 5, p. 80, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau ; *D* 1979, p. 534, note D. Broussolle ; *JCP* 1979, n° 19171, note F. Bouyssou

CE, 27 avril 1979, *Leduc*, *DA* 1979, n° 222 ; *RDP* 1980, p. 249

CE Sect., 29 juin 1979, *Malardel*, Rec., p. 294, concl. Dondoux ; *AJDA* 1979, n° 10, p. 20, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *D* 1979, IR, p. 516, obs. P. Bon ; *RDP* 1980, p. 1167, note M. Waline

CE, 6 juillet 1979, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c/ M. Derevistsky*, DA 1979, n° 273

CE, 27 juillet 1979, *Ministre de l'Équipement c/ Willy Starck*, Rec., p. 355

CE, 19 octobre 1979, *Association du pays de Rhuys*, Rec., p. 379 ; AJDA 1980, p. 110, concl. Rougevin-Baville

CE, 19 octobre 1979, *Association du pays de Rhuys*, Rec., p. 379 ; AJDA 1980, p. 110. concl. Rougevin-Baville

CE Sect., 25 janvier 1980, *Gadiaga*, Rec. p. 44, concl. Rougevin-Baville ; AJDA 1980, p. 283, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; D 1980, p. 270, note G. Peiser ; RA 1980, p. 609, note J.-J. Bienvenu et S. Rials

CE, 22 février 1980, *Blouet*, n° 16893

CE, 29 mars 1980, *Yverneau*, RDP 1980, p. 1744

CE Ass., 18 avril 1980, *Société Maxi-Librati création et a.*, Rec. p. 186 ; JCP 1980, II, 19364, concl. Hagelsteen

CE Sect., 25 avril 1980, *Institut technique de Dunkerque*, Rec., p. 196 ; AJDA 1980, p. 591, concl. J.-F. Théry ; D 1980, p. 481, note. J. Kerninon

CE Sect., 13 novembre 1981, *Commune de Houille*, n° 27805

CE Sect., 19 février 1982, *Mme Commaret*, Rec. p. 78, concl. Dondoux

CE, 19 février 1982, *Association de sauvegarde de la dune de Toulhars*, D 1983, IR, p. 28, obs. H. Charles

CE, 11 juin 1982, *Alex Mestdahg*, AJDA 1983, p. 42, concl. Genevois

CE Ass., 2 juillet 1982, *Huglo et a.*, Rec. p. 257 ; AJDA 1982, p. 657 ; D 1983, note p. 327 et IR p. 270

CE, 6 octobre 1982, *Crédit Lyonnais*, DA 1982, n° 372

CE, 22 octobre 1982, *Le Quéau*, DA 1982, n° 423 ; Gaz. Pal. 1983, 1, somm. p. 155

CE, 3 novembre 1982, *Goure*, RDP 1983, p. 1111

CE, 3 novembre 1982, *Rossi*, Rec., p. 695

CE, 3 décembre 1982, *Société continentale de promotion immobilière*, Rec. p. 409 ; D 1984, IR, p. 106, obs. F. Moderne et P. Bon

CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec., p. 33

CE Sect., 18 mars 1983, *Siefert*, AJDA 1983, p. 437, concl. Labetoulle

CE, 29 avril 1983, *Association de défense des espaces ruraux et naturels de la commune de Regny*, Rec., p. 168

CE Sect., 13 mai 1983, *Lefebvre*, Rec., p. 194 ; AJDA 1983, p. 476, concl. M. Boyon

CE, 22 juin 1983, *Ville de Lyon*, Rec., p. 269 ; DA 1983, n° 338

CE, 29 juin 1983, *Maignan*, Rec., p. 281

CE Sect., 9 décembre 1983, *Vladescu*, Rec., p. 497

CE Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurance*, Rec., p. 326

CE, 7 novembre 1984, *M<sup>e</sup> Horel*, DA 1984, n° 541 ; RDP 1985, p. 1377

CE, 16 janvier 1985, *Baron*, n° 47949 ; CE, 25 juillet 1985, *Commune de Maison Lafitte*, RFDA 1986, p. 252, note P. Hocreître

CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, Rec., p. 37 ; AJDA 1985, p. 271, obs. J. Moreau ; RFDA 1985, p. 367, note J.-C. Douence et obs. L. Favoreu

CE, 8 mars 1985, *Association Les amis de la Terre*, Rec., p. 73 ; RFDA 1985, p. 363, concl. P.-A. Jeanneney ; AJDA 1985, p. 382, note J. Moreau

CE, 13 mars 1985, *Ville de Cayenne et a.*, n° 19321

CE, 20 mars 1985, *Commune de Morigny-Champigny*, RFDA 1985, p. 704, note B. Pacteau ; CJEG 1986, p. 269 ; D 1986, IR, p. 411, chron. P. Bon

CE, 20 mars 1985, *Epoux Ruby*, RA 1986, p. 43

CE, 19 juin 1985, *Commune de Bouguenais*, Rec., p. 194 ; AJDA 1985, p. 402, chron. S. Hubac et J.-E. Schoettl ; DA 1985, n° 359 ; RFDA 1985, p. 653, concl. M. Roux

CE, 26 juin 1985, *Association trinitaine de défense de la pêche à pied et de l'environnement*, Rec. p. 207

CE, 27 septembre 1985, *Consorts Bonnet*, Rec., p. 262

CE, 22 novembre 1985, *Doucet*, Rec., p. 331

CE, 17 janvier 1986, *Mansuy*, AJDA 1986, p. 185 ; RDP 1987, p. 817

CE, 24 janvier 1986, *Ministre de l'Education nationale*, n° 55480

CE, 31 janvier 1986, *Legrand*, Rec., p. 23 ; AJDA 1986, p. 396, obs. L. Richer ; AJDA 1987, p. 132 ; D 1986, p. 468, note J.-Y. Plouvin

CE, 28 février 1986, *Ngako Jeuga*, Rec., p. 49

CE, 12 mars 1986, *Metzler*, Rec., p. 70

CE Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télévision et autres*, Rec., p. 97

CE, 23 avril 1986, *Dorison*, RDP 1987, p. 838 ; CJEG 1987, p. 732

CE, 12 juin 1986, *Commune de Gaillac*, n° 78335

CE, 25 juillet 1986, *De Talhouet*, CJEG 1987, p. 772

CE, 24 octobre 1986, *Société SEFIMA*, Rec. p. 561

CE, 12 novembre 1986, *Winterstein*, Rec., p. 338

CE, 21 novembre 1986, *Ministre de l'Urbanisme et du Logement*, n° 57741

CE, 10 décembre 1986, *Loredon*, Rec., p. 516 ; AJDA 1987, p. 132 ; DA 1987, n° 86

CE, 16 janvier 1987, *SCI Ascodif*, D 1987, somm., p. 256, note H. Charles

CE, 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, Rec. p. 175 ; RFDA 1988, p. 145

CE, 29 mai 1987, *Centre hospitalier de Saint-Claude*, n° 60991

CE, 5 juin 1987, *Ministre de l'Equipement c/ Roussel*, RDI 1987, p. 341

CE, 26 juin 1987, *Guyot*, AJDA 1987, p. 689, obs. X. Prétot ; RDP 1988, p. 582

CE, 10 juillet 1987, *Meissonnier*, Rec. p. 556

CE, 24 juillet 1987, *Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Ariège*, Rec. p. 916

CE, 2 décembre 1987, *Société Anodisation*, JCP 1988, IV, p. 88

CE Ass., 8 janvier 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg et autres*, RFDA 1988, p. 25, concl. S. Dael

CE, 19 février 1988, *Association des riverains et plaisanciers du Cingle de Trémolat*, Rec., p. 79 ; AJDA 1988, p. 417, note J. Moreau

CE, 22 avril 1988, *Société France 5*, Rec., p. 157 ; AJDA 1988, p. 540, note. B. D. ; RA 1988, p. 240, note P. Terneyre

CE, 4 juin 1988, *Minvielle*, Rec., p. 79, D 1988, p. 445, note F. Luchaire

CE, 23 novembre 1988, *Commune de Bezu-Saint-Eloi c/ Consorts Tourny*, in *Adaptations mineures*, Jurisprudence administrative illustrée, décembre 1989, Ministère de l'Équipement, des Transports et de la Mer, Direction de l'Aménagement et de l'Urbanisme, p. 10

CE, 25 novembre 1988, *Ministre de l'Équipement, du Logement, de l'Aménagement du territoire et des Transports c/ Stauffer*, AJDA 1989, p. 264

CE, 2 décembre 1988, *SA d'économie mixte immobilière du Nord-Est parisien (SEMINEP)*, JCP 1989, éd. N, II, p. 255, note R. Vandermeeren

CE Ass., 3 février 1989, *Cie Alitalia*, Rec. p. 44 ; AJDA 1989, p. 387, note O. Fouquet ; RFDA 1989, p. 391, concl. N. Chahib-Nourai et p. 442, note O. Beaud.

CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle (Rec., p. 105 ; RFDA 1989, p. 466, concl. Fornacciari ; AJDA 1989, p. 315, chron. E. Honorat et Baptiste)*

CE, 19 avril 1989, *Kerlo*, DA 1989, n° 292

CE, 12 mai 1989, *Ministre de l'Équipement c/ SCI « Azur Parc »*, DA 1989, n° 311

CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Belcodène*, RFDA 1989, p. 941

CE, 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble CFDT*, RFDA 1989, p. 929, concl. E. Guillaume, note J.-F. Lachaume

CE, 9 octobre 1989, *Fédération des sociétés pour l'étude, la protection et l'aménagement de la nature dans le Sud-Ouest (SEPANSO)*, Rec., p. 983 ; RJE 1990-2, p. 253, note Ph. Terneyre ; LPA 20 juin 1990, note J. Morand-Deville

CE Ass., 22 décembre 1989, *Morin*, Rec. p. 279

CE Sect., 2 mars 1990, *Commune de Boulazac*, Rec., p. 57 ; RFDA 1990, p. 621, concl. R. Abraham

CE, 29 juin 1990, *Veuve Aline Raymond*, LPA 23 janvier 1991, p. 19

CE, 29 juin 1990, *Bedat*, CJEG 1990, p. 413, concl. Toutée, note H. Cardon

CE, 11 juillet 1990, *Bouffinier*, Quot. Jur. 20 novembre 1990, p. 5, obs. M.-C. Rouault

CE, 24 octobre 1990, *Ragusi*, Rec., p. 290 ; AJDA 1991, p. 322, concl. R. Abraham, note F. Julien-Laferrière

CE, 7 novembre 1990, *Fédération française de golf*, Rec. p. 312 ; D 1991, IR, p. 28

CE, 23 novembre 1990, *Fondation du Centre hospitalier des courses*, RDP 1991, p. 1748

CE Sect., 30 novembre 1990, *Les Verts*, Rec. p. 339



CE, 3 décembre 1990, *Ville d'Amiens et a.*, *RFDA* 1991, p. 196 ; *LPA* 19 juin 1991, n° 73, p. 8, note J. Morand-Deville

CE, 7 décembre 1990, *MUL c/ Dame Renzetti*, *Gaz. Pal.* 2-3 octobre 1991, p. 74

CE, 19 décembre 1990, *Moreau*, *D* 1991, somm., p. 269

CE Sect., 25 janvier 1991, *M. Brasseur*, *Rec.* p. 25 ; *RFDA* 1991, p. 593

CE Sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, *Rec.*, p. 41

CE, 11 février 1991, *Association d'études et de défense de l'environnement Limagne et Combrailles*, n° 81301

CE, 6 mars 1991, *Commune de Roquevaire*, *RDP* 1992, p. 557 ; *RFDA* 1991, p. 502

CE, 20 mars 1991, *Commune du Port*, *Rec.*, p. 95

CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Mme Babas*, *Rec.*, p. 152 et 162, concl. R. Abraham ; *AJDA* 1991, p. 551, note F. Julien-Lafferrière ; *D* 1991, p. 399, note X. Prétot ; *JCP* 1991, 21757, note Nguyen Van Tuong ; *LPA* 25 décembre 1992, p. 17, note P. Icard ; *RA* 1991, p. 329, note H. Ruiz Fabri ; *RFDA* 1991, p. 497, concl.

