

UNIVERSITÉ DE LIMOGES

Ecole Doctorale n° 88 Pierre Couvrat

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques

THÈSE

POUR L'OBTENTION DU GRADE DE
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 7 décembre 2012 par

Julien BETAÏLLE

***LES CONDITIONS JURIDIQUES DE L'EFFECTIVITE DE LA NORME
EN DROIT PUBLIC INTERNE :
illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement***

Thèse dirigée par

M. Michel PRIEUR,

Professeur émérite à l'Université de Limoges, Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

JURY

Rapporteurs

Mme Marie-Anne COHENDET, *Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

M. Yves JEGOUZO, *Professeur émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ancien conseiller d'Etat en service extraordinaire*

Examineurs

M. Eric MILLARD, *Professeur à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense*

M. Gérard MONEDIAIRE, *Professeur à l'Université de Limoges*

Mme Catherine TEITGEN-COLLY, *Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

L'Université de Limoges n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Mes remerciements s'adressent, en priorité, à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Michel Prieur, pour la rigueur et l'ouverture d'esprit avec laquelle il a dirigé mes recherches, pour son enthousiasme et la générosité avec laquelle il partage sans cesse son expérience précieuse ainsi que pour son soutien et la confiance qu'il a su discrètement me témoigner.

Je tiens également à exprimer toute ma reconnaissance à Monsieur le Professeur Gérard Monédiaire pour sa bienveillance, ses conseils précieux et le soutien qu'il a bien voulu m'apporter.

Plus largement, mes remerciements s'adressent aux nombreuses personnes qui, par leurs conseils, leur soutien ou, tout simplement, par leur amitié, ont activement contribué à ce que cette thèse de doctorat puisse voir le jour.

J'adresse plus intimement mes remerciements à ma sœur Adeline qui a accepté la tâche fastidieuse de relire ce travail et dès lors celle de se résigner à appréhender les subtilités de la langue du Droit. Je la remercie également pour m'avoir souvent, malgré elle mais avec toute sa générosité, ouvert la voie.

Mes remerciements se dirigent aussi vers mon ami Jean-Marc qui fait partie de ces rencontres éclairantes que l'on fait à l'Université.

Enfin, que celle qui m'a accompagné durant les moments les plus difficiles trouve ici toutes les marques de ma reconnaissance et de mon affection.

A mes parents,

SOMMAIRE

PARTIE I : LES CONDITIONS CLASSIQUES DE L'EFFECTIVITE

TITRE I : LA COHERENCE DE L'ORDRE JURIDIQUE

CHAPITRE I : LA RECEPTION DES NORMES D'ORIGINE EXTERNE

CHAPITRE II : L'ARTICULATION DES NORMES INTERNES

TITRE II : LA SANCTION DE LA NORME

CHAPITRE I : LA SANCTION PAR LA PUISSANCE PUBLIQUE

CHAPITRE II : LA SANCTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

PARTIE II : LES CONDITIONS AMPLIATIVES DE L'EFFECTIVITE

TITRE I : LA CONCEPTION DE LA NORME

CHAPITRE I : L'ELABORATION DE LA NORME

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA NORME

TITRE II : LA RECEPTION DE LA NORME

CHAPITRE I : LA RECEPTION DE LA NORME PAR SES DESTINATAIRES

CHAPITRE II : LA RECEPTION DE LA NORME PAR LE JUGE

Principaux sigles et abréviations

Abréviations relatives aux publications

AFDI : Annuaire français de droit international
AJDA : Revue *Actualité juridique du droit administratif*
APD : *Archives de philosophie du droit*
BJDU : Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
CCC : Cahiers du Conseil constitutionnel
CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Constr.-urb. : Revue *Construction – urbanisme*
Dalloz : Recueil Dalloz
DAUH : Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat
Droit adm. : Revue *Droit administratif*
Droit de l'env. : Revue *Droit de l'environnement*
EDCE : Etudes et documents du Conseil d'Etat
GACEDH : Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (PUF)
JCP A : La semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales
JCP G : La semaine juridique – Edition générale
LPA : Les Petites affiches
RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international
RDI : Revue de droit immobilier
RDP : Revue du droit public et de la science politique
REDE : Revue européenne de droit de l'environnement
RFAP : Revue française d'administration publique
RFDA : Revue française de droit administratif
RFDC : Revue française de droit constitutionnel
RGDIP : Revue générale de droit international public
RJE : Revue juridique de l'environnement
RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RSC : Revue de science criminelle
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

Abréviations relatives aux institutions

AAI : Autorité administrative indépendante
AN : Assemblée nationale
CA : Cour d'appel
CAA : Cour administrative d'appel
CADA : Commission d'accès aux documents administratifs
Cass. : Cour de cassation
CC : Conseil constitutionnel français

CE : Conseil d'Etat français
CIJ : Cour internationale de justice
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CNDP : Commission nationale du débat public
Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme
GRIDAUH : Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat
TA : Tribunal administratif
TC : Tribunal des conflits
TPIUE : Tribunal de première instance de l'Union européenne
UE : Union européenne

Divers

Concl. : conclusions
Chron. : chronique
Dact. : dactylographiée
Dir. : (sous la direction)
DUP : Déclaration d'utilité publique
Ed. : édition
Et al. : et les autres (auteurs)
ICPE : Installations classées pour la protection de l'environnement
Infra : voir plus bas
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JORF : Journal officiel de la République française
n° : numéro
Obs. : observations
op. cit. : œuvre citée précédemment
p. : page
PIG : Projet d'intérêt général
PLU : plan local d'urbanisme
QPC : Question prioritaire de constitutionnalité
s. : suivants
SCOT : Schéma de cohérence territoriale
Supra : voir plus haut
Rec. : recueil
TCE : Traité instituant la Communauté Européenne
TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE : Traité sur l'Union européenne
V. : voir
§ : paragraphe

INTRODUCTION

« Le droit dit "ce qu'il faut faire",
il ne peut pas dire "ce qu'on en fera" ».

Georges Vedel¹

1. La question de l'effectivité de la norme juridique est au cœur d'un paradoxe qui conduit nécessairement les juristes à s'interroger sur la fonction même du droit. D'un côté, le droit serait « *fait pour être appliqué* »². De l'autre, le « *destin du droit* » serait selon Denys de Béchillon « *de demeurer partiellement inefficace* »³. Ces deux visions ne sont pas opposées. Elles traduisent simplement des difficultés réelles à orienter le monde des faits vers celui de la norme. Pour Jean Rivero, il faudrait même « *se résigner à ce qu'une marge plus ou moins large sépare le *sollen* et le *sein*, la norme et le réel* »⁴. En effet, la norme ne s'impose pas d'elle-même, par le simple fait de son adoption. Nul ne peut vraiment prévoir la trajectoire de son emprise sur le monde des faits, sa participation concrète à la réalisation du but qui lui est assigné.

En revanche, à défaut de « prévoir », le juriste peut tenter de « comprendre » en quoi le système juridique lui-même – c'est-à-dire son propre objet d'étude – contribue à l'effectivité des normes qui le composent. Pour cela, il lui faut nécessairement acquérir une connaissance des « conditions juridiques » qui influencent l'effectivité de la norme. C'est sur cette question, celle de la contribution du système juridique à l'effectivité de ses propres normes, que porte cette étude.

Avant d'exposer la façon dont une telle étude peut être entreprise, il convient d'envisager l'apparition du terme « effectivité » dans la langue française et dans la doctrine juridique. A ce stade, il s'agit essentiellement de montrer les préoccupations dont cette apparition témoigne, ce qui nous permettra toutefois de commencer à lever certaines équivoques qui ont pris corps autour d'un mot utilisé par les juristes dans au moins deux acceptions différentes.

2. Le substantif « effectivité » ne figure pas dans l'ensemble des dictionnaires de langue française. Aucune mention n'en est faite dans le *Petit Robert de la langue française*, dans le dictionnaire *Littre*⁵, pas davantage que dans le *dictionnaire de l'académie française*⁶. Le mot

¹ Georges VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 27.

² Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 20.

³ Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, Paris, p. 61. L'auteur ajoute que « *vouloir qu'il n'y ait de Droit authentique que parfaitement respecté, c'est se tromper de monde* » (p. 62).

⁴ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 685.

⁵ Du moins dans sa version contemporaine (v. la version intégrale disponible sur littrereverso.net).

« effectivité » n'est donc pas encore tout à fait entré dans « la » langue française. Sa réception incomplète, voire difficile, dans le langage commun n'y est probablement pas étrangère.

Son étymologie peut être aisément retracée. Le dictionnaire *Larousse* indique que l'effectivité est le « caractère de ce qui est effectif »⁷. Or, le mot « effectif » provient du latin *effectus* qui, dès l'antiquité, peut avoir deux significations différentes⁸. Dans un sens, *effectus*, orthographié sans accent sur le « u », indique ce qui est fait, exécuté ou achevé. Dans l'autre, *effectūs*, orthographié avec un accent, indique un effet, une réalisation, un accomplissement. Il est par exemple employé dans ce sens là par Cicéron dans les *Tusculanes* et dans son *Traité de la divination* en quarante cinq avant Jésus-Christ⁹. Ces deux acceptions se retrouvent ensuite dans les premiers dictionnaires de langue française. Le mot « effectif » apparaît en ancien français dans le sens de « ce qui a ou peut avoir effect »¹⁰ en 1464 puis, deux siècles plus tard, en 1641, sous la plume de Corneille dans le sens de ce qui est « réel »¹¹.

3. Cette dualité étymologique explique probablement le double sens contemporain de l'adjectif « effectif » et, par ricochet, du substantif « effectivité ». L'adjectif « effectif » peut aujourd'hui aussi bien être défini comme ce « qui produit un effet réel » que comme ce « qui existe réellement »¹². Par conséquent, l'effectivité peut, dans le premier sens, renvoyer à ce qui engendre un « effet », mais aussi, dans le second sens, à ce qui est « réel ». Autrement dit, l'utilisation du terme « effectivité » peut chercher d'une part à exprimer que quelque chose a produit un effet *sur* la réalité ou, d'autre part, que quelque chose *est* réel, c'est-à-dire « existe dans les faits »¹³. Ce mot indique donc tantôt une action en cours – nous la désignerons comme l'« effectivité-action » –, tantôt un état résultant du passé – que nous désignerons comme l'« effectivité-état ».

4. Une recherche, dans les écrits de langue française, du mot « effectivité » – et non plus du mot « effectif » –, permet de se faire une idée de son apparition. Elle montre que, dans un premier temps, c'est l'effectivité-état – c'est-à-dire le caractère de ce qui existe dans le réel – qui a dominé dans la langue française en général¹⁴ et en droit international en particulier¹⁵. Elle ne doit cependant pas faire oublier l'autre signification de ce mot, l'effectivité-action.

⁶ Ce dernier est un dictionnaire dit « normatif », c'est-à-dire qui tend à orienter l'utilisation des mots, qui prescrit le « bon » usage de la langue (disponible en ligne sur le site : atilf.atilf.fr).

⁷ Une définition identique est proposée par le Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL). V. l'entrée « effectivité », in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr. Le CNRTL a été créé en 2005 par le Centre national de la recherche scientifique (CNRS) et constitue le fruit d'un travail commun à plusieurs universités.

⁸ V. Félix GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, Paris, 1934, p. 573.

⁹ CICERON, *Tusculanes*, Livre second, I. , 45 avant Jésus-Christ ; *Traité de la divination*, livre second, LXXI., 45 avant Jésus-Christ.

¹⁰ V. l'étymologie sous l'entrée « effectif » in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr.

¹¹ Etymologie sous l'entrée « effectif » in CNRTL – CNRS-ATILF, *ibidem* : CORNEILLE, *Pompée*, 1641-1644, IV, 3 : « ce glorieux titre, à présent effectif ». Les tragédies de Corneille se déroulant sous l'Antiquité, il est possible de faire l'hypothèse que celui-ci ait forgé cette signification du mot « effectif » en s'inspirant du latin antique dans le but de rendre sa tragédie plus fidèle au contexte linguistique de l'époque antique.

¹² Entrée « effectif », in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr.

¹³ Entrée « réel », in *Le Petit Robert de la langue française 2013*.

¹⁴ Si le terme « effectivité » est aujourd'hui en grande majorité utilisé dans le domaine juridique, il trouve ses premières origines en langue française dans les domaines de la philosophie et des mathématiques. Le terme

L'effectivité-action, comprise comme le caractère de ce qui produit un effet sur le réel, n'apparaît véritablement dans la langue française qu'à partir de la seconde moitié du XX^e siècle¹⁶. Cette signification du mot « effectivité » dérive du latin *effectūs*, orthographié avec un accent. Ainsi, dans la langue française, elle constitue un néologisme, plus précisément un néologisme dit « de sens » dans la mesure où ce mot existait auparavant, mais s'est vu employé dans un sens « nouveau ».

5. Il est difficile d'expliquer cette transformation de sens. Cependant, deux éléments, différents mais étroitement liés, peuvent être avancés. La première explication est lexicale. On sait qu'à la fin du XIX^e siècle, le mot « efficence » désignait la « *capacité de produire un*

« effectivité » semble être né à la toute fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècle. Il est alors en très grande majorité utilisé dans le sens de l'effectivité-état, c'est-à-dire comme le caractère de ce qui existe dans le réel, dans les faits. C'est par exemple le cas de l'ouvrage le plus ancien qu'il nous a été possible de recenser. *Le nouvel homme*, publié en 1795, applique ainsi le mot « effectivité » à « Dieu » pour expliquer en quoi la présence de ce dernier est tangible dans la réalité (v. Louis-Claude de SAINT-MARTIN (présumé), *Le nouvel homme*, Cercle social, Paris, 1795, p. 183). Le mot est ensuite tour à tour utilisé en 1816 en philosophie des mathématiques (Hoëné WRONSKI, *Philosophie de la technie algorithmique – Seconde section, contenant les lois des séries comme préparation à la réforme des mathématiques*, Paris, 1816 et 1817, p. 379. Du même auteur, mais dans un autre domaine, v. Hoëné WRONSKI et Józef MARIA, *Messianisme, union finale de la philosophie et de la religion constituant la philosophie absolue. Métapolitique messianique, désordre révolutionnaire du monde civilisé*, G. Doyen, Paris, 1840, p. 53) et dans le cadre de la philosophie de l'histoire en 1845 (L'abbé PICARD, « Quelques réflexions sur la philosophie de l'histoire », in *Précis analytique des travaux de l'académie royale des sciences, belles-lettres et des arts de Rouen*, Rouen, 1845). Dans ces deux cas, c'est toujours le même sens qui est utilisé, comme d'ailleurs dans une thèse de philosophie soutenue en 1846 (Guillaume TIBERGHEN, *Dissertation sur la théorie de l'Infini*, thèse, philosophie, Bruxelles, Wouters frères, 1846, p. 21) ou dans un manuel d'économie politique de 1863 (Gustave de MOLINARI, *Cours d'économie politique*, 2^{ème} éd., t II, A. Lacroix, Verboeckhoven, 1863, p. 342). L'effectivité exprime ce qui existe dans la réalité. C'est ainsi en toute logique que Pierre Larousse inscrit cette signification du mot « effectivité » dans son *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle* en 1870. L'effectivité est ainsi définie comme « *état, caractère, nature de ce qui est effectif* » (Pierre LAROUSSE, *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle : français, historique, géographique, mythologique, bibliographique, littéraire, artistique, scientifique, etc. etc.*, t. 7, Administration du grand Dictionnaire universel, Paris, 1870, p. 219 ; nous soulignons).

¹⁵ C'est au plus tard dans le dernier quart du XIX^e siècle que le terme « effectivité » commence à être employé en droit international. Ainsi, dans un rapport publié dans l'*Annuaire de l'Institut de droit international* en 1877 (F. de MARTITZ, « Quatrième commission d'études – Examen de la théorie de la conférence de Berlin de 1885 sur l'occupation des territoires », in *Annuaire de l'Institut de droit international*, Pedone, 1877, p. 248), ce terme est utilisé dans le cadre de l'appréciation juridique de la réalité de l'occupation d'un territoire. Dans le champ du droit international, l'effectivité s'entend donc dans le sens le plus communément admis à cette époque. Cette acception perdure d'ailleurs aujourd'hui de façon spécifique dans cette matière (v. *infra*, § 39). En 1882, ce même sens du mot effectivité est utilisé concernant le blocus maritime qui, « *pour exister et devenir obligatoire* » (Paul FAUCHILLE, *Du blocus maritime : étude de droit international et de droit comparé*, A. Rousseau, Paris, 1882, p. 74), doit être réel. Trois années plus tard, un dictionnaire de droit international utilise ce mot dans le cadre de la définition juridique du blocus (Charles CALVO, *Dictionnaire de droit international public et privé*, t. 1, Guillaumin & Cie, Paris, 1885, p. 96) et en 1886, le dictionnaire d'Emile Littré définit le mot « effectivité » comme la « *qualité de ce qui est effectif* » en faisant explicitement référence au cas des blocus en droit international (Emile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française – supplément renfermant un grand nombre de termes d'art, de science, d'agriculture etc. et de néologismes de tous genres appuyés d'exemples*, Hachette, Paris, 1886, p. 364). Le XX^e siècle naissant, il est alors temps pour Antoine Rougier de présenter une « *nouvelle théorie sur l'effectivité du blocus maritime* » dans la revue générale de droit international public (Antoine ROUGIER, « Une nouvelle théorie sur l'effectivité du blocus maritime », *RGDIP*, t. X, 1900, p. 603).

¹⁶ Il est cependant possible d'en trouver l'utilisation dans un ouvrage de 1835 (v. SAINT-ROMAN, Alexis Jacques SERRE, *Lettres sur la patrie, la légitimité et la souveraineté du peuple*, Dentu, 1835, p. 100).

effet »¹⁷, ce qui correspond, à s’y méprendre, au sens donné au mot « effectivité » à partir de la seconde moitié du XX^e siècle. Cela nous conduit à la seconde explication. Une partie de la doctrine juridique française a largement utilisé cette signification du mot « effectivité », bien différente de celle que retient classiquement le droit international, à partir des années cinquante. On peut ainsi relever l’utilisation de cette signification du mot par Jean-Marie Auby en 1953 dans un article consacré à l’obligation du gouvernement d’assurer l’exécution des lois¹⁸. Néanmoins, c’est davantage Jean Carbonnier qui a popularisé cette signification de l’effectivité dans un article de 1957 intitulé « *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit* »¹⁹, même s’il n’en donne pas de définition précise. Celle-ci devient alors une des notions cardinales de la sociologie juridique. Très peu de temps après, elle apparaît dans des ouvrages de théorie du droit. Michel Virally y fait ainsi largement référence dans *La pensée juridique*, ouvrage paru en 1960²⁰ et la thèse de Paul Amselek, soutenue en 1962, y consacre d’importants développements²¹. Même s’il est possible que Jean Carbonnier ait influencé ces deux derniers auteurs, il est aussi probable qu’ils aient repris ce mot en raison de son utilisation par des auteurs de langue étrangère, notamment des théoriciens du droit tels qu’Alf Ross²² - qui utilise tantôt le mot « effectivity », tantôt le mot « effectiveness »²³ – ou surtout Hans Kelsen qui utilise le mot allemand « effektivität » – généralement traduit par « efficacité »²⁴ – et dont la première édition de la *Théorie pure du droit* paraît en 1934²⁵.

¹⁷ Entrée « efficience » sous l’onglet « étymologie », in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr. Ce sens du mot « efficience » est recensé pour l’année 1893 et est issu du latin classique « efficientia » qui désigne la « faculté de produire un effet ».

¹⁸ V. Jean-Marie AUBY, « L’obligation gouvernementale d’assurer l’exécution des lois », JCP, 1953, n° 1080.

¹⁹ Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L’année sociologique*, 1957-1958, p. 3.

²⁰ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, 1960, Ed. Panthéon Assas, LGDJ, 1998, notamment p. 137 et s..

²¹ Paul AMSELEK, *Perspectives critiques d’une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, thèse, droit, Paris, 1962, p. 332 et s..

²² Alf ROSS, *On law and justice*, (1959), The Lawbook Exchange Ltd., Clark, 2007, p. 35 ; 68 ; 70. Cette hypothèse est la moins probable dans la mesure où l’ouvrage paraît, en anglais, un et trois ans seulement avant ceux de Michel Virally et de Paul Amselek.

²³ Les mots « effectiveness », « efficacy » et « effectivity » sont souvent assimilés. A notre sens, « effectivity » est celui qui est le plus fidèle au sens du mot « effectivité ». En effet, le mot « effectiveness » se traduit en français par le mot « efficacité » et le mot « efficacy » renvoie lui aussi à l’efficacité dans la mesure où il est défini comme la capacité à produire l’effet attendu (« an ability to bring about the intended result » : *Shorter Oxford English Dictionary on historical principles*, 5^{ème} éd., Vol. 1, Oxford University Press, 2002, p. 794). Nous aurons l’occasion d’explicitier plus loin la différence que l’on peut faire, du moins de nos jours, entre l’effectivité et l’efficacité. En revanche, si le mot « effectivity » n’est pas recensé par tous les dictionnaires anglais (v. par ex. John s. JAMES, *Stroud’s judicial dictionary of words and phrases*, 5^{ème} éd., Vol. 2, London Sweet & Maxwell Limited, 1986), il est parfois défini comme « the degree of effectiveness » (*Shorter Oxford English Dictionary...*, op. cit., p. 794), ce qui revient à lui donner un sens très proche de celui de l’effectivité (v. *infra*, § 18). Ce mot est aussi utilisé par les juristes soit dans le sens qu’il revêt en droit international (v. par ex. dès 1933 : Josef L. KUNZ, « The Law of Nations, Static and Dynamic », *The American Journal of International Law*, Vol. 27, n° 4, 1933, p. 630), soit dans un sens plus proche de celui de la sociologie juridique (v. Alan HUNT, « The theory of critical legal studies », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 1, 1986, p. 40 : « Effectivity is intended to demarcate the consequences for the development of some complex social element of its legal dimension or manifestation »).

²⁴ Sur cette question de traduction, v. *infra*, § 57).

²⁵ La seconde édition paraît en 1960 en allemand et en 1962 en français (v. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), trad. Ch. Eisenmann, LGDJ Bruylant, 1999).

Même si les significations retenues en sociologie juridique et théorie du droit diffèrent²⁶, elles demeurent proches, surtout au regard du sens retenu en droit international qui est beaucoup plus éloigné. C'est cette signification « nouvelle » de l'« effectivité » – envisagée, à ce stade²⁷, comme le caractère de ce qui produit un effet sur le réel (effectivité-action) – qui sera au centre de notre étude.

6. La seconde explication de l'apparition, après la seconde guerre mondiale, d'une signification nouvelle donnée au mot « effectivité » peut être recherchée du côté de la science des néologismes, la néologie. Celle-ci apprend, parmi d'autres raisons, qu'un néologisme peut être suscité par un besoin de conceptualisation dans le cadre de l'acquisition de nouvelles connaissances. « *Toute langue vivante doit intégrer des mécanismes de néologie propres à créer les nouvelles unités lexicales qu'imposent le progrès des connaissances et les transformations des techniques* »²⁸. Le néologisme « effectivité » semble bien procéder de la « *recherche du mot juste* ». « *En l'absence de mot exprimant exactement ce que l'on a en tête, on est conduit, quelquefois par tâtonnement à en créer un pour inclure dans la trame conceptuelle du discours un peu de ce qui, dans l'univers, se perd à jamais, faute d'un nom qui permette de le faire passer dans le discours* »²⁹. Il est ainsi probable que les notions voisines de l'effectivité, celles d'« application », d'« exécution » ou encore d'« efficacité »³⁰ ne permettaient pas de désigner ce qui est devenu la nouvelle signification du mot « effectivité ». Mais, outre ce besoin de conceptualisation, les débats juridiques qui se sont manifestés au tournant de la seconde guerre mondiale et qui ont, pour la plupart, perduré ensuite, ne sont probablement pas étrangers à l'important développement que la notion d'effectivité a connu en doctrine.

Les néologismes peuvent aussi émaner du « *besoin de dénommer la nouvelle réalité* »³¹. Cette « nouvelle réalité » ne s'est pas construite en un jour. Dans la période qui précède la seconde guerre mondiale, les réflexions de la doctrine juridique concernent en partie le rapport du droit au fait³². C'est surtout la loi, comprise depuis la Révolution française comme l'expression de la volonté générale, qui est critiquée. Outre l'ouvrage de Jean Cruet intitulé *La vie du droit et l'impuissance des lois* paru au début du XX^e siècle³³, la loi est mise en cause en raison de son idéalisme, trop éloigné de la réalité sociale. Elle devrait ainsi

²⁶ V. *infra*, § 15.

²⁷ V. *infra*, § 21.

²⁸ Jean PRUVOST et Jean-François SABLAYROLLES, *Les néologismes*, 2^{ème} éd., Que sais-je ?, PUF, 2012, p. 9.

²⁹ Jean PRUVOST et Jean-François SABLAYROLLES, *ibidem*, 2012, p. 87.

³⁰ Sur cette distinction, v. *infra*, § 18.

³¹ Jean PRUVOST et Jean-François SABLAYROLLES, *ibidem*, 2012, p. 54.

³² Nous remercions M. Bruno Bittmann qui achève une thèse d'histoire du droit sur le sujet « *L'esprit de la loi et le régime de Vichy. Ruptures et continuités juridiques d'une République à une autre* » pour les éclairages qu'il a bien voulu nous apporter.

³³ L'auteur n'utilise cependant pas le mot « effectivité ». V. Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, Paris, 1908.

s'adapter au fait³⁴. Georges Burdeau constate en outre, en 1939, qu'« *aucun des caractères de la conception traditionnelle de la loi ne subsiste aujourd'hui. La loi n'est ni générale, ni abstraite, ni permanente* »³⁵. Parallèlement, le rôle du Parlement dans l'élaboration des lois recule au profit des techniciens de l'administration³⁶ et elle est concurrencée par d'autres sources du droit. Mais, plus largement, Georges Burdeau semble regretter une transformation de la fonction de la loi dans la société. Ainsi, « *le Parlement n'intervient pas seulement pour donner une forme juridique aux rapports sociaux mais pour les créer, les encourager ou en limiter l'effet* »³⁷. Il met en évidence le fait que la loi devient un « *procédé de gouvernement* », c'est-à-dire « *un moyen grâce auquel le pouvoir politique essaie de réaliser l'ordre social qui correspond à sa conception du bien commun. La loi est l'instrument par lequel s'établit le monopole du pouvoir dans la direction des actions humaines* »³⁸. La fonction de direction de la norme est ici mise en évidence. Or, cette fonction est, comme nous le verrons, étroitement liée à la question de l'effectivité.

7. Néanmoins, c'est probablement Georges Ripert qui, juste après la seconde guerre mondiale, va aborder le plus directement le thème de l'effectivité. *Le déclin du droit*, publié en 1949³⁹, a probablement contribué à attirer l'attention de la doctrine sur le thème de l'effectivité⁴⁰. L'auteur n'utilise pas le terme d'effectivité, mais il consacre à cette question d'importants développements sous l'intitulé « *L'esprit de désobéissance* ». Ce dernier est, selon l'auteur, « *un péril mortel pour le droit* »⁴¹. « *Ainsi naît le désordre. Il naît des lois qui sont violées et de celles qui ne sont pas appliquées. Il s'aggrave par l'impuissance de l'Etat à les faire appliquer et parfois même par l'exemple qu'il donne en ne les appliquant pas. (...) La répression est inefficace, car on ne lutte pas utilement contre une résistance générale à l'application de la loi. Ce déclin du droit est très remarquable à notre époque. La désobéissance s'accompagne d'un mépris pour le droit impuissant* »⁴². Outre une réflexion complémentaire sur l'insécurité juridique, Georges Ripert stigmatise les lois inutiles, la défaillance de l'Etat quant à leur sanction voire son refus de les appliquer. Peu de temps après, Jean-Marie Auby détaille, de façon plus raisonnée, l'obligation du pouvoir exécutif d'exécuter les lois⁴³ et en 1955, dans *Les forces créatrices du droit*, Georges Ripert développe la question de la « *réception des lois* »⁴⁴. Il revient de nouveau sur le rôle du pouvoir exécutif

³⁴ En ce sens, v. Gaston MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Félix Alcan, Paris, 1927.

³⁵ Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », APD, vol. 9, n° 1-2, 1939, p. 44.

³⁶ V. Xavier PERROT, « L'administration législateur. Le cas des Beaux-arts (1907-1944) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n° 31, 2012, p. 269 et s..

³⁷ Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *op. cit.*, p. 43.

³⁸ Georges BURDEAU, *ibidem*, p. 48.

³⁹ Georges RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, Paris, 1949.

⁴⁰ Celui de Jean Cruet précité a cependant eu un certain retentissement intellectuel. Il est par exemple cité par Alf Ross dans *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 78.

⁴¹ Georges RIPERT, *Le déclin du droit*, *op. cit.*, p. 95.

⁴² Georges RIPERT, *Le déclin du droit*, *op. cit.*, p. 97.

⁴³ Jean-Marie AUBY, « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », JCP, 1953, n° 1080.