CE, 27 mai 1991, *Commune de Mably*, n° 112798

CE, 27 mai 1991, *Ville de Genève*, *AJDA* 1991, p. 690, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; *CJEG* 1991, p. 317, concl. M. Legal

CE, 7 octobre 1991, *Diop*, *DA* 1991, n° 477

CE, 18 octobre 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, *DA* 1991, n° 497

CE, 11 décembre 1991, *Administration Assistance publique à Paris*, *RDP* 1993, p. 252

CE, 3 février 1992, *Commune de Soulom*, *Rec.*, p. 52 ; *LPA* 8 juillet 1992, p. 30, note P. Hocreitere

CE, 17 février 1992, *Aniform*, *Rec.* p. 71

CE, 20 mars 1992, *Ep. Prost*, *DA* 1992, n° 271

CE Sect., 10 avril 1992, *Aykan et Marzini*, *Rec.*, p. 152 et 154 ; *AJDA* 1992, p. 332, chron. ; *RFDA* 1993, p. 541, concl. Denis-Linton

CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine* (*Rec.*, p. 192 ; *AJDA* 1992, p. 480, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; *JCP* 1992, IV, 1930, note M.-C. Rouault)

CE, 8 juillet 1992, *Ville de Chevreuse*, *Rec.*, p. 281

CE Sect., 22 juillet 1992, *Syndicat viticole de Pessac et Léognan*, *Rec.*, p. 297 ; *DA* 1992, n° 449 ; *CJEG* décembre 1992, p. 540, concl. Dutreil ; *AJDA* 1993, p. 61, note J.-P. Lebreton

CE Sect., 22 juillet 1992, *Syndicat viticole de Pessac et Léognan*, *Rec.*, p. 297, *CJEG* 1992, p. 540, concl. Duteil

CE, 16 octobre 1992, *Mme Nouy*, n° 105508

CE, 13 novembre 1992, *Commune de Louviers c/ Laheye*, *Rec. t.*, p. 988

CE, 22 janvier 1993, *Société civile d'études du centre commercial intercommunal de Sannois-Ermonville-Franconville*, *D* 1994, somm., p. 66, obs. P. Bon et P. Terneyre

CE Sect., 1<sup>er</sup> février 1993, *Guillec*, *DA* 1993, n° 136 ; *JCP* 1993, éd. G, II, 22088, concl. Vigouroux ; *RFDA* 2/1993, p. 404 ; *JCP* 1993, éd. G, IV, n° 818, obs. M.-Ch. Rouault

CE, 3 mars 1993, *SA Laiterie de Carpiquet*, n° 85544

CE, 2 avril 1993, *Kraminer*, n° 87150

CE Ass., 9 avril 1993, *G..., D..., Ep. B...*, *Rec.* p. 110 ; *AJDA* 1993, p. 334 ; *JCP* 1993, n° 22110

CE, 19 mai 1993, *Association « Les Verts Var »*, *Rec.*, p. 162

CE, 10 novembre 1993, *Epoux Sylvestre*, *Rec.* t. p. 1095

CE, 10 décembre 1993, *Mme Maes*, *Rec.*, p. 918 ; *RDP* 1994, p. 819, note M. Gros

CE, 20 décembre 1993, *Mme Taieb*, *Rec.*, p. 769 ; *JCP* 1994, IV, p. 75 ; *RFDA* 1994, p. 203

CE, 12 janvier 1994, *Esvan*, *Rec.* p. 769

CE, 7 février 1994, *Duchêne*, *Rec.*, p. 55

CE, 14 mars 1994, *Syndicat des professeurs de Muséum d'histoire naturelle*, *Rec.*, p. 991

CE Ass., 29 avril 1994, *Association Unimate 65*, *Rec.*, p. 203 ; *AJDA* 1994, p. 367, chron. C. Maügué et P. Touvet ; *CJEG* 1994, p. 443, concl. P. Frydman

CE, 30 mai 1994, *Le Gernevel*, *Rec.*, p. 273

CE Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, *RFDA* 1994, p. 726 ; *AJDA* 1994, p. 502

CE, 3 octobre 1994, *M. Bacri*, n°s 106758 et 107062

CE, 10 octobre 1994, *Ville de Toulouse*, *Rec.* p. 764, *DA* 1994, n° 654, *Quot. Jur.* 2 février 1995, p. 5, note D. Moreno

CE, 21 octobre 1994, *Société des tapis Saint-Maclou*, *AJDA* 1994, p. 874, chron. L. Touvet et L. Stahl

CE Ass., 2 décembre 1994, *Commune de Cuers et Préfet de la région Nord Pas-de-Calais, préfet du Nord*, *Rec.*, p. 522 et 529 ; *RFDA* 1996, p. 105, note B. Faure

CE, 16 décembre 1994, *Commune d'Avrillé*, *AJDA* 1995, p. 838

CE, 13 janvier 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, *Rec.* p. 23 ; *AJDA* 1995, p. 167 ; *RDP* 1995, p. 1091, note X. Prétot ; *RFDA* 1995, p. 418

CE, 10 février 1995, *Commune de Casaglione*, *RJE* 1996, p. 145, obs. R. Hostiou

CE, 22 février 1995, *Girardot*, *DA* 1995, n° 206

CE, 10 mars 1995, *Association des pilotes professionnels*, *Rec.* p. 645

CE, 14 avril 1995, *Commune de Ventabren*, *RJE* 1996, p. 147, obs. R. Hostiou

CE, 10 mai 1995, *Abbal*, *Rec.* p. 644 ; *DA* 1995, n° 519

CE, 19 mai 1995, *Mesnay*, n° 133225

CE Sect., 9 juin 1995, *Lesprit*, *Rec.*, p. 239 ; *AJDA* 1995, p. 745, concl. J. Arrighi de Casanova ; *DA* 1995, n° 725 ; *RFDA* 1995, p. 859

CE Sect., 23 juin 1995, *Association « Défense Tuileries »* (*Rec.* p. 268 ; *CJEG* 1995, p. 376, concl. J. Arrighi de Casanova)

CE, 10 juillet 1995, *Contremoulin*, *Rec.*, p. 213 ; *AJDA* 1995, p. 925, concl. Y. Aguila

CE, 21 juillet 1995, *Bureau d'aide sociale de Paris*, *JCP*, 1996, II, n° 22616

CE, 17 novembre 1995, *Union juridique Rhône-Méditerranée*, DA 1995, n° 765

CE Sect., 29 décembre 1995, *M. Géniteau*, RFDA 1996, p. 3, note M. Guillot ; D 1996, p. 273, note M. Verpeaux

CE 20 mars 1996, *Vebeas*, n° 121601

CE, 15 avril 1996, *Union des industries chimiques*, Rec. p. 666

CE Sect., 6 mai 1996, *Rubio*, Rec., p. 148

CE, 10 mai 1996, *SARL La Roustane et Université de Provence* (Rec. p. 168 ; AJDA 1996, p. 553, concl. R. Schwartz ; RDI 1996, p. 557, chr. J.-B. Auby)

CE, 26 juin 1996, *Commune de Grand-Bourg-de-Marie-Galante*, Rec., p. 979

CE, 3 juillet 1996, *SCI Mandelieu-Maure-Vieil*, DA 1996, n° 547

CE, 31 juillet 1996, *Fonds de garantie automobile*, CJEG 1997, p. 149 ; RFDA 1996, p. 1041

CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, Rec. p. 334 ; AJDA 1996, p. 788, note J.-P. Gilli ; D 1996, IR, p. 202 ; JCP 1997, n° 22790, concl. Delarue

CE, 31 juillet 1996, *Société France Affichage Vaucluse*, Rec., p. 316 ; RFDA 1996, p. 1050

CE, 2 octobre 1996, *Commune de Bourg-Charente*, AJDA 1996, p. 1030 et s.

CE, 2 octobre 1996, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c/ Commune de Boncourt-le-Bois et a*, AJDA 1996, p. 1022 et s., concl. Touvet

CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, DA 1997, n° 121 ; RFDA 1997, p. 339, concl. J.-H. Stahl, note Y. Madiot

CE, 30 octobre 1996, *Centre de perfectionnement et de voltige aérienne*, Rec. p. 685

CE Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet d'autoroute transchablaisienne*, Rec., p. 120 ; AJDA 1997, p. 545, obs. P. Chrestia ; RDP 1997, p. 1433, note J. Waline ; RFDA 1997, p. 739, concl. M. Denis-Linton, note F. Rouvillois

CE, 28 mars 1997, *Société Baxter*, Rec. p. 114 ; DA 2000, n° 15, obs. R. S. ; RFDA 1997, p. 458, concl. Bonichot

CE, 11 juin 1997, *Epoux Talipoglu*, Rec., p. 850

CE Sect., 9 juillet 1997, *Association Eskin*, Rec. p. 300 ; D 1998, p. 317, note E. Dreyer ; DA 1997, n° 344 ; JCP 1998, I, n° 1125, chron., J. Petit ; RDP 1998, p. 539, note P. Washsmann, p. 553, note S. Rabiller ; RFDA 1997, p. 1284, concl. M. Denis-Linton

CE, 3 septembre 1997, *François*, Rec., p. 823

CE, 3 septembre 1997, *Syndicat national du négoce indépendant des produits sidérurgiques*, Rec. p. 644

CE, 22 septembre 1997, *Commune d'Eygliers*, BJDU 1997, p. 397

CE, 27 octobre 1997, *Delmas*, Rec. p. 374

CE, 28 novembre 1997, *SIVOM du Lac du Bourget*, n° 161572

CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, DA 1998, n° 44

CE Sect., 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, RFDA 1998, p. 455 ; AJDA 1998, p. 287

CE, 3 avril 1998, *Communauté de communes du Pays d'Issoudun*, n° 185858

CE, 29 avril 1998, *Krupka*, Rec. p. 553

CE, 8 juin 1998, *Mlle Chea*, JCP 1998, n° 10182, note F. Monéger

CE Sect., 3 février 1999, *Montaignac*, Rec. p. 7, AJDA 1999, p. 567, chron. F. Raynaud et P. Fombeur

CE sect., 2 juin 1999, *Meyet*, AJDA 1999, p. 561

CE, 9 juin 1999, *Mme Miroux*, n° 164188

CE, 30 juin 1999, *Foucher*, RFDA 1999, p. 1210

CE, 17 septembre 1999, *Société Cannon Immobilière*, n° 167265

CE, 15 octobre 1999, *Ministre de la fonction publique de la réforme de l'Etat et de la décentralisation c/ Commune de Saint-Ceneri-le-Gerei*, CT-I, décembre 1999, p. 21

CE, 27 octobre 1999, *Syndicat départemental d'électrification d'Ille-et-Vilaine*, n° 160469

CE Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicale Force ouvrière des travailleurs des Postes et Télécommunications*, Rec., p. 354

CE Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire*, Rec., p. 379, concl. Lamy

CE, 8 décembre 1999, *Commune de Pont-à-Mousson*, JCP 2000, n° 10331, note. J.-P. Strebler

CE, 29 mars 2000, *Ludiakueno*, DA 2000, n° 127, obs. P. F.

CE, 28 juillet 2000, *Centre hospitalier de Vitré*, n° 169734

CE, 28 juillet 2000, *Confédération française de la boucherie, boucherie charcuterie, traiteurs*, RJF 11/00, n° 1327 ; BDCF 11/00, concl. Goulard

CE, 15 novembre 2000, *Région Alsace et Département du Haut-Rhin*, CJEG 2001, p. 118, concl. A. Seban

CE, 20 décembre 2000, *Compagnie d'assurance Zurich international*, D 2001, IR, p. 407

CE, 20 décembre 2000, *M. Ouatah*, AJDA 2001, p. 146 ; RFDA 2001, p. 371 ; LPA 19 mars 2001, n° 55, p. 8

CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, RFDA 2001, note M. Verpeaux, p. 684, concl. Touvet p. 378-388

CE, ord., 12 février 2001, *Association France Nature Environnement*, LPA mars 2001, n° 46

CE, 22 février 2001, *Moret*, n° 230408

CE, 14 juin 2001, *Commune de Gemenos et SEMA-DER*, RJE 1/2003, obs. R. Hostiou

CE, 15 juin 2001, *Société Robert Nioche*, n°230637

CE, 19 juin 2001, *Mme Barège*, n° 234511

CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, Rec., p. 298 ; AJDA 2002, p. 42, note Y. Jégouzo

CE Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, AJDA 2001, p. 1034

CE, 5 décembre 2001, *M. Bordier*, n° 205816

CE, 6 mars 2002, *Centre hospitalier universitaire de Caen*, n° 234953

CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, Rec. t., p. 703 ; AJDA 2002, p. 276, note G. J. Guglielmi et G. Koubi ; RFDA 2003, p. 785, chron. C. Deffigier

CE, 10 avril 2002, *M. Razakandrianaina*, n° 214503

CE Ass., 12 avril 2002, *Papon*, *AJDA* 2002, p. 423, chron. Guyomar et Collin

CE, 12 juin 2002, n° 246618, *Commune de Fauillet et a.*, *RFDA* 2002, p. 857

CE, 14 juin 2002, *Association pour garantir l'intégrité rurale restante*, *Environnement* 2002, comm. 107, note L. Benoit ; *RDI* 2002, p. 426, obs. L. Derepas et p. 375, obs. F. Donnat

CE Ass., 28 juin 2002, *M. Villemain*, Francis Donnat et Didier Casas, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 2002, p. 586

CE, 18 octobre 2002, *Turbe*, n° 236338

CE, 13 décembre 2002, *Association pour la sauvegarde de l'environnement et la promotion de Saint-Léger-en-Bray*, , *commune d'Allonne et a.*, *AJDA* 2003, p. 1048, note L. Dardalhon ; *Environnement* 2003, comm. 29, note L. Benoit

CE Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *RFDA* 2003, p. 280, concl. Fombeur ; « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA* 2003, p. 487, chron. Donnat et Casas ; *RFDA* 2003, p. 510, note Petit ; *LPA* 23 juin 2003, n° 124, p. 19, note J. Combau

CE, 3 février 2003, *Syndicat national de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et a.*, n° 235066

CE, 7 février 2003, *Commune de Palau-del-Vidre*, n° 193908

CE, 12 février 2003, *Syndicat Lutte pénitentiaire*, n° 219869

CE, 19 février 2003, *Société Auberge Ferme des Genets*, *JCP A*, 2003, n° 26, p. 858, note B. Tabaka

CE, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, *RFDA* 2004, concl. Séners, p. 518-524, note J.-C. Douence, p. 525-529

CE, 4 février 2004, *M. et Mme Alain X*, n° 254223

CE, 27 février 2004, *M. Az*, n° 256475

CE, 3 mars 2004, *M. Denis*, n° 253265

CE, 9 juin 2004, *M. XY*, n° 226043

CE, 16 juin 2004, *Société Laboratoire de biologie végétale Yves Rocher*, n° 254172

CE, 6 octobre 2004, *Syndicat mixte de défense et de valorisation forestière*, n° 250413

CE, 20 avril 2005, *Syndicat national des entreprises artistiques et a.*, *AJDA* 2005, p. 2233 et s., note L. Burgorgue-Larsen

CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, *AJDA* 2005, p. 2233 et s., note L. Burgorgue-Larsen

CE, 29 juin 2005, *Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne (SEMMARIS)*, n° 262328

CE, 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la recherche publique SGEN CFDT et a.*, n° 266900

CE, 27 juillet 2005, *Ministre de l'enseignement national, de l'enseignement supérieur et de la recherche*, n° 276837

- CE, 15 mars 2006, *Ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer*, n° 266238
- CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et a.*, *AJDA* 2006, p. 1028-1033, Chron. C. Landais et F. Lenica
- CE Sect., 5 mai 2006, *Schmitt*, *AJDA* 2006, p. 1362, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2006, p. 678, concl. Keller
- CE Sect., 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon et a.*, n°s 288108, 289396, 289777, 289968

#### **Avis du Conseil d'Etat**

- CE, Section de l'Intérieur, des Finances et des Travaux publics, avis n° 365726 du 8 février 2001 (NOR : INTX0000188L)

### **4 – COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL**

- CAA Bordeaux, 19 mai 1993, *Epoux Neis*, *LPA* juillet 1996, n° 92, note J.-P. Amadei
- CAA Bordeaux, 7 avril 1994, *Commune de Serignan*, n° 93BX00556
- CAA Bordeaux, 3 mai 2001, *Denquin*, n° 98BX00669
- CAA Bordeaux, 25 juin 2001, *Commune du Port et autres*, concl. Rey, *CT-I* 2002, n° 1
- CAA Bordeaux, 22 novembre 2001, *Commune de Clérac*, *RJE* 1/2003, obs. R. Hostiou
- CAA Bordeaux, 20 décembre 2001, *Commune de Soorts-Hossegor*, *RJE* 1/2003, obs. R. Hostiou
- CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, *Communauté de communes Plaine de Courance*, n° 02BX00159
- CAA Douai, 25 avril 2002, *SCEA Tessy c/ Commune d'Ambrumesnil*, *RJE* 1/2003, obs. R. Hostiou
- CAA Douai, 25 septembre 2003, *Association SAVE*, n° 00DA00657
- CAA Lyon, 3 mai 1995, *Commune de Saint-Barthélemy-de-Vals*, *LPA* 27 septembre 1996, n° 117
- CAA Lyon, 20 mai 1999, *SA Comalait Industries*, *AJDA* 1999, p. 874, obs. J. Berthoud
- CAA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 12 juillet 2001, *Amaury Nardone*, n° 2001-168299
- CAA Marseille, plénière, 21 janvier 1999, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent et a.*, *RFDA* 1999, p. 1032, concl. Duchon-Doris
- CAA Marseille, 26 octobre 2000, *SCI Le Douard*, n° 96MA00827 et 96MA00828
- CAA Marseille, 31 janvier 2002, *Commune de Morières-les-Avignon*, *Juris-Data* n° 2002-175308 ; *RJE* 1/2003, obs. R. Hostiou
- CAA Marseille, 24 novembre 2003, *Préfet des Hautes-Alpes*, n° 99MA00760
- CAA Nantes, 29 juin 2001, *Gérard Raffaud*, *RJE* 2002, p. 104

CAA Nancy, 24 octobre 2002, *Commune de Riedwihr*, n° 98NCO2508  
CAA Nancy, 28 février 2005, *Société GSM*, n° 02NC01300  
CAA Paris, 22 février 2005, *Association des Amis de la Terre du Val d'Ysieux c/ commune de Luzarches*, *AJDA* 2005, p. 1052-1056, concl. A. Lercher  
CAA Paris, 28 mars 2006, *Commune de Vincennes*, n° 02PA03113