⁴⁴ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, p. 364 et s..

dans l'application des lois, insiste sur l'inertie et les tolérances administratives mais étend le champ de la réflexion au rôle des juges et de l'interprétation dans la réception des lois comme à celui de l'application de ces dernières par les intéressées. Se forme ainsi un questionnement de plus en plus global sur ce qui est, en filigrane, le thème de l'(in)effectivité de la loi. Cela n'est probablement pas étranger à un certain désenchantement par rapport à la toute puissance de la loi suggérée par le légicentrisme. En effet, à la suite de la révolution française et de la théorie du contrat social de Rousseau s'est développée une « *idolâtrie de la loi, expression de la volonté générale* »⁴⁵. Or, à ce moment, « *cette source du droit justifie l'obéissance aux lois du pays* »⁴⁶. Le légicentrisme et l'obéissance qui l'accompagne s'effritent⁴⁷. Parallèlement, l'Etat providence se développe considérablement dans le contexte de l'après guerre. Ce développement s'accompagne d'un certain « panjuridisme » qui suscite nécessairement des interrogations fortes de la doctrine sur l'inflation des lois, sur la sécurité juridique et sur la place de la puissance publique. L'ensemble de ces questions a très certainement influencé les réflexions de Jean Carbonnier sur l'effectivité de la règle de droit. Plus largement, la question de l'(in)effectivité alimente, encore aujourd'hui, régulièrement les interrogations plus générales de la doctrine sur le « crise » du droit⁴⁸. Ainsi, « *par le truchement des analyses tendant à relever l'ineffectivité ou l'inefficacité des lois et du droit, il s'agit de dresser le procès d'un système et d'une certaine conception du droit* »⁴⁹. L'effectivité est ainsi, explicitement⁵⁰ ou implicitement⁵¹, au cœur du discours de la doctrine sur le droit.

En filigrane, ce discours soulève l'enjeu principal d'un questionnement sur l'effectivité des normes juridiques : la place du droit dans la direction des conduites humaines (1). Une fois cet enjeu souligné, encore faut-il fournir des précisions sur les termes de « norme » et d'« effectivité » largement sollicités dans cette étude (2) avant d'en préciser l'objet (3), d'en circonscrire le domaine (4), d'en justifier la méthode (5) et la posture théorique (6). Il sera alors possible d'explicitier davantage la problématique retenue (7).

⁴⁵ Charles PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », APD, t. 27, 1982, p. 25.

⁴⁶ Charles PERELMAN, *ibidem*, p. 25.

⁴⁷ Sur l'affaiblissement du légicentrisme, v. Xavier BIOY et Philippe RAIMBAULT, « La puissance de la loi en question », in Philippe RAIMBAULT (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, p. 101.

⁴⁸ V. par exemple, Bruno OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, n° 4, 1986, p. 9 et s. ; François TERRE, « La "crise de la loi" », APD, t. 25, 1980, p. 17 ; Jean-Denis BREDIN, « Les maladies du droit », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2005, p. 221 ; Jean-Pierre CAMBY, « Le désordre normatif », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 227 et s.. En ce qui concerne plus singulièrement le droit administratif, v. par exemple Jean BOULOUIS, « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 12 ; Brigitte FERRARI, « Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité », *AJDA*, 2006, p. 1021.

⁴⁹ Vincent RICHARD, *Le droit et l'effectivité – contribution à l'étude d'une notion*, thèse, droit, Paris II, 2003, p. 430.

⁵⁰ Par exemple, « *l'effectivité est ruinée* » par la crise qualitative et quantitative qui affecte le droit (Stéphane RIALS, « Quelles crises ? Quel droit ? », *Droits*, n° 4, 1986, p. 4).

⁵¹ « *La technique juridique est en crise parce que trop sollicitée, donc en proie à une perte de substance et d'autorité, génératrice de dysfonctionnements, tout en demeurant fortement exploitée* » (Aude ROUYERE, « Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ? », in Didier RENARD, Jacques CAILLOSSE et Denys de BECHILLON (dir.), *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, Droit et société, n° 30, LGDJ, 2000, p. 72).

1. LA PLACE DU DROIT DANS LA DIRECTION DES CONDUITES HUMAINES EN QUESTION

Le droit assure, au sein de la société, une fonction de direction des conduites (1.1) au service de la puissance publique comme de la démocratie (1.2). La question de l'effectivité des normes juridiques interroge directement la capacité du droit à assurer cette fonction de façon satisfaisante, soulignant ainsi l'intérêt que peut représenter le souci de l'effectivité.

1.1 Une fonction intrinsèque de direction

8. Le droit, en tant que discours prescriptif, assure une fonction de direction des conduites humaines qui lui est consubstantielle. En effet, « *le droit est inséparable du Pouvoir qui porte en lui, latente, la réalisation de l'idée. (...) La conception ne va jamais sans l'action* »⁵². Entre autres auteurs⁵³, Paul Amselek insiste ainsi sur le fait que « *les règles juridiques sont des outils de direction publique des conduites humaines, des outils de commandement ou gouvernement public* », le droit remplissant alors un « *office de direction publique* »⁵⁴. Cette fonction de direction est en quelque sorte consubstantielle au droit et s'inscrit directement dans son rapport au « fait ». Le droit, en tant qu'instrument politique, entend ainsi « *avec plus ou moins de succès que le fait se conforme à la règle* »⁵⁵.

Dès lors, l'étude de cette fonction de direction revêt de nombreux enjeux. Pour l'auteur allemand Eberhard Schmidt-Assmann, elle s'intègre plus largement dans une « *science de la direction, entendue comme la discipline qui s'intéresse aux structures de régulation* »⁵⁶ et permet de mieux appréhender les débats qui traversent le droit, notamment administratif. Pour lui, outre d'autoriser un dialogue avec les sciences sociales, elle permet de « *déterminer où se trouvent les clés et les lignes d'évolution future de la science du droit* »⁵⁷.

9. Surtout, l'étude de la fonction de direction du droit doit permettre de comprendre comment le droit assure cette fonction, sur le plan théorique comme au regard de l'intérêt pratique du droit. Même si cela peut être perçu comme une pure banalité, nombreux sont les auteurs à insister sur le fait que le droit est fait pour être appliqué, pour exercer une emprise réelle sur les faits. Pour Jean Rivero, « *la norme juridique est faite pour régir le réel, et pour se traduire dans les faits. (...). Si elle demeure dans l'empyrée, elle peut intéresser le*

⁵² Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, 2^{ème} éd., t. 1, LGDJ, 1966, p. 414.

⁵³ Pour Michel Virally, le droit a pour finalité « *d'ordonner la société* » (Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 39) et pour Hans Kelsen, il est un « *ordre de la conduite humaine* » (Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), trad. Ch. Eisenmann, LGDJ Bruylant, 1999, p. 39).

⁵⁴ Paul AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n° 10, 1989, p. 10.

⁵⁵ François TERRE, « Forces et faiblesses de la norme », in Catherine THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, Paris, 2009, p. 19.

⁵⁶ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, « Principes de base d'une réforme du droit administratif (partie 1) », *RFDA*, 2008, p. 433.

⁵⁷ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *ibidem*, p. 433.

philosophe et se prêter à la méditation du juriste, mais elle ne modifie en rien le destin des hommes, qui seul importe »⁵⁸. François GénY souligne quant à lui que « le droit dépourvu de la puissance de fait, indispensable pour le mettre en effet, n'est qu'un idéal sans vie, une entité de l'esprit, étrangère à l'ordre réel du monde »⁵⁹. L'insistance de ces auteurs a ainsi pour but de souligner ce que l'on peut appeler la « fonction instrumentale »⁶⁰ du droit. Ce dernier demeure nécessairement un « vecteur indispensable pour faire accéder un projet politique au réel, en le transcrivant en termes d'obligation juridique et en le parant des attributs de la normativité »⁶¹.

La question de l'effectivité des normes juridiques se situe ainsi au cœur de ces enjeux dans le sens où l'effectivité d'une telle norme a nécessairement une influence directe sur sa capacité à assurer sa fonction de direction des conduites humaines, sa fonction instrumentale. Les enjeux sont plus profonds encore dans la mesure où cette fonction de direction des conduites ne constitue pas une fin en soi mais est au contraire au service de la puissance publique et de la démocratie.

1.2 Une fonction au service de la puissance publique et de la démocratie

L'ineffectivité des normes juridiques, en compromettant la capacité du droit à exercer sa fonction de direction, affecte nécessairement la puissance publique comme la démocratie⁶².

10. En premier lieu, la puissance publique, envisagée comme l'« ensemble des pouvoirs de l'Etat et des autres personnes publiques »⁶³, s'exerce traditionnellement par le droit⁶⁴. Ainsi, l'ineffectivité est susceptible d'interroger directement la capacité du droit à demeurer un outil de cette puissance. Certes, cette question s'inscrit dans un contexte plus vaste de fragilisation de la souveraineté de l'Etat. Ce dernier est en effet confronté à l'affirmation de nouveaux acteurs tels que les firmes multinationales et les organisations non gouvernementales sous l'effet de la mondialisation, à la constitution d'ensembles régionaux comme la construction européenne, à la réévaluation de la place de l'Etat providence, aux mouvements de décentralisation et de déconcentration ou encore à sa fragmentation du fait de la mise en place

⁵⁸ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 675. Dans le même sens, v. Christian ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », in *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 209.

⁵⁹ François GENY, « Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit) », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, Paris, 1939, p. 241.

⁶⁰ Jacques CHEVALLIER, « Changement politique et droit administratif », in *CURAPP, Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 297.

⁶¹ Jacques CHEVALLIER, *ibidem*, p. 297.

⁶² Notre réflexion se place dans le cadre d'un régime démocratique. Au sein d'un régime autoritaire ou totalitaire, la fonction de direction du droit est mise au service de toutes autres fins comme le sacrifice de la liberté et/ou de l'égalité (v. Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n° 18-2).

⁶³ Entrée « Puissance », in Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 744.

⁶⁴ Sur la puissance publique, v. AFDA, *La puissance publique*, Lexisnexis, 2012.

d'autorités indépendantes⁶⁵. Pour autant, le droit a très certainement sa place dans cette fragilisation de la puissance de l'Etat. Ainsi, pour Jean-Marc Sauvé, « *la crise de la puissance publique se nourrit de la crise de la loi et de la crise du droit* »⁶⁶. Pour Etienne Picard, le thème de l'« impuissance publique » renvoie à « *une certaine incapacité de la puissance publique (...) à assurer le respect des lois ou, (...), à garantir certains droits fondamentaux, (...); c'est-à-dire son incapacité, au moins partielle, à ménager les conditions de leur effectivité* »⁶⁷. Ainsi, si le droit est un instrument de la puissance publique et dès lors « *un moyen de régulation des conduites* »⁶⁸, il ne le demeure pleinement que dans la mesure où il bénéficie d'une certaine effectivité. Il en va ici, pour Mathieu Téoran, de « *l'emprise même de l'Etat sur la société* »⁶⁹.

Mais, au-delà, étant donné que « *la régulation étatique ne passe pas seulement par le droit* »⁷⁰, celui-ci est susceptible d'être concurrencé, en tant qu'instrument de la puissance publique, par d'autres modes de régulation. Ainsi est-il possible, en sciences sociales, de s'interroger sur le « pilotage » de l'action publique « avec ou sans le droit ». Patrice Duran explique ainsi que « *si parler de management public revient à s'interroger sur les conditions de possibilité d'un pilotage de l'action publique, une telle réflexion ne peut manquer d'évoquer la place de la règle de droit dans notre dispositif de pouvoir* »⁷¹. Une interrogation sur l'effectivité du droit en tant qu'ensemble de normes juridiques devient alors, tout du moins aux yeux d'une partie de la doctrine, particulièrement nécessaire⁷² puisque dès lors qu'elle est affaiblie, c'est la place du droit en tant qu'instrument de pouvoir qui est susceptible d'être mise en cause. L'étude, par les juristes, de l'effectivité des normes juridiques, singulièrement des conditions de cette effectivité, a ainsi vocation à apporter des éléments de réponse à ce type d'interrogation transdisciplinaire.

II. En second lieu, la fonction instrumentale du droit est aussi au cœur d'enjeux de nature démocratique. Tout d'abord, la puissance publique « *ne saurait prétendre à l'absolu ou à l'inconditionnalité* »⁷³. La théorie de l'Etat de droit⁷⁴ vient ainsi encadrer la puissance de l'Etat et des personnes publiques. Dans un tel Etat, « *la toute puissance du pouvoir trouve sa limite*

⁶⁵ V. Jacques CHEVALLIER, *L'Etat*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2011, p. 93 et s..

⁶⁶ Jean-Marc SAUVE, « Etat de droit et efficacité », AJDA, 1999, n° spécial, p. 119.

⁶⁷ Etienne PICARD, « L'impuissance publique en droit », AJDA, 1999, n° spécial, p. 11.

⁶⁸ Jacques CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p. 830.

⁶⁹ Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, thèse, droit, Paris I, 2007, p. 29.

⁷⁰ Jacques CHEVALLIER, *ibidem*, p. 831.

⁷¹ Patrice DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politiques et Management public*, Vol. 11, n° 4, 1993, p. 5.

⁷² En ce sens, v. Jacques CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 831 ; Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, « Principes de base... », *op. cit.*, p. 432. Cette question renvoie plus largement à la notion de gouvernabilité considérée comme l'« *aptitude des groupes à être gouvernés mais aussi les techniques de gouvernement à mettre en œuvre pour y parvenir* » (Jacques CHEVALLIER, « Présentation », in Jacques CHEVALLIER (dir.), *La gouvernabilité*, PUF, 1996, p. 5).

⁷³ Etienne PICARD, « L'impuissance publique en droit », numéro spécial « Puissance ou impuissance publique ? », AJDA, 1999, p. 11.

⁷⁴ V. Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 5^{ème} éd., Clefs politique, Montchrestien, 2010, p. 13 et s..

dans la règle juridique qu'il est tenu de respecter »⁷⁵. La personnification juridique de l'Etat offre le socle théorique de sa soumission au droit et par conséquent, la fonction de direction du droit s'exerce aussi à l'égard de l'Etat lui-même. La question de l'ineffectivité des normes juridiques concerne donc aussi la concrétisation de cette fiction juridique envisagée comme condition de la démocratie.

Ensuite, dans le cadre d'un système démocratique, le pouvoir résulte en dernière analyse, quelles que soient ses modalités d'expression, de la volonté du peuple⁷⁶. Or, la fonction de direction du droit est directement liée à cette souveraineté du peuple. La mise en cause de cette fonction par la question de l'effectivité des normes juridiques affecte ainsi indirectement l'exercice de la souveraineté du peuple dans une démocratie. Cette idée était déjà, en filigrane, présente chez Hobbes et Rousseau. Pour le premier, « *il faut exécuter les conventions qu'on a faites, à défaut de quoi, les conventions sont vaines et ne sont que des mots vides, et, le droit que tous ont sur toutes choses étant maintenu, nous sommes encore dans l'état de guerre* »⁷⁷. Pour le second, « *afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre* »⁷⁸. Cette préoccupation est d'ailleurs constante. Pour Didier Truchet, « *il en va du droit public comme de tout droit : les règles qui le composent doivent être respectées par ceux à qui elles s'imposent, faute de quoi le droit dégènerait dans l'anarchie ou l'arbitraire* »⁷⁹.

Enfin, si la question de l'effectivité des normes juridiques est susceptible d'affecter l'ensemble des droits fondamentaux⁸⁰, elle peut directement compromettre la réalisation du principe d'égalité devant la loi⁸¹ puisque des différences de traitement peuvent résulter d'une application hétérogène de la loi selon les territoires ou les personnes considérées.

De l'effectivité des normes juridiques peuvent ainsi, indirectement, dépendre, non seulement la puissance de l'Etat mais aussi certaines des garanties les plus élémentaires de la démocratie. L'intérêt de l'étude de l'effectivité des normes juridiques sur un plan général ayant ainsi été mis en évidence, il convient désormais d'exposer un certain nombre de précisions terminologiques indispensables.

⁷⁵ Jean RIVERO, « Etat de droit, Etat du droit » in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 609.

⁷⁶ On se bornera ici à rappeler l'article 3 de la Constitution française : « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ».

⁷⁷ Thomas HOBBS, *Leviathan*, 1651, Folio, Gallimard, Paris, 2000, p. 248.

⁷⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, Flammarion, 2008, p. 354.

⁷⁹ Didier TRUCHET, *Le droit public*, 2^{ème} éd., *Que sais-je ?*, PUF, 2010, p. 71.

⁸⁰ V. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008.

⁸¹ Article 1^{er} de la Constitution française et article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

2. PRECISIONS SUR LA TERMINOLOGIE UTILISEE

L'objet de cette recherche ne porte pas sur la définition de ce qu'est, sur le plan juridique, l'effectivité d'une norme. Pour autant, il va de soi que la recherche des conditions juridiques de l'effectivité de la norme ne peut prospérer sans qu'il ait été préalablement établi ce que nous entendons, dans le cadre de ce travail, par « norme » (2.1) et par « effectivité » (2.2). Cette dernière notion appelle des développements plus importants dans la mesure où elle est la plus directement liée à notre objet de recherche que sont les conditions de cette effectivité.

2.1 La norme juridique envisagée comme la signification d'un acte de volonté

12. Du latin *norma*, qui exprime l'idée de « règle », le terme « norme » peut être rapproché d'un ordre, d'une prescription. Dans le cadre de cette étude, on considèrera tout d'abord à la suite de Hans Kelsen qu'une norme est la « *signification d'un acte de volonté* »⁸². Cet acte est celui « *par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée* »⁸³. Cette définition de la norme en tant que signification d'un acte de volonté semble pouvoir recueillir l'accord des deux principaux courants du positivisme juridique, le courant normativiste comme le courant réaliste⁸⁴, même si ses implications théoriques varient selon le point de vue à partir duquel on se place. A ce stade de l'analyse⁸⁵, on peut se limiter à retenir que le point de divergence entre ces deux courants porte sur le véritable titulaire du pouvoir normatif⁸⁶. Dans une optique normativiste, l'acte de volonté est en principe accompli par le législateur et le rôle des juges se limite à appliquer la norme qui résulte de cet acte. Au contraire, pour les réalistes, c'est l'interprète, et à titre principal le juge, qui accomplit l'acte de volonté exprimant la signification du simple énoncé produit par le législateur. Il en résulte dans cette optique que le pouvoir normatif se situe bien davantage du côté des juges que du côté du législateur⁸⁷.

⁸² Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, (1979), Léviathan, PUF, 1996, p. 2.

⁸³ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), trad. Ch. Eisenmann, LGDJ Bruylant, 1999, p. 13.

⁸⁴ V. Eric MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, n° 21, 2006, p. 59.

⁸⁵ V. *infra*, § 58 et s. ; § 829 et s..

⁸⁶ Plus largement, v. Otto PFERSMANN, Entrée « norme », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1079 et s. ; Eric MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, n° 21, 2006, p. 59 et s..

⁸⁷ Les définitions de la norme données par le dictionnaire de théorie et de sociologie du droit reflètent la divergence entre ces deux courants (M.T. et D.L., in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., LGDJ, 1988, p. 267). Ainsi, dans une optique normativiste, la norme est un « *énoncé impératif ou prescriptif appartenant à un ordre ou système normatif, et obligatoire dans ce système* ». La validité de la norme implique ici nécessairement son caractère obligatoire, ce qui n'est pas le cas pour les réalistes. De plus, norme et énoncé sont confondus. Dans une optique réaliste, elle est la « *signification prescriptive d'un énoncé, quelle que soit sa forme, et en général de tout acte humain, au regard d'un certain*

13. Ensuite, la norme est envisagée dans le cadre de cette étude comme l'expression d'un « devoir être ». Pour Hans Kelsen, la norme signifie « *que quelque chose doit être ou avoir lieu* », il s'agit d'un acte « *dirigé vers le comportement d'autrui* »⁸⁸. La signification de cet acte « *est qu'une personne (ou d'autres personnes) doit se comporter d'une manière déterminée* »⁸⁹. Ainsi, dans une optique normativiste, « *une norme consiste à modéliser des actions par l'obligation, la permission ou l'interdiction. Elle décrit un monde idéal, non le monde réel* »⁹⁰. Cela a deux implications importantes pour l'étude de l'effectivité. D'une part, la distinction entre le « devoir être » et l'« être » implique nécessairement qu'un écart est possible entre le pôle normatif et le pôle factuel. C'est dans cet interstice que se situe l'étude de l'effectivité de la norme. D'autre part, l'objet du « devoir être » constitué par la norme est d'influencer l'« être », c'est-à-dire le fait. Le devoir être « *entend donc gouverner les faits* »⁹¹. C'est la fonction de direction des conduites humaines exercée par les normes juridiques.

14. Enfin, le terme de « norme » est privilégié en ce qu'il couvre un champ étendu. Il désigne en effet « *un concept plus général que celui de "règle" ou de "loi", couvrant toutes les variétés d'obligations, de permissions ou d'interdictions, quel que soit le domaine (droit, morale, etc.) et quel que soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de concrétisation* »⁹². Il permet aussi d'inclure les « principes »⁹³. En outre, seules les normes « juridiques » seront envisagées dans le cadre de cette étude. On entend par là exclure les normes morales⁹⁴ et se limiter aux normes considérées comme valides au sein d'un ordre juridique donné⁹⁵. De plus, la référence, fréquente dans le titre de cette étude et dans les pages qui vont suivre, à l'effectivité de « la » norme ne doit pas induire en erreur. Le singulier exprime le choix d'envisager l'effectivité des normes juridiques dans un sens générique. Il s'agit de faire ressortir que les conditions juridiques de l'effectivité ont des caractères communs à l'ensemble des normes juridiques envisagées en tant que genre, ce qui n'implique pas nécessairement, comme nous le verrons, que ces conditions exercent leur fonction de façon homogène ou absolue. Il s'agit simplement de souligner qu'en principe, l'identification des conditions qui sont susceptibles d'influencer l'effectivité est commune à l'ensemble des normes juridiques.

ordre ou système normatif ». La norme est ici distinguée de l'énoncé qui n'en est que le support. Seule constitue une norme la signification de cet énoncé, laquelle résulte de la volonté de l'interprète.

⁸⁸ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, (1979), Léviathan, PUF, 1996, p. 2.

⁸⁹ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 2.

⁹⁰ Otto PFERSMANN, Entrée « norme », *op. cit.*, p. 1080.

⁹¹ Etienne PICARD, « L'impuissance publique en droit », AJDA, 1999, n° spécial, p. 11.

⁹² Otto PFERSMANN, Entrée « norme », *op. cit.*, p. 1079.

⁹³ Dans le cadre d'une critique de la distinction établie par Ronald Dworkin entre les normes et principes (Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1996, p. 80), Michel Troper objecte à juste titre que « *le fait que les principes n'imposent pas une conduite précise ne signifie pas qu'ils ne sont pas des normes* » (Michel TROPER, *Philosophie du droit*, 3^{ème} éd, *Que sais-je ?*, PUF, 2011, p. 75). Les principes « *ne se distinguent des autres normes que par leur degré élevé de généralité ou leur caractère vague ou programmatique* » (*ibidem*, p. 76).

⁹⁴ Une norme morale, comme toute autre norme, peut aussi être effective. Lorsqu'une norme morale correspond au contenu d'une norme juridique, son effectivité peut même venir appuyer celle de la norme juridique.

⁹⁵ V. *infra*, § 58.

2.2 La notion d'effectivité : définition et qualification juridique

Envisager l'étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme implique nécessairement d'explicitier les contours de la notion d'effectivité et d'en fournir une définition de nature à permettre son analyse juridique (2.2.1) avant d'envisager la position de l'exigence d'effectivité par rapport au droit positif (2.2.2).

2.2.1 Vers une définition stipulative de la notion d'effectivité

Si elle est largement utilisée par la doctrine, la notion d'effectivité n'en est pas moins particulièrement fuyante. Dès 1962, Paul Amselek considérait que la notion d'effectivité était trop mal définie pour être retenue par la science du droit⁹⁶. Depuis, de nombreuses études, dont deux thèses⁹⁷, ont tenté de préciser cette notion. Néanmoins, elle reste appréhendée de façon relativement diverse selon les disciplines et selon les auteurs. Si la notion d'effectivité est si hermétique à une définition précise, c'est probablement dû à la richesse qu'elle suggère. Elle ne se laisse que difficilement enfermer dans une logique de respect/non-respect ou d'effectivité/absence d'effectivité. Partant de ce constat, deux voies peuvent permettre de limiter les difficultés qui en résultent. D'une part, il est possible de procéder par exclusion⁹⁸ en précisant les différences que la notion entretient avec celle d'efficacité. D'autre part, il s'agit d'envisager une définition « stipulative » de la notion d'effectivité, c'est-à-dire une définition qui, comme l'explique Michel Troper, « *ne sera ni vraie ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique* »⁹⁹, à savoir, dans le cadre qui nous incombe, l'étude des conditions juridiques de l'effectivité.

Le degré d'effectivité : manifestation de la richesse de la notion d'effectivité

15. Les définitions de l'effectivité proposées en sociologie juridique permettent d'envisager la mesure des effets des normes juridiques. Il revient en effet à la sociologie « *d'évaluer les situations et les comportements sociaux au regard de la règle de droit censée*

⁹⁶ V. Paul AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, thèse, droit, Paris, 1962, p. 334.

⁹⁷ V. Vincent RICHARD, *Le droit et l'effectivité – contribution à l'étude d'une notion*, thèse, droit, Paris II, 2003 ; Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, thèse, droit, Nancy, LGDJ, 2011. Ces deux thèses ne concernent pas l'acception, différente, que revêt cette notion en droit international.

⁹⁸ V. Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et classifications en science juridique », APD, 1966, t. 11, p. 26.

⁹⁹ Michel TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 102.

les ordonner »¹⁰⁰. L'effectivité a ici une « vocation pratique dans la mesure où elle vise à évaluer les degrés d'application du droit, à préciser les mécanismes de pénétration du droit dans la société »¹⁰¹. Ainsi, la notion d'effectivité est dans ce cadre « l'instrument conceptuel d'évaluation (du) degré de réception (de la norme), le moyen de mesurer des "écarts" entre pratique et droit »¹⁰². La mesure concrète de cet écart¹⁰³ relève en grande partie des techniques propres à la sociologie¹⁰⁴ et elle ne peut que difficilement être appréhendée par l'analyse juridique. Néanmoins, l'idée qu'il est possible de mesurer les effets d'une norme juridique rejaillit sur les définitions de l'effectivité proposées en sociologie juridique et contribue à souligner la richesse de cette notion. Pierre Lascoumes définit ainsi l'effectivité comme le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »¹⁰⁵ et considère qu'elle renvoie à la « possibilité d'une mesure existant entre le droit en vigueur et la réalité sociale qu'il est censé ordonner. Il s'agit d'un concept évaluatif de la réception et de la mise en œuvre des normes juridiques »¹⁰⁶. En montrant, comme le fait Jean Carbonnier, que « l'ineffectivité de la règle (comme son effectivité) est susceptible de degrés »¹⁰⁷, la sociologie fournit une information particulièrement importante. Celle-ci montre en effet la nécessité « de prendre une distance critique vis-à-vis de toutes les approches dichotomiques qui raisonnent en termes de respect/violation »¹⁰⁸. Cette idée de « degrés » constitue à notre sens la richesse essentielle de la notion d'effectivité par rapport à d'autres notions existantes comme celles d'application, d'exécution, de respect, de conformité, etc.. Pour la distinguer de ces notions, une définition de l'effectivité doit donc nécessairement, sinon intégrer, du moins ne pas faire obstacle à cette idée de « degrés » de l'effectivité. Pour autant, un certain nombre de définitions de l'effectivité proposées en doctrine ne permettent pas suffisamment d'intégrer l'idée de « degrés » d'effectivité. Notre point de vue est que cette idée est une information essentielle pour comprendre cette notion. Par conséquent, elle ne peut pas être ignorée par les définitions de la notion, y compris par les définitions qui ne relèvent pas de la sociologie juridique.

¹⁰⁰ Jacques COMMAILLE, entrée « effectivité » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 583.

¹⁰¹ François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 128.

¹⁰² Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 2, 1986, p. 127.

¹⁰³ Sur cette question, v. Vincent RICHARD, *Le droit et l'effectivité...*, *op. cit.*, p. 268 et s. ; François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 135 et s..

¹⁰⁴ Sur les démarches sociologiques de cette évaluation, v. Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 137 et s.. Pour des exemples, v. Pierre GUIBENTIF, *Les effets du droit comme objet de la sociologie juridique. Réflexions méthodologiques et perspectives de recherche*, Genève, CETEL, 1979 ; Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

¹⁰⁵ Pierre LASCOUMES, entrée « effectivité », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, p. 217.

¹⁰⁶ Pierre LASCOUMES, *ibidem*, p. 218.

¹⁰⁷ Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁸ Pierre LASCOUMES, « L'analyse sociologique des effets de la norme juridique : de la contrainte à l'interaction », in Andrée LAJOIE et al. (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, BRUYLANT, 1998, p. 156.

16. En premier lieu, fonder une définition de l'effectivité sur une logique de respect/non-respect de la norme présente le risque de s'avérer excessivement réducteur. Par exemple, pour Marie-Anne Cohendet, « *l'effectivité d'une norme est la relation de conformité entre les comportements qu'elle prescrit et les comportements réels* »¹⁰⁹. Ainsi, « *est effective une règle qui est respectée* »¹¹⁰. Ce type de définition induit probablement un risque d'opposition trop ferme entre conformité et non-conformité ou entre respect et non-respect. Mathieu Téoran définit quant à lui l'effectivité comme la « *variable synthétisant le jugement porté sur le rapport de conformité entre la norme et les comportements tombant dans le champ d'application de cette norme* »¹¹¹. Si cette définition intègre l'idée de « variable », laquelle peut être rapprochée de celle de « degrés », elle demeure fondée sur le rapport de conformité et reste donc susceptible d'être critiquée sous le même angle que la précédente. L'effectivité ne peut être réduite à l'opposition entre respect et non-respect de la norme. En effet, le respect ou encore l'application de la norme ne correspond pas nécessairement exactement à son effectivité. Une norme peut être respectée sans être automatiquement effective¹¹². Par exemple, si l'on considère le cas du port obligatoire de la ceinture de sécurité dans les automobiles, une telle norme peut être parfaitement respectée par tous les automobilistes sans pour autant qu'elle produise un effet par rapport à l'objectif de réduction du nombre de tués. Si l'on admet que la notion d'effectivité porte sur les effets d'une norme, ces derniers ne peuvent être appréciés qu'en regard de l'objectif de cette norme. Même si la norme est respectée, un effet pervers peut venir contredire l'objectif de la norme. Il est alors possible d'affirmer comme Eric Millard « *qu'un texte peut être apparemment appliqué sans qu'il produise des effets qui apparaissent comme recherchés* »¹¹³. Dans le cadre de cet exemple, le gain lié au port de la ceinture peut être contredit par un effet pervers¹¹⁴ comme le fait que, dans certains cas, il est lui-même responsable de la mort de la personne. Une appréciation de l'effectivité en terme de degrés semble ainsi inévitable. Une norme n'est pas effective ou ineffective, elle est plus ou moins effective. « *Entre l'effectivité totale et l'ineffectivité totale, également exceptionnelles, c'est la grisaille de l'ineffectivité partielle qui domine* »¹¹⁵.

17. En second lieu, la définition proposée, dans sa thèse, par Yann Leroy ne nous semble pas satisfaisante. Cet auteur affirme que l'effectivité est « *la qualité d'une norme qui produit des effets* ». Elle vise « *tout à la fois les effets concrets et symboliques, les effets juridiques, économiques, sociaux ou de quelque autre nature, les effets désirés ou non voulus, prévus ou*

¹⁰⁹ Marie-Anne COHENDET, « L'Égitimité, effectivité et validité », in *Mélanges Pierre Avril, La république*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 203.

¹¹⁰ Marie-Anne COHENDET, *ibidem*, p. 209.

¹¹¹ Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité...*, *op. cit.*, p. 47.

¹¹² L'inverse est également possible. Cela est par exemple le cas d'« *une limitation de vitesse qui, bien qu'elle entraîne rarement une limitation effective de la vitesse des automobiles, augmente la vigilance des automobilistes et diminue le nombre d'accidents* » (Florian COUVEINHES, *L'effectivité en droit international*, thèse, droit, Paris II, 2011, p. 233).

¹¹³ Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2006, p. 53.

¹¹⁴ Sur cette question, v. Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, *op. cit.*, p. 333 ; Jean Carbonnier, « Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois », in Jean CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001, p. 147.

¹¹⁵ Jean CARBONNIER, *ibidem.*, p. 146.

non intentionnels, immédiats ou différés, à la seule condition qu'ils n'entrent pas en contradiction avec les finalités des règles de droit évaluées »¹¹⁶. Nous n'entendons pas contester la première partie de cette dernière phrase. En revanche, l'exclusion par l'auteur des effets qui entrent en contradiction avec les finalités de la norme est contestable¹¹⁷. L'effectivité s'apprécie bel et bien au regard de la finalité de la norme, mais elle ne se détermine pas au sein d'une opposition binaire. Yann Leroy défend que les effets pervers de la norme ne peuvent pas être accueillis « *au sein de la notion d'effectivité* »¹¹⁸. Il s'oppose à l'idée qu'une norme qui engendre des effets pervers puisse être qualifiée d'effective. En présence de tels effets, la norme ne serait pas effective. Dans le cas contraire, elle serait effective. Le raisonnement conduit ici à une logique binaire. Que nous le voulions ou non, les effets pervers sont ou ne sont pas. Ce sont des faits. Une norme ne peut pas être jugée ineffective seulement parce qu'elle engendre de tels effets. Il faut, pour comprendre ces effets pervers, réintégrer l'idée de « degrés » d'effectivité. Ainsi, lorsqu'une norme produit des effets pervers, elle est moins effective que si elle n'en avait pas engendrés. En revanche, il est délicat d'affirmer qu'elle n'est pas effective du tout car cela reviendrait à affirmer qu'elle ne produit aucun effet. Même si la norme a engendré des effets pervers, elle reste susceptible, par ailleurs, de produire des effets qui abondent dans le sens de sa finalité. On est donc contraint, pour apprécier l'effectivité d'une norme, d'établir la balance entre ses effets éventuellement pervers et ceux qui concourent à sa finalité. On obtient alors le « degré » d'effectivité. Sauf dans des hypothèses d'école, il n'est pas possible d'affirmer qu'une norme est ou n'est pas effective, il est seulement possible d'avancer qu'une norme est plus ou moins effective. Suivre le raisonnement de Yann Leroy conduirait ainsi à amputer la notion d'effectivité d'une partie de sa richesse¹¹⁹.

En définitive, pour rendre compte de la richesse de la notion, une définition juridique de l'effectivité nous semble devoir conserver l'apport principal de la sociologie juridique, c'est-à-dire l'idée que l'effectivité est susceptible de degrés. Il convient en outre de distinguer la notion d'effectivité de celle d'efficacité.

¹¹⁶ Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, op. cit., p. 339.

¹¹⁷ Yann Leroy s'oppose à l'affirmation de Guy Rocher selon laquelle l'effectivité peut désigner « *tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir* » (Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », in Andrée LAJOIE et al. (dir.), *Théories et émergence du droit...*, op. cit., p. 135).

¹¹⁸ Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, op. cit., p. 336.

¹¹⁹ Un exemple, utilisé par l'auteur, permet de mieux s'en rendre compte. Il explique ainsi qu'un effet pervers de la norme qui régit les licenciements économiques est que les employeurs ont dans certains cas recours à des licenciements pour motif personnel, réputés moins onéreux que les précédents, au lieu de procéder à des licenciements économiques. Doit-on alors considérer que la loi sur les licenciements économiques est ineffective ? Nous ne le pensons pas. La conséquence de cet effet pervers est en effet une réduction du champ d'application *ratione personae* du droit du licenciement économique. Cela a pour conséquence de réduire son effectivité, mais ce droit n'en est pas pour autant inefficace. A l'inverse, pour Yann Leroy, « *un tel effet ne peut toutefois pas être considéré comme une manifestation de l'effectivité du droit du licenciement pour motif économique. L'utilisation qui est faite des règles apparaît, en effet, en totale opposition avec la finalité de cette législation* » (Yann LEROY, *ibidem*, p. 337).

La distinction avec la notion voisine d'« efficacité »

18. La notion d'efficacité est usuellement définie comme le caractère de ce qui est efficace, c'est-à-dire « *qui produit l'effet que l'on attend* »¹²⁰. Apparemment simple, la notion d'efficacité est aussi complexe que celle d'effectivité. En effet, une ambiguïté est au cœur de ces définitions de l'efficacité et elle a nécessairement des conséquences sur l'appréhension juridique de cette notion. La définition de l'efficacité fait référence à l'effet attendu, « que l'on attend ». Partant, deux interprétations différentes peuvent être retenues. Il est possible de considérer que l'effet « attendu » renvoie à celui qui concourt à la finalité de la norme. A l'inverse, il est possible de considérer, comme nous le faisons, que l'effet « attendu » est celui qui, non seulement concourt à la finalité de la norme, mais surtout atteint cette finalité, l'objectif posé par l'auteur de la norme. Par exemple, si l'objectif d'une norme est de diminuer de vingt pour cent le niveau de pollution, celle-ci est efficace si la pollution baisse de vingt pour cent car l'objectif a été atteint. Par contre, si la pollution ne baisse que de quinze pour cent, la norme est simplement effective, elle produit des effets, c'est son « degré » d'effectivité. Cela implique que l'efficacité correspond au degré d'effectivité qui correspond à l'objectif de la norme. Ainsi, dans cet exemple, une baisse de pollution entre zéro et vingt pour cent correspond aux degrés d'effectivité possibles de la norme et ce n'est qu'à partir d'un degré d'effectivité supérieur ou égal à vingt que la norme est considérée comme efficace.

19. Le choix entre la première et la seconde interprétation découle, semble-t-il, du parti retenu pour définir la notion d'effectivité. Par exemple, selon Marie-Anne Cohendet, « *l'efficacité d'une norme est le rapport entre l'objectif officiellement visé par le législateur au moyen de cette norme et le résultat obtenu concrètement* »¹²¹. Cette définition semble parfaitement cohérente par rapport à la définition que cet auteur retient de l'effectivité. Selon cet auteur, cette dernière s'apprécie au regard du respect de la norme et la définition qui est retenue de l'efficacité correspond *in fine* à ce que nous appelons de notre côté le « degré » d'effectivité. Cependant, il nous semble que si l'on retient le parti d'une définition de l'effectivité centrée sur le respect de la norme, la notion d'effectivité n'apporte rien de véritablement original par rapport à celle de « respect » de la norme. Dans cette optique, la richesse liée au « degré » ne se situe pas dans la notion d'effectivité mais dans celle d'efficacité. Se pose cependant la question de savoir comment rendre compte de la seconde interprétation possible du mot « efficace ». Quelle est alors la notion qui va permettre de

¹²⁰ Entrée « efficace », in *Le Petit Robert de la langue française 2013*.

¹²¹ Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 209. Semble-t-il dans le même sens, le dictionnaire de théorie et de sociologie du droit indique que l'efficacité est le « *mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* » (in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique...*, *op. cit.*, p. 219). Pour autant, le terme d'« adéquation » aux finalités de la norme peut prêter à confusion. La définition ne nous dit pas si cette adéquation doit être totale ou partielle pour que la norme puisse être considérée comme efficace.

qualifier une norme qui a atteint son objectif ? C'est cet écueil que nous voudrions éviter en retenant la seconde interprétation possible du mot « efficacité ».

La seconde interprétation possible de la notion d'efficacité est retenue par Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin. Ainsi, « *l'inefficacité est appréciée directement lorsqu'on considère que les résultats attendus de telle ou telle réglementation ne sont pas obtenus* »¹²². Par exemple, « *l'ensemble de la législation en matière de protection de l'environnement est considéré comme inefficace dans la mesure où il apparaît que les pratiques polluantes se maintiennent à un niveau élevé* »¹²³, même si les effets de cette législation ne sont pas nuls et ont permis de réduire, jusqu'à un certain degré, le niveau de pollution. Cette définition est parfaitement cohérente par rapport à la définition que donne Pierre Lascoumes de l'effectivité dans le dictionnaire de théorie et de sociologie du droit¹²⁴. Il définit en quelque sorte l'effectivité comme un degré et l'efficacité comme un résultat « obtenu ». D'autres auteurs retiennent une définition similaire. Ainsi, pour Guy Rocher, l'efficacité d'une loi fait référence « *au fait qu'elle atteint l'effet désiré par son auteur* »¹²⁵. Pour Philippe Conte, l'efficacité « *renvoie au résultat de l'application – aux effets de l'effet* »¹²⁶. Il s'agit de savoir jusqu'où s'étendent les effets de la norme, s'ils ont ou non atteint l'objectif visé. En outre, pour Alexandre Flückiger, « *une politique ou une norme sont efficaces si les résultats correspondent à leurs objectifs* »¹²⁷. L'efficacité implique donc une correspondance entre les effets de la norme et son objectif.

En définitive, les notions d'effectivité et d'efficacité sont dans tous les cas définies l'une par rapport à l'autre. Du parti qui est retenu pour définir la première dépend la définition de la seconde. Sur le plan de la cohérence, les deux partis possibles sont également valides. Néanmoins, le choix d'une définition de l'effectivité fondée sur le respect de la norme conduit à assimiler cette notion à celle de respect de la norme. Or, il nous semble que ces deux notions sont bien différentes.

In fine, on retiendra que les notions de respect, d'effectivité et d'efficacité relèvent de trois types d'interrogations différentes. Tout d'abord, s'interroger sur le respect d'une norme implique de se demander si celle-ci a été violée ou non, ou encore si les comportements des destinataires de la norme ou les normes qui lui sont inférieures sont conformes à la prescription qu'elle induit. Ensuite, s'interroger sur l'effectivité de la norme conduit plus largement à examiner son degré d'influence sur les faits, étant entendu que le respect de la

¹²² Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 146. Semble-t-il dans le même sens, François Rangeon considère que « *l'efficacité est le caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur. (...) L'effectivité est une condition nécessaire mais non suffisante de l'efficacité* »¹²² (François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 130).

¹²³ Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, *ibidem*, p. 146.

¹²⁴ Rappelons que pour Pierre LASCOUMES, l'effectivité est le « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* » (v. *supra*, § 15).

¹²⁵ Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 135.

¹²⁶ Philippe CONTE, « Effectivité, Inefficacité, Sous-effectivité, Surefficacité... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle - Études offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, p. 128.

¹²⁷ Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, n° 138, p. 86.

norme ne correspond pas systématiquement à son effectivité. Enfin, s'interroger sur l'efficacité d'une norme consiste à se demander si ses effets atteignent l'objectif qu'elle vise.

20. Avant d'envisager une définition de l'effectivité, il convient encore de mentionner le sens d'une dernière notion, celle d'efficience. Selon François Rangeon, l'efficience du droit se définit comme son « *efficacité à moindre coût* »¹²⁸. Ainsi, une norme « *obtient les effets escomptés au moindre coût* »¹²⁹. En définitive, sur le plan de leur mesure, les différentes notions abordées relèvent partiellement de disciplines différentes. Ainsi, le juriste analyse le respect d'une norme, le sociologue du droit cherche à mesurer les effets de la norme dans la société (effectivité et efficacité)¹³⁰ et l'économiste tente d'évaluer l'efficience de la norme¹³¹. Il est dès lors possible de considérer comme Jacqueline Morand-Deville que « *traiter de l'efficacité du droit est une tâche difficile. L'efficacité conduit à réfléchir en terme de gestion, alors que l'effectivité, qui s'éloigne moins des normes, est plus familière aux juristes* »¹³². Encore faut-il pour cela que l'effectivité soit définie de façon à en autoriser l'étude par le droit.

Proposition de définition de l'« effectivité » de la norme juridique

21. Exposant la difficulté de définir l'effectivité, un auteur explique ainsi qu'« *à force de précautions sur les mots, de réserves, de nuances et de scrupules tatillons pour savoir de quoi on parle, la question en suspens est indéfiniment repoussée et, avec elle, sa solution* »¹³³. Cet écueil doit en effet être évité. Pour cela, il faut s'en remettre à une définition stipulative de l'effectivité, c'est-à-dire à une définition qui ne prétend pas être vraie ou fausse mais qui permet de lever l'obstacle définitionnel à l'étude de notre objet de recherche, lequel n'est pas l'effectivité en tant que telle mais ses conditions juridiques. Cela nous conduit à admettre, comme Eric Millard, que « *la polysémie n'est pas un handicap aussi lourd qu'il paraît de prime abord* »¹³⁴. Reprenant un auteur, il ajoute que la définition éventuellement avancée ne

¹²⁸ François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 132. L'acception anglaise de ce terme confirme le sens avancé par François Rangeon. Ainsi, en anglais, être efficace consiste à obtenir le résultat désiré en gaspillant le moins d'efforts possible (« *producing the desired result with the minimum wasted effort* » (*Shorter Oxford English Dictionary on historical principles, op. cit.*, p. 794).

¹²⁹ François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 133. En revanche, Marie-Anne Cohendet considère que l'efficience désigne « *l'ensemble des effets produits par une norme, quels qu'ils soient. A l'intérieur de cet ensemble d'effets se situe un sous-ensemble, contenant les effets recherchés* » (Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 208).

¹³⁰ Le sociologue tente d'évaluer le degré d'effectivité, ce que les outils juridiques ne permettent pas de faire. L'objet de cette recherche n'est donc pas l'évaluation de l'effectivité de la norme (v. *infra*, § 27).

¹³¹ Sur ce point, v. les travaux des économistes du mouvement *Law & Economics*. V. Thierry KIRAT, *Economie du droit*, Repères, n° 261, *La découverte*, 2012. Pour une approche critique, v. Régis LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, thèse, droit, Nanterre, 2009.

¹³² Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Avant-propos », in Olivera BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, 2010, p. 8.

¹³³ Philippe CONTE, « Effectivité, Inefficacité, Sous-effectivité, Surefficacité... », *op. cit.*, p. 125.

¹³⁴ Eric MILLARD, *Famille et droit public – Recherches sur la construction d'un objet juridique*, thèse, droit, Lyon III, LGDJ, 1995, p. 11.

peut ni constituer un aboutissement, ni délimiter excessivement l'analyse. Un premier impératif s'impose dès lors à une définition stipulative de l'effectivité. Celle-ci doit nécessairement demeurer relativement ouverte. Dans le même temps, un deuxième impératif se fait jour. Notre définition de l'effectivité ne doit pas induire de confusion avec les notions voisines que nous avons abordées, notamment celle d'efficacité. En outre, cette définition doit demeurer fidèle à la notion d'effectivité et à sa richesse. Un troisième impératif est donc de conserver l'idée que l'effectivité est susceptible de degrés. Enfin, cette définition doit permettre, et c'est le quatrième impératif, d'appréhender correctement notre objet de recherche, les conditions juridiques de l'effectivité.

22. Avant d'envisager une proposition de définition de l'effectivité, il convient d'examiner celles qui ont été proposées en doctrine.

En premier lieu, la définition la plus généralement admise de l'effectivité est celle proposée par le *Vocabulaire juridique* dirigé par Gérard Cornu. L'effectivité y est définie comme le « caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »¹³⁵. Est effectif ce « qui produit l'effet recherché »¹³⁶. Cette définition a le mérite d'être relativement simple et de préserver partiellement l'idée de « degrés » d'effectivité à travers le terme vague d'« effet ». Néanmoins, la référence à l'effet « voulu » ou « recherché » présente un risque de confusion avec la définition de l'efficacité. Cet effet « voulu » ou « recherché » est-il seulement celui qui va dans le sens de la finalité de la norme ou celui qui atteint l'objectif de la norme ?

En deuxième lieu, Denys de Béchillon considère l'effectivité comme « la propriété de produire des effets dans la réalité empirique »¹³⁷. L'indétermination du terme « effet », qui est employé au pluriel, permet de laisser ouverte l'idée de « degrés » d'effectivité. Cependant, cette définition ne donne aucune direction à l'effectivité puisqu'elle ne précise pas que le degré d'effectivité doit être apprécié au regard de la finalité, de l'objectif de la norme. Pour savoir si une norme est plus ou moins effective, encore faut-il pouvoir connaître l'étalon de mesure, d'autant plus que des effets pervers et des effets concourant à l'objectif de la norme sont susceptibles de se produire simultanément.

En troisième lieu, Eric Millard définit l'effectivité « des droits de l'homme ». Pour lui, l'effectivité est « comprise au sens large comme réalisation sociale, jusqu'à un certain degré, de ce que (les) notions de droits recouvrent »¹³⁸. Cette définition est intéressante dans la mesure où elle intègre l'idée de « degré » et le terme de « réalisation sociale » semble sous-entendre que les effets de la norme sont appréciés au regard de l'objectif du droit de l'Homme considéré. Il convient, dans le cadre de notre étude, de souligner ce point.

¹³⁵ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 345.

¹³⁶ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 345.

¹³⁷ Denys de BECHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 87.

¹³⁸ Eric MILLARD, Entrée « Effectivité des droits de l'homme », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, p. 349.

En quatrième et dernier lieu, François Ost et Michel Van de Kerchove définissent l'effectivité comme la « *capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires* »¹³⁹. Cette définition est aussi intéressante mais on peut de nouveau regretter que l'idée que la règle oriente les comportements dans le sens de sa finalité demeure implicite. Néanmoins, il est possible de prendre cette définition comme point de départ. Dès lors, l'effectivité pourrait être définie comme la *capacité de la norme juridique à orienter, dans le sens de sa finalité, le comportement de ses destinataires*.

23. Plus largement encore, nous retiendrons, dans le cadre de cette étude, que l'effectivité de la norme peut être considérée comme étant :

le degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité.

Néanmoins, encore faut-il vérifier que cette définition réponde aux quatre impératifs préalablement établis. En premier lieu, cette définition est suffisamment et volontairement large pour ne pas réduire excessivement le champ de l'étude. En deuxième lieu, cette définition, en ne faisant aucune référence à l'atteinte de l'objectif de la norme, se distingue de celle de l'efficacité¹⁴⁰. En troisième lieu, en désignant explicitement l'effectivité comme un « degré » d'influence et en ne se fondant pas seulement sur le respect de la norme, cette définition préserve la richesse de cette notion et permet d'inclure dans son champ les éventuels effets pervers. En quatrième et dernier lieu, elle nous semble à même de permettre l'étude des conditions de l'effectivité, principalement parce qu'elle ne limite pas au seul respect de la norme les conditions juridiques de l'effectivité. Nous tenterons en effet de démontrer que ces conditions dépassent largement celles du seul respect ou de la seule application de la norme.

Enfin, cette définition n'a aucunement la prétention de mettre fin aux débats concernant la notion d'effectivité. Elle vise simplement à permettre de déplacer un temps le débat au delà de la notion même d'effectivité. Jean Carbonnier considérerait d'ailleurs de façon radicale que « *dans des recherches ultérieures, il pourrait être préférable de dissoudre la notion* »¹⁴¹ et il pointait la question de la diversité des causes d'ineffectivité comme un objet possible d'étude. De façon négative, ces causes d'ineffectivité ne sont autres que les conditions de l'effectivité. Néanmoins, avant d'envisager cette question, il convient de préciser la position de l'exigence d'effectivité au regard du droit positif.

¹³⁹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*, Publ. des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2002, p. 329.

¹⁴⁰ L'efficacité pourrait alors être définie comme la qualité d'une norme dont les effets atteignent son objectif.

¹⁴¹ Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 15.

2.2.2 La position de l'exigence d'effectivité par rapport au droit positif

Si l'exigence d'effectivité est inhérente à la nature de la norme juridique, il n'existe pas, en droit positif, d'obligation générale et autonome d'effectivité.

Une exigence inhérente à la nature de la norme juridique

24. Assurer l'effectivité de la norme constitue-t-elle une obligation juridique au regard du droit positif ? Avant d'examiner cette question, on peut d'abord constater que l'effectivité des normes juridiques constitue, probablement, au minimum une exigence d'ordre moral. L'ineffectivité est d'ailleurs souvent stigmatisée et dénoncée dans le discours commun. Elle est aussi souvent critiquée par une partie de la doctrine juridique, sous entendant que les normes devraient nécessairement être effectives. Par exemple, Jean Carbonnier expliquait que « *l'inapplication des lois atteste qu'une fonction gouvernementale n'est pas remplie : c'est un non-sens, quelque chose d'anormal et de condamnable* »¹⁴². Le discours sur le droit est empreint de cette exigence d'effectivité.

Si elle est probablement une exigence morale, l'exigence d'effectivité apparaît avant tout inhérente à la nature de la norme juridique. Pour Rudolf von Jhering, « *l'essence du droit est la réalisation pratique* »¹⁴³. L'effectivité est de même « *l'expression essentielle* »¹⁴⁴ du droit selon François Terré. Elle apparaît comme une exigence inhérente à la norme juridique puisque celle-ci est, pour Jean Rivero, « *faite pour régir le réel, et pour se traduire dans les faits* »¹⁴⁵. Il nous semble que l'exigence d'effectivité de la norme découle de sa fonction de direction des conduites humaines déjà explicitée¹⁴⁶. C'est parce que la norme juridique exerce une telle fonction qu'elle doit influencer le fait. Partant, affirmer, dans une norme juridique, que celle-ci doit être effective relève bien davantage de la tautologie que d'une nécessité juridique ou pratique. Néanmoins, le droit positif fait parfois référence à l'exigence d'effectivité, que cela soit dans les textes ou dans la jurisprudence.

L'absence, en droit positif, d'obligation générale et autonome d'effectivité

25. En premier lieu, certaines normes écrites font parfois mention de l'exigence d'effectivité. On retrouve ici la dualité de sens du mot « effectivité ».

¹⁴² Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 3.

¹⁴³ Rudolf von JHERING, *La lutte pour le droit*, 1890, rééd., Dalloz, 2006, p. 54.

¹⁴⁴ François TERRE, *Le droit*, Dominos, Flammarion, 1999, p. 66.

¹⁴⁵ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 675.

¹⁴⁶ V. *supra*, § 8.

D'une part, des normes utilisent ce terme dans le sens de « ce qui existe réellement ». Par exemple, un certain nombre de directives européennes, notamment dans les domaines de l'environnement et du travail, prescrivent aux Etats-membres que les sanctions de certaines obligations soient « *effectives, proportionnées et dissuasives* »¹⁴⁷. La norme qui doit ici être « effective » est la sanction elle-même. Cependant, il ne nous semble pas que cette mention du terme « effective » corresponde au sens dans lequel nous l'employons dans le cadre de cette étude. Ce qui est ici prescrit, ce n'est pas le fait que la sanction produise des effets sur la réalité, c'est-à-dire *in fine* qu'elle soit dissuasive, mais simplement qu'elle existe réellement, c'est-à-dire qu'elle soit effectivement prononcée lorsqu'un comportement tombant sous le coup de cette sanction est détecté¹⁴⁸. En outre, le même sens est utilisé par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁴⁹. En effet, le droit à un recours « effectif » « *implique que le recours ne soit pas dépendant de l'action des autorités publiques et qu'il soit accessible aux intéressés* »¹⁵⁰. Il s'agit ici de préserver l'existence d'un recours digne de ce nom, qui existe dans la réalité.

D'autre part, le terme « effectivité », ou « effectif » est parfois utilisé dans un sens plus proche de celui où nous l'entendons (qui produit un effet). Cela est partiellement le cas de la deuxième partie de la Charte sociale européenne¹⁵¹, même si ce n'est pas totalement clair. La plupart de ses articles débutent par la mention « *en vue d'assurer l'exercice effectif* » de tel ou tel droit reconnu par la Charte. S'en suit alors, dans chacun de ces articles, une série d'obligations à la charge des Etats, par exemple dans l'article 1^{er}¹⁵². Envisagé isolément, la première partie de la phrase utilise le mot « effectif » dans le sens de réalité/existence (exercice de tel ou tel droit qui existe dans la réalité). En revanche, la série d'obligation qui suit cette première partie de phrase a bien pour fonction d'assurer que tel ou tel droit va

¹⁴⁷ Dans le domaine de l'environnement, v. l'article 23 de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (JOCE du 22 décembre 2000, L 327, p. 1) ; l'article 8, §1 de la directive 2005/35 du Parlement et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions (JOCE du 30 septembre 2005, L 255, p. 11) ; l'article 5 de la directive 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (JOCE du 6 décembre 2008, L 328, p. 28). Dans le domaine du travail, v. l'article 15 de la directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JOCE n° L 180 du 19 juil. 2000, p. 22) et l'article 8.2 de la directive n° 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne - Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs (JOCE n° L 80 du 23 mars 2002, p. 29).

¹⁴⁸ Si le terme « effective » était utilisé dans le sens où nous l'entendons, il impliquerait que la sanction produise des effets sur la réalité au regard de sa finalité. Traditionnellement, la finalité d'une sanction est d'éviter la violation d'une norme en exerçant un effet dissuasif. Or, les directives examinées exigent toutes que les sanctions soient dissuasives, en plus d'être effectives. L'objectif est probablement ici de faire en sorte qu'en plus d'être effectivement prononcées (« effectives ») le quantum de la sanction soit, tout en étant « proportionnée » à la gravité des faits, suffisamment important pour que la sanction soit « dissuasive ».

¹⁴⁹ Ci-après, « Convention EDH » est utilisé pour désigner la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée le 4 novembre 1950 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).

¹⁵⁰ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., PUF, 2011, p. 483.

¹⁵¹ Charte sociale européenne révisée (adoptée le 3 mai 1996 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999).

¹⁵² Celui-ci précise qu'« *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent : (...) à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs ; à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées* ».

produire des effets sur la réalité. Néanmoins, dans le sens où nous entendons ce terme, il n'y a pas d'obligation d'effectivité édictée en tant que telle par la Charte sociale européenne.

26. En second lieu, il est fréquent que les juges fassent référence à l'effectivité dans le cadre de leurs décisions. L'intensité de ces références est cependant variable. Tout d'abord, le principe de l'« effet utile » est utilisé dans le cadre de l'interprétation des traités internationaux. Il est souvent assimilé à un principe d'effectivité. Ainsi, selon ce principe, « l'interprète doit présumer que les auteurs d'un traité, en adoptant les termes d'une disposition, ont entendu leur donner une signification telle que cette disposition puisse recevoir une application effective »¹⁵³. Utilisé par la Cour internationale de justice¹⁵⁴, il ne s'agit cependant pas d'une obligation juridique en tant que telle mais d'une « technique d'interprétation »¹⁵⁵.