## 5 – TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

TA Besançon, 6 décembre 1990, *Fédération de défense du Jura*, n° 16844  
TA Besançon, 10 octobre 1996, *Glory c/ Commune de Chatenois-les-Forges*, *LPA* juillet 1997, n° 88 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1034  
TA Besançon, 30 novembre 2000, *Société SMCI c/ Ville de Besançon*, req. n° 99642 ; *BJDU* 4/2001, p. 244  
TA Grenoble, 21 octobre 1993, *Mazari*, *Rec. t.*, p. 78  
TA Grenoble, référé, 16 août 2001, *Préfet de la Haute-Savoie*, *AJDA* 2002, p. 153  
TA Lille, ordonnance, 25 octobre 2004, *Société Sambre Environnement*, n° 0405896  
TA Limoges, 8 juillet 1986, *Staufer*, *Rec.*, p. 760  
TA Lyon, 18 avril 1996, *Communauté urbaine de Lyon c/ Préfet du Rhône*, *LPA* 23 septembre 1996, p. 10  
TA Marseille, ordonnance, 30 décembre 2004, *Scop Sigec*, n° 0408755/0  
TA Montpellier, 12 février 1992, *Ricard c/ Commune de Saint-Paul-de-Fenouillet*, n° 8616736  
TA Nice, 26 octobre 1989, *Mme Maestri*, *Rec. t.* p. 434  
TA Nice, 21 mars 1995, *Préfet du Var c/ Commune de Sanary*, n° 94-2798, 94-2799, 94-2925, 94-2926  
TA Nice, ordonnance, 11 mai 2004, *Société Varoise de Construction Routière c/ Commune de la Seyne-sur-Mer*, n° 0401930  
TA Nice, 7 avril 2006, *Commune de Saint Jean Cap Ferrat c/ Communauté d'agglomération Nice Côte d'Azur*, *AJDA* 2006, p. 1331, concl. Dieu  
TA Poitiers, 20 février 1991, *Préfet de la Charente*, *JCP* 1991, IV, p. 393  
TA Saint-Denis-de-la-Réunion, 2 août 1982, *Hubert-Delisle*, *JCP* 1983, II, p. 1999, note Miclo  
TA Strasbourg, 8 septembre 1986, *Association pour la sauvegarde de la vallée de la Moselle*, *Rec.* p. 318  
TA Toulouse, 1<sup>er</sup> février 1996, *Bastide c/ Préfet de l'Aveyron*, *Gaz. Pal.* 30-31 octobre 1996, p. 35 ; *Quot. Jur.*, n° 83, 15 octobre 1996, p. 5

## 6 – COUR DE CASSATION

Cass. civ., 8 octobre 1986, *D* 1986, p. 573

Cass. civ. 1, 4 février 1976, *Betuing c/ Hurbebourg*, *Bull. civ.*, III, n° 53 ; *AJPI* 1977, p. 109, obs. J. Chapuisat ; *JCP* 1977, II, n° 18596, note G. Liet-Veaux

Cass. civ. 3, 28 mars 2001, *Christa c/ Mme Nouvel-Rousselot et SCI Soverzy*, *Bull. civ.* III, n° 40, p. 31

Cass. crim., 3 août 1912, *S* 1913, I, 337, note Roux

Cass. crim., 1<sup>er</sup> avril 1965, *Bull. crim.*, n° 106

Cass. crim., 14 janvier 1971, *Le Pen*, *GADP*, n° 18 ; *Gaz. Pal.*, 1971, I, 180

Cass. crim., 12 janvier 1989, *Bull. crim.*, n° 14

Cass. soc., 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine*, *Dr. soc.* 1998, p. 615

## 7 – COURS D'APPEL

CA Bordeaux, 6<sup>ème</sup> civ., 19 avril 2005, *M. C et M. Ch. c/ Ministère public*, n° 04/04683

CA Poitiers, 23 janvier 1996, *RJE* 1996-4, p. 469, obs. B. Drobenko et R. Léost

CA Rennes, civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 1973, *Hurbebourg c/ Betuing*

## 8 – TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

TGI Bordeaux, 1<sup>ère</sup> ch. Civ., 27 juillet 2004, *Ministère public c/ P. et C.*, *JCP G* 10 novembre 2004, n° 46, 10 169, p. 2039 et s.

## 9 – COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, *Rec. CEDH*, p. 34

CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, série A, n° 30

CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, A-231, n° 6833/74

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, *Rec.*, série A, n° 32

CEDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, n° 253-B

CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales et a. c/ France*, n° 99-107

CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*, *Rec. CEDH* 2000-III, § 52

CEDH, 6 avril 2006, *Thlimmenos c/ Grèce*, n° 3469/97



**10 – COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES /  
TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE**

- CJCE, 12 juillet 1957, *Algera c/ Assemblée commune de la CECA*, aff. 7/56
- CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenhogerd/Bosch*, aff. 13/61, *Rec. CJCE*, p. 89
- CJCE, 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République italienne c/ Commission*, aff. 13/63, *Rec. CJCE*, p. 355
- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec. CJCE*, p. 1141
- CJCE, 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/72, *Rec. CJCE* 1973, p. 101
- CJCE, 5 juin 1973, *Commission contre Conseil*, aff. 81/72
- CJCE, 24 octobre 1973, *Merkur c/ Commission*, aff. 43/72, *Rec. CJCE*, p. 1055
- CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Hohlen-und Baustoffgroshandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec. CJCE*, p. 491
- CJCE, 14 mai 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA)*, aff. 74/74, *Rec. CJCE*, p. 533
- CJCE, 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*, aff. 112/77
- CJCE, 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98/78, *Rec. CJCE*, p. 70
- CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/79 ; *Rec. CJCE*, p. 1629
- CJCE, 5 mai 1981, *Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*, aff. 112/80
- CJCE, 9 juillet 1981, *Administration des douanes c/ SA Gontrand Frères et SA Garancini*, aff. 169-80, *Rec. CJCE*, p. 1931
- CJCE, 25 mai 1982, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 97/81 ; *Rec. CJCE*, p. 1833
- CJCE, 26 mai 1982, *Allemagne c/ Commission*, aff. 44/81
- CJCE, 10 juillet 1984, *Kirk*, aff. 63/83
- CJCE, 25 septembre 1984, *Künecke*, aff. 117/83, *Rec. CJCE*, p. 3291
- CJCE, 20 septembre 1988, *Espagne c/ Conseil*, aff. 203/86, *Rec. CJCE*, p. 4597
- CJCE, 13 mars 1990, *Commission c/ France*, aff. C30/89, *Rec. CJCE*, p. I-691
- CJCE, 24 avril 1990, *Kruslin c/ France et Huvig*, D 1990, J, p. 353, note J. Pradel, et chron. R. Koering-Joulin, p. 187
- CJCE, 7 février 1991, *Tagaras c/ Cour de justice*, aff. 18/89
- CJCE, 29 juin 1993, *Gibraltar c/ Conseil*, aff. C298/89 ; *Rec. CJCE* I, p. 3605
- CJCE, 15 novembre 1994, avis 1/94, *Rec. CJCE*, I, p. 5267
- CJCE, 14 février 1995, *Finanzamt Köhl-Altstadt c/ R. Schumacker*, C-279/93, *Rec. CJCE*, p. I-225
- CJCE, 13 février 1996, *Gillespie et a.*, C-342/93, *Rec. CJCE*, p. I-475
- CJCE, 30 juin 1998, *Brown c/ Rentokil Ltd*, C-394/96, *Rec. CJCE*, p. I-4185
- TPI, 22 janvier 1997, *Opel Austria c/ Conseil*, T-155/94, *Rec. CJCE*, II, p. 39

TPI, 27 juin 2000, *Salamender et a. c/ Parlement européen et conseil*, T-172/98, T-175/98, T-176/98 et T-177/98 ; *Rec. CJCE II*, p. 2487 ; *Europe*, août-septembre 2000, comm. D. Simon, n° 236

## 11 – AUTRES JURIDICTIONS

Tribunal constitutionnel espagnol, Ass. plén., 29 juin 2000, *Baremo de daños*, *Boletín oficial del Estado*, 180, 28 juillet 2000, p. 68-96

## 12 – COMMISSION NATIONALE DU DEBAT PUBLIC

CNDP, décision n° 2003-05 du 5 mars 2003, *projet de réalisation d'itinéraires routiers en Maine-et-Loire*, *JORF* 19 mars 2003, p. 4878

CNDP, décision n° 2003-12 du 2 avril 2003, *projet de tramway de Marseille*, *JORF* 17 avril 2003, p. 6842

CNDP, décision n° 2006-16-AP-1 du 5 avril 2006, *Avenue du Parisis*, in rapport annuel 2005-2006 ([www.debatpublic.fr/docs/rapport\\_annuel/rapport\\_activite\\_2005.pdf](http://www.debatpublic.fr/docs/rapport_annuel/rapport_activite_2005.pdf))

# TEXTES JURIDIQUES CITES

## 1 – LOIS CONSTITUTIONNELLES

- Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 *relative à l'égalité entre les hommes et les femmes*, JORF 9 juillet 1999, p. 10175
- Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 *relative à la durée du mandat du Président de la République*, JORF 3 octobre 2000, p. 15582
- Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 *relative à l'organisation décentralisée de la République*, JORF 29 mars 2003
- Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 *relative à la Charte de l'environnement*, JORF 2 mars 2005, p. 3697

## 2 – LOIS ORGANIQUES

- Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (JORF 13 avril 1996, p. 5695)
- Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie* (JORF 21 mars 1999, p. 4197)
- Loi organique n° 2003-704 du 1<sup>er</sup> août 2003 *relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales* (JORF 2 août 2003 p. 13217)
- Loi organique n° 2003-705 du 1<sup>er</sup> août 2003 *relative au référendum local* (JORF 2 août 2003, p. 13218)
- Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (JORF 2 mars 2004, p. 4183)

## 3 – LOIS ORDINAIRES

- Loi du 29 juillet 1881, *relative à la liberté de la presse* (JORF 30 juillet 1881)
- Loi n° 55-1052 du 6 août 1955 *sur l'organisation des pouvoirs publics dans les Terres australes et antarctiques françaises* (JORF 9 août 1955, p. 7979)
- Loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 *portant création et organisation des régions* (JORF 9 juillet 1972, p. 7176)
- Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 *instituant un médiateur* (JORF 4 janvier 1973, rectificatif JORF 6 janvier 1973)

- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de la grossesse* (JORF 18 janvier 1975)
- Loi n° 75-1331 du 31 décembre 1975 *portant réforme du régime administratif de la commune et du département de Paris* (JORF 3 janvier 1976, p. 143)
- Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 *relative aux installations classées pour la protection de l'environnement* (JORF 20 juillet 1976)
- Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 *relative à l'organisation de Mayotte* (JORF 28 décembre 1976, p. 7493)
- Loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976 *d'orientation foncière* (JORF 1<sup>er</sup> janvier 1977)
- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* (JORF 7 janvier 1978 et rectificatif JORF, 25 janvier 1978)
- Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 *relative à la motivation des actes administratifs (relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public* (JORF 12 juillet 1979)
- Loi n° 81-736 du 4 août 1981 *portant amnistie* (JORF 5 août 1981)
- Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* (JORF 3 mars 1982, p. 730)
- Loi n° 82-214 du 2 mars 1982 *portant statut particulier de la région de Corse* (JORF 3 mars 1982, p. 748)
- Loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 *relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale* (JORF 1<sup>er</sup> janvier 1983, p. 3)
- Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 *relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat* (JORF 9 janvier 1983)
- Loi n° 83-587 du 7 juillet 1983 *relative aux sociétés d'économie mixte locales* (JORF 8 juillet 1983, p. 2099)
- Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 *relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement* (JORF 13 juillet 1983)
- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* (JORF 14 juillet 1983)
- Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 *relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat* (JORF 23 juillet 1983).
- Loi n° 85-595 du 11 juin 1985 *relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon* (JORF 14 juin 1985, p. 6551)
- Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 *relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral* (JORF 4 janvier 1986, p. 200)
- Loi n° 86-16 du 6 janvier 1986 *relative à l'organisation des régions et portant modification de dispositions relatives au fonctionnement des conseils régionaux* (JORF 8 janvier 1986, p. 367)
- Loi n° 86-972 du 19 août 1986 *portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales* (JORF 22 août 1986)

- Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 *tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accès à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière (JORF 24 décembre 1986)*
- Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991, *relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme (JORF 12 janvier 1991)*
- Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 *portant statut de la collectivité territoriale de Corse (JORF 14 mai 1991)*
- Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 *d'orientation pour la ville (JORF 19 juillet 1991)*
- Loi n° 92-125 du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République (JORF 8 février 1992)*
- Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 *relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale (JORF 4 novembre 1992)*
- Loi n° 94-112 du 9 février 1994 *portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, JORF 10 février 1994*
- Loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement (JORF 3 février 1995)*
- Loi n° 95-115 du 4 février 1995 *d'orientation pour l'aménagement du territoire (JORF 5 février 1995)*
- Loi n° 95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (JORF 9 février 1995)*
- Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 *relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits (JORF 22 décembre 1998)*
- Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 *d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire (JORF 29 juin 1999)*
- Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 *relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale (JORF 13 juillet 1999, p. 10361)*
- Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 *portant création d'une couverture maladie universelle (JORF 28 juillet 1999 et rectificatif JORF 20 octobre 1999)*
- Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civil de solidarité (JORF 16 novembre 1999, p. 16959)*
- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JORF 13 avril 2000, p. 5646)*
- Loi n° 2000-93 du 6 juin 2000 *tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives (JORF 7 juin 2000, p. 8560).*
- Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives (JORF 1<sup>er</sup> juillet 2000, p. 9948)*
- Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, dite « loi Fauchon » (JORF 11 juillet 2000)*
- Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 *d'orientation pour l'outre-mer (JORF 14 décembre 2000, p. 19760)*

- Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains* (JORF 14 décembre 2000, p. 19777)
- Loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 *portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire* (JORF 4 janvier 2001)
- Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915* (JORF 30 janvier 2001)
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* (JORF 7 juillet 2001, p. 10823)
- Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 *relative à Mayotte* (JORF 13 juillet 2001, p. 11199)
- Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 *relative à la Corse* (JORF 23 janvier 2002, p. 1503)
- Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 *relative à la démocratie de proximité* (JORF 28 février 2002)
- Loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 *urbanisme et habitat* (JORF 3 juillet 2003)
- Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* (JORF 3 juillet 2003 p. 11192)
- Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales* (JORF 17 août 2004, p. 14545)
- Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 *de simplification du droit* (JORF 10 décembre 2004, p. 20857)
- Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 *portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* (JORF 31 décembre 2004, p. 22567)
- Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 *de programmation pour la cohésion sociale* (JORF 19 janvier 2005, p. 864)
- Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 *portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*
- Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 *pour l'égalité des chances* (JORF 2 avril 2006, p. 4950)
- Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* (JORF, 5 avril 2006)
- Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 *portant engagement national pour le logement* (JORF 16 juillet 2006)

#### **4 – ORDONNANCES**

- Ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 *relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme* (JORF 9 décembre 2005 p. 18997)
- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat* (JORF n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994)

## 5 – DECRETS / ARRETES / CIRCULAIRES

- Décret n° 47-233 du 23 janvier 1947 modifié *autorisant les ministres à déléguer, par arrêté, leur signature (JORF 28 janvier 1947)*
- Décret n° 86-237 du 18 février 1986 *relatif aux délégués départementaux du médiateur (JORF 25 février 1986, p. 2965)*
- Décret n° 2000-542 du 16 juin 2000 modifiant le décret n° 85-603 du 10 juin 1985 *relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale (JORF 20 juin 2000)*
- Décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 *pris pour l'application de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le code de justice administrative (JORF 23 novembre 2000, p. 18611)*
- Décret n° 2001-923 du 8 octobre 2001 *approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau pour le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien du viaduc de Millau (JORF 10 octobre 2001)*
- Décret n° 2002-1275 du 22 octobre 2002 *relatif à l'organisation du débat public et à la Commission du débat public (JORF 23 octobre 2002)*
- Décret n° 2003-412 du 6 mai 2003 *pris pour l'application des articles 9 et 9-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique (JORF 7 mai 2003, p. 7895-7896)*
- Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 *relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements (JCP-A, n° 30, 19 juillet 2004, p. 1023-1026)*
- Décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 *relatif à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (JORF 6 mars 2005, p. 3862)*
- Décret n° 2005-1551 du 6 décembre 2005 *relatif à la consultation des électeurs et pris pour l'application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 (JORF 13 décembre 2005, p. 19169)*
- Décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 *relatif aux concessions de plage (JORF 28 mai 2006, p. 7981)*
- Arrêté du 2 juillet 2001, *portant création du Comité d'orientation pour la simplification du langage administratif (COSLA) (JORF 3 juillet 2001, p. 10624)*
- Arrêté du 5 mars 2003 *relatif aux teneurs maximales en goudron, nicotine et monoxyde de carbone des cigarettes, aux méthodes d'analyse, aux modalités d'inscription de ces teneurs et de vérification de l'exactitude des mentions portées sur les conditionnements ainsi qu'aux modalités d'inscription des avertissements de caractère sanitaire sur les unités de conditionnement des produits du tabac (JORF 9 mars 2003, p. 4159)*
- Circulaire du 15 septembre 2004, NOR LBL B 0410075 C, *relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « liberté et responsabilités locales », p. 11 ([http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/Presentation\\_DGCL/intercommunalites/Pdf/Interco\\_2004-Compleet.pdf](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/Presentation_DGCL/intercommunalites/Pdf/Interco_2004-Compleet.pdf))*

Circulaire du 29 novembre 2005 *relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales* (JORF n° 291 du 15 décembre 2005, p. 19271)

Circulaire (DIACT) du 23 mars 2006 *relative à la préparation des contrats de projets Etat-Région* 2007-2013  
([http://www.diact.gouv.fr/datar\\_site/datar\\_CPER.nsf/\\$ID\\_Dossier/CLAP-6NJCCCL](http://www.diact.gouv.fr/datar_site/datar_CPER.nsf/$ID_Dossier/CLAP-6NJCCCL))

## **6 – DROIT COMMUNAUTAIRE, EUROPEEN ET INTERNATIONAL**

Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, annexé au traité d'Amsterdam, JOCE C 340, 10 novembre 1997

Règlement CE n° 761/2001 du 19 mars 2001 *permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS)*, JOCE n° L 114 du 24/04/2001 p. 0001 - 0029

Recommandation n° 1666 (2004) adoptée le 23 juin 2004 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe*

Convention du 4 juin 1992 *sur les changements climatiques* (entrée en vigueur le 21 mars 1994)

Convention du 5 juin 1992 *sur la diversité biologique* (entrée en vigueur le 29 septembre 1994)

Déclaration de Rio de Janeiro de juin 1992

## **7 – AUTRES TEXTES JURIDIQUES**

Convention particulière « Culture », prise en application du volet 3-2 « L'action régionale, développement de l'attractivité (programme 3-2-3) » du IV<sup>e</sup> contrat du plan entre l'Etat et la Région du Limousin, signé le 26 juin 2000  
(<http://www.limousin.culture.gouv.fr/pageshtmlsitedrac/contratdeplan.htm>)



# INDEX

*Les numéros renvoient aux paragraphes ou à des notes de base de page si cela est précisé.*

## A

**Abrogation** *note 96, 220, 243, 784, note 525*

\_ des actes administratifs *174*

**Acte créateur de droit** *104, note 506, 818*

**Adaptabilité** *658 et s., 798, 859, 913*

**Adaptation** *659 et s., 673, 894*

\_ mineures *91*

\_ normative *683-686, 766-775, 787, 794, 796, 831*

**Amendement** *880, 888-892*

**Assimilation adaptée** *683, 685, 774*

**Autonomie** *426, 429, 468, 659-660, 773*

\_ conceptuelle *15, 19, 22, 222, 228*

\_ de la notion de norme permissive *208 et s.*

\_ financière *741-742*

\_ institutionnelle et procédurale *292*

\_ normative *787*

\_ locale *738-739*

Statut d' \_ *689-690, 775, 794*

**Autorisation** *78*

\_ préalable *55, 158, 172, 189, 273-274, 498-501*

**Autorité administrative indépendante** *204, 419, 424, 539*

## B

**Bilan** (théorie du) *620-629*

**Bilatéral** (*v. droit*)

## C

**Carte communale** *822 (v. MARNU)*

**Certificat d'urbanisme** 171

**Chef de file** 757 *et s.*

**Circulaire** 21, 328 *et s.*

\_ impérative 329 *et s.*

**Clarté** (de la loi) 801 *et s.*

**Clause générale de compétence** 745 *et s.*

**Clôture** (de l'ordre juridique) 15, *note* 96, 154-160

**Co-détermination** 136, 540, 542, 573

**Collectivité**

\_ à statut particulier 830, 666 *et s.*, 674 *et s.*

\_ d'outre-mer (COM) 681 *et s.*, 690

\_ territoriale unique 672, 679, 686-687, 748

**Commandement** 1, 7, 21, 137, 300 *et s.*, 322-323, 334, 396, 426 *et s.*, 432, 465, 471, 520, 825

**Communauté**

\_ d'agglomération 697, 699, 707, 717, 725-726

\_ de communes 695, 704 *et s.*, 716-717, 725-726

\_ urbaine 697-699, *note* 1687

**Compétence**

\_ discrétionnaire 576-583, 594, 598, 788

\_ facultative (d'un EPCI) 720, 727

\_ facultative conditionnée 613, *notes* 1415-1416

\_ liée 69, 71, 171, 248, 501, 523, 535, 543, 546, 577-582, 708, 791, 872, 907

\_ obligatoire (d'un EPCI) 724-726

\_ optionnelle (d'un EPCI) 726

« \_ permissive » 152, 257, 522 *et s.*, 576, 583 *et s.*, 595-596, 608-609, 619-621, 637-638