Ensuite, l'effectivité est aussi utilisée comme référence par les juges européens, que ce soit au niveau du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne. Concernant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁶, « l'objectif général de l'effet utile ou de l'effectivité des droits garantis dirige de manière systématique l'interprétation de la Convention »¹⁵⁷ EDH. Les techniques de l'interprétation évolutive¹⁵⁸, de l'interprétation autonome, des obligations positives¹⁵⁹ et de l'effet horizontal¹⁶⁰ sont mobilisées dans le cadre du « dynamisme interprétatif »¹⁶¹ de la Cour au service de l'effectivité des droits reconnus par la Convention EDH, celle-ci ayant pour objet de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais

¹⁵³ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 416.

¹⁵⁴ CIJ, 3 février 1994, *Différend territorial entre la Lybie et le Tchad*, rec., p. 25, § 51. Ce principe est aussi mobilisé par la Cour de justice de l'Union européenne. V. CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c. Haute Autorité*, aff. 8/55, rec., p. 305 ; CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, rec., p. 1629.

¹⁵⁵ Jean SALMON (dir.), *ibidem*, p. 416.

¹⁵⁶ Ci-après « Cour EDH » est utilisé pour désigner la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁵⁷ Florian COUVEINHES, *L'effectivité en droit international*, op. cit., p. 151.

¹⁵⁸ La Cour EDH affirme ainsi que « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui » (Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, série A, n° 31 ; GACEDH, n° 51). Cela lui a par exemple permis, sur la base d'un texte absolument muet sur cette question, de protéger le droit de vivre dans un environnement sain en s'appuyant sur le droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 8 de la Convention (V. Jean-Pierre MARGUENAUD, « Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme », RJE, numéro spécial, 2003, p. 15 ; Jean-Pierre MARGUENAUD, « Les droits fondamentaux liés à l'environnement », in Olivera BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, 2010, p. 83). Plus largement, sur l'interprétation évolutive, v. Jean-Pierre MARGUENAUD, « Les mutations de la Convention : le texte initial, les protocoles et l'interprétation jurisprudentielle », LPA, 22 déc. 2010, n° 254, p. 5.

¹⁵⁹ Cette technique permet d'imposer une obligation d'agir à un Etat dans le but d'assurer l'effectivité des droits reconnus. V. notamment Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, Série A, n° 6 ; GACEDH, n° 9 ; 9 décembre 1994, *Lopez Ostra*, Série A, n° 303-C ; JDI, 1995, p. 798, note Paul TAVERNIER ; GACEDH, n° 3. L'interprétation dynamique de la Convention a conduit à « la transformation d'une formulation négative d'un droit en une obligation positive » (Frédéric SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », RTDH, 1995, p. 366) dont le fondement est « le souci de conférer au système de sauvegarde et aux droits garantis une véritable effectivité » (*ibidem*).

¹⁶⁰ La technique de l'effet horizontal permet à la Cour EDH d'imposer l'application de la Convention dans les rapports interindividuels. V. Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, JDI, 1986, p. 186, obs. P. ROLLAND.

¹⁶¹ V. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., PUF, 2011, p. 244.

concrets et effectifs »¹⁶², tel que l'a indiqué la Cour dans son arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979. Pour Jean-Pierre Marguénaud, depuis cet arrêt, « le travail interprétatif de la Cour a été un véritable combat pour l'effectivité des droits de l'homme »¹⁶³. Au niveau de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a dégagé, à côté d'un principe d'équivalence, un principe d'effectivité qui lui permet de limiter l'autonomie institutionnelle des Etats-membres en leur interdisant de rendre impossible sur le plan pratique l'exercice des droits reconnus par le droit de l'Union européenne¹⁶⁴. Néanmoins, les références à l'effectivité utilisées par la Cour EDH comme par la CJUE ne constituent pas une obligation juridique générale et autonome mais une technique d'interprétation dont le parti pris est de préserver l'effectivité de la norme.

Enfin, le juge constitutionnel et le juge administratif français ont parfois recours au terme « effectivité » dans le cadre de leurs interprétations. Comme pour les juges européens, la référence à l'effectivité est mobilisée dans le cadre d'une technique d'interprétation. Néanmoins, l'utilisation de cette référence demeure assez rare et l'effectivité n'est pas particulièrement mise en avant dans les décisions, contrairement à ce que peut pratiquer la Cour EDH par exemple. En ce qui concerne le juge constitutionnel, le terme effectivité n'apparaît à notre connaissance¹⁶⁵ qu'à cinq reprises dans la jurisprudence. Il est utilisé une fois dans le sens de « ce qui existe réellement »¹⁶⁶ et quatre fois dans le sens de « ce qui produit un effet ». A trois reprises, la référence à l'effectivité est utilisée pour justifier la constitutionnalité de dispositions législatives¹⁶⁷. Le fait que ces dispositions aient eu pour but d'assurer l'effectivité d'une norme constitutionnelle permet de les regarder comme conformes à la Constitution. Pour autant, aucune obligation autonome d'assurer l'effectivité des normes constitutionnelles n'est énoncée à la charge du législateur¹⁶⁸. De plus, le juge constitutionnel a utilisé une fois une référence à l'effectivité dans le cadre d'une réserve d'interprétation, prescrivant de ne pas interpréter une disposition législative « *comme privant d'effectivité le droit d'exercer un recours juridictionnel* »¹⁶⁹. On se rapproche assurément ici de l'édition d'une obligation, mais celle-ci est davantage une obligation d'interpréter la loi au regard d'une exigence d'effectivité qu'une obligation d'assurer l'effectivité en tant que telle.

¹⁶² Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73 ; série A, n° 32 ; GACEDH, n° 2.

¹⁶³ Jean-Pierre MARGUENAUD, « Les mutations de la Convention... », *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁴ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, § 5 ; 16 décembre 1976, *Comet BV*, aff. 45/76, § 13 et 16. Par exemple, sur le rôle des principes d'équivalence et d'effectivité en matière de droit au recours, v. *infra*, § 744.

¹⁶⁵ C'est ici le résultat donné par une recherche menée par mot-clé à partir du site legifrance.gouv.fr dans les décisions rendues par le Conseil constitutionnel au titre du contrôle de constitutionnalité (décisions DC et QPC).

¹⁶⁶ CC, 20 juillet 2006, n° 2006-539 DC, § 25, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration* ; RFDC, 2007, p. 79, chron. Hubert ALCARAZ, Chloé CHARPY, Sophie LAMOUREUX et Loïc PHILIP.

¹⁶⁷ CC, 15 déc. 2005, n° 2005-528 DC, § 16 ; RFDC, 2006, p. 321, chron. Xavier MIGNON, Séverine NICOT, Loïc PHILIP, Joseph PINI et Elise BESSON ; 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, § 17 ; RFDC, 2010, p. 811, chron. Pierre-François RACINE, Nicolas GUYLENE et Loïc PHILIP ; 15 mars 2012, n° 2012-650 DC, § 10 ; *Droit social*, 2012, p. 708, note Valérie BERNAUD.

¹⁶⁸ Sur cette question, v. aussi *infra*, § 605 et s..

¹⁶⁹ CC, 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, § 14 ; *Dalloz* ; 2005, p. 1125, chron. Valérie OGIER-BERNAUD et Caterina SEVERINO. Contrairement à la formulation de l'article 13 de la Convention EDH, ce n'est pas ici le recours qui doit être effectif mais le droit au recours lui-même. En pratique, les deux sens sont néanmoins très proches.

En ce qui concerne le juge administratif, l'utilisation du terme « effectivité » dans sa jurisprudence n'est pas univoque¹⁷⁰. Si l'on se limite aux arrêts de section et d'assemblée du Conseil d'Etat, le terme « effectivité » apparaît dans cinq arrêts. L'effectivité est parfois utilisée dans le sens de « ce qui existe réellement » et non de « ce qui produit un effet »¹⁷¹. Dans une autre espèce, la référence à l'effectivité permet au juge de valider un acte administratif au motif que celui-ci ne prive pas d'effectivité un principe constitutionnel¹⁷². En outre, le fait que l'Etat ait souhaité assurer l'effectivité d'une disposition comprise dans une directive européenne au moyen de sanctions n'est pas contraire à cette directive¹⁷³. Le Conseil d'Etat se borne dans une autre affaire à rappeler le principe d'effectivité tel qu'il résulte de la jurisprudence de la CJUE¹⁷⁴. La dernière espèce est probablement la plus intéressante. Dans l'arrêt *Mme Perreux* du 30 octobre 2009¹⁷⁵, le juge administratif énonce une obligation de « garantir l'effectivité des droits » tirés d'une directive européenne. Cette obligation découle selon le juge administratif de l'obligation de transposer les directives reconnues aussi bien par le droit de l'Union européenne que par la jurisprudence constitutionnelle. Il précise ensuite que tout justiciable peut « en conséquence » invoquer les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive à l'encontre d'un acte administratif réglementaire ou non réglementaire¹⁷⁶. Cependant, il nous semble que la consécration d'une obligation d'assurer l'effectivité d'une norme dans le sens que nous avons donné au terme « effectivité » aurait des conséquences bien plus larges que la seule invocabilité de cette norme. C'est en tout cas ce que nous tenterons de démontrer à travers la mise en évidence d'autres conditions d'effectivité. Dès lors, le mot « effectivité » est probablement employé ici dans un sens beaucoup plus étroit que celui que nous lui donnons¹⁷⁷.

¹⁷⁰ A partir d'une recherche par mot clé sur legifrance.gouv.fr, l'occurrence « effectivité » apparaît environ dans une centaine d'arrêts du Conseil d'Etat.

¹⁷¹ CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, rec. p. 55 ; AJDA, 2007, p. 577, chron. LENICA et BOUCHER ; *Dalloz*, 2007, p. 2272, note Michel VERPEAUX ; *ibidem*, p. 2742, note Pascale DEUMIER ; RDP, 2007, p. 1031, note Jérôme ROUX ; *Droit adm.*, mai 2007, p. 9, note Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY (v. *infra*, § 120 et s.). Dans cet arrêt, il est question de savoir si l'application d'une règle ou d'un principe général du droit communautaire garantit « l'effectivité du respect » d'une norme constitutionnelle.

¹⁷² CE, sect., 19 octobre 2005, *CGT*, n° 283892 ; rec., p. 434.

¹⁷³ CE, sect., 17 novembre 2006, *Société CNP Assurances*, n° 276926 ; JCP G, n° 11, 2007, p. 29, chron. Benoît PLESSIX.

¹⁷⁴ CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, n° 331805 ; RJEP, 2012, comm. 28, concl. Claire LANDAIS.

¹⁷⁵ CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348 ; AJDA, 2009, p. 2385, chron. Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI ; *Droit adm.*, 2009, ét. 21, étude Marie GAUTIER ; JCP A, 2010, n° 2036, note Olivier DUBOS et David KATZ.

¹⁷⁶ Sur les questions liées à l'invocabilité des directives, v. *infra*, § 127 et s..

¹⁷⁷ La « conséquence » de l'obligation d'effectivité est, en l'espèce, un élargissement de l'invocabilité des directives. Nous verrons que l'invocabilité d'une norme devant le juge peut être considérée comme une condition d'effectivité de cette norme. Néanmoins, l'utilisation du terme « effectivité » laisse perplexe. On peut se demander si, sur la base de cette obligation d'effectivité, le juge administratif va tirer de nouvelles conséquences autres que celles liées à l'invocabilité. Il ne l'a en tout cas pas fait dans un arrêt de section ou d'assemblée durant les trois années qui ont suivi l'arrêt *Perreux*. Par ailleurs, on peut observer que s'il existe une telle obligation de garantir l'effectivité des droits tirés des directives européennes, celle-ci relève plus directement de la primauté du droit de l'Union européenne et du principe de l'effet utile de ce droit plutôt que de l'obligation de transposer les directives. On peut faire l'hypothèse que le juge administratif a utilisé ce

Par conséquent, si l'on s'en tient au sens que nous avons donné au terme « effectivité », il n'existe pas en droit français d'obligation générale et autonome d'assurer l'effectivité des normes juridiques¹⁷⁸. Cependant, une telle obligation est probablement inhérente à la nature des normes juridiques et à leur fonction de direction des conduites humaines mais il ne s'agit là que d'un discours sur le droit, et non d'une obligation positive. Il nous semble d'ailleurs qu'inscrire une telle obligation en droit positif serait une tautologie, voire un aveu explicite de la faiblesse de l'emprise des normes juridiques sur les faits.

3. UN OBJET, LES CONDITIONS JURIDIQUES DE L'EFFECTIVITE DE LA NORME

Un « effet » est défini comme « *ce qui est produit par une cause* »¹⁷⁹. Il est dès lors possible d'envisager l'hypothèse selon laquelle les effets de la norme sur la réalité résultent d'une ou plusieurs causes et que, lorsque certaines « conditions » sont réunies, l'effet peut se produire. L'objet de cette étude est précisément constitué par ces conditions qui, *in fine*, influencent l'effectivité d'une norme juridique. Il convient dès lors de préciser ce que l'on entend exactement par « conditions juridiques de l'effectivité » (3.1) avant de vérifier que cet objet peut être correctement appréhendé au moyen d'une analyse juridique (3.2).

3.1 Les conditions juridiques de l'effectivité

27. L'objet de notre travail est l'étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme. En premier lieu, le *Dictionnaire de l'académie française* distingue deux sens du terme « condition ». Selon le premier, une condition est « *ce qui exerce une influence déterminante sur une chose, une action, un événement* ». Selon le second, une condition est « *ce qui*

fondement là car il est probablement apparu à ses yeux comme étant mieux établi puisque l'obligation de transposition découle, outre du droit de l'Union, de la Constitution française (v. *infra*, § 116 et s.).

¹⁷⁸ Dans sa thèse, Mathieu Téoran affirme qu'il existe une « *obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques* » (v. Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, *op. cit.*, pp. 97-160). Cependant, hormis la jurisprudence *Mme Perreux* intervenue postérieurement à cette thèse, le juge administratif n'affirme pas cette obligation en tant que telle. D'ailleurs, la thèse de Mathieu Téoran regroupe sous le terme d'effectivité une pluralité d'obligations (principalement celles d'adopter des mesures d'application, d'abroger des normes incompatibles avec une norme supérieure, de publier et ou de promulguer une norme, d'édicter une circulaire interprétative, de prononcer une injonction, de procéder à une exécution d'office ou encore de prononcer une sanction) qui, nul ne le conteste, concourent à l'effectivité de la norme. Cependant, elles ne sont jamais reconnues par le juge administratif comme des obligations d'assurer « l'effectivité » d'une norme. Il est possible, comme le fait Monsieur Téoran, de considérer, en doctrine, que se dégage ainsi une obligation d'effectivité regroupant plusieurs autres obligations, mais en droit positif, une telle obligation n'est pas affirmée par le juge administratif. De plus, ce n'est qu'en procédant à une définition de l'effectivité centrée sur la notion de conformité que l'auteur peut se limiter aux obligations précitées. Si l'on considère comme nous le faisons que la notion d'effectivité recouvre un sens plus large, la série d'obligations que l'auteur rattache à l'effectivité est incomplète.

¹⁷⁹ Entrée « effet », in *Le Petit Robert de la langue française 2013*.

contribue à rendre une chose possible »¹⁸⁰. La différence entre ces deux acceptions se situe au niveau de la rigueur du lien qui réunit la condition et la conséquence de sa satisfaction. En effet, ce lien peut être de deux natures différentes. D'une part, la première définition fait référence à une influence « déterminante ». Or, le mot « déterminant » s'entend comme ce « *qui constitue l'élément déclenchant d'un phénomène, d'un mouvement* »¹⁸¹. Cette première acception renvoie donc à la catégorie des conditions dites, en logique¹⁸², « nécessaires et suffisantes ». Une condition est considérée comme telle lorsque la condition et sa conséquence sont dépendantes l'une de l'autre. Le cas échéant, on considère que si A est vrai, alors B est vrai (suffisante) et si B est faux, alors A est faux (nécessaire). *In fine*, B existe si et seulement si A existe et inversement. A est la condition *sine qua non* de B et réciproquement. Dans ce cadre, mettre en évidence l'existence d'une condition implique de démontrer la nécessité de A pour que B se produise, c'est-à-dire la nécessité de la condition pour que la norme soit effective. D'autre part, la seconde définition du terme « condition » utilise un rapport logique beaucoup plus souple. La condition « contribue », parmi d'autres éléments, à une chose « possible », c'est-à-dire « *qui peut être ou ne pas être* »¹⁸³. Dans ce cadre, mettre en évidence l'existence d'une condition implique de démontrer que si A est présent, alors il est possible que B se produise mais B peut aussi ne pas se produire. Ce type de condition montre que A peut favoriser l'apparition de B. Appliqué à notre sujet, il pourra être mis en évidence que si la condition est satisfaite, alors elle est susceptible d'influencer favorablement l'effectivité de la norme. Par conséquent, dans les deux cas, la mise en évidence d'une condition doit démontrer une « implication », c'est-à-dire une « *relation logique consistant en ce qu'une chose en implique une autre (si A, alors B)* »¹⁸⁴. Cependant, selon les cas, l'implication pourra être considérée comme stricte (condition nécessaire et suffisante) ou comme souple (condition possible).

A ce stade de notre étude, il n'est pas possible d'opter définitivement pour l'une ou l'autre de ces deux définitions du terme « condition ». Cela sera justement en partie l'objet de notre recherche que de tenter de connaître la nature des conditions de l'effectivité. Par conséquent, la prudence impose de retenir l'acception la plus large et nous retiendrons donc comme hypothèse de travail qu'une condition est « *ce qui contribue à rendre une chose possible* ». Notre objectif est de ne pas limiter, *a priori*, notre objet, à des implications strictes.

28. En second lieu, les conditions de l'effectivité qui constituent notre objet de recherche sont celles qui peuvent être considérées comme « juridiques ». Cet objet est par conséquent limité aux différents éléments du « système juridique », c'est-à-dire à l'« *ensemble des normes juridiques valides pour un certain territoire ou un certain groupe de personnes, et qui*

¹⁸⁰ Entrée « condition », in *Dictionnaire de l'académie française*, 9^{ème} éd., 1992.

¹⁸¹ Entrée « déterminant » in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr.

¹⁸² Considérée ici comme la « *science ayant pour objet l'étude, surtout formelle, des normes de la vérité* » (entrée « logique », *Le Petit Robert de la langue française* 2013).

¹⁸³ Entrée « possible », in *Le Petit Robert de la langue française* 2013.

¹⁸⁴ Entrée « implication », in *Le Petit Robert de la langue française* 2013.

ne tire sa validité d'aucune norme juridique qui lui soit extérieure »¹⁸⁵. Ainsi, les conditions juridiques de l'effectivité peuvent être définies comme :

l'ensemble des éléments du système juridique qui contribuent à rendre possible l'effectivité de la norme juridique.

Cette délimitation de l'objet implique deux conséquences. D'une part, l'étude des conditions juridiques de l'effectivité consiste donc à rechercher, parmi un ensemble de normes valides, celles qui sont susceptibles d'influencer, selon un rapport d'implication strict ou souple, l'effectivité d'autres normes juridiques. Il s'agit *in fine* de rechercher quels sont les éléments du système juridique qui sont susceptibles d'être mobilisés au service de l'effectivité d'une norme¹⁸⁶. D'autre part, la limitation de l'objet aux conditions « juridiques » de l'effectivité implique l'exclusion du champ de cette étude des conditions extra-juridiques de l'effectivité de la norme. On sait en effet que, comme le souligne Marie-Anne Cohendet, « *l'effectivité des règles de droit dépend de nombreux facteurs, juridiques et extra-juridiques, comme le contexte économique, politique, écologique, scientifique, etc.* »¹⁸⁷. Par conséquent, notre étude des conditions « juridiques » de l'effectivité n'est qu'une « contribution » à une étude plus large de l'ensemble des conditions de l'effectivité.

29. Ce choix nous semble justifié par deux raisons. La première est qu'une étude de l'ensemble des conditions, juridiques mais aussi extra-juridiques, de l'effectivité, serait bien trop vaste. La seconde est qu'à notre sens, celle-ci ne pourrait raisonnablement pas être menée seulement par un juriste et qu'elle nécessiterait la constitution d'une équipe de recherche pluridisciplinaire afin d'étudier dans le détail chaque variété de condition, ce qui n'est évidemment pas possible dans le cadre d'une thèse de doctorat. Nous nous limiterons donc à étudier la seule variété de condition qui correspond à la discipline concernée par notre recherche, c'est-à-dire les conditions « juridiques ». Pour autant, encore convient-il de s'assurer que cet objet de recherche peut être appréhendé au moyen d'une analyse juridique.

¹⁸⁵ Entrée « système juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie...*, *op. cit.*, p. 595. Le système juridique ne sera cependant pas envisagé de façon isolée. Nous prendrons en compte l'intégration, dans le système juridique, d'éléments d'origine externe (v. *infra*, § 40 et s.).

¹⁸⁶ Il est possible de rapprocher cette question de la distinction avancée par Herbert Lionel Adolphus (H.L.A.) Hart entre les normes primaires et les normes secondaires. Ainsi, les normes primaires « *prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements* » (H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 1961, (traduc Michel van de Kerchove), *Publications des Facultés Universitaires Saint Louis*, Bruxelles, 1976, p. 105) et les normes secondaires permettent d'« *introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre* » (*ibidem*). Si l'on devait reformuler notre objet en utilisant cette distinction, on pourrait énoncer qu'il s'agit de rechercher les normes secondaires qui sont susceptibles d'influencer l'effectivité des normes primaires.

¹⁸⁷ Marie-Anne COHENDET, « Les effets de la réforme », *RJE*, n° spécial, 2003, p. 52.

3.2 La possibilité d'une appréhension de cet objet au moyen d'une analyse de type juridique

La question de la possibilité d'une appréhension des « conditions juridiques de l'effectivité de la norme » juridique peut être résolue en deux temps. En effet, si l'étude de l'effectivité en tant que telle relève en principe d'une connaissance externe à l'analyse juridique (3.2.1), celle de ses conditions juridiques relève d'une connaissance interne à cette analyse (3.2.2).

3.2.1 L'étude de l'effectivité : une connaissance en principe externe à l'analyse juridique

30. Selon la conception kelsénienne de la science du droit « *tout ce qui se situe en amont de la norme (les origines sociales du droit) et en aval de la norme (l'application dans la réalité sociale) ne relève plus de la sphère du Sollen, du devoir-être, mais de la sphère du Sein, des faits, dont s'occupe la/les science(s) sociale(s)* »¹⁸⁸. On a ainsi pu déduire que selon Hans Kelsen, l'étude de l'effectivité des normes juridiques relève bien davantage de la sociologie que du droit. Se fondant sur la loi de « Hume », du nom du philosophe britannique David Hume¹⁸⁹, selon laquelle ce qui doit être ne peut pas être déduit de ce qui est, Kelsen considère que « *la distinction logique entre être et devoir-être (...) est une des positions centrales de la théorie pure du droit. Elle est une théorie de ce qui doit être du point de vue du droit positif et non de ce qui est naturellement* »¹⁹⁰. Il en déduit le point de vue selon lequel la « *séparation entre la science normative du droit et les sciences causales en général, et, en particulier, celles qui, comme la psychologie sociale et la sociologie, reposent sur le principe de causalité, constitue un des postulats essentiels qui promeut la pureté de la théorie du droit au rang de science. (...). Ce postulat entend (...) ne pas confondre la question de savoir comment les hommes doivent se conduire selon un ordre juridique positif avec la question de savoir comment, sous l'angle des lois causales, ils se comportent effectivement* »¹⁹¹

31. La radicalité de cette position est cependant critiquée. Même s'il n'est pas question pour nous d'entrer ici dans le détail de ce débat épistémologique¹⁹², il convient cependant de

¹⁸⁸ Luc HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 39.

¹⁸⁹ V. Jocelyn BENOIST, Entrée « Hume David », in Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 282.

¹⁹⁰ Hans KELSEN, « Qu'es-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, *Droit & Société*, 1992, p. 554.

¹⁹¹ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 555.

¹⁹² Sur ce point, v. Roland RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 151 et s.

mentionner les contre-arguments qui concernent de plus près la question de l'effectivité¹⁹³. Le premier est un paradoxe. Alors que Kelsen entend que l'effectivité ait une place, relativement importante, par rapport à la validité de la norme¹⁹⁴, celle-ci devrait être abandonnée en dehors de la science du droit¹⁹⁵. Le second est que, à plusieurs reprises au cours de la *Théorie pure du droit*, notamment lorsqu'il précise les relations entre l'effectivité et la validité, « *Kelsen ne peut éviter de recourir à l'observation de l'application de la norme, ce qui est une question de fait* »¹⁹⁶. Le troisième tire les conséquences de la fonction de direction des conduites humaines inhérente au droit. Ainsi, Roland Ricci explique à juste titre, que « *le phénomène juridique se caractérise précisément par la volonté des membres du corps social de produire des effets déterminés en formulant des impératifs. D'ailleurs, la définition kelsénienne des normes juridiques se rattache à cette conception sociale du droit dans la mesure où une norme est entendue comme étant la signification d'un acte de volonté destiné à influencer le comportement d'autrui* »¹⁹⁷. Il est donc paradoxal que la science du droit de Kelsen se refuse à examiner les effets des normes juridiques.

32. La position de Kelsen, comme ces critiques, pose évidemment la question de la relation entre le droit et un certain nombre de sciences sociales, notamment la sociologie. Pour Michel Troper, la question que se pose la sociologie du droit est celle de savoir « *comment en pratique on conçoit le contenu des règles ou quels sont les effets de ces règles sur les conduites réelles* »¹⁹⁸. Comme cela a déjà été mis en évidence¹⁹⁹, la sociologie s'attache en effet à tenter de mesurer le degré d'effectivité des normes. Deux écueils doivent, nous semble-t-il, être évités. Le premier consisterait, en tant que juriste, à s'isoler totalement des résultats de la sociologie. Comme nous l'avons montré en ce qui concerne la définition de la notion d'effectivité, la sociologie peut permettre de mettre en évidence des éléments absolument déterminants. Le second consiste à adopter la position inverse, à confondre méthode juridique et méthode sociologique. L'étude de l'effectivité se trouve au cœur de ces difficultés. Christian Atias considère, précisément à ce propos, qu'« *il paraît pourtant difficile d'admettre (...) qu'il n'y a là qu'un phénomène sociologique ; ni son analyse, ni l'examen de ses conséquences ne peuvent être menés hors des juristes. Il ne s'agit pas de méconnaître l'autonomie de la sociologie, mais seulement d'inviter les juristes à mettre à profit ses enseignements* »²⁰⁰. En outre, pour Eric Millard, « *il paraît évident (et peu contesté) qu'il ne*

¹⁹³ V. aussi Luc HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité"... », *op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁴ V. *infra*, § 58 et s..

¹⁹⁵ V. Marie-Anne COHENDET, « Le système des variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs – Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 120-121.

¹⁹⁶ Roland RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 160.

¹⁹⁷ Roland RICCI, *ibidem*, p. 161.

¹⁹⁸ Michel TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 103.

¹⁹⁹ V. *supra*, § 32.

²⁰⁰ Christian ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, 1985, p. 143. Marie-Anne Cohendet considère quant à elle qu'« *il existe des recherches faites par des sociologues ou des politistes qui comportent des éléments d'analyse intéressants pour l'étude juridique de l'effectivité du droit. Elles peuvent et doivent compléter une analyse juridique de cette question, mais elle ne saurait s'y substituer* » (Marie-Anne COHENDET, « Cohabitation et constitution », *Pouvoirs*, n° 91, 1999, p. 39). En outre, elle affirme que « *les juristes peuvent parfaitement*

peut y avoir de connaissance du droit sans prise en compte des effets sociaux du droit (ce que fait la sociologie générale) et de la place qu'occupe le droit comme ressource dans les relations sociales »²⁰¹. L'étude de l'effectivité se situe ainsi à cheval entre la sociologie et le droit. Un moyen de parvenir à cette étude est, pour Véronique Champeil-Desplats, que « le juriste qui s'intéresse à l'effectivité doit faire l'effort d'acquérir des méthodes et des savoirs qui ne sont pas les siens ou de travailler avec des spécialistes d'autres disciplines »²⁰². L'étude de l'effectivité n'est donc pas impossible. Elle peut même être défendue sur le plan épistémologique comme le fait Marie-Anne Cohendet²⁰³, même si elle relève, en principe, d'une connaissance externe à celle des juristes.

33. Cependant, l'objet de notre recherche ne porte pas directement sur l'effectivité mais sur ses conditions juridiques. Or, il nous semble que leur étude relève assurément d'une connaissance interne à l'analyse juridique.

3.2.2 L'étude des conditions juridiques de l'effectivité : une connaissance interne à l'analyse juridique

34. « La science du droit s'attache à une connaissance interne »²⁰⁴ au système juridique. Dès lors que, telles que nous les avons définies, les conditions juridiques de l'effectivité relèvent du système juridique lui-même, cet objet de recherche mobilise essentiellement les outils de l'analyse juridique. Ces conditions, en tant que normes juridiques, constituent bien un devoir-être.

35. De plus, la radicalité de Kelsen n'est pas totale. Il admet ainsi sans ambiguïté que « l'opposition de l'être et du devoir-être, de ce qui est "réel" et de ce qui "doit être" est une opposition relative »²⁰⁵. Ainsi, lorsque la théorie pure du droit « définit le droit positif comme norme, c'est-à-dire comme un devoir-être, ceci s'opère aussi au regard de la conduite factuelle des hommes qui peut tantôt correspondre à cette norme, comme devoir-être positif, ou tantôt la transgresser »²⁰⁶. De la même manière, une recherche portant sur les conditions

prendre en compte des éléments extra-juridiques pour étudier les règles de droit tout en restant des juristes, exactement comme un médecin peut prendre en compte des éléments de chimie, sans pour autant que l'on puisse prétendre qu'il fait de la chimie au lieu de la médecine » (Marie-Anne COHENDET, « Le système des variables déterminantes », *op. cit.*, p. 121).

²⁰¹ Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 54.

²⁰² Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 14.

²⁰³ Ainsi, « être scientifique, ce n'est pas prétendre couper le droit du monde, c'est au contraire se donner les moyens de comprendre, avec toute l'objectivité possible, les relations entre les règles de droit et les éléments qui déterminent leur création et leur application » (Marie-Anne COHENDET, « Science et conscience – De la neutralité à l'objectivité », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 78).

²⁰⁴ Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 57.

²⁰⁵ Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *op. cit.*, p. 554.

²⁰⁶ Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *op. cit.*, p. 554.

juridiques de l'effectivité s'opère nécessairement au regard de l'effectivité qui, en tant que telle, est un fait. Par ailleurs, Kelsen place volontairement sa théorie du droit dans une perspective dynamique. Ainsi, la « théorie dynamique du droit » a, selon Kelsen, « *pour objet le droit en mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué. (...) le droit règle lui-même sa propre création et sa propre application (...) des lois de droit formel ou lois de procédure règlent l'application des lois de droit matériel par les tribunaux et par les autorités administratives* »²⁰⁷. Or, une étude des conditions juridiques de l'effectivité n'a pas d'autre objet que de connaître par quels moyens le droit peut influencer sa propre effectivité.

36. Enfin, l'intégration, au moins partielle, de la question de l'effectivité, peut contribuer à un apport de connaissances. Ainsi, pour Marie-Anne Cohendet, « *la science du droit doit se donner les moyens de comprendre pour quelles raisons, selon quels processus et avec quelles conséquences des règles de droit sont respectées ou violées* »²⁰⁸. Cet auteur y a d'ailleurs contribué en démontrant, à travers le cas de la « cohabitation » en droit constitutionnel, « *qu'il était nécessaire d'étudier la relativité de l'effectivité des normes, qui ne se confond pas avec la relativité de la validité* »²⁰⁹. En effet, la notion d'effectivité, parce qu'elle se situe au cœur de la tension entre l'être et le devoir-être, entre la réalité et la norme, permet d'« *analyser l'écart qui existe entre droit et application du droit afin d'essayer de comprendre quels sont les facteurs qui le déterminent, et quels rapports dynamiques peuvent exister entre eux* »²¹⁰. Ainsi, pour Georges Vedel, « *le juriste doit se mouvoir à la fois dans le "Sein" et dans le "Sollen" et cet exercice, tout d'illogique équilibre, lui est imposé sous peine pour lui de se transformer soit en algébriste des normes, soit en chroniqueur des phénomènes juridiques* »²¹¹.

C'est au défi de cet équilibre que notre objet de recherche voudrait se confronter tout en conservant, comme outil dominant, si ce n'est exclusif, l'analyse juridique. Pour cela, il convient par ailleurs de circonscrire le domaine de cette recherche.

4. UN DOMAINE, LE DROIT PUBLIC INTERNE

L'étude des conditions juridiques de l'effectivité est circonscrite au droit public interne. Il convient d'expliquer les raisons qui nous ont conduit au choix du droit « public » (4.1) puis du droit « interne » (4.2).

²⁰⁷ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 78.

²⁰⁸ Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », op. cit., p. 201.

²⁰⁹ Marie-Anne COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 – mai 1988)*, t. 2, thèse, droit, Lyon, 1991, p. 9.

²¹⁰ Marie-Anne COHENDET, *ibidem*, p. 9.

²¹¹ Georges VEDEL, *Préface*, in Jean-Jacques ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 1981, p. II.

4.1 Le droit « public »

37. Selon une définition organique, le droit public est l'« ensemble des règles juridiques relatives à l'existence, à l'organisation, au fonctionnement et aux relations de l'État »²¹² et des autres personnes publiques. Plus largement, Elisabeth Zoller définit le droit public comme l'« ensemble de règles relatives à la manière de gérer la chose publique »²¹³. Le droit public peut encore être considéré comme « le droit du pouvoir politique ou celui de la puissance publique »²¹⁴. C'est cette dernière acception qui sera, dans le cadre de cette étude, retenue. Il nous semble en effet que celle-ci fait particulièrement écho à la fonction de direction des conduites humaines exercée par les normes juridiques précédemment mise en avant.

Envisager les conditions juridiques de l'effectivité « en droit public » manifeste le choix de laisser de côté l'étude du droit privé. Néanmoins, la distinction classique entre le droit public et le droit privé ne doit certainement pas être exagérée²¹⁵. Il est absolument incontestable que les lieux de rencontre entre ces deux droits se sont multipliés et qu'il s'agit là d'une tendance de fond. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de montrer en quoi le droit pénal, dont il n'est pas certain qu'il puisse être rattaché au droit privé ou au droit public, est parfois sollicité pour assurer la sanction de normes de droit public²¹⁶. Un privatiste conscient de l'« unité fondamentale du système juridique »²¹⁷ pourrait peut-être trouver, dans ce travail, de quoi identifier certaines conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit privé. Certaines de ces conditions sont probablement communes au droit public et au droit privé. Pour autant, la limitation de cette étude au domaine du droit public est justifiée par le rapport singulier qu'entretient celui-ci avec l'obligation juridique. Sans même mobiliser le thème de l'exorbitance du droit administratif²¹⁸, on peut se limiter à mettre en évidence la spécificité du droit public²¹⁹. En effet, l'Etat est ici à la fois « auteur et sujet du droit public »²²⁰. Il est autant « source d'obligations » pour l'ensemble des personnes juridiques, y compris lui-même, que « sujet d'obligations »²²¹ du fait de sa soumission au droit. La spécificité vient précisément du fait que si l'Etat « est lui-même sujet d'obligation, ce n'est que dans les conditions et les termes que lui-même fixe, ce qui suffit à exclure toute idée de transposition du rapport

²¹² Didier TRUCHET, *Le droit public*, 2^{ème} éd., *Que sais-je ?*, PUF, 2010, p. 5.

²¹³ Elisabeth ZOLLER, *Introduction au droit public*, Précis, Dalloz, 2006, p. 13. L'absence de référence particulièrement à l'Etat est justifiée par l'auteur par le fait que ce dernier n'est pas le seul cadre de réalisation de la chose publique (*ibidem*, p. 18).

²¹⁴ Didier TRUCHET, *Le droit public*, *op. cit.*, p. 5.

²¹⁵ V. Yann AGUILA, « Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés », *AJDA*, 2009, p. 905.

²¹⁶ V. *infra*, § 237.

²¹⁷ Yann AGUILA, « Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés », *AJDA*, 2009, p. 905.

²¹⁸ Sur cette question, v. Fabrice MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004.

²¹⁹ Une thèse de doctorat a été consacrée à la question de l'effectivité en droit privé (V. Vincent RICHARD, *Le droit et l'effectivité – contribution à l'étude d'une notion*, *op. cit.*). Outre la spécificité du droit public qui permet de se distinguer de ce travail, la thèse de Monsieur Richard ne porte pas sur les « conditions juridiques » de l'effectivité mais sur la notion d'effectivité, comme celle de Monsieur Leroy (v. Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, *op. cit.*).

²²⁰ Didier TRUCHET, *Le droit public*, *op. cit.*, p. 15.

²²¹ Jacques CHEVALIER, « L'obligation en droit public », *APD*, n° 44, 2000, p. 182-183.

d'obligation de droit privé »²²². En droit privé, l'effectivité de la norme ne peut être envisagée que dans son rapport aux personnes privées. En droit public, elle doit aussi l'être dans le rapport de soumission des personnes publiques au droit.

38. En outre, notre étude n'a pas pour ambition l'analyse des normes « de » droit public dans leur ensemble mais se limite, plus modestement, à une recherche des conditions juridiques de l'effectivité de la norme « en » droit public. En ce sens, elle ne constitue qu'une « contribution ». Ainsi, parmi les branches du droit public interne que sont le droit constitutionnel, le droit administratif et le droit financier, les deux premières sont privilégiées. L'importance du droit financier ne doit cependant pas être négligée. En effet, les finances publiques, elles-mêmes dépendantes de l'impôt, « *constituent le noyau dur et la substance des pouvoirs politiques, elles en déterminent la puissance et l'évolution ; plus largement encore, elles sont à la source des directions qui sont prises en matière économique et sociale parce qu'elles expriment des choix de société* »²²³. Plus spécifiquement, les finances publiques influencent directement les moyens dont disposent, ou ne disposent pas, les personnes publiques pour assurer une bonne mise en œuvre des politiques publiques et des normes juridiques. En cela, le droit financier peut influencer la capacité qu'ont les pouvoirs publics d'assurer l'effectivité de la norme. Au-delà, la fiscalité peut aussi, comme nous le verrons²²⁴, être utilisée en tant qu'instrument incitatif susceptible de contribuer à l'effectivité d'une norme juridique. Cependant, les spécificités du droit des finances publiques et du droit fiscal nous conduisent à ne pas les envisager en tant que tels²²⁵. Par conséquent, notre étude concerne à titre principal le droit constitutionnel et le droit administratif, y compris les contentieux administratifs et constitutionnels. L'interdépendance entre ces deux branches du droit public²²⁶ en fait, nous semble-t-il, un domaine cohérent pour l'étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme. Enfin, cette recherche concerne, à titre principal, le droit français, tout en tenant naturellement compte de sa soumission au droit international et au droit de l'Union européenne.

²²² Jacques CHEVALIER, *ibidem*, p. 179.

²²³ Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN et Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2010, p. 8.

²²⁴ V. *infra*, § 655.

²²⁵ Sur ces questions, v. V. Jean-Luc ALBERT, *Finances publiques*, 7^{ème} éd., Cours, Dalloz, Paris, 2011 ; Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN et Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2010 ; Jacques GROSCLAUDE et Philippe MARCHESOU, *Droit fiscal général*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2011.

²²⁶ Notamment en raison de l'enracinement constitutionnel du droit administratif (v. Georges VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, n° 8, 1954, p. 21) accentué par la procédure de question prioritaire de constitutionnalité et parce que la concrétisation des droits fondamentaux constitutionnellement garantis dépend en partie du droit administratif. Sur l'effectivité des normes constitutionnelles en tant que telles, v. Marie-Anne COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 – mai 1988)*, t. 2, *op. cit.*.

4.2 Le droit « interne »

Notre recherche ne traitera pas du droit international public et du droit de l'Union européenne en tant que tels. Plusieurs raisons expliquent, pour le premier (4.2.1), comme pour le second (4.2.2), ce choix.

4.2.1 Exclusion du droit international public en tant que tel

Deux raisons expliquent l'exclusion, partielle, du droit international public du champ de cette étude. La première est que le terme « effectivité » revêt, dans le champ du droit international public, une signification différente. Elle n'est cependant pas décisive par rapport à la seconde. En effet, le droit international public apparaît, dans sa structure, comme un droit structurellement « différent ».

Un risque de confusion terminologique

39. Le sens du mot « effectivité », est, en droit international, tout à fait différent du sens dans lequel nous l'employons dans le cadre de cette étude. L'opposition est même franche dans la mesure où, en droit international public, l'effectivité s'inscrit dans le rapport d'influence que le fait peut avoir sur la norme juridique alors que l'effectivité, telle que nous l'avons définie, s'inscrit dans un rapport diamétralement opposé. En droit international public, l'effectivité est le « caractère de ce qui existe en fait », la « qualité d'une situation juridique qui correspond à la réalité, d'une compétence qui s'exerce réellement »²²⁷, ou encore le « caractère de certaines situations ou de titres qui doivent être réalisés en fait pour être valables ou opposables aux tiers »²²⁸. Il ne s'agit pas d'exprimer la façon dont une norme influence une situation de fait mais au contraire les conséquences juridiques d'une situation de fait. Ainsi, « l'effectivité produit des effets en droit, dans les conditions prévues par l'ordre juridique international lui-même »²²⁹, notamment en matière d'acquisition de territoires sans maître ou en matière de reconnaissance d'Etats. Cette différence explique pourquoi, de longue date, des études spécifiques sont consacrées à l'effectivité « en » droit international²³⁰, dont au moins deux thèses²³¹.

²²⁷ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 411.

²²⁸ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 346.

²²⁹ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 411.

²³⁰ V. Charles De VISSCHER, « Observations sur l'effectivité en droit international public », *RGDIP*, 1958, p. 601 ; *Les effectivités du droit international public*, Pedone, 1967 ; *Théories et pratiques en droit international public*, 4^{ème} éd., Pedone, 1970, pp. 318-329. L'auteur définit l'effectivité comme le « degré de réalité que doit offrir un fait social pour justifier son intégration dans le droit international » (« Observations sur

Un droit structurellement « différent »

En dépit des évolutions actuelles qui font du droit international un ordre juridique en voie de hiérarchisation, celui-ci demeure encore aujourd'hui structurellement « différent ». Ainsi adhérons nous à l'affirmation de Michel Virally selon laquelle « *le droit international n'est pas un droit parvenu à un stade d'évolution moins avancé que la plupart des droits nationaux : par rapport à ces derniers, il se présente, d'abord et avant tout, comme un droit différent* »²³². Il ne s'agit pas de porter un jugement de valeur sur le droit international public. En effet, « *le droit international n'est pas un agrégat d'éléments disparates réunis au hasard mais un ensemble organisé en système* »²³³. Il faut en revanche prendre acte des éléments fondamentaux qui le différencient du droit interne.

40. En premier lieu, cette différence s'exprime dans l'horizontalité de son ordre juridique, loin de l'image pyramidale qui, même si elle tend à s'éroder, structure encore l'ordre juridique interne. Pour Jean Combacau, « *par rapport à la hiérarchisation habituellement stricte des normes que connaît le droit interne, les normes internationales s'articulent les unes aux autres selon un principe de verticalité mal assuré et avec une faible différenciation, qui reflète l'indifférenciation hiérarchique de leurs auteurs* »²³⁴. Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat considèrent quant à eux comme « *incontestable* » le fait que l'ordre juridique international « *est beaucoup plus imparfait que les ordres juridiques internes, parce que dépourvu d'intégration organique et, en principe, de hiérarchie normative* »²³⁵. Le droit international forme en effet un système « *an-archique* »²³⁶ issu du primat du volontarisme étatique. Le principe de l'égalité souveraine des Etats « *exclut toute différenciation hiérarchique des normes puisqu'elles reposent toutes en dernier ressort sur un acte de volonté, au moins supposée, d'Etats pairs entre eux (c'est l'égalité) et ne connaissent pas de supérieur commun (c'est la souveraineté)* »²³⁷. Contrairement aux normes de droit interne, les

l'effectivité...», *op. cit.*, p. 602), comme « *l'impact (...) du fait sur l'évolution du droit* » ou comme « *un fait auquel le droit attache une conséquence* » (*Les effectivités...*, *op. cit.*, p. 15 et 16). Cela n'empêche cependant pas d'envisager une étude de l'effectivité « du » droit international dans le sens que nous donnons à ce terme. Cela a d'ailleurs été entrepris en droit international et en droit européen de l'environnement (V. Claude IMPERIALI (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Economica, Paris, 1998 ; Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement*, La documentation française, Paris, 2000).

²³¹ Jean TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 1964 ; Florent COUVEINHES, *L'effectivité en droit international*, thèse, droit, Paris, 2011 (v. en ce qui concerne la différenciation des significations du mot « effectivité » entre le droit international et les autres disciplines juridiques, p. 45 et s.).

²³² Michel VIRALLY, « Sur la prétendue "primitivité" du droit international », (1969), in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*. Paris, PUF, 1990, p. 98

²³³ Jean COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », APD, t. 31, 1986, p. 85.

²³⁴ Jean COMBACAU, *ibidem*, p. 88.

²³⁵ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 15.

²³⁶ Jean COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », *op. cit.*, p. 85.

²³⁷ Jean COMBACAU, *ibidem*, p. 88.

normes internationales « *coexistent horizontalement, selon un mode relationnel où la logique de l'inopposabilité l'emporte sur celle de la nullité* »²³⁸. En dépit de la hiérarchisation naissante que connaît l'ordre juridique international sous l'effet de l'émergence de normes de *jus cogens*²³⁹, « *toutes les normes sont placées sur le même plan : aucune hiérarchie n'ordonne leurs rapports* »²⁴⁰. Les traités ont, en principe, tous la même valeur. Par conséquent, « *la conclusion par un Etat d'un traité contraire à un traité antérieur ne peut normalement entacher le second de nullité mais seulement entraîner la responsabilité de l'Etat pour inexécution du premier* »²⁴¹.

41. En deuxième lieu, la société internationale est faiblement institutionnalisée. Elle constitue « *un ordre anarchique dans lequel les Etats souverains ne sont soumis à aucun Législateur, aucun Exécutif, aucun Juge* »²⁴². Elle se caractérise par l'« *absence de pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire centralisés* »²⁴³, contrairement au droit de l'Union européenne²⁴⁴ et au droit interne.

42. En troisième lieu, « *déjà co-auteur et sujet des normes internationales (l'Etat) en est également le premier interprète ; juge en sa propre cause, il est aussi celui qui apprécie le respect ou la violation par ses partenaires de leurs propres obligations à son égard.* »²⁴⁵. Ainsi, « *le vieil adage selon lequel "nul n'est juge en sa propre cause" est tout simplement renversé. Chacun, tout au contraire, y est juge et partie !* »²⁴⁶. Le contrôle juridictionnel des Etats est en effet beaucoup plus faible qu'en droit interne. « *Le recours au juge constitue encore une exception* »²⁴⁷. Même si certaines juridictions internationales font de ce point de vue exception – par exemple la Cour EDH – le contrôle contentieux « *demeure sporadique parce que conditionné par l'accord préalable des Etats* »²⁴⁸. De plus, la fonction centrale de l'intervention des juridictions internationales est de régler le différend. Par conséquent, « *le contrôle de légalité du comportement de (l'Etat) n'est pas l'objectif ultime de leur saisine. (Elles) n'interviennent que dans le cadre et pour les besoins du règlement du différend qui oppose les Etats en présence, ce qui limite à la fois l'ampleur et la portée de leur action* »²⁴⁹.

²³⁸ Marcel SINKONDO, *Introduction au droit international public*, Ellipses, Paris, 1999, p. 57.

²³⁹ L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (adoptée le 23 mai 1969 ; entrée en vigueur le 27 janvier 1980) dispose ainsi qu'« *est nul tout traité qui, au moment de la conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général* ». V. Robert KOLB, « Théorie du *ius cogens* international », RBDI, 2003, p. 5.

²⁴⁰ Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », RGDIP, 1982, p. 19.

²⁴¹ Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *op. cit.*, p. 92.

²⁴² Charles LEBEN, « La juridiction internationale », *Droits*, n° 9, 1989, p. 143.

²⁴³ Olivier CORTEN, « L'Etat de droit en droit international : quelle valeur juridique ajoutée ? », SFDI, *L'Etat de droit en droit international*, Pedone, Paris, 2009, p. 35.

²⁴⁴ Même si les institutions de l'Union européenne ne sont pas totalement comparables à celles des Etats.

²⁴⁵ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public, op. cit.*, p. 448.

²⁴⁶ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *ibidem*, p. 16.

²⁴⁷ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *ibidem*, p. 634.

²⁴⁸ Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2008, p. 555. Depuis lors, l'auteur considère que le contrôle contentieux n'a « *pas atteint le niveau de systémativité auquel il est parvenu dans les ordres juridiques internes* » (Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 580).

²⁴⁹ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 579.

43. En quatrième et dernier lieu, le droit international se différencie du droit interne du point de vue de son système répressif. Les sanctions y sont essentiellement décentralisées comme en témoignent l'exemple des contre-mesures²⁵⁰ et l'absence, en dépit des pouvoirs conférés au Conseil de sécurité de l'ONU, de véritable organe centralisé d'exécution des sanctions. A ainsi pu être mise en évidence la « *criante insuffisance des mécanismes de sanction* »²⁵¹. De ce point de vue, le droit international peut être considéré comme un système semi-complexe, à mi-chemin entre les systèmes juridiques simples des sociétés primitives et les systèmes complexes internes aux Etats décrits par Norberto Bobbio²⁵².

En définitive, les différences structurelles qui affectent le droit international justifient, en dépit des mutations qu'il connaît, son exclusion de notre champ d'étude. Cette dernière n'est cependant pas totale. Si l'ordre juridique international ne sera pas étudié en tant que tel, les modalités d'influence de ses normes en droit interne seront d'autant plus analysées que l'article 55 de la Constitution leur donne une place prépondérante dans l'ordre juridique interne et que leur réception est souvent plus difficile que celle des normes d'origine interne. La même logique justifie aussi l'exclusion du droit de l'Union européenne en tant que tel.

4.2.2 Exclusion du droit de l'Union européenne en tant que tel

44. L'ordre juridique de l'Union européenne²⁵³ se différencie lui aussi de l'ordre juridique interne. Pour autant, la différenciation est ici beaucoup plus relative. En effet, cet ordre juridique apparaît beaucoup plus sophistiqué que l'ordre juridique international. Il témoigne pour Charles Leben du fait que « *dans leurs rapports mutuels, les Etats européens sont sortis de la situation d'anarchie en créant une Communauté où les fonctions législative, exécutive et judiciaire sont assurées avec un degré d'efficacité impossible à atteindre dans une anarchie tempérée* »²⁵⁴ comme celle que connaît le droit international. En outre, contrairement à l'ordre international qui est fondé sur l'égalité, « *l'ordre juridique de l'Union est structuré et hiérarchisé* »²⁵⁵. Au sein de l'Union européenne, un contrôle juridictionnel centralisé assure le

²⁵⁰ « *Dans un ordre juridique décentralisé et faiblement institutionnalisé, chacun devra défendre lui-même son droit et imposer par ses propres moyens l'exécution des obligations qui lui sont dues, ou en sanctionner la violation* » (Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 70).

²⁵¹ Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », op. cit., p. 7. V. aussi Catherine KOSMA, « La sanction en droit international », in Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 225.

²⁵² Norberto Bobbio a utilisé la distinction de H.L.A. Hart entre normes primaires et secondaires pour expliquer l'évolution des systèmes juridiques de la simplicité à la complexité. Ainsi, l'établissement de sanctions juridiques est rendu nécessaire par l'insuffisance des sanctions sociales dans les systèmes juridiques « simples » et marque ainsi le passage à un système « complexe » (v. Norberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », 1968, in *Essais de théorie du droit*, Bruylant LGDJ, Paris, 1998, p. 169).

²⁵³ Nous entendons principalement par là l'ordre juridique issu de l'ancien premier pilier de l'Union européenne c'est-à-dire ce que la doctrine avait coutume d'appeler l'ordre juridique « communautaire » avant que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 ne vienne rendre désuète cette terminologie.

²⁵⁴ Charles LEBEN, « La juridiction internationale », op. cit., p. 154.

²⁵⁵ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Cours, Dalloz, 2012, p. 511.

respect des normes. La Cour de justice a même qualifié les traités de « *charte constitutionnelle de base* »²⁵⁶ et s'est livrée à une « *systématisation* »²⁵⁷ des sources du droit de l'Union européenne. *In fine*, « *il existe bien une hiérarchie puisque le droit primaire constitue une valeur référentielle qui, par différentes opérations telles que l'annulation, le contrôle de validité, la carence, impose sa supériorité à la fois symbolique et surtout juridique aux normes dont il permet la création* »²⁵⁸. Pour autant, « *même si cette pyramide existe, elle est loin de revêtir cette forme idéale, harmonieuse et sans rupture imaginée peut être dans l'esprit des kelséniens les plus convaincus* »²⁵⁹. Par conséquent, si la structure du droit de l'Union européenne est moins éloignée de celle du droit interne que ne l'est celle du droit international, elle demeure néanmoins spécifique. De plus, compte tenu des interactions que la cohabitation des ordres juridiques implique et des différences qui demeurent entre eux, une étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme, en général, serait probablement trop ambitieuse. Il nous semble aussi que celle d'un ordre juridique en particulier, par exemple celle du droit interne, doit précéder une étude plus globale ou des études comparatives de ces conditions selon les ordres juridiques.

Pour ces raisons, le droit de l'Union européenne, comme le droit international, ne sera pas envisagé en tant que tel²⁶⁰. Pour autant, compte tenu de l'intégration des ordres juridiques nationaux avec l'ordre juridique de l'Union européenne²⁶¹, l'étude du droit public interne ne peut plus aujourd'hui être menée de façon satisfaisante sans envisager l'influence du droit de l'Union européenne²⁶² sur le droit interne²⁶³. C'est la raison pour laquelle cette exclusion n'est que partielle.

5. UNE METHODOLOGIE EPROUVEE

L'utilisation, dans le cadre de cette étude, d'« illustrations » tirées du droit de l'urbanisme et du droit de l'environnement ne consiste pas en une démonstration par l'exemple. Elle procède d'une méthodologie dont l'objectif est de mettre en évidence des conditions « générales » de l'effectivité en droit public (5.1). Néanmoins, il convient d'exposer les raisons qui justifient le choix du droit de l'urbanisme et du droit de l'environnement en tant que domaines privilégiés d'illustration (5.2).

²⁵⁶ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts*, aff. 294/83, rec., p. 1339.

²⁵⁷ Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd., PUF, Paris, 2001, p. 301.

²⁵⁸ Pierre-Yves MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, thèse, droit, Tours, LGDJ, 2000, p. 30.

²⁵⁹ Pierre-Yves MONJAL, *ibidem*, p. 559.

²⁶⁰ Sur le droit administratif de l'Union européenne, v. Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2008.

²⁶¹ En ce sens, v. CE, 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, RFDA, 2012, p. 1, concl. J. BOUCHER.

²⁶² Dans une certaine mesure, il en va de même du droit européen des droits de l'homme.

²⁶³ V. Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010.

5.1 Une utilisation encadrée des illustrations

45. Notre recherche s'inscrit délibérément dans un cadre généraliste. Notre intuition de départ est en effet que la plupart des conditions juridiques de l'effectivité sont en grande partie communes à l'ensemble des normes de droit public. Il ne s'agit donc pas d'étudier ces conditions « à travers » ou dans un champ particulier du droit public interne²⁶⁴. En effet, il nous semble que si telle ou telle condition de l'effectivité est susceptible de jouer davantage dans tel ou tel champ du droit public interne, les conditions de l'effectivité sont avant tout transversales.

Partant de cet objectif de recherche à vocation générale, l'utilisation d'« illustrations » dans les domaines de l'urbanisme et de l'environnement peut prêter à confusion. Il faut donc s'attacher à lever toute ambiguïté. Notre objectif n'est pas de procéder à une démonstration par l'exemple mais au contraire d'adopter une méthode que nous percevons comme inverse. En effet, une proposition générale ne peut valablement être démontrée par l'utilisation d'un ou de plusieurs exemples. Le risque est grand de tomber dans « *les pièges classiques du particularisme* »²⁶⁵ car l'induction, en ce qu'elle est une généralisation, « *ne permet pas de passer des faits aux lois* »²⁶⁶, du particulier au général. Au contraire, nous procéderons, dans le cadre de cette recherche, et seulement lorsque cela pourra s'avérer pertinent²⁶⁷, par illustrations.

46. L'illustration est l'« *action d'éclairer, d'illustrer par des explications, des exemples. L'illustration d'une théorie par un fait précis* »²⁶⁸. Dès lors, dans ce cadre méthodologique, la mise en avant d'une théorie ne succède pas à l'exemple, elle le précède. Il s'agit ainsi simplement de donner à voir, par des « images », ce que recouvre une démonstration préalable portant soit sur le lien entre un élément du système juridique et son influence sur l'effectivité, soit sur les limites de la condition juridique de l'effectivité de la norme ainsi identifiée. L'illustration permet de rendre le propos « *plus vivant et accessible* »²⁶⁹ mais elle ne permet pas de construire une proposition. En revanche, l'illustration peut permettre de l'infirmer²⁷⁰. Ainsi, dans le cadre de cette étude, elle pourra être mobilisée dans

²⁶⁴ Cette méthode est utilisée par Yann Leroy dans sa thèse sur l'effectivité « au travers » d'un questionnement en droit du travail (Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, op. cit.). L'auteur parvient à des enseignements généraux sur la notion d'effectivité (ceux-ci sont d'ailleurs résumés dans un article publié ultérieurement dans lequel il abandonne toute référence au droit du travail : v. Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 715).