\_ réglementée 580, 582 *et s.*, 612, 637

**Complétude** (de l'ordre juridique) 154-160

**Complexe normatif** 278-281

**Concertation** 445, *note* 1115

**Condition légale** 112, 589 *et s.*, 644

**Conditionnement** (des facultés ouvertes) 263, 265, 497, 518, 563-564, 580, 593, 594, 609, 617, 684, 833

**Confiance légitime** 802-803, 807

**Constitution rigide** 673

**Constructibilité limitée** 194, 413, 593, 823

**Contexte d'édition** 78, 186 *et s.*

**Continuité territoriale** 699, 714 *et s.*

**Contractualisation** 407, 474-475, 747

**Contrôle**

\_ de proportionnalité 620 *et s.*, 806

\_ dissymétrique 609 *et s.*

\_ normal 609 *et s.*, 626

\_ restreint 597 *et s.*, 609 *et s.*, 637

\_ restreint limité 605 *et s.*

**Convention** 471, 473, 483, 488

\_ de concession 487

\_ européenne des droits de l'homme 178, 583, 618, 620, 801

**Coopération renforcée** 835 *et s.*

**Corse** 277-278, 664 *et s.*, 668 *et s.*, 675-679, 768, 770, 863-864

**Couple droit/obligation** 242

**Création** (de collectivité territoriale) 664 *et s.*, 680

**D**

**Débat public** 445, 447, 908-909

**Décision exécutoire** 15, 383 *et s.*

**Déféré préfectoral** 92 *et s.*, 129

**Délai**

\_ de carence 279

\_ d'option 366

\_ de recours 173, 813 *et s.*, 818

\_ de transposition 296

**Délégation**

\_ de compétence 528 *et s.*, 796

\_ de signature 488, 529, 532

\_ informelle/\_ de fait 535 *et s.*, 549, 565

**Déréglementation** 400-402, 412-413, 419

**Dérogation** 188 *et s.*, 220, 243, 248, 290, 350, 354, 414, 499, 537, 611, 621, 766 *et s.*, 793, 832, 847-848, 869, 883 *et s.*, 894 *et s.*

contrôle 625 *et s.*

**Désobéissance légitime** 101-102

**Différenciation** 766, 774, 784, 825-826, 831, 833-834, 839 *et s.*, 844, 852, 857

\_ statutaire 674 *et s.*

**Directive**

\_ administrative 288 *et s.*, 821-822

\_ communautaire 292 *et s.*

**Discrimination positive** 852 *et s.*

**Dispense** (administrative) 165, 869

**Dissolution**

droit de \_ 117, 279

EPCI 718

**Droit** 100 *et s.*

\_ bilatéral 37 *et s.*, 105 *et s.*

\_ communicationnel 466 *et s.*

\_ -créance *note* 316

« \_ de »/« \_ à » 103 *et s.*

**E**

**Effectivité**

\_ du droit permissif 113, 874 *et s.*

\_ des facultés ouvertes 168 *et s.*

**Effet**

\_ modificatoire 313, 457

\_ impératif 315, 379

**Efficacité**

comme légitimation 400 *et s.*, 433, 785

\_ de l'action administrative 436-438

\_ de la justice 415

\_ et subsidiarité 749, 755-756

**Egalité**

\_ des Etats membres 835, 849

- \_ de traitement 854
- \_ devant la loi 849, 851
- \_ devant les charges publiques 639, 648-649
- \_ réelle 851 *et s.*
- principe d' \_ 825 *et s.*
- rupture d' \_ 826-859

**Enquête publique** 366, 445 *et s.*

**Erreur manifeste**

- \_ d'adéquation 602 *et s.*
- \_ d'appréciation 112, 354, 598 *et s.*, 705

**Evaluation** 159, 756

- \_ contentieuse 354, 599
- en matière d'expérimentation 779-780

**Exception**

- \_ d'illégalité 814-817
- « faculté- \_ » (*v. faculté*)

**Exécution** 543, 638 *et s.*, 811, 825, 861, 874

- \_ forcée 356, 363 *et s.*, 376-390
- \_ d'office 387
- \_ sursis à/suspension d' \_ 15, 79, 94-95, 112, 192, 368 *et s.*, 387, 652

**Expérimentation**

- \_ informelle 755
- \_ locale 754, 778 *et s.*, 787-792, 828-830, 840, 845-847, 876

**F**

**Facultatif/ve** 69, 91, 95, 413-414, 511, 531, 545, 578, 647, 688, 755, 785, 837, 863, 883, 892

- consultation \_ 254-255, 261, 280
- impératif \_ 282 *et s.*, 316
- foncteur 32 *et s.*, 77, 81 *et s.*, 106, 152, 213
- usage \_ (*v. facultativité*)
- (*v. discriminations positives*)

**Facultativité** 326, 366, 467

**Faculté**

- critère 74 *et s.*

« \_-exception » 186 *et s.*

\_ ex nihilo 200 *et s.*

\_ expresse 168 *et s.*

\_ implicite 163 *et s.*

### **Faute**

\_ disciplinaire 585, 589, 603

\_ dans l'exercice d'une faculté 638 *et s.*

### **Flexibilité**

\_ dans la construction européenne 835, 841

\_ du droit permissif 798 *et s.*, 858

**Foncteur** 36 (*v. logique déontique*), 122, 127, 227, 347

### **Fonction**

\_s des normes permissives 19, 22, *note* 96, 50 *et s.*, 243, 350, 883

\_ indicative 22, *note* 96, 169

### **Fusion**

\_ de communes 130, 201

\_ de DOM/ROM 679

\_ d'EPCI 718-721

## **G**

**Grâce** (droit de) 508, *note* 1440

**Grief** (acte faisant) 291, 328-333, 823

## **H**

### **Habilitation**

\_ et délégation 526 *et s.*

\_ législative 788 *et s.*, 793 *et s.*

loi d'\_ (art. 38 de la Constitution) 70, *note* 228, 796

norme d'\_ 65 *et s.*, 79, 107, 124, 152, 201, 514

\_ permanente (art. 74-1 de la Constitution) 70, 796

\_ permissive/impérative 69-73, 128, 204, 248, 664, 745

**Hétérogénéité substantielle** 161 *et s.*

## **I**

**Identité normative** 683, 687, 766, 771, 831-833

**Idéologie** 157, 324, 388, 396, 463, 495 *et s.*

### **Impératif/ve**

énoncé \_ 127 *et s.*

\_ et ordre public 59 *et s.*

norme \_/norme permissive 44 *et s.*

opposition \_/permissif 230 *et s.*

\_ préalable 185 *et s.*, 220, 274, 314, 714

### **Impérativisation** 336, 609

« dés- \_ » 412

### **Impérativisme** 211-227, 297 *et s.*

### **Impérativité**

\_ trompeuse 128 *et s.*

\_ défailante 137 *et s.*

\_ et supplétivité 59 *et s.*

(*v. circulaires*)

### **Inaction** 847, 850, 859, 864, 874 *et s.*

### **Incitation** 51, 113, 115, 140, 316, 326, 336, 406-423, 753, 840

\_ et intercommunalité 693 *et s.*

### **Incompétence négative** 72, 354, 549 *et s.*, 759

### **Indifférence**

Concept d' \_ 109 *et s.*, 349

### **Intelligibilité de la loi** 801-808

### **Intercommunalité** 692 *et s.*

### **Interdéfinissabilité** 227 *et s.*

### **Interférence** 166, 176, 225, 249

### **Interprétation**

\_ authentique 8, 16, 134, 146, 169, 509

\_ des énoncés normatifs 6 *et s.*, 134, 136, 146, 169

\_ et interdéfinissabilité 231 *et s.*

principe d' \_ 148, 154 *et s.*

\_ réaliste 134, 236

(*v. circulaires*)

**Intervention normative** (locale) 768 *et s.*

**Interventionnisme étatique** 410

## **L**

**Leadership permissif** 438-439

**Légalité**

\_ externe 596, 645

\_ interne 596 *et s.*

contrôle de \_ 92

**Légistique** *note* 384, 164, 893-894

**Liberté**

\_ contractuelle 479 *et s.*, 740

\_ de détermination 119, 352, 377, 378, 510, 640, 842, 846, 859 *et s.*, 881

\_s publiques 16, 54 *et s.*, 78, 86, 103, 157-158, 170, 178, 223, 419, 498 *et s.*, 557, 581, 631, 773, 795

**Libre administration** 410, 482, 546, 555, 558, 664, 694, 701, 709, 722-723, 728, 731, 733-746, 749, 761 *et s.*, 766, 782, 786, 904

**Licéité** 113, 349, 353, 811, 899

**Licence** 1, 47, 55, 83, 495, 499, 543

**Licite** 53, 78, 116, 157, 187, 198, 262, 306, 352, 368

**Logicisme** 244, 347

**Logique déontique** 30 *et s.*, 43, 81, 106, 109 *et s.*, 115, 121, 227, 251, 320, 338, 341, 544, 874

**Loi du pays** 775

## **M**

**Maine** (loi de) 474

**MARNU** (modalités d'application du règlement national d'urbanisme) 413, 822 *et s.*

**Modèle** 339 *et s.*

\_ d'évaluation 6, 339, 342, 351 *et s.*, 374

\_ de qualification 388, 478

\_ de référence 5

\_ normatif 346 *et s.*

**Motion**



\_ de censure 511

\_ de défiance constructive 277

## **N**

**Nomenclature** (des collectivités territoriales) 663 *et s.*

### **Normativité**

approche impérativiste 297 *et s.*

approche non déontique 338 *et s.*

### **Norme**

définition générale 2 *et s.*

\_ éthique 4-6

\_ générale exclusive 148 *et s.*, 203

**Négociabilité** (de l'application de la règle de droit) 86

## **O**

**Obligation d'agir** (police administrative) 634 *et s.*

**Obligation positive** 168, 177 *et s.*, 315, 905

### **Obligatoire**

effet \_ 279, 284, 357, 374 *et s.*, 387

**Obligoriété** 319 *et s.*, 396, 422, 464 *et s.*, 494

### **Option** 108

\_ de principe 883

**Ordonnance** (art. 38 de la Constitution) 70, 530, 551, 796, 884-885

signature 16, 134, 509

**Ordre public** 48, 60 *et s.*, 111, 262, 285, 474, 476, 513 *et s.*, 520, 630 *et s.*, 648, 773

**Organisation décentralisée de la République** 16, 450, 659, 761, 766, 829, 905

## **P**

**Partenariat** 400 *et s.*, 432, 471, 477

**Participation** (des administrés) 396-397, 405, 407, 414, 420, 431 *et s.*, 903

**Périmètre** (EPCI) 694, 701-708, 711 *et s.*

### **Permis** 77

en logique déontique 30 *et s.*

tout ce qui n'est pas interdit est \_ (*v. norme générale exclusive et principe de prohibition*)