²⁶⁵ Pierre LASCOUMES, « L'effectivité, indicateur de la place du droit dans les rapports sociaux », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité*, op. cit., p. 264.

²⁶⁶ Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, 11^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2001, p. 16.

²⁶⁷ Cela implique que le recours aux illustrations n'est pas systématique.

²⁶⁸ Entrée « illustration », in *Le Petit Robert de la langue française 2013*.

²⁶⁹ Marie-Anne COHENDET, *Les épreuves en Droit public*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2009, p. 33.

²⁷⁰ Selon l'épistémologie de Karl Popper, les inférences inductives ne permettent pas de valider une proposition scientifique. Ainsi, l'observation de nombreux cygnes blancs ne permet pas de conclure que tous les cygnes sont

une perspective critique afin de relativiser la portée de telle ou telle condition juridique de l'effectivité.

47. Le cadre de l'utilisation des illustrations ainsi posé, on peut relever que cette méthode est finalement assez fréquemment utilisée par la doctrine, notamment en ce qui concerne l'effectivité. En ce sens, c'est une méthodologie éprouvée. On peut pour s'en convaincre se référer aux nombreux exemples en droit pénal ou en droit de la famille donnés par Jean Carbonnier²⁷¹, ou encore relever que la question de l'effectivité « *des droits de l'homme* » soulève probablement bon nombre de questions plus générales communes à l'ensemble des branches du droit²⁷². Au fond, le recours aux illustrations est probablement consubstantiel à une recherche portant directement ou indirectement sur l'effectivité. Même sans effectuer une analyse de sociologie du droit, l'étude de l'effectivité conduit naturellement à s'intéresser au droit positif « en action ». Par exemple, le niveau d'abstraction du droit administratif « *oblige à reporter constamment l'attention sur la partie spéciale. (...) Les différents secteurs du droit administratif spécial constituent un dépôt pour les solutions que l'administration a adoptées tout au long de l'exercice de son activité et, en même temps, sont un miroir dans lequel se reflètent les besoins de régulation contemporains* »²⁷³. Eberhard Schmidt-Assmann explique ensuite que les secteurs traditionnels du droit administratif, dont fait selon lui partie le droit de l'urbanisme, demeurent pertinents pour l'étude du droit administratif mais qu'actuellement, « *les champs de référence qui présentent le plus grand intérêt sont ceux dans lesquels est mise en relief la responsabilité de l'Etat dans l'économie, la sécurité sociale et la préservation des conditions de vie naturelles : le droit public de l'économie, les prestations sociales et l'environnement* »²⁷⁴. Ainsi, l'appui de nos illustrations sur le secteur classique du droit administratif qu'est le droit de l'urbanisme et sur le droit de l'environnement, dont l'émergence est plus récente, permet de tendre vers des illustrations qui puissent raisonnablement être fidèles aux évolutions actuelles du droit administratif et, plus généralement, du droit public.

blancs. En revanche, l'observation d'un cygne noir permet d'infirmer la théorie que tous les cygnes sont blancs. Cela ne signifie pas pour autant que la proposition initiale ne soit pas scientifique simplement parce qu'elle peut faire l'objet de réfutation ou d'infirmité, bien au contraire (v. Karl POPPER, *Logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973).

²⁷¹ V. Jean CARBONNIER, *Fléxible droit*, *op. cit.*

²⁷² Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité...*, *op. cit.*. On peut encore relever que Aude Rouyère, dans sa thèse, se base largement sur les dérogations existant en droit de l'urbanisme et en droit des officines pharmaceutiques pour ensuite « *proposer un schéma du mécanisme dérogatoire, transposable à l'ensemble du droit public* » (Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse, droit, Bordeaux, 1993, p. V.).

²⁷³ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, « Principes de base...(partie 1) », *op. cit.*, p. 441.

²⁷⁴ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *ibidem*, p. 441.

5.2 La justification du choix des illustrations

Illustrer un propos sur les conditions juridiques de l'effectivité de la norme par le droit de l'urbanisme et par le droit de l'environnement peut être justifié par deux arguments. D'une part, le droit de l'urbanisme, s'il est souvent considéré comme un terrain d'expérimentation du droit administratif, est aussi un domaine qui exprime de façon particulièrement nette les pathologies dont est affublée la règle de droit (5.2.1). D'autre part, le droit de l'environnement, si son affirmation a été rapide, illustre singulièrement l'écart qu'il peut y avoir entre la norme et le fait (5.2.2).

5.2.1 Le droit de l'urbanisme : entre expérimentations et pathologies

Le droit de l'urbanisme peut être défini de façon simple comme l'« ensemble des règles concernant l'affectation de l'espace et son aménagement »²⁷⁵. Ce droit, qui s'est véritablement développé au tournant de la seconde guerre mondiale²⁷⁶, « a vocation à encadrer l'évolution physique de l'urbanisation »²⁷⁷ mais sa finalité est plus complexe. Selon Yves Jegouzo, il a aujourd'hui plus largement pour objectif le développement durable²⁷⁸. En outre, le droit de l'urbanisme relève essentiellement du droit public²⁷⁹. Il « comporte aujourd'hui un système général et permanent »²⁸⁰. Il est structuré autour de deux principes généraux²⁸¹ et en grande partie « territorialisé »²⁸². Même si la responsabilité pénale, comme civile, vient renforcer sa sanction, le droit de l'urbanisme fait appel à une grande variété des instruments juridiques du droit administratif. Il est un droit de police administrative et il utilise aussi bien à l'acte administratif réglementaire que l'acte administratif individuel, la planification comme l'autorisation préalable. Pour autant, sa seule inscription dans le champ du droit public ne suffit pas à justifier qu'il puisse constituer une illustration pertinente dans le cadre de cette recherche. Il faut distinguer deux types de justifications.

²⁷⁵ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme*, 8^{ème} éd., Mémentos, Dalloz, 2008, p. 1. Pour Henri Jacquot et François Priet, il est l'« ensemble des règles et institutions relatives à l'aménagement et au développement urbains » (*Droit de l'urbanisme*, 6^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2008, p. 8)

²⁷⁶ Notamment avec la loi d'urbanisme n° 324 du 15 juin 1943. Sur l'histoire du développement du droit de l'urbanisme, v. la synthèse de Florence NICOU, *Du contentieux administratif de l'urbanisme – Etude visant à préciser la fonction du contentieux de l'urbanisme dans l'évolution du droit du contentieux administratif général*, thèse, droit, Nice, 2006, PUAM, p. 23 et s..

²⁷⁷ Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁸ V. Yves JEGOUZO, « Le droit de l'urbanisme, le bateau ivre ? », in *Florilèges du droit public – recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 522.

²⁷⁹ V. Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁰ André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 17^{ème} éd., LGDJ, 2002, p. 411.

²⁸¹ V. Yves JEGOUZO, « Les principes du droit de l'urbanisme », in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 179.

²⁸² Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 18.

48. En premier lieu, le droit de l'urbanisme a souvent été considéré comme un terrain d'expérimentation pour le droit administratif général, suggérant ainsi que des techniques juridiques mobilisées dans ce domaine étaient susceptibles de généralisation. Selon Daniel Labetoulle, « le droit de l'urbanisme a vu l'apparition ou l'approfondissement d'importantes constructions de la théorie générale des actes administratifs »²⁸³. On peut ainsi penser aux célèbres arrêts *Gomel*, *Ville Nouvelle Est*, *Ville de Limoges* ou encore *Quintin*²⁸⁴. Cela ressort en outre du rapport public du Conseil d'Etat de 1993 intitulé *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*²⁸⁵. Ainsi le Vice-président du Conseil d'Etat Marceau Long expliquait-il que « le droit de l'urbanisme est l'un des domaines où des besoins nouveaux s'expriment avec le plus de force. Nous pensons qu'il peut être aussi un champ d'expérimentation »²⁸⁶. Son intérêt a en outre été relevé par Jean-Bernard Auby selon lequel il s'agit d'« un secteur très spécialement inventif au chapitre des techniques normatives du droit administratif »²⁸⁷. De plus, la thèse de Florence Nicoud a précisé « la fonction du contentieux de l'urbanisme dans l'évolution du droit du contentieux administratif général »²⁸⁸ et a ainsi montré qu'à bien des égards, le contentieux administratif était un contentieux « précurseur », un lieu d'expérimentation pour le contentieux administratif général²⁸⁹. L'intérêt de l'étude de ce droit paraît ainsi évident. Il l'est aussi en raison de ses « pathologies ». Jacqueline Morand-Deville relève par exemple que « la sophistication de ce droit, qui est aussi une de ses vertus, entraîne les dérives de son application, la difficulté des contrôles et l'insuffisance des sanctions »²⁹⁰.

49. En second lieu, le droit de l'urbanisme est parfois considéré comme étant affecté d'un certain nombre de « pathologies ». Il a pu être considéré comme peu « efficace »²⁹¹, ce qui, comme nous le verrons à propos du droit de l'environnement, suggère un écart parfois important entre la norme et le fait propice à une réflexion sur l'effectivité. Pour autant, la raison essentielle qui justifie l'étude du droit de l'urbanisme est que ce dernier témoigne particulièrement de la plupart des enjeux qui traversent aujourd'hui le droit public. Ces derniers sont parfois considérés en droit de l'urbanisme comme des pathologies dont serait affectée la règle de droit. Plus raisonnablement, ces « pathologies » nous semblent être le

²⁸³ Daniel LABETOULLE, « Droit du contentieux de l'urbanisme et droit du contentieux administratif », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 629.

²⁸⁴ V. sur le contrôle de la qualification juridique des faits CE, 4 avril 1914, *Gomel*, rec, p.88 ; S. 1917, 3, p.25, note Maurice HAURIOU ; sur la théorie du bilan CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, rec., p. 409, concl. Guy BRAIBANT ; RDP, 1972, p. 454, note Marcel WALINE ; CE, ass., *Ville de Limoges*, 18 juillet 1973, rec., p. 530 ; RDP, 1974, note Marcel WALINE ; AJPI, 1974, p. 782, note Robert SAVY ; sur la théorie de l'écran transparent CE, 17 mai 1991, *Quintin* ; RDP, 1991, p. 1429, concl. Ronny ABRAHAM.

²⁸⁵ V. CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, La documentation française, 1992.

²⁸⁶ Marceau LONG, « L'audit du droit de l'urbanisme : du rapport du Conseil d'Etat au projet de loi portant réforme de l'urbanisme », RFDA, 1993, p. 221.

²⁸⁷ Jean-Bernard AUBY, « Réflexions sur les caractères de la règle d'urbanisme », RDI, n° 1, 1995, p. 39.

²⁸⁸ Florence NICOUD, *Du contentieux administratif de l'urbanisme...*, op. cit., sous-titre de la thèse.

²⁸⁹ V. Florence NICOUD, *ibidem*, p. 233 et s.. L'auteur y dresse le constat de l'« exemplarité » du contentieux de l'urbanisme en ce sens qu'il est souvent annonciateur des évolutions du contentieux administratif général, par exemple en ce qui concerne l'approfondissement du contrôle du juge, ou encore pleinement « acteur » de certaines réformes comme celle de 2000 sur les procédures d'urgence.

²⁹⁰ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme*, op. cit., p. 2.

²⁹¹ Selon le terme utilisé par le rapport du Conseil d'Etat précité.

reflet, particulièrement visibles dans cette matière, de transformations plus profondes du droit public.

La complexité du droit de l'urbanisme s'inscrit dans un mouvement plus large de complexification de la société et du droit, notamment administratif²⁹². Dans le domaine de l'urbanisme, la complexité de l'objet, la ville, se double d'une complexité de la norme et de l'architecture normative. En ce qui concerne l'objet, au sein d'un objectif général d'assurer le développement urbain « durable », les finalités sont aussi incontournables que contradictoires²⁹³. La complexité inhérente à l'interpénétration des objectifs économiques, sociaux, environnementaux ou culturels assignés à la ville se reflète dans la norme d'urbanisme²⁹⁴. Celle-ci nécessite constamment des évolutions de la règle d'urbanisme afin de pondérer, selon les circonstances, l'importance donnée à tel ou tel de ces objectifs. Vient alors s'ajouter une revendication constante de sécurité juridique essentiellement comprise en terme de « simplification », laquelle ajoute nécessairement de l'instabilité à la norme, voire de la complexité²⁹⁵. *In fine*, « la règle de droit en mouvement perpétuel risque de perdre toute crédibilité auprès de ceux qui sont chargés de l'appliquer et de ceux qui doivent la respecter »²⁹⁶, d'où une menace sur son effectivité. Complexité, sécurité juridique, simplification, voici autant d'enjeux transversaux du droit administratif qui trouvent, dans le droit de l'urbanisme, un terrain particulièrement favorable à leur expression.

La complexité de l'objet et de la norme se répercute en outre sur l'architecture normative du droit de l'urbanisme. Pour Jean-Bernard Auby, de manière générale, « *une certaine conception hiérarchique des rapports juridiques, (...), est en train d'expirer sous nos yeux, et cette évolution est perceptible dans le domaine que nous abordons* »²⁹⁷, c'est-à-dire l'urbanisme. Sur le plan vertical, le droit de l'urbanisme est, comme l'ensemble du droit administratif, affecté par un réveil de ses bases constitutionnelles sous l'effet de la question prioritaire de constitutionnalité. Sa décentralisation implique nécessairement une certaine souplesse dans les rapports entre ses normes. En outre, sur le plan horizontal, l'intégration des enjeux « externes » tels que la protection de l'environnement a engendré un recul du principe d'indépendance des législations traditionnellement facteur de stabilité. Ainsi, « *on découvre un très riche mélange d'inventivité dans les techniques normatives et de souplesse de mobilité, de plasticité dans les contenus et les effets* »²⁹⁸, si bien que « *le droit de l'urbanisme*

²⁹² V. Jean-Marie PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », AJDA, 2000, p. 187.

²⁹³ V. Yves JEGOUZO, « Le droit de l'urbanisme, le bateau ivre ? », *op. cit.*, p. 522.

²⁹⁴ Les exemples les plus probants de ce point de vue sont les deux principes généraux du droit de l'urbanisme codifiés aux articles L. 110 et L. 121-1 du code de l'urbanisme.

²⁹⁵ V. Jean-Marie PONTIER, « La simplification, illusion dangereuse », AJDA, 2005, p. 345.

²⁹⁶ V. Yves JEGOUZO, « Le droit de l'urbanisme, le bateau ivre ? », *op. cit.*, p. 520.

²⁹⁷ Jean-Bernard AUBY, « Sanction de la hiérarchie des normes et documents d'aménagement et d'urbanisme », in GRIDAUH, *L'articulation des règles d'occupation des sols en Europe*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 1, *La Documentation française*, Paris, 1998, p. 37.

²⁹⁸ Jean-Bernard AUBY, « Réflexions sur les caractères de la règle d'urbanisme », *op. cit.*, p. 50.

s'est forgé même une vision originale de la normativité »²⁹⁹. C'est alors l'image d'un droit parfaitement hiérarchisé qui est mise à mal³⁰⁰.

50. Partant, à l'image d'un laboratoire d'expérimentation succède celle d'une décadence pathologique. On a pu ainsi considérer que « *la discipline ne dépasse plus guère le seuil d'une technologie peu claire dans ses contours et ses ressorts* »³⁰¹ ou encore que le droit de l'urbanisme « *fait partie de ces domaines du droit qui sentent un petit peu le soufre* »³⁰². Pour autant, le droit de l'urbanisme demeure un terrain d'expérimentation et ses supposées pathologies sont loin d'être totalement exemptes d'autres domaines spéciaux ou généraux du droit public. Tout cela fait non seulement du droit de l'urbanisme un domaine passionnant, mais aussi un témoin à même d'illustrer les évolutions contemporaines du droit public.

5.2.2 Le droit de l'environnement : lieu d'expression de l'écart entre la norme et le fait

51. Sur un plan matériel, le droit de l'environnement est celui qui prend pour objet l'environnement, c'est-à-dire, selon Agathe Van Lang, « *l'ensemble des éléments, naturels et culturels, dont l'existence et les interactions constituent le cadre de la vie humaine* »³⁰³. Cette définition en fait un droit anthropocentré comme l'illustrent les deux premiers considérants de la Charte constitutionnelle de l'environnement³⁰⁴. Au-delà de l'aspect matériel, le droit de l'environnement se définit essentiellement à travers sa finalité. Il est celui qui a pour objet la protection de l'environnement³⁰⁵. Pour Michel Prieur, c'est ainsi le droit « *qui par son contenu contribue à la santé publique et au maintien des équilibres écologiques, c'est un droit pour l'amélioration progressive de l'environnement* »³⁰⁶.

52. En premier lieu, c'est précisément le caractère finaliste du droit de l'environnement qui permet de justifier son étude, à titre d'illustration, dans le cadre d'une recherche portant sur les conditions juridiques de l'effectivité. Sa finalité constitue un horizon, parfois très éloigné de la réalité concrète, vers lequel tendent les règles qui le composent. L'ambition de cette finalité – rien de moins que d'assurer la protection de l'environnement pour *in fine*

²⁹⁹ Jean-Bernard AUBY, *ibidem*, p. 45.

³⁰⁰ V. *infra*, § 142 et s..

³⁰¹ Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, Orléans, 2006, p. 32. En outre, « *Le corpus juridique de l'urbanisme désespère peu à peu tous ses observateurs. Là où une vraie créativité semblait à l'œuvre, se laisse voir une sorte de désolante répétitivité de réflexes dont le sens est perdu* » (*ibidem*, p. 31).

³⁰² Jean-Claude BONICHOT, « Etat de droit et efficacité du juge administratif », table ronde, in GRIDAUH, *Etat de droit et urbanisme*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 11, *La Documentation française*, Paris, 2004, p. 95.

³⁰³ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 3^{ème} éd., Thémis, PUF, 2011, p. 21.

³⁰⁴ « *Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ; Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel* » (Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement – JORF n°51 du 2 mars 2005, p. 3697).

³⁰⁵ V. Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 52.

³⁰⁶ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 8.

préservé « *l'existence même de l'humanité* », selon les termes employés dans la Charte de l'environnement – exacerbe nécessairement la tension existant entre la norme et le fait. La norme poursuit un objectif très ambitieux parfois considérablement éloigné du fait. Cet écart entre la norme et le fait constitue évidemment un terrain privilégié d'appréhension en terme d'effectivité, d'ineffectivité ou, plus précisément, en terme de degrés d'effectivité. Ainsi, pour Marie-Anne Cohendet, « *la raison d'être du droit de l'environnement est de protéger l'environnement. Aussi, fort logiquement, les auteurs s'interrogent sur l'effectivité et l'efficacité des normes environnementales au regard de cet objectif* »³⁰⁷. Cela est d'autant plus intuitif dans cette matière que, selon Michel Prieur, son effectivité « *est loin d'être assurée* »³⁰⁸. Celui-ci relevait d'ailleurs, dès la première édition de son manuel, le problème de la « *non application du droit de l'environnement* »³⁰⁹. Guy Canivet et Dominique Guihal considèrent quant à eux que « *la question de son effectivité reste entière* »³¹⁰. La doctrine s'est fréquemment interrogée sur des questions proches de celle de son effectivité³¹¹, par exemple sur « *l'application des textes* »³¹² dans ce domaine ou sur son « *efficacité* »³¹³. En outre, si le droit de l'environnement permet d'illustrer une réflexion sur les conditions juridiques de l'effectivité de la norme, c'est aussi parce que, justement en raison du fait que sa finalité est aisément identifiable, la contribution d'un élément du système juridique à l'effectivité de la norme environnementale peut probablement être plus facilement saisie³¹⁴. Comme l'explique, dans un cadre plus général, Marie-Anne Cohendet, « *si l'on constate tout simplement que les règles de droit sont des instruments créés par les hommes pour orienter les conduites humaines, alors il suffira de se référer à l'objectif officiellement assigné à telle norme pour guider son interprétation et apprécier son effectivité* »³¹⁵.

53. En deuxième lieu, le droit de l'environnement, considéré, en dépit de ses racines anciennes³¹⁶, comme relativement jeune, a connu un développement particulièrement rapide. Ce dernier lui confère une certaine maturité mais laisse entière la question de son effectivité. Pour Agathe Van Lang, « *quoique bien jeune, le droit de l'environnement donne tous les signes d'une première mue. Ce droit encore balbutiant se transforme sous nos yeux en*

³⁰⁷ Marie-Anne COHENDET, « Science et conscience – De la neutralité à l'objectivité », *op. cit.*, p. 75.

³⁰⁸ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., *op. cit.*, p. 1111.

³⁰⁹ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 1^{ère} éd., Précis, Dalloz, 1984, p. 1092.

³¹⁰ Guy CANIVET et Dominique GUIHAL, « Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *Dalloz*, 2004, p. 2728.

³¹¹ Aude Rouyère relève que le droit de l'environnement « *témoigne singulièrement (d'une apparente fragilisation de la technique normative), puisqu'il affronte, plus que tout autre, un dilemme crucial : adapter la prescription ou y renoncer* » (Aude ROUYERE, « Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ? », in Didier RENARD, Jacques CAILLOSSE et Denys de BECHILLON (dir.), *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, Droit et société, n° 30, LGDJ, 2000, p. 72).

³¹² V. Alain SUPIOT, « Recherche sur l'application des textes relatifs à la pollution de l'eau d'origine industrielle », *La semaine juridique*, 1975, n° 2692.

³¹³ V. Olivera BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, 2010. V. notamment l'avant-propos de Jacqueline Morand-Deville.

³¹⁴ Comparativement, la pluralité des finalités du droit de l'urbanisme rend nécessairement plus complexe ce type d'appréhension. Une norme d'urbanisme peut produire des effets qui concourent à l'une des finalités de ce droit alors que ces mêmes effets vont à l'encontre d'une autre de ses finalités.

³¹⁵ Marie-Anne COHENDET, « Science et conscience – De la neutralité à l'objectivité », *op. cit.*, p. 87.

³¹⁶ V. Eric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 2011, p. 11 et s..

colosse omniprésent, qui irradie toutes les branches du droit »³¹⁷. Michel Prieur exprime la même idée. « D'abord balbutiant, le droit de l'environnement est devenu adolescent, puis adulte. A-t-il pour autant atteint la maturité »³¹⁸ ? Cette question renvoie à une question abordée par Eric Naim-Gesbert³¹⁹ mais l'on peut se borner à relever la rapidité de son développement ainsi que les étapes majeures qui ont été franchies. Ainsi, selon Thierry Tuot, « c'est peu dire que notre droit public dans chacune de ses branches spécialisées – urbanisme, organisation administrative, contentieux, domaine, liberté, fiscalité... - aura rarement connu invasion plus rapide et plus radicale que celle de l'exigence environnementale survenue ces dernières années »³²⁰. Deux évènements marquent tout particulièrement l'affirmation du droit de l'environnement. D'une part, il a fait l'objet d'une codification, laquelle « définit une articulation générale, donne une cohérence et une intelligibilité à l'ensemble des polices concernées, bref crée le système juridique environnemental et le rend vivant »³²¹. D'autre part, il dispose désormais de « bases constitutionnelles »³²² clairement identifiables à travers la Charte de l'environnement. Selon Guy Canivet, ce texte « offre au droit de l'environnement la visibilité et la dignité qui lui faisaient défaut. (...). Ses principes, désormais, font partie du patrimoine commun de tous les juristes »³²³. La constitutionnalisation de l'environnement est non seulement une « ressource symbolique puissante »³²⁴ mais aussi un facteur de structuration de l'ordre juridique environnemental. Codifié, constitutionnalisé et structuré par des principes³²⁵, le droit de l'environnement est désormais pleinement ancré dans notre ordre juridique³²⁶. On peut d'ailleurs trouver une référence implicite au droit de l'environnement dans un passage de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen³²⁷. Sur un plan plus pratique, le droit de

³¹⁷ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 7.

³¹⁸ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., op. cit., p. 9.

³¹⁹ V. Eric NAIM-GESBERT, « Maturité du droit de l'environnement », RJE, 2010, p. 231.

³²⁰ Thierry TUOT, « Droit public et environnement : nouveaux concepts, nouveaux outils ? », in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 451.

³²¹ Eric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, op. cit., p. 48.

³²² Georges VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, 1954, n° 8, p. 21.

³²³ Guy CANIVET, « Vers une dynamique interprétative », RJE, n° spécial, 2005, p. 11.

³²⁴ Aude ROUYERE, « Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ? », op. cit., p. 75.

³²⁵ Sur les principes, v. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 61 et s..

³²⁶ Pour un bilan relativement récent, v. Michel PRIEUR, « Le droit français de l'environnement au XX^e siècle », in *Mouvement du droit public – Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 379.

³²⁷ « Les ordres juridiques modernes, eux, ne règlent la conduite que des seuls êtres humains, et non la conduite d'animaux, de plantes, ou d'objet inanimés ; ils ne dirigent de sanctions que contre les premiers, et non contre les seconds. Mais cela n'implique cependant en aucune façon que ces ordres juridiques règlent exclusivement le comportement des hommes les uns à l'égard des autres ; cela ne les empêche pas nullement de régler aussi le comportement des hommes à l'égard des animaux, de plantes, d'objets inanimés. C'est ainsi qu'il peut être défendu sous menace d'une peine de tuer certains animaux, soit d'une façon absolue, soit à certaines époques, ou d'abîmer certaines espèces végétales, ou d'endommager des bâtiments de caractère et valeur historiques. Des normes de ce genre ne règlent pas la conduite des animaux, des plantes ou des objets inanimés qu'elles protègent de la sorte, mais la conduite des hommes contre lesquels elles dirigent la menace d'une peine » (Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 40).

l'environnement retient aussi particulièrement l'attention des juges, notamment administratifs³²⁸.

54. En troisième lieu, outre sa pleine implantation dans le paysage juridique français, le droit de l'environnement permet d'autant plus d'illustrer un certain nombre de propositions qu'il utilise la plupart des instruments juridiques du droit public³²⁹. « *Capable de recycler à son profit des notions classiques* »³³⁰, il est aussi un terrain d'innovations, dont certaines, telles que l'étude d'impact, sont susceptibles d'être exportées à l'ensemble du droit public. Aude Rouyère explique ainsi que le droit de l'environnement est en quelque sorte condamné à l'innovation pour parvenir à appréhender juridiquement la complexité des écosystèmes³³¹. « *Les actions publiques de protection de l'environnement sont prisonnières d'un appareil de références inapte à saisir précisément les problèmes qu'elles affrontent. Leur autonomie stratégique et leur efficacité se trouvent ainsi compromises* »³³². In fine, le droit de l'environnement « *procède de méthodes juridiques novatrices, et de l'exploitation renouvelée de techniques classiques* »³³³ telles que l'autorisation préalable, la planification, le contrat, les servitudes ou encore les notions de patrimoine ou d'intérêt général. Il est d'ailleurs, selon Yves Jegouzo, « *indéniable que la plupart des théories du droit administratif ont évolué sous l'impact de la préoccupation environnementale* »³³⁴.

55. En définitive et avant d'exposer la posture théorique que nous retiendrons pour conduire cette recherche, il faut encore relever la complémentarité entre ces deux domaines spéciaux du droit public utilisés ici à titre d'illustrations. Le droit de l'urbanisme comme le droit de l'environnement sont ainsi des disciplines « carrefour » où le droit public rencontre partiellement le droit privé mais surtout dans lesquelles, outre une grande variété d'instruments, le droit constitutionnel comme le droit administratif sont mobilisés. Même si une certaine « *hétéronomie* »³³⁵ subsiste entre le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement, ne serait-ce que parce que leurs champs d'applications respectifs diffèrent, les liens entre ces deux disciplines n'ont cessé de se renforcer ces dernières années³³⁶. Michel Prieur expliquait ainsi il y a près de vingt ans qu'« *on ne peut dissocier les règles*

³²⁸ Les juges administratifs d'Europe ont fait du droit de l'environnement un sujet de leurs travaux (v. le programme des travaux de l'association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne mentionné in *La lettre de la justice administrative*, n° 29, octobre 2012, p. 1) et le Conseil d'Etat français a initié, en 2011 et en 2012, deux cycles de conférences sur le droit de l'environnement.

³²⁹ V. *infra*, § 623 et s. ; Yves JEGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 23 ; Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 35.

³³⁰ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 11.

³³¹ V. Aude ROUYERE, « Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ? », *op. cit.*, p. 81.

³³² Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 82.

³³³ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 92.

³³⁴ Yves JEGOUZO, « Le juge administratif et l'ordonnement du droit de l'environnement », *RJE*, n° spécial, 2004, p. 22.

³³⁵ Hervé GROUD, « Les rapports d'hétéronomie entre droit de l'urbanisme et droit français de l'environnement », *Construction-Urbanisme*, juillet 2007, colloque 17.

³³⁶ V. Patrick LE LOUARN, « Le droit de l'environnement est-il soluble dans le droit de l'urbanisme ? », *Droit de l'environnement*, n° 1, 2002, p. 2 ; *L'environnement dans le droit de l'urbanisme en Europe*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 18, *La Documentation française*, Paris, 2008 ; Jean-Pierre FERRAND, « Droit de l'urbanisme et droit de l'environnement », *RFDA*, 2008, p. 629.

d'affectation de l'espace d'avec la qualité du milieu » et que ces deux droits ont nécessairement « *vocation à cohabiter étroitement* »³³⁷. Le principe de l'intégration de préoccupations environnementales dans les autres domaines du droit, comme les évolutions constitutionnelles³³⁸, législatives³³⁹ et jurisprudentielles³⁴⁰, n'ont fait que renforcer cette tendance naturelle. Enfin, d'autres domaines spéciaux du droit public pourraient probablement illustrer notre propos sur les conditions juridiques de l'effectivité de la norme. Pour autant, il nous semble que les deux domaines choisis présentent l'avantage, outre leur complémentarité, de ne pas exclure totalement ces autres domaines. En effet, aborder le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement, c'est aussi s'intéresser indirectement, au droit constitutionnel et au droit administratif qui en constituent l'ossature, mais également au droit des collectivités territoriales, au droit administratif des biens, au droit public économique ou encore aux droits fondamentaux³⁴¹.

6. UNE POSTURE THEORIQUE INSPIREE DU NORMATIVISME

56. Deux raisons conduisent à préciser la posture théorique retenue dans le cadre de cette recherche. La première est que « *l'aveu (théorique) en tant qu'élucidation par les juristes eux-mêmes de leurs postures théoriques est une condition de l'évaluation de leurs discours savants (...) et par conséquent du débat entre juristes* »³⁴². La seconde est que la problématique que nous serons amenés à préciser est, dans une certaine mesure, conditionnée par la posture théorique retenue.

57. Notre posture théorique s'inscrit dans la perspective du positivisme juridique³⁴³ de type normativiste. Avant d'exposer les raisons qui nous conduisent à retenir ce courant de la

³³⁷ Michel PRIEUR, « Urbanisme et environnement », AJDA, 1993, p. 80.

³³⁸ Ainsi avec la constitutionnalisation de l'environnement en 2005.

³³⁹ Par ex. avec la loi dite « Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (JORF n° 0160 du 13 juillet 2010 p. 12905).

³⁴⁰ V. par ex. CE, 19 juil. 2010, *Assoc. du quartier les Hauts de Choiseul*, n° 328687 ; BJD, 2010, p. 282, note Jérôme TREMEAU ; RDI, 2010, p. 508, note Pierre SOLER-COUTEAUX ; Julien BETAILLE, « Le décloisonnement du principe de précaution, un effet de sa constitutionnalisation », *Droit de l'env.*, 2010, p. 278.

³⁴¹ Parmi la liste des droits administratifs spéciaux dressées par Didier Truchet (v. Didier TRUCHET, *Le droit public*, *op. cit.*, p. 100), seuls le droit de la fonction publique et le droit de la santé ne font l'objet d'aucune incursion dans le cadre de ce travail.

³⁴² Eric MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », *VIème congrès français de droit constitutionnel*, Montpellier, 2005, disponible sur www.droitconstitutionnel.org, p. 5.

³⁴³ Selon la conception jusnaturaliste, le droit naturel s'impose de lui-même. Le souci d'effectivité est peu présent dans ce courant théorique (v. Vincent RICHARD, *Le droit et l'effectivité...*, *op. cit.*, p. 46 et s.). Pour les jusnaturalistes, « *le seul droit valide est celui qui est juste, donc légitime, quel que soit le contenu des textes, et quelle que soit l'effectivité de ce droit* » (Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 215). Cependant, « *selon la forme hobbesienne du jusnaturalisme, le droit positif rend possible l'application du droit naturel (sanction) ou le droit naturel rend possible l'application du droit positif en fondant sa légitimité* » (Vincent RICHARD, *ibidem*, p. 51). Par ailleurs, dans le cas où des normes seraient « injustes », « *le juge devra écarter les normes posées par les textes, pour assurer l'effectivité des règles justes,*

théorie du droit (6.2), il convient d'exposer les positions du positivisme normativiste et du positivisme réaliste relativement à la question de l'effectivité des normes juridiques (6.1). Il faut néanmoins préciser que, d'une part, selon Hans Kelsen, « *la définition correcte (du) rapport entre validité et efficacité est un des problèmes essentiels d'une théorie positiviste du droit, mais aussi l'un des plus difficiles* »³⁴⁴ et que, d'autre part, il n'est pas toujours aisé, dans les œuvres majeures de ces deux courants, de discerner la portée exacte de ce qui est exposé par leurs auteurs. S'ajoute à cela le fait que les écrits de Hans Kelsen et de Alf Ross ont été traduits de l'allemand au français pour le premier et du danois à l'anglais, puis pour certains au français, en ce qui concerne le second. On sait par exemple que le concept de « validité » chez Alf Ross peut revêtir plusieurs significations³⁴⁵ et surtout que chez Hans Kelsen, le mot allemand « Effektivität » a été traduit en français par « efficacité » alors que dans certaines hypothèses, Kelsen semble davantage envisager l'effectivité ou le respect de la norme³⁴⁶. Cet auteur avait d'ailleurs souligné ces difficultés de traduction dans son avant-propos à la traduction française de la seconde édition de sa *Théorie pure du droit*³⁴⁷.

6.1 Présentation des positions normativistes et réalistes relativement à l'effectivité de la norme

L'un des points de divergence entre les positivismes normativiste et réaliste³⁴⁸ concerne directement l'objet de notre recherche³⁴⁹ puisqu'il porte sur les relations entre la

seules considérées comme valides » (Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 216). Cela implique que les autres normes, non considérées comme valides, ne seront pas appliquées. En outre, l'étude de l'effectivité dans un cadre jusnaturaliste est d'autant plus difficile que les règles de droit ne peuvent pas aisément être identifiées puisque la validité d'une norme dépend d'un critère particulièrement subjectif qu'est celui de la justice.

³⁴⁴ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 211.

³⁴⁵ Sur cette question, v. Eric MILLARD, Entrée « Ross », in Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, *op. cit.*, p. 493 ; « Deux lectures critiques d'Alf Ross », in Olivier JOUANJAN (dir.), *Dossier Théories réalistes du droit*, PU Strasbourg, 2000, p. 13 ; Alf ROSS, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », 1961, in *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, prés. et ann. E. Millard, Bruylant – LGDJ, 2004, p. 161.

³⁴⁶ En ce sens, v. Paul AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, thèse, droit, Paris, 1962, p. 347 ; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 13. Dans le cadre de l'analyse des théories kelsénienne, nous avons fait le choix de conserver les traductions françaises, ce qui implique que le mot « efficacité » doit, dans les citations, être entendu comme synonyme du mot « effectivité ».

³⁴⁷ « *La langue juridique française et la langue juridique allemande, et les notions juridiques qu'elles servent à formuler sont loin de toujours concorder ; il s'ensuit qu'une traduction fidèle en esprit d'une langue dans l'autre est extrêmement difficile* » (« Avant-propos à l'édition française », in *Théorie pure du droit*, *op. cit.*).

³⁴⁸ Pour la clarté de l'exposé, on se limitera principalement aux théories de Kelsen et Ross. Sur les conceptions de H.L.A. Hart et Norberto Bobbio, v. Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 81-86.

³⁴⁹ Les différences entre ces deux conceptions ne se limitent pas à cette question. Il faut notamment signaler la principale critique adressée par Alf Ross à Hans Kelsen. Dans la conception normativiste de Kelsen, « *la validité du droit signifie que les normes juridiques ont force d'obligation, que les hommes doivent se conduire conformément à ce que prescrit le droit, qu'ils doivent obéir aux normes juridiques et les appliquer* » (Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, (1945), LGDJ Bruylant, 1997, p. 89-90). Alf Ross critique cette assimilation entre la validité d'une norme et son caractère obligatoire. Pour lui, ce dernier résulte principalement

validité d'une norme et son effectivité. Il s'agit ici d'une véritable « *dilemme méthodologique* » qui « *pose l'alternative suivante : l'isolement du droit ou sa dissolution dans l'ensemble des faits sociaux* »³⁵⁰. D'un côté, les normativistes considèrent que la validité d'une norme résulte de conditions formelles et que l'effectivité de la norme ne joue qu'un rôle secondaire au niveau du maintien de la validité de celle-ci (6.1.1). De l'autre, les réalistes placent l'effectivité au centre puisqu'ils en font la condition essentielle de la validité d'une norme, en ce sens que celle-ci existe seulement si elle est effective (6.1.2).

6.1.1 L'effectivité dans le normativisme de Hans Kelsen

58. Dans la conception normativiste du droit qui est celle de Hans Kelsen, la norme est un « *devoir-être* » (*Sollen*) qui s'oppose à l'« *être* » (*Sein*). Kelsen s'inspire de la loi de *Hume* selon laquelle ce qui doit être ne peut pas être déduit de ce qui est. Dès lors, la validité de la norme ne peut résulter de l'être mais dérive nécessairement d'une autre norme. Dans cette perspective, la validité peut ainsi être définie comme « *le rapport de conformité entre une norme et les conditions requises dans un ordre juridique positif pour qu'elle soit considérée comme devant être respectée* »³⁵¹. Le fondement de la validité d'une norme est la norme qui lui est supérieure, *in fine* ce que Kelsen appelle la norme fondamentale (*Grundnorm*³⁵²), et les conditions de la validité sont au nombre de deux. D'une part, la validité dépend de la conformité d'une norme à celle qui lui est supérieure (validité matérielle). D'autre part, pour être valide, la norme doit avoir été posée par une autorité habilitée pour cela par la norme supérieure (validité formelle). Si l'on prend l'exemple d'une loi, celle-ci « *est valide parce qu'adoptée par l'autorité désignée par la constitution et selon la procédure prévue par la constitution* »³⁵³. En outre, le contenu matériel de la loi doit être conforme à la Constitution. A ce stade du raisonnement, ni le fondement, ni les conditions de la validité d'une norme ne dépendent de son effectivité.

59. Hans Kelsen n'exclut cependant pas totalement la question de l'effectivité. Pour les raisons déjà exposées et liées à la traduction, on parlera ici indifféremment d'effectivité et d'efficacité compte tenu des incertitudes liées à la traduction de l'œuvre de Kelsen.

d'un devoir de type moral et cela le conduit logiquement à considérer que Kelsen rejoint, d'une certaine manière, le jusnaturalisme. Selon Alf Ross, « *le devoir d'obéir au droit est un devoir moral envers le système juridique, et non un devoir juridique selon ce système (...). Cela signifie qu'en réalité la validité, ou la force obligatoire, ne sont pas une propriété inhérente au système juridique, mais quelque chose qui dérive des principes du droit naturel* » (Alf ROSS, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », 1961, in *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, prés. et ann. E. Millard, Bruylant – LGDJ, 2004, p. 155-156 ; v. aussi Eric MILLARD, Entrée « Ross », *op. cit.*, p. 494 ; Michel TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », RFDC, 2002, p. 349).

³⁵⁰ Vincent RICHARD, *Le droit et l'effectivité...*, *op. cit.*, p. 97.

³⁵¹ Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 207.

³⁵² Elle ne doit pas être confondue avec la Constitution. La *Grundnorm* est une norme supposée, une fiction qui permet seulement de fonder la validité de l'ensemble des autres normes de l'ordre juridique.

³⁵³ Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 74.

Néanmoins, il faut relever que Kelsen fournit lui-même une définition de ce qu'il entend par « efficacité ». Selon lui, « *l'efficacité du droit signifie que les hommes se conduisent effectivement comme ils le doivent, conformément aux normes juridiques, que les normes sont effectivement observées et appliquées* »³⁵⁴. Il semble donc bien que cette définition ne renvoie pas à la notion d'efficacité mais davantage à celle d'effectivité, du moins à une définition de cette dernière autour de la conformité ou du respect de la norme³⁵⁵. L'essentiel n'est pas dans ces subtilités notionnelles. Dans la définition que Kelsen donne de l'efficacité comme dans celle que nous avons proposée de l'effectivité, il est dans les deux cas question de l'influence de la norme sur le fait. L'essentiel est que, pour Kelsen, « *il faut clairement distinguer la validité et l'efficacité de la norme* »³⁵⁶. Cette affirmation corrobore les différences de définition que Kelsen donne de la validité et de l'efficacité.

60. La pensée de Kelsen est néanmoins plus complexe et traduit parfois une franche ambiguïté quant à la relation existant entre validité et effectivité. Il affirme ainsi qu'« *il peut exister une certaine corrélation entre validité et efficacité. On ne considère une norme juridique comme objectivement valable que si la conduite humaine qu'elle règle y correspond effectivement, tout au moins jusqu'à un certain point. Une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais, c'est à dire une norme qui, comme on s'exprime habituellement, ne bénéficie pas d'un minimum d'"efficacité", n'est pas reconnue comme une norme juridique objectivement valable. Un minimum d'"efficacité" est donc une condition de la validité des normes juridiques* »³⁵⁷. Le propos manque de précision. Si en principe, comme l'affirme Kelsen en 1945, « *la règle de droit est valide même lorsqu'elle n'est pas "efficace"* »³⁵⁸ en ce sens que selon lui elle reste valide même lorsque le voleur n'est pas sanctionné par le juge, pour autant, une norme totalement inefficace perdrait nécessairement sa validité.

Kelsen fait d'abord de l'effectivité une condition de validité de l'ordre juridique pris dans son ensemble. Ainsi écrit-il en 1945 qu'« *une norme n'est pas valide parce qu'elle est efficace ; elle est valide si l'ordre auquel elle appartient est globalement efficace* »³⁵⁹. Par la suite, la position de Kelsen n'est pas totalement claire. Il précise dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* parue en 1960 que l'efficacité n'est pas le fondement de la validité d'une norme, ce dernier étant la norme fondamentale³⁶⁰. Cependant, les normes « *ne sont valables que si, et par conséquent tant que (l') ordre juridique est efficace* »³⁶¹. C'est donc ici

³⁵⁴ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, (1945), LGDJ Bruylant, 1997, p. 90.

³⁵⁵ Elle diffère donc de la définition que nous avons retenu de la notion d'effectivité et se rapproche davantage de celle retenue par Marie-Anne Cohendet (v. *supra*, § 16).

³⁵⁶ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, (1979), Léviathan, PUF, 1996, p. 4. Dans le même sens, v. *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), *op. cit.*, p. 286.

³⁵⁷ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), *op. cit.*, p. 19.

³⁵⁸ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, (1945), *op. cit.*, p. 81.

³⁵⁹ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 91-92.

³⁶⁰ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), *op. cit.*, p. 215 : « *L'efficacité d'un ordre juridique est aussi peu le fondement de sa validité que l'est le fait de sa création. Ce fondement de la validité (...) c'est la norme fondamentale supposée* ».

³⁶¹ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 215.

de l'ordre juridique dont il est question lorsque Kelsen évoque l'efficacité³⁶², et non des normes prises individuellement³⁶³. Pour lui, « *un ordre juridique est considéré comme valable si ses normes sont efficaces, c'est à dire effectivement obéies et appliquées en gros et de façon générale* »³⁶⁴.

Par ailleurs, Kelsen fait de l'effectivité une condition de la validité d'une norme, mais la portée de ce critère est faible. Il affirme qu'« *une norme juridique peut perdre sa validité par le fait qu'elle demeure d'une façon permanente inappliquée et non obéie : c'est ce que l'on appelle la désuétude* »³⁶⁵. Dans sa *Théorie générale des normes* parue en 1979, Kelsen précise sa pensée : « *l'efficacité est une condition de la validité dans la mesure où une norme seule et un ordre normatif dans son entier perdent leur validité s'ils perdent leur efficacité ou la possibilité d'une efficacité* »³⁶⁶. Cependant, la portée de la notion d'efficacité est, chez Kelsen, très faible. Pour lui, « *dire d'une norme qu'elle est efficace ne signifie pas qu'elle est, toujours et sans exception, observée ou appliquée ; cela signifie seulement qu'elle est, en gros et de façon générale, observée et appliquée* »³⁶⁷. Il semble que seule l'extrême inefficacité puisse faire perdre à une norme sa validité juridique. « *Si une norme juridique interdit de tuer des animaux d'une certaine espèce en attachant une sanction comme peine au fait de les tuer, elle perdrait sa validité si l'espèce animale disparaissait et si, par conséquent, ni son observance, ni son application n'étaient possibles* »³⁶⁸. Pour ne plus être valide, il faudrait ainsi que l'application de la norme soit radicalement impossible, que son objet ait disparu.

Si la portée de cette condition d'efficacité est très faible, on peut cependant tenter d'en préciser le fonctionnement. L'efficacité n'est pas, chez Kelsen, une condition originelle de validité de la norme. L'inefficacité est seulement susceptible de priver une norme, originellement considérée comme valide parce qu'elle satisfait aux conditions de validité formelle et matérielle, de cette validité si elle se révèle, par la suite, totalement inefficace. En effet, « *validité et efficacité des normes juridiques ne coïncident pas non plus dans le temps. Les normes juridiques entrent en vigueur avant même qu'elles ne deviennent effectives, c'est à dire avant même qu'elles ne soient suivies et appliquées* »³⁶⁹. Cependant, « *lorsqu'une norme juridique demeure dépourvue d'efficacité d'une façon durable, elle n'est plus considérée comme valable* »³⁷⁰. En 1979, Kelsen est beaucoup plus clair sur ce point. Pour lui, « *l'efficacité de la norme – qui est un être – est la condition de la validité d'une norme – qui*

³⁶² Néanmoins, si l'ordre juridique perd sa validité parce qu'il est inefficace, chacune des normes de cet ordre perd elle-aussi sa validité puisqu'elle dépend de cet ordre : « *Dès que la Constitution, et par conséquent l'ordre juridique posé sur la base de cette Constitution, perdent leur efficacité en tant que tout, l'ordre juridique pris globalement et par là même chacune de ses normes en particulier perdent leur validité* » (*ibidem*, p. 215).

³⁶³ En ce sens, Eric Millard explique que « *l'efficacité, reconnaît Kelsen, est une condition de la validité ; mais elle n'est pas la validité. Encore n'est-ce que de l'efficacité du système qu'il s'agit, et non de l'effectivité de chacune des normes qui le composent* » (Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 77).

³⁶⁴ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), op. cit., p. 215.

³⁶⁵ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 216.

³⁶⁶ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, (1979), op. cit., p. 184.

³⁶⁷ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 184.

³⁶⁸ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, (1979), op. cit., p. 185.

³⁶⁹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), op. cit., p. 19.

³⁷⁰ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 19.

est un devoir être, dans le sens où une norme perd sa validité avec la perte de son efficacité ou de la possibilité d'une efficacité, mais pas dans le sens où une norme, pour être valide, doit nécessairement être efficace puisqu'elle devient valide avant d'être efficace et puisqu'elle peut devenir efficace seulement après être devenue valide »³⁷¹.

61. Il est possible de synthétiser la position de Kelsen de la façon suivante³⁷². Validité et effectivité (efficacité) restent des concepts très différents. D'une part, la validité trouve son fondement dans la norme fondamentale. Une norme est valide si elle satisfait le critère formel et le critère matériel, c'est-à-dire si elle a été adoptée par l'autorité habilitée à cet effet par la norme supérieure à laquelle elle doit aussi, au niveau de son contenu, être conforme. D'autre part, l'effectivité est une condition de validité de l'ordre juridique comme de la norme, mais dans un sens différent. Dans la théorie de Kelsen, l'effectivité n'est « *qu'une question seconde, liée aux conditions non d'existence mais de survie de la règle* »³⁷³. Elle « *ne peut être qu'une qualité contingente. Pour lui, comme pour la plupart des auteurs, une norme doit d'abord être valide, exister (...). Certains estiment qu'une norme privée d'effectivité cesse d'être valide. L'effectivité – il peut arriver qu'on l'appelle « efficacité » – est alors une condition de la validité. Mais, même pour ces auteurs, elle ne se confond pas avec la validité elle-même* »³⁷⁴. L'effectivité n'est pas une condition originelle de validité mais une condition du maintien de la validité de cette norme. En outre, la condition effectivité (efficacité) n'est pas très exigeante. Marie-Anne Cohendet propose ainsi l'image suivante : « *l'efficacité est un peu à la norme ce que la nourriture est à la vie, elle ne s'identifie ni à la naissance, ni à la vie, mais est une condition du maintien de la vie* »³⁷⁵.

62. *In fine*, l'intérêt de la conception normativiste est son rejet de l'assimilation du *Sein* et du *Sollen*. Le fait que chez Kelsen, la validité originelle de la norme ne dépende pas de l'effectivité, c'est-à-dire du *Sein*, permet d'envisager un écart entre la norme et le fait. Pour lui, « *le contenu d'un ordre normatif doit être tel qu'une contradiction soit possible entre les faits particuliers qui se produisent réellement et les normes de l'ordre. (...). Une norme qui énoncerait "doit se produire ce qui se produit effectivement" (...) ne serait norme que quant à la lettre et non quant au sens profond* »³⁷⁶. Cet écart entre la norme et le fait permet de préserver, dans un cadre démocratique, la fonction de direction des normes juridiques. Dans cette perspective, la fonction du droit est de conduire le monde des faits vers une finalité déterminée par les représentants désignés par le peuple. C'est dans cet espace entre norme et fait que se loge l'étude de l'effectivité. Or, si l'on considère que seules les normes effectives

³⁷¹ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, (1979), *op. cit.*, p. 185.

³⁷² Kelsen synthétise lui-même sa pensée en ces termes : « *La validité normative d'une norme juridique ne se confond pas avec son efficacité réelle. L'efficacité de l'ordre juridique en tant que tout est condition de sa validité. (...). Un ordre juridique pris globalement, et une norme juridique prise en particulier ne sont plus considérées comme valables lorsqu'ils cessent d'être efficaces* » (Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), *op. cit.*, p. 215).

³⁷³ Pierre LASCOUMES, Entrée « effectivité », *op. cit.*, p. 218.

³⁷⁴ Michel TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 55.

³⁷⁵ Marie-Anne COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 – mai 1988)*, t. 2, *op. cit.*, p. 12.

³⁷⁶ Hans KELSEN, « L'essence de l'Etat », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Univ. de Caen, 1990, n° 17, cité par Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité...*, *op. cit.*, p. 47.

sont valides, alors il n'y a plus d'écart entre norme et faits. La norme se limite à entériner ce qui existe dans la réalité et dès lors, perd une grande partie de sa fonction de direction. C'est ici le sens général des principales critiques qui sont adressées au positivisme réaliste³⁷⁷.

6.1.2 L'effectivité dans le réalisme d'Alf Ross

63. La conception de Alf Ross, qui, parmi les réalistes, apparaît probablement comme l'un des plus modérés³⁷⁸, s'inspire de la philosophie empiriste qui considère que « *la science ne décrit que des faits* »³⁷⁹. Par conséquent, pour Alf Ross, une science du droit ne peut décrire que des faits et c'est comme tels que les normes juridiques sont envisagées. « *Du point de vue de la connaissance, il n'est possible de parler de droit qu'en disant ce qu'est le droit qui existe, et que le seul droit dont on puisse parler dans un processus empirique est le droit effectif* »³⁸⁰. La validité est assimilée à l'effectivité, entendue cette fois comme ce qui existe dans la réalité (effectivité-état). Ainsi, « *la validité signifie l'existence d'une norme ou d'un système de normes ; non pas la modalité spécifique d'existence, comme l'entendait Kelsen, mais l'existence effective, dans la réalité* »³⁸¹. Ross affirme ainsi dans son ouvrage *On law and justice* paru en 1959 que « *l'effectivité est le critère du droit positif* »³⁸².

64. Par conséquent, la norme valide est celle qui existe réellement, qui est effective, et selon Ross, c'est du côté des décisions des juridictions « *que l'on doit rechercher l'effectivité, laquelle est la validité du droit* »³⁸³. Ainsi, chez Ross, la norme valide est celle qui résulte de la décision du juge. Selon lui, un système juridique de droit interne peut être défini comme « *les normes qui sont réellement opératoires dans l'esprit du juge, parce qu'elles sont ressenties par ce dernier comme socialement obligatoires et donc obéies* »³⁸⁴. Il explique que

³⁷⁷ Kelsen rejette ainsi le jusnaturalisme comme le réalisme : « *une théorie positiviste du droit doit affronter la tâche de trouver la voie moyenne juste entre deux positions extrêmes qui sont l'une et l'autre insoutenables. L'une de ces positions extrêmes consiste à affirmer qu'entre la validité, (...), et l'efficacité, (...), il n'y a absolument aucun rapport, - que la validité du droit est absolument indépendante de son efficacité. L'autre consiste à réduire la validité à l'efficacité, à affirmer que la validité du droit se confond purement et simplement avec son efficacité. Vers la première solution du problème inclinent les théories idéalistes, vers la seconde les théories réalistes* » (Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, (1960), *op. cit.*, p. 211).

³⁷⁸ Sur le réalisme, v. Eric MILLARD, Entrée « réalisme », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1297. Sur le réalisme américain en particulier, v. les entrées « Holmes » et « Pound », in Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, *op. cit.*, p.275 et s. ; p. 463 et s. ; Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, Précis, Dalloz, Paris, 1999, p. 68 ; Alf ROSS, *On law and justice*, (1959), The lawbook Exchange Ltd., Clark, 2007, pp. 71-74.

³⁷⁹ Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 80.

³⁸⁰ Eric MILLARD, « Présentation », Dossier *Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?*, *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 16.

³⁸¹ Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 79-80.

³⁸² Alf ROSS, *On law and justice*, (1959), The lawbook Exchange Ltd., Clark, 2007, p. 70. Notre traduction de « *effectivity is the criterion for positive law* ».

³⁸³ Alf ROSS, *ibidem*, p. 34-35. Notre traduction de « *it is here that we must seek for the effectiveness that is the validity of law* ».

³⁸⁴ Alf ROSS, *ibidem*, p. 35. Notre traduction de « *the norms which actually are operative in the mind of the judge, because they are felt by him to be socially binding and therefore obeyed* ».

« l'effectivité, qui conditionne la validité des normes, ne peut par conséquent être recherchée que dans l'application juridictionnelle du droit »³⁸⁵. Par exemple, pour lui, une interdiction est une norme valide seulement si sa violation est mise en avant et poursuivie par une juridiction³⁸⁶.

Alf Ross n'entend pas l'effectivité comme ce qui produit un effet (effectivité-action) mais comme ce qui existe dans la réalité (effectivité-état)³⁸⁷. Il cherche à décrire le droit tel qu'il est appliqué dans la réalité par les juges. C'est d'ailleurs à ses yeux le seul droit valide. Les normes posées par le constituant, le législateur ou l'administration ne sont, dans le cadre théorique de Ross, pas des normes valides. Ce sont simplement des énoncés.

La conséquence de cette conception est un glissement de l'objet de la science du droit. Celui-ci consiste alors à prédire les décisions futures des juges³⁸⁸. Selon Ross, ces décisions, c'est-à-dire le droit valide, peuvent être prédites car il serait possible de connaître « l'idéologie normative » qui gouverne et motive les juges³⁸⁹. Pour autant, il souligne par ailleurs que cet exercice d'anticipation est très difficile³⁹⁰. Pour Riccardo Guastini, « il n'y a aucune suggestion chez Ross sur les méthodes qui peuvent être employées pour connaître de l'idéologie normative des juges »³⁹¹. Dans ces conditions, le destinataire de la norme n'acquiert, tant que les juges ne se sont pas prononcés, aucune certitude sur ce qu'est la règle de droit qu'il doit respecter.

En outre, la conception de Ross est naturellement éloignée de celle de Kelsen. Selon sa philosophie empiriste, la validité ne peut pas être déduite, ni de l'idée de justice (jusnaturalisme), ni d'une catégorie formelle (normativisme de Kelsen)³⁹². Il considère d'ailleurs qu'« en faisant de la validité une relation inter-normative (...) Kelsen s'est, dès le début, empêché de traiter le cœur du problème de la validité du droit – la relation entre le contenu de l'idée normative et la réalité sociale »³⁹³

65. En définitive, au delà des fluctuations du vocabulaire employé et du sens des concepts utilisés, on peut retenir que « pour Kelsen, on doit considérer qu'une norme est valide si, et seulement si, elle a été émise conformément à une norme supérieure, tandis que, pour Ross,

³⁸⁵ Alf ROSS, *ibidem*, p. 35. Traduction de « *the effectiveness which conditions the validity of the norms can therefore be sought solely in the judicial application of law* ».

³⁸⁶ Alf ROSS, *ibidem*, p. 35 : « *the decisive factor determining that the prohibition is valid law is solely the fact that it is effectively upheld by the courts where breaches of the law are brought to light and prosecuted* ».

³⁸⁷ En ce sens, v. Michel TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 56.

³⁸⁸ V. Alf ROSS, *On law and justice*, (1959), *op. cit.*, p. 42.

³⁸⁹ Alf ROSS, *ibidem*, p. 74.

³⁹⁰ Alf ROSS, *ibidem*, p. 43-44.

³⁹¹ Riccardo GUASTINI, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », cité par Véronique CHAMPEIL-DEPSLATS, « Alf Ross : droit et logique », *Droit & Société*, n° 50, 2002, p. 41.

³⁹² V. Alf ROSS, *On law and justice*, (1959), *op. cit.*, p. 68. Il ajoute que « *like all other social sciences the study of law must in the final analysis be a study of social phenomena (...); jurisprudence must have as its task the interpretation of the "validity" of the law in terms of social effectivity, that is, a certain correspondence between a normative idea content and social phenomena* ».