**Permission** 77

« \_ forte »/ « \_ faible » 143 *et s.*

**Permissivité**

\_ -alibi 902 *et s.*

sens courant 10

sens juridique 11 *et s.*

**Pétition** (droit de) 453, 458, 866, 905 *et s.*

**Police administrative** 501, 513, 581, 630 *et s.*

**Post-modernité** 306, 402

**Pouvoir** 79, 123 *et s.*

\_ et habilitation 68

\_s publics constitutionnels 507 *et s.*

**Potestatif** (caractère) 105 *et s.*, 112, 315

**Prérogatives de puissance publique** 513 *et s.*

**Prescriptif/ve** 21, 45 *et s.*,

disposition non \_ 45, 345, 469, 755

**Prescription**

\_ spéciale 112, 259, 518, 581, 590 *et s.*, 612 *et s.*, 644

**Prévisibilité** (de la règle de droit) 800 *et s.*

**Principe de prohibition** 148 *et s.*

**R**

**Réductionnisme** 210 *et s.*, 425, 573

**Référendum local** 434, 439

« \_ consultatif » 450-453

\_ décisionnel 454-462

**Référé-suspension** 94 *et s.*, 369, 389

**Règle**

\_ /norme 6, 9

**Règlement national d'urbanisme** (RNU) 15, 48, 61-62, 90, 112, 171, 202, 264, 413, 518, 581, 590, 611, 615, 625, 744, 822 *et s.*

**Régulation** (droit de) 417 *et s.*

**Responsabilité**

\_ administrative 639 *et s.*

\_ pour faute 640-648

\_ sans faure 648-649

\_ civile 650-655

### **Retrait**

\_ acte administratif 174, 818-819

\_ EPCI 706, 715-718

droit de \_ 102

**Réunion** (DOM/ROM) 530, 686, 774

**Révision** (de la Constitution) 663, 886-887

## **S**

**Sanction** 46, 136 *et s.*, 182, 302 *et s.*, 342 350 *et s.*, 410, 419, 424, 539, 546, 739, 861-862

\_ disciplinaire 538, 585, 602-603

pouvoir de \_ 204, 487

**Sécurité juridique** 22, 636, 799, 801 *et s.*, 810 *et s.*

**Soft law** 113, 308-309, 315-316, 326, 343

**Spécialité législative** 70, 455, 688

### **Subsidiarité**

collectivités territoriales 748 *et s.*

partenariat 402, 406

**Substitution** (faculté de) 668 *et s.*

**Supplétive** (norme) 59 *et s.*, 321, 325, 350

## **T**

### **Tolérance**

\_ administrative 165, 224, 869

Von Wright 224

### **Tutelle**

autorité de \_ 381, 475

\_ entre collectivités territoriales 757 *et s.*

## **U**

**Unilatéralisme** 396, 432 *et s.*, 477

**Unité catégorielle** 676, 687, 784

**V**

**Validation législative** *901*

**Violation** *4, 46-47, 111, 137 et s., 351, 355, 365, 599, 650 et s.*

# TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	4
ABREVIATIONS ET SIGLES	5
SOMMAIRE	8
INTRODUCTION	10
PREMIERE PARTIE – L’IDENTIFICATION DE LA NORME PERMISSIVE DANS LE DROIT PUBLIC	33
TITRE PREMIER – LA CARACTERISATION DU PHENOMENE	35
CHAPITRE 1 – LA RECHERCHE D’UNE DEFINITION GENERIQUE	36
Section 1 – Les apports limités du constat doctrinal	36
§ 1 – Le socle élémentaire de la logique déontique	36
A – L’émergence d’une logique des normes	37
B – <i>Le permis bilatéral</i> , expression de la permissivité normative	42
§ 2 – Une appréhension doctrinale ambiguë	47
A – Des grilles de lecture complémentaires du droit	48
1 – Une lecture binaire du droit	48
2 – Une approche finaliste du droit	53
B – Des distinctions incertaines	58
1 – Norme permissive et norme supplétive	58
2 – Norme permissive et norme d’habilitation	63
Section 2 – Une définition construite sur la notion de <i>faculté</i>	68
§ 1 – L’adéquation de la notion de <i>faculté</i> aux exigences d’une définition générale	69
A – Un critère neutre	69
1 – Le rejet de termes trop circonstanciés	69
2 – Le recours à la notion de faculté	74
B – Un critère unifiant. L’exemple des bénéficiaires de facultés	76

1 – Les personnes privées	76
2 – Les personnes publiques	79
§ 2 – La pertinence de la notion de <i>faculté</i> au regard du concept de permissivité normative	84
A – Un critère discriminant	84
1 – Le rejet du terme droit	84
2 – La dimension potestative de la faculté	89
B – Une traduction du concept d’indifférence	92
1 – Un concept issu de la logique déontique	92
2 – Un concept relatif	96
 Conclusion du chapitre	 99
 CHAPITRE 2 – UNE CATEGORIE POLYMORPHE	 100
Section 1 – Une inconstance formelle	100
§ 1 – Les limites d’une approche formaliste	100
A – Le verbe <i>pouvoir</i> , un indice peu fiable	101
B – Les normes permissives procédant d’énoncés normatifs impératifs	104
1 – L’impérativité trompeuse	104
2 – L’impérativité défailante	112
§ 2 – Le caractère exprès ou tacite des normes permissives	116
A – La distinction entre « permission forte » et « permission faible »	117
B – La maxime <i>Tout ce qui n’est pas interdit est permis</i>	119
1 – Une norme permissive éventuelle	120
2 – Une formule de clôture de l’ordre juridique	124
 Section 2 – Une hétérogénéité substantielle	 128
§ 1 – La garantie variable des facultés reconnues	129
A – Les garanties incertaines des facultés implicites	129
B – La garantie organisée des facultés expresses	132
1 – La formalisation : des garanties renforcées	132
2 – Les facultés assorties d’une obligation positive de garantie	139
§ 2 – Un contexte d’apparition équivoque	143
A – La thèse dominante : un impératif préalable	144
1 – Une « faculté-exception »	144

2 – Des normes permissives non-indépendantes	150
B – L'existence de facultés <i>ex nihilo</i>	151
Conclusion du chapitre	156
Conclusion du titre	156
TITRE SECOND – L'AUTONOMIE DE LA NOTION	157
CHAPITRE 1 – UN POSSIBLE AFFRANCHISSEMENT DE LA NOTION D'OBLIGATION	158
Section 1 – L'irréductibilité à une expression de l'obligation	158
§ 1 – Les thèses avancées	159
A – L'obligation niée	159
1 – La norme permissive, produit d'une absence d'obligation	159
2 – La norme permissive, négation active d'une obligation	162
B – L'obligation d'autrui	164
§ 2 – Les limites de l'interdéfinissabilité des normes	168
A – Une démarche incertaine	168
1 – La nature réelle de l'opposition impératif/permissif	168
2 – L'identification aléatoire de l'absence d'impératif	171
B – Une démarche inadaptée	173
1 – Un excès de simplification	173
2 – Une infidélité à l'objet étudié	177
Section 2 – Une dimension contraignante non déterminante	181
§ 1 – Les éléments introduisant une contrainte dans les modalités d'exercice de la faculté ouverte	181
A – L'influence d'une procédure de consultation préalable	182
B – L'assignation de buts à la mise en œuvre d'une faculté	187
§ 2 – Le potentiel contraignant des normes permissives quant à leur destinataire	191
A – La combinaison de dispositions impératives et permissives	192
1 – Les facultés procédant d'autorisations administratives préalables	192
2 – Les facultés directement ouvertes dans le droit positif	194
B – Les normes « hybrides »	197
1 – Les impératifs facultatifs	198

2 – Les liens ambigus des notions de directive et de norme permissive	200
a – La directive administrative	200
b – La directive communautaire	203
Conclusion du chapitre	207
CHAPITRE 2 – LA RESISTANCE A UNE APPROCHE CLASSIQUE DE LA NORMATIVITE	208
Section 1 – L’obstacle surmontable d’une conception impérativiste de la normativité	208
§ 1 – La vigueur de l’impératif dans les discours sur la normativité	209
A – L’attachement doctrinal pour la notion d’impératif	209
1 – L’idée dominante du droit impératif	209
2 – Une conception actualisée	213
B – Une approche pénalisante pour les normes permissives	215
§ 2 – La conciliation possible de la permissivité et de la normativité	221
A – La nécessité de distinguer le contenu de la valeur des normes juridiques	221
1 – Impérativité et obligatorité de la norme juridique	222
2 – Le critère fuyant de l’impérativité des circulaires administratives	228
B – L’intérêt d’une conception non déontique de la normativité	236
1 – La norme juridique en tant que modèle	236
2 – La permissivité comme modèle normatif	242
a – La nature du modèle normatif permissif	242
b – Un modèle d’évaluation concevable	245
Section 2 – La fausse controverse sur l’exécution des normes permissives	248
§ 1 – La recherche d’une définition pertinente de la notion d’exécution	249
A – Une piste classique mais insuffisante : la réalisation du discours normatif	249
1 – Une définition intuitive	250
2 – L’inadaptation comme lacune	253
B – L’exécution appréhendée en termes d’effets	256
§ 2 – L’impossible exécution forcée, particularisme déterminant de la norme permissive	260
A – D’une « limite logique » à une limite de principe	260
B – Une limite non exclusive de caractère exécutoire	264
Conclusion du chapitre	270
Conclusion du titre	270



Conclusion de la première partie	271
<b>SECONDE PARTIE – LES IMPLICATIONS DE LA NORME PERMISSIVE SUR LE DROIT PUBLIC</b>	<b>272</b>
<b>TITRE PREMIER – IMPLICATIONS QUANT AU RAPPORT AU DROIT</b>	<b>273</b>
<b>CHAPITRE 1 – UN FACTEUR INCERTAIN D’ÉROSION DE LA CONTRAINTE NORMATIVE</b>	<b>274</b>
Section 1 – Une catégorie normative connotée ?	275
§ 1 – Une présence implicite dans les discours sur les mutations de l’État et du droit	275
A – Les mutations de la figure étatique : points d’ancrage envisageables de la norme permissive	275
1 – L’avènement progressif du partenariat	276
2 – Un cadre théorique favorable à la norme permissive	282
B – Les mutations de la technique normative : la norme permissive en filigrane	289
1 – Un instrument compatible avec le « droit de régulation »	290
2 – Une forme évidente d’alternative au droit comme commandement	295
§ 2 – Un instrument de promotion de la participation des administrés aux choix publics	297
A – Le remise en cause de l’unilatéralisme normatif	297
1 – La participation comme voie de légitimation du droit	298
2 – Du caractère permissif de la participation	302
B – Une faculté d’intervention graduelle sur le processus décisionnel	305
1 – La faculté d’émettre des observations	306
2 – La faculté de formuler un avis	309
3 – La faculté de décider	312
Section 2 – Une technique normative parmi d’autres	317
§ 1 – L’irréductibilité de l’érosion de la contrainte normative à la norme permissive	318
A – Les formes alternatives d’érosion de la contrainte normative	318
1 – L’enracinement d’un « droit communicationnel »	318
2 – Le paradigme du contrat	322
B – La complémentarité possible du procédé contractuel et de la norme permissive	326
1 – Norme permissive et liberté contractuelle	326
2 – Norme permissive et engagement contractuel	330

§ 2 – Une filiation idéologique discutable	335
A – Le régime d'exercice contraignant de certaines facultés ouvertes aux administrés	335
B – L'existence de formes de permissivité « autoritaire »	341
1 – La reconnaissance de facultés aux pouvoirs publics constitutionnels	341
2 – L'attribution de prérogatives de puissance publique	344
Conclusion du chapitre	349
CHAPITRE 2 – LA SOURCE D'UNE « COMPÉTENCE PERMISSIVE » DE L'ADMINISTRATION	350
Section 1 – La « compétence permissive » ou les implications de la simple faculté d'agir	350
§ 1 – Une écriture du droit en deux temps	350
A – Une fragmentation de la compétence normative	351
1 – L'ouverture législative de la faculté : une délégation de fait ?	351
a – Norme permissive et délégation formelle	351
b – Norme permissive et délégation informelle	355
2 – La mise en œuvre administrative de la faculté : de la liberté d'agir à la responsabilité de décider	360
B – Un transfert échappant au contrôle de l'incompétence négative du législateur	364
1 – La notion d'incompétence négative	364
2 – La lois permissives préservées du grief d'incompétence négative	366
3 – Une posture réaliste du Conseil constitutionnel	370
§ 2 – La reconnaissance d'une compétence plus ou moins empreinte de pouvoir discrétionnaire	373
A – La norme permissive comme source reconnue de pouvoir discrétionnaire	373
B – La norme permissive comme vecteur incertain de compétence discrétionnaire	378
1 – Unité du pouvoir discrétionnaire et variété des natures de compétence	378
2 – La « compétence permissive » : rarement discrétionnaire, souvent réglementée	383
a – La prédétermination du choix de l'autorité administrative	384
b – La liaison de l'exercice d'une faculté à une condition légale	386
Section 2 – L'adaptation du contrôle juridictionnel	390
§ 1 – La démarche pragmatique du juge de l'excès de pouvoir	390
A – Le contrôle restreint de l'exercice de la « compétence permissive »	391
1 – Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation	391

2 – Le contrôle restreint limité	395
B – Le contrôle dissymétrique, modalité du contrôle normal de l'exercice de la « compétence permissive »	397
C – Le contrôle approfondi de l'exercice de certaines facultés	404
1 – Un contrôle compatible avec le principe d'une « compétence permissive »	405
2 – Le contrôle « liant » des mesures de police administrative	410
§ 2 – La question de la responsabilité du fait de l'exécution des normes permissives	415
A – L'admission d'une responsabilité administrative	415
B – La responsabilité civile pour violation d'une règle permissive de droit public	421
Conclusion du chapitre	425
Conclusion du titre	425
TITRE SECOND – IMPLICATIONS QUANT A L'ADAPTABILITE DU DROIT	426
CHAPITRE 1 – L'ACCOMPAGNEMENT PERMISSIF DE L'EMANCIPATION LOCALE : ADAPTATION ET AUTONOMIE	427
Section 1 – La détermination permissive des acteurs locaux	428
§ 1 – Un cadre constitutionnel permissif	429
A – La nomenclature ouverte de l'article 72 de la Constitution	429
1 – La faculté de création de nouvelles collectivités territoriales	429
2 – La faculté de substitution d'une collectivité à une autre	432
B – La faculté de différenciation statutaire	435
1 – La consécration de la notion de collectivité à statut particulier	435
2 – La dilution du régime statutaire des collectivités ultramarines	438
§ 2 – L'empreinte de la norme permissive dans le droit de l'intercommunalité	445
A – Un dispositif incitatif construit sur des normes permissives	446
1 – La permissivité normative, traduction du principe du volontariat local	446
2 – La permissivité normative, moyen du volontarisme étatique	449
B – La norme permissive, instrument de la modularité de l'intercommunalité	454
1 – La modularité du périmètre des établissements publics de coopération intercommunale	455
2 – La modularité des compétences des établissements publics de coopération intercommunale	460

Section 2 – L’encadrement permissif de l’action locale	467
§ 1 – La définition et l’aménagement des compétences des collectivités territoriales	468
A – Une définition permissive impliquée par la libre administration	468
B – Des mécanismes permissifs visant une répartition efficace des compétences locales	477
1 – Le principe de subsidiarité : un impératif relatif	477
2 – La notion de collectivité « chef de file » : une faculté induite par la constitutionnalisation de la prohibition de la tutelle entre collectivités territoriales	483
§ 2 – Le cadre permissif d’une « territorialisation » du droit	487
A – Des prérogatives normatives permissives reconnues aux collectivités territoriales	488
1 – Des facultés étendues d’intervention normative	488
2 – La faculté d’expérimentation locale	494
B – Une émancipation normative contenue	500
Conclusion du chapitre	506
CHAPITRE 2 – LES RISQUES DUS A LA FLEXIBILITE DE LA NORME PERMISSIVE	507
Section 1 – Des risques d’ordre théorique : l’atteinte à des principes de bonne législation	507
§ 1 – La norme permissive et la prévisibilité du droit	508
A – L’exigence de prévisibilité de la règle de droit	508
B – L’indétermination de la norme permissive : un insoutenable aléa ?	514
1 – Le déploiement d’une contrainte temporelle sur les facultés ouvertes	515
2 – Le déploiement d’une contrainte au fond sur les facultés ouvertes	518
§ 2 – La norme permissive, vecteur d’un droit inégalitaire ?	521
A – La rupture d’égalité impliquée par la norme permissive	522
1 – Une rupture d’égalité dans le droit des collectivités territoriales	522
2 – La rupture d’égalité inhérente aux coopérations renforcées	526
B – Une rupture d’égalité relative	531
1 – Une rupture d’égalité extra-normative	531
2 – Les liens de la norme permissive avec la recherche d’une égalité réelle	534
Section 2 – Des risques d’ordre pratique liés à l’usage des normes permissives	538
§ 1 – Les effets pervers de la liberté de détermination	539

A – L’influence possible d’éléments de fait sur l’exercice des facultés ouvertes	539
1 – Une influence dissuasive	539
2 – La norme permissive, règle potentiellement négociable	542
B – La liberté de ne pas agir, une limite de la notion d’effectivité rapportée à la norme permissive	545
§ 2 – Le vecteur d’une potentielle dénaturation du droit	549
A – Le dénaturation de procédures constitutionnelles	549
B – L’instrument de stratégies normatives ambivalentes	555
1 – Un facteur d’affaiblissement de règles impératives	556
2 – La norme permissive alibi ?	560
Conclusion du chapitre	566
Conclusion du titre	566
Conclusion de la seconde partie	567
CONCLUSION GENERALE	568
BIBLIOGRAPHIE	570
1 – Traités, précis, manuels, cours	570
2 – Ouvrages généraux, monographies	573
3 – Articles	579
4 – Thèses, mémoires	600
5 – Rapports, documents parlementaires, discours	601
6 – Dictionnaires, encyclopédies, répertoires	603
7 – Ressources en ligne	603
JURISPRUDENCE CITEE	605
1 – Conseil constitutionnel	605
2 – Tribunal des conflits	610
3 – Conseil d'Etat	610
4 – Cours administratives d'appel	622
5 – Tribunaux administratifs	623
6 – Cour de cassation	624
7 – Cours d'appel	624
8 – Tribunal de grande instance	624
9 – Cour européenne des droits de l'homme	624

10 – Cour de justice des communautés européennes / Tribunal de première instance	625
11 – Autres juridictions	626
12 – Commission nationale du débat public	626
TEXTES JURIDIQUES CITES	627
1 – Lois constitutionnelles	627
2 – Lois organiques	627
3 – Lois ordinaires	627
4 – Ordonnances	630
5 – Décrets / arrêtés / circulaires	631
6 – Droit communautaire, européen et international	632
7 – Autres textes juridiques	632
INDEX	633

La notion de norme permissive est présentée comme contradictoire : comment une norme juridique pourrait-elle ne rien imposer à son destinataire ? Sa présence dans le droit public est d'autant plus incertaine que la discipline est réputée empreinte d'unilatéralisme et marquée par l'*imperium* de la puissance publique.

L'identification de la norme permissive constitue donc une première étape de l'appréhension de la notion en droit public. Elle suppose d'élaborer une définition générique de la notion et, surtout, de démontrer que la conception selon laquelle la norme juridique est nécessairement un impératif assorti de la menace d'une sanction peut être écartée au profit d'une approche plus neutre, permettant d'envisager l'autonomie de la notion de norme permissive.

Cette assise théorique est d'autant plus nécessaire qu'elle permet de mieux apprécier les implications de la catégorie des normes permissives sur le droit public. D'une part, des implications quant au rapport au droit : elles marqueraient une érosion de la contrainte normative et seraient significatives des nouveaux modes d'action de l'Etat et des mutations du droit. S'il convient de relativiser cette idée, il faut, en revanche, souligner leur impact sur la responsabilisation de ceux auxquels elles ouvrent une simple faculté. D'autre part, la norme permissive incarne un droit adaptable, dont l'intérêt se manifeste particulièrement dans le droit des collectivités territoriales. Toutefois, cette souplesse n'est pas exempte de risques, tant sur le plan théorique que sur le terrain pratique.

The notion of permissive norm is presented as contradictory: how could a legal rule not impose anything to its addressee ? Its presence in the public law is all the more vague as the discipline is considered printed by unilatellarism and marked by the imperium of public power.

The identification of the permissive norm thus constitutes a first stage of the apprehension of the notion in public law. It supposes to elaborate a generic definition of the notion and especially to demonstrate the conception according to which legal rules are inevitably imperatives accompagnied with the threat of a penalty can be dismissed for a more neutral approach, allowing to envisage the autonomy of the notion of permissive norm.

These theoretical bases are necessary to appreciate the implications of the category of permissive norms on the public law. On one hand, implications in the relation to the law : they would mark an erosion of the normative constraint and would be significant of new modes of action of the State and evolutions of law. If this idea is challengeable, it is necessary to underline the impact of permissive norms on the responsabilisation of those to whom they open a simple faculty. On the other hand, permissive norms incarnate an adaptable law, which interest arises in local authorities field. However, this flexibility is not exempt from risks, both on the theoretical and the practical plans.