³⁹³ Alf ROSS, *ibidem*, p.70. Notre traduction de « *by making validity an internormative relation (...) Kelsen has at the outset precluded himself from dealing with the heart of the problem of the validity of law – the relation between the normative idea content and the social reality* ».

elle est valide si elle est appliquée et elle est appliquée si elle est perçue comme socialement obligatoire »³⁹⁴. Il résulte de la conception de Ross que l'écart entre le *Sollen* et le *Sein*, entre le devoir être et l'être, est beaucoup plus réduit que chez Kelsen. C'est sur cette base que la théorie de Ross peut être critiquée et c'est ce qui nous conduit à retenir une posture théorique de type normativiste.

6.2 Le choix du positivisme normativiste

Notre choix en faveur du positivisme normativiste résulte du fait que, si l'on pousse la logique réaliste jusqu'à son terme, il est tout simplement impossible d'analyser l'effectivité telle que nous l'avons définie puisque la norme et le fait se confondent (6.2.1). De plus, dans un cadre théorique réaliste, il nous semble que la pensée de l'effectivité ne peut se faire qu'au prix d'une redéfinition des principaux repères théoriques. Il y a probablement ici la voie d'une conciliation qu'il importe d'exposer sans pour autant remettre en question notre préférence pour le normativisme (6.2.2).

6.2.1 L'impossibilité de penser l'effectivité dans un cadre théorique inspiré du réalisme

L'impossibilité de penser l'effectivité dans un cadre théorique réaliste résulte de deux éléments. D'une part, sur un plan général, l'approche réaliste du droit conduit à assimiler le devoir-être à l'être, annihilant ainsi toute possibilité d'interrogation sur l'effectivité de la norme. D'autre part, il faut remarquer que, chez Ross, cette assimilation n'est pas totale. Mais il est dès lors possible de se demander pourquoi il n'a pas poussé sa logique jusqu'à son terme. Cette opération l'aurait à notre sens conduit à des conclusions rendant elles-aussi impossible l'étude de l'effectivité.

66. En premier lieu, et à titre principal, la critique fondamentale qui peut être adressée au réalisme est que celui-ci conduit *in fine* à abolir « la distinction entre l'être et le devoir-être, et donc on nie l'essence même du droit »³⁹⁵. Plus précisément, « s'il n'y a pas de contradiction (entre droit et fait), il y a harmonie, et s'il y a harmonie, il n'y a pas de devoir-être »³⁹⁶. Il en résulte que le droit n'exerce plus réellement de fonction de direction puisque le devoir-être se confond avec l'être. Par là même, la question de l'effectivité de la norme en tant que devoir-

³⁹⁴ Michel TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », *op. cit.*, p. 55.

³⁹⁵ Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 221.

³⁹⁶ Charles CHAUMONT, *A la recherche du fondement obligatoire du droit international*, 2^{ème} et 3^{ème} rencontre de Reims, 2^{ème} éd., PU Reims, 1980, p. 4.

être ne se pose plus³⁹⁷. Dans la conception réaliste, la norme n'est jamais ineffective puisque si tel est le cas, ce n'est pas une norme.

La conception réaliste aboutit ainsi à des résultats déroutants. Par exemple, en droit constitutionnel, Marie-Anne Cohendet a critiqué la position de Michel Troper³⁹⁸ concernant le refus du Président Mitterrand de signer les ordonnances proposées par le gouvernement Chirac en 1986. Selon elle, le réalisme conduit, lorsqu'aucun juge ne se prononce tel que cela était le cas en l'espèce, à considérer que la norme résulte tout simplement de l'interprétation retenue par les organes d'application de la Constitution. Ainsi, la Constitution n'est finalement que ce que le Président de la République dit qu'elle est. En 1986, le refus du Président de signer les ordonnances n'est pas une violation de l'article 13 de la Constitution puisque c'est finalement lui qui confère sa validité juridique au texte constitutionnel. Dès lors, « *admettre que la norme ne peut résulter que du sens donné au texte par les organes d'application conduit, lorsqu'aucun juge ne se prononce, à considérer que c'est la pratique qui détermine le sens du texte, même contre le texte. (...). Sur le fond, une telle démarche permet de légitimer n'importe quelle violation de la Constitution. On postule que le texte n'est pas normatif, donc les écarts de l'application par rapport au texte ne peuvent pas être analysés ni, à fortiori, être qualifiés de violations de la Constitution, cela n'aurait pas de sens* »³⁹⁹. Il est parfaitement possible de transposer ce type de raisonnement au droit administratif et de montrer ainsi les conséquences possibles d'une conception réaliste du droit dans ce domaine. Par exemple, si l'on imagine une loi obligeant à ne pas dépasser un certain niveau de pollution atmosphérique et un décret du Premier ministre relevant significativement ce seuil de pollution, alors, selon la théorie réaliste, il y a deux possibilités. Soit le juge administratif est saisi et alors la position qu'il retient constitue la norme valide, même si celle-ci est contraire à la loi votée par le Parlement. Soit il n'est pas saisi et alors ce décret est une norme valide. Il est donc loisible à l'administration de contredire directement une loi votée par le Parlement. C'est une grande partie de la tradition démocratique qui s'envole ici avec l'idée d'un écart entre l'être et le devoir-être.

67. Le réalisme ne permet donc pas d'envisager de façon satisfaisante la question de l'effectivité en tant que degré d'influence de la norme sur le fait. Au contraire, si l'on retient une conception normativiste et que « *l'on admet que les règles de droit sont des instruments servant à orienter les conduites humaines, l'un des intérêts majeurs du droit est de comprendre, mesurer et renforcer l'efficacité de ces instruments. Un médecin qui se contenterait de décrire l'anatomie pourrait être très savant. Un autre qui bornerait son étude à la description de la maladie pourrait être tout aussi savant. Mais aucun des deux ne pourrait indiquer comment il convient d'agir pour soigner la maladie. (...). Si l'on veut*

³⁹⁷ Marie-Anne COHENDET explique ainsi que « *les règles de droit ont pour objet de dire ce qui doit être. Or si l'on déduit le devoir-être de l'être, la norme de la pratique, alors on supprime la raison d'être des règles de droit. C'est pourquoi le réalisme peut, sous certains de ses aspects, être considéré comme une forme de nihilisme juridique* » (Marie-Anne COHENDET, « Le système des variables déterminantes », *op. cit.*, p. 119).

³⁹⁸ Michel TROPER, « La signature des ordonnances, fonction d'une controverse », *Pouvoirs*, n° 81, 1987, p. 76.

³⁹⁹ Marie-Anne COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation...*, t. 2, *op. cit.*, p. 26.

pouvoir analyser les écarts entre, d'une part, la norme (...) et, d'autre part, l'application qui est faite de cette norme par les juges ou les gouvernants, (...) encore faut-il distinguer l'un et l'autre »⁴⁰⁰. Par conséquent, retenir la distinction fondamentale posée par le normativisme entre l'être et le devoir-être est une étape indispensable si l'on veut appréhender, non seulement la question de l'effectivité, mais surtout ses conditions juridiques tel que cela est l'objet de notre recherche. Véronique Champeil-Desplats note d'ailleurs qu'il est impossible de « *penser le passage du devoir-être à l'être lorsque, à l'instar du courant réaliste scandinave, on dissout le premier dans le second. Il n'y a alors pas d'écart entre la norme et son effectivité car l'existence de la norme dépend de cette effectivité. (...). L'expression "effectivité du droit" devient tautologique* »⁴⁰¹. C'est ici la principale raison qui nous conduit, voire nous contraint, à envisager l'étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme au moyen d'une posture théorique normativiste.

68. En second lieu, et à titre seulement subsidiaire, il faut relever que la théorie d'Alf Ross nous semble *in fine* ne pas aller jusqu'au bout d'une logique réaliste. Ross considère en effet que la norme valide est celle qui existe réellement, c'est-à-dire celle qui est énoncée par les juges. Cependant, il demeure tout à fait possible que la norme énoncée par ces derniers ne soit pas celle qui existe réellement. Tout comme la loi est susceptible d'être contredite par les juges, il arrive que les décisions de ces derniers soient contredites par ceux qui les appliquent. Par conséquent, ce n'est pas, comme le dit Ross, du côté des juridictions qu'il faut rechercher les normes valides, mais à un niveau encore inférieur, du côté des autorités qui *in fine* accomplissent des actions concrètes, dans la réalité. C'est ici, nous semble-t-il, la conséquence logique inéluctable si le réalisme affirme que le droit valide résulte de la seule observation des faits. Par exemple, en droit administratif, si l'administration continue d'appliquer une décision administrative annulée par le juge, la norme valide n'est pas la décision d'annulation du juge, mais la décision de l'administration, qu'importe si celle-ci est contraire à un acte réglementaire, à une loi, ou à la Constitution. C'est à ce type de raisonnement que les principes fondamentaux du réalisme semblent conduire. Comme le relèvent François Ost et Michel Van de Kerchove, « *le seul critère de vérification vraiment réaliste consisterait à s'enquérir de l'application de la décision de justice sur le terrain* »⁴⁰². D'une certaine manière, il peut être opposé à Alf Ross que sa théorie ne va pas jusqu'au bout de la conception philosophique sur laquelle elle est basée.

Néanmoins, au-delà des critiques dont peut faire l'objet le réalisme, il n'est pas totalement incompatible avec toute étude de l'effectivité. Celle-ci impliquerait cependant, nécessairement, de redéfinir un certain nombre de points de repères.

⁴⁰⁰ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2011, p. 401.

⁴⁰¹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 16.

⁴⁰² François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2002, p. 379.

6.2.2 La possibilité d'une conciliation au prix d'une redéfinition des repères théoriques

69. Toute étude de l'effectivité de ce que les normativistes appellent une norme n'est pas impossible si l'on adopte une conception réaliste du droit. En effet, on ne peut déduire des théories réalistes qu'elles se désintéressent de cette question et le coup de projecteur qu'elles donnent sur la réalité empirique permet au contraire d'attirer l'attention sur l'application réelle du droit. La différence de repères conceptuels entre normativisme et réalisme ne doit pas laisser penser que ce dernier ne s'intéresse nécessairement qu'au monde du *Sein*, c'est-à-dire à l'être. Eric Millard explique que « *pour les réalistes scandinaves, on ne peut connaître le droit en dehors de son application effective. Les énoncés normatifs, notamment, sont des comportements autonomes (Olivecrona), ou des directives (Ross), qui sont perçus comme postulant des comportements obligatoires, et qui ne sont achevés que par le processus de concrétisation, c'est-à-dire par la mise en œuvre plus ou moins libre de cette référence dans la résolution du cas concret. C'est cette concrétisation qui sert de fondement à la connaissance scientifique, et qui permet de caractériser le droit* »⁴⁰³. Pour autant, considérer comme les réalistes que le droit valide est celui qui est appliqué par les juges implique aussi pour ces derniers de s'intéresser à ce qu'ils considèrent comme des « énoncés normatifs » et que nous appelons pour notre part des normes. Le rapport entre l'énoncé normatif, les décisions des juges et l'application concrète de cet énoncé n'est rien d'autre que ce que nous considérons comme étant le rapport d'influence de la norme sur le fait. Dès lors, il semble aussi possible, si l'on devait adopter les repères conceptuels réalistes, d'envisager ce que Véronique Champeil-Desplats et Eric Millard appellent la « mise en action de l'énoncé normatif ». En effet, pour ces auteurs, « *le concept d'effectivité du texte renvoie à la mise en action de l'énoncé normatif par les autorités d'application* »⁴⁰⁴. C'est précisément dans cette mise en action que se logent ce que nous appelons les conditions juridiques de l'effectivité de la norme.

En définitive, s'il est envisageable d'étudier l'effectivité au moyen d'une conception réaliste du droit, cela nécessite néanmoins une redéfinition des repères conceptuels traditionnels. Cette opération n'est certes pas insurmontable, mais il nous semble, au moins pour la clarté de notre exposé, que l'adoption d'une posture théorique normativiste est préférable. De plus, l'assimilation du droit au fait qui est sous-tendue par le réalisme nous semble contraire à la fonction de direction inhérente aux normes juridiques, du moins à une conception instrumentaliste de ces dernières. Le droit n'existe pas pour lui-même, il est créé par les Hommes pour les Hommes, pour satisfaire des objectifs définis en commun. Dès lors,

⁴⁰³ Eric MILLARD, « La réalisme scandinave et la Théorie des contraintes », in Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant – LGDJ, 2005, p. 148.

⁴⁰⁴ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Eric MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », in *L'efficacité de l'acte normatif*, Colloque de Cergy-Pontoise, 2012, à paraître.

on peut retenir, avec Jean Rivero que la norme juridique « *ne constate pas ce qui est, elle prescrit ce qui doit être* »⁴⁰⁵.

70. Il résulte en outre de ce choix théorique que, dans le cadre de cette recherche, nous retiendrons une conception kelsénienne de la validité juridique, tout en considérant que la validité est avant tout ce « *qui présente les qualités requises pour produire son effet* »⁴⁰⁶. En ce sens, « *est valide la norme ou l'acte dont on reconnaît, dans un système juridique donné, qu'il doit sortir les effets de droit que ses auteurs entendaient lui attribuer* »⁴⁰⁷. On peut dès lors synthétiser la relation entre validité et effectivité comme suit : « *est valide une règle susceptible de produire des effets de droit ; est effective une règle qui les produit* »⁴⁰⁸. Ceci étant précisé, il convient d'exposer la problématique retenue dans le cadre de cette recherche.

7. UNE PROBLÉMATIQUE DE RECHERCHE

71. Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme, c'est-à-dire l'objet de notre recherche, ont été précédemment définies comme « *l'ensemble des éléments du système juridique qui contribuent à rendre possible l'effectivité de la norme juridique* ». En partant de cette définition, la problématique de cette recherche consiste :

d'une part à identifier ces conditions juridiques de l'effectivité à l'intérieur du système juridique et d'autre part à tenter d'évaluer, au regard du droit positif, l'influence de chaque condition sur le degré d'effectivité de la norme.

72. L'identification des conditions juridiques de l'effectivité de la norme procède essentiellement de la théorie du droit. Elle devrait probablement permettre d'identifier un lien de causalité, plus ou moins strict, entre un élément du système juridique et l'effectivité de la norme. Une fois identifiée sur un plan théorique, chaque condition est appréhendée en droit positif. Il s'agit, à travers une présentation du droit positif et la mise en évidence de ses limites, d'évaluer l'influence de la condition examinée sur l'effectivité de la norme. C'est ainsi à travers un « va et vient » triangulaire entre la théorie du droit, le droit positif et les limites de ce dernier au regard de la théorie du droit, que l'on peut tenter de comprendre le rôle joué par ces différents éléments du système juridique par rapport à l'effectivité de la norme. A partir de là, il devrait être possible de connaître la nature des conditions juridiques de l'effectivité. Si l'implication entre la condition identifiée et l'effectivité de la norme est considérée comme stricte, il s'agit d'une condition « nécessaire et suffisante » de l'effectivité. A l'inverse, si l'implication est souple, il s'agit d'une condition « possible » de l'effectivité.

⁴⁰⁵ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 675.

⁴⁰⁶ Entrée « validité », in *Le Petit Robert de la langue française 2013*.

⁴⁰⁷ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁰⁸ François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 130.

L'influence des différentes conditions juridiques sur l'effectivité pourra dès lors être considérée comme relative⁴⁰⁹.

73. Les travaux juridiques existants n'ont à notre connaissance pas directement permis de répondre précisément à cette problématique. D'une part, outre que les thèses portant sur l'effectivité n'ont jusqu'à présent pas pris pour objet les conditions juridiques de l'effectivité⁴¹⁰, les deux auteurs qui ont mis en avant cette problématique n'ont pu le faire que de façon succincte⁴¹¹. D'autre part, même si elle s'en distingue à plusieurs égards, la démarche que nous adoptons peut être rapprochée de ce que Marie-Anne Cohendet appelle le « système des variables déterminantes »⁴¹², dit « SVD ». Ce dernier est défini comme l'« ensemble des éléments qui, seuls ou combinés, peuvent avoir une incidence sur la formation et l'interprétation des règles de droit »⁴¹³. Notre recherche s'en distingue pour trois raisons. Tout d'abord, le SVD est essentiellement centré sur le droit constitutionnel alors que nous inscrivons notre recherche dans un cadre plus large, celui du droit public interne. Ensuite, Marie-Anne Cohendet englobe, au titre des éléments du SVD, des variables extra-juridiques. Nous avons, à l'inverse, exclu du champ de cette recherche les conditions extra-juridiques de l'effectivité. Enfin, ce que le SVD cherche à expliquer, ce sont la formation et l'interprétation de la norme. Or, si ces deux éléments peuvent influencer l'effectivité, nous considérons que cette dernière notion est à la fois différente et plus large que celles de formation ou d'interprétation. En revanche, la démarche que nous poursuivons présente des similitudes avec celle de Marie-Anne Cohendet. Selon elle, le SVD permet d'« expliquer les écarts entre

⁴⁰⁹ Ce type de question n'est pas inédit. On peut par exemple relever que Jean Rivero avait tenté, à propos d'un objet différent du nôtre, « de rechercher les conditions dont dépend la plus ou moins grande efficacité de la dissuasion par la crainte de la sanction » (Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 676).

⁴¹⁰ La thèse de Mathieu Téoran, outre qu'elle retient une posture théorique réaliste – par conséquent différente de la nôtre –, ne comporte pas de développements spécifiques sur les conditions de l'effectivité et elle a un objet beaucoup plus restreint que celui qui nous retient dans la mesure où il envisage l'obligation, « pour l'administration », d'assurer l'effectivité des normes juridiques (Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, thèse, droit, Paris I, 2007). La thèse de Florent Couveinhes porte quant à elle sur le droit international, champ dans lequel, nous l'avons vu, la notion d'effectivité a en principe une signification différente (Florent COUVEINHES, *L'effectivité en droit international*, thèse, droit, Paris, 2011). En outre, les thèses de Vincent Richard et de Yann Leroy relèvent du droit privé et s'interrogent principalement sur la notion d'effectivité et pas directement sur ses conditions juridiques (Vincent RICHARD, *Le droit et l'effectivité – contribution à l'étude d'une notion*, thèse, droit, Paris II, 2003 ; Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, thèse, droit, Nancy, LGDJ, 2011). Enfin, plusieurs autres thèses comportent le mot « effectivité » dans leur titre mais ne prennent pour objet qu'une question particulière comme l'effectivité des décisions de justice, du droit pénal, des droits de la défense ou des créanciers (v. le recensement présenté par Yann LEROY, *ibidem*, p. 6, note 42).

⁴¹¹ François Rangeon, après avoir souligné la difficulté d'un recensement des conditions de l'effectivité, identifie comme telles le caractère impératif de la règle, son contenu en terme de clarté et de précision, sa sanction, sa légitimité, l'association de ses destinataires à son élaboration et les pratiques administratives d'application de la règle (v. « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, pp. 140-143). Jean-François Perrin recense quant à lui deux conditions de l'effectivité : la sanction et ce qu'il nomme le « consensus », lequel englobe à la fois la connaissance de la norme, l'adhésion ou le refus de celle-ci, son interiorisation par les destinataires et l'effort de propagande fait autour d'elle (v. *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève, 1979, pp. 92-94). Nous serons amenés, dans le cadre de ce travail, à développer, parmi d'autres, ces différents éléments et essayerons de les présenter de façon logique.

⁴¹² V. Marie-Anne COHENDET, « Le système des variables déterminantes », *op. cit.*, p. 119.

⁴¹³ Marie-Anne COHENDET, *ibidem*, p. 121.

le texte et la pratique »⁴¹⁴ et tente d'expliquer le « processus qui détermine le passage de la règle écrite à l'interprétation faite de la règle dans ses actes d'application »⁴¹⁵. Notre démarche vise elle aussi à comprendre ce type d'écart ou de processus, à la différence que nous voudrions étendre ces interrogations au delà de la question de l'interprétation. Néanmoins, comme le SVD, la problématique que nous retenons vise à comprendre le fonctionnement du système juridique⁴¹⁶.

74. Partant de la problématique ainsi exposée, la thèse que nous défendons est la suivante :

d'une part, il est possible d'identifier, dans le système juridique, un certain nombre d'éléments qui ont une influence sur l'effectivité de la norme juridique. D'autre part, si la cohérence de l'ordre juridique et la sanction sont des conditions juridiques de l'effectivité de la norme, non seulement elles sont relatives, mais elles ne sont pas exclusives. D'autres éléments du système juridique, tenant essentiellement à la conception et à la réception de la norme, sont susceptibles d'influencer l'effectivité de la norme juridique.

75. L'intérêt de cette thèse est de tenter de présenter de façon à la fois globale et cohérente les conditions juridiques de l'effectivité de la norme. Sur un plan plus pratique, son intérêt est d'identifier un certain nombre d'éléments juridiques pouvant constituer des indicateurs de l'effectivité des normes juridiques, notamment dans le cadre des démarches d'évaluation normative *ex post*. L'objectif de cette thèse est, quant à lui, de contribuer à améliorer la compréhension du fonctionnement du système juridique dans la relation qu'il entretient avec le fait.

76. Dans cette optique, nous exposerons, en premier lieu, les éléments du système juridique qui peuvent être considérés comme des conditions classiques de l'effectivité de la norme, à savoir la cohérence de l'ordre juridique et la sanction de la norme (**Partie 1**). En second lieu, nous mettrons en évidence les conditions ampliatives de l'effectivité de la norme, lesquelles dépendent tant de la conception que de la réception de la norme (**Partie 2**).

Partie I : Les conditions classiques de l'effectivité

Partie II : Les conditions ampliatives de l'effectivité

⁴¹⁴ Marie-Anne COHENDET, *ibidem*, p. 121.

⁴¹⁵ Marie-Anne COHENDET, *ibidem*, p. 121.

⁴¹⁶ Dans une moindre mesure, la démarche que nous retenons est comparable à celle conduite par les auteurs de la *Théorie des contraintes juridiques*. L'objet de cette théorie est bien différent du nôtre. Il s'agit « d'identifier dans les systèmes juridiques des facteurs qui (...) contraignent (les juges) à agir ou interpréter tel ou tel énoncé d'une façon plutôt qu'une autre » (Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », in Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 3). Dès lors, si cette théorie est centrée sur l'interprétation juridictionnelle, elle vise aussi à identifier un certain nombre d'éléments à l'intérieur du système juridique, excluant ainsi de l'étude les éléments extra-juridiques.

PARTIE I : LES CONDITIONS CLASSIQUES DE L'EFFECTIVITE

77. La fonction de direction des conduites humaines qu'exercent les normes juridiques, leur caractère obligatoire et leur effectivité sont intimement liés. L'obligation est classiquement perçue comme un moyen au service de la direction des conduites humaines. Elle est une caractéristique essentielle de la norme juridique qui lui permet d'assurer sa fonction de direction. Il est ainsi classique de considérer que le caractère obligatoire des normes juridiques permet d'en assurer l'effectivité. En effet, ce caractère obligatoire est assuré par le biais de sanctions. Celles-ci sont « *un acte de contrainte dans le droit en tant qu'ordre de contrainte* »⁴¹⁷ et elles visent au respect de la norme par ses destinataires. Or, le respect de la norme concourt lui-même à son effectivité. Il n'y a alors qu'un pas pour que l'on considère que pour être effective – et par ce biais assurer pleinement sa fonction de direction des conduites –, la norme doit nécessairement être obligatoire.

78. Cette conception des relations entre la fonction de la norme, son caractère obligatoire et son effectivité imprègne implicitement les définitions les plus usuelles du droit. Dès lors que l'on définit le droit comme l'« *ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* »⁴¹⁸, le moyen par lequel la règle « s'impose », c'est-à-dire implicitement produit des effets sur la société, est son caractère obligatoire, lequel est lui-même défini comme le pouvoir d'obliger « *inhérent* » à la règle de droit⁴¹⁹. Il est dès lors possible de considérer que de cette conception classique de l'obligation juridique se dégagent deux conditions juridiques de l'effectivité de la norme, lesquelles peuvent elles-mêmes être considérées comme classiques. D'une part, pour que l'obligation existe du point de vue juridique, il faut que la norme soit valide dans l'ordre juridique. D'autre part, pour que l'obligation assure sa fonction de contrainte, il faut qu'elle soit sanctionnée⁴²⁰. Hans Kelsen considère par exemple que l'obligation juridique « *n'est rien d'autre que la norme positive qui prescrit la conduite de cet individu en attachant à la conduite contraire une sanction* »⁴²¹.

79. En premier lieu, l'existence de l'obligation, c'est-à-dire sa validité juridique, doit nécessairement être envisagée au sein de l'ordre juridique. En effet, la « *force obligatoire est conférée aux normes juridiques par leur insertion dans l'ordonnement juridique comme références obligatoires* »⁴²². Concernant plus précisément la question de l'effectivité, ce n'est pas directement la validité d'une norme A qui assure son effectivité, c'est son insertion dans

⁴¹⁷ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 190.

⁴¹⁸ Gérard Cornu, entrée « droit », in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 333.

⁴¹⁹ Gérard Cornu, entrée « obligatorité », *ibidem*, p. 629.

⁴²⁰ Yann Leroy montre combien cette conception domine la question de l'effectivité, même si elle est, comme nous aurons l'occasion de le voir, bien trop réductrice (v. Yann Leroy, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, pp. 719-723).

⁴²¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 124.

⁴²² Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, Paris, 2009, p. 205.

un ordre juridique cohérent. La cohérence de l'ordre juridique assure ainsi qu'une norme B, inférieure à la norme A, ne soit pas considérée comme valide si elle est contraire à la norme A. Un ordre juridique n'est ainsi cohérent que s'il assure l'absence de contradictions entre les normes qui le composent par l'application de critères de validité de ces normes. C'est l'absence de contradiction entre les normes qui permet d'assurer leur effectivité. On évite ainsi que les effets produits par la norme B ne viennent annihiler les effets de la norme A qui lui est supérieure. Autrement dit, l'ordre juridique doit assurer que la norme inférieure soit valide, c'est-à-dire conforme à la norme supérieure, afin que les effets de la norme B concourent à l'objectif de la norme A plutôt que ne l'handicapent. En outre, pour être cohérent, l'ordre juridique doit nécessairement organiser la purge des normes non valides puisqu'un acte invalide « *produit des effets de droit tant qu'il n'a pas été annulé* »⁴²³. C'est ainsi que l'effectivité de la norme apparaît comme conditionnée par la cohérence de l'ordre juridique.

80. En second lieu, la sanction « *est souvent présentée comme le plus sûr moyen d'assurer le respect de la règle de droit* »⁴²⁴ et ainsi son effectivité. Cela est très prégnant chez Kelsen pour lequel « *l'efficacité d'une norme commandant un certain comportement dépend (...) de l'efficacité des normes statuant des sanctions* »⁴²⁵. En réalité, toutes les normes ne sont pas nécessairement assorties de sanctions, mais cela n'invalide pas le fait que « *l'ordre normatif qui statue des sanctions présuppose que le souhait d'éviter le mal statué en cas de violation de la norme ou d'obtenir le bien statué en cas d'observance de la norme est le motif pour lequel les adressataires adoptent un comportement conforme à la norme* »⁴²⁶. La fonction de la sanction est donc d'assurer la conformité des comportements à la norme et de contribuer ainsi à son effectivité.

81. Deux conditions de l'effectivité de la norme, considérées comme « classiques », peuvent donc être identifiées : la cohérence de l'ordre juridique d'une part (**Titre I**) et la sanction de la norme d'autre part (**Titre II**).

Titre I : La cohérence de l'ordre juridique

Titre II : La sanction de la norme

⁴²³ Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, 3^{ème} éd., Flammarion, 2011, p. 217.

⁴²⁴ Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 722.

⁴²⁵ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 183.

⁴²⁶ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 183.

TITRE I : LA COHERENCE DE L'ORDRE JURIDIQUE

82. L'ordre juridique est « l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine »⁴²⁷. Les normes sont ainsi organisées à l'intérieur de l'ordre juridique. Ce dernier forme un tout dont les normes sont les parties. Dès lors, la cohérence de l'ordre juridique peut être définie comme l'« harmonie, (le) rapport logique, (l') absence de contradiction dans l'enchaînement des parties de ce tout »⁴²⁸. Un ordre juridique cohérent est donc celui dans lequel il existe une harmonie des rapports entre les normes et surtout une absence de contradiction entre elles.

83. L'absence de contradiction entre les normes constitue une condition juridique de l'effectivité de la norme. Celle-ci peut en effet être menacée par une contradiction entre cette norme et une norme inférieure car, le cas échéant, les effets de l'une contreviendront à ceux de l'autre, au risque d'une neutralisation réciproque de leurs effets respectifs, voire d'une domination de la norme inférieure sur la norme supérieure. En principe, les critères de validité retenus dans le cadre de l'ordre juridique doivent permettre d'assurer sa cohérence, et ainsi de préserver l'effectivité de la norme. En organisant l'absence de contradictions entre les normes, la cohérence de l'ordre juridique contribue à préserver l'effectivité de la norme, elle en est donc l'une des conditions juridiques.

84. Le modèle d'organisation de l'ordre juridique proposé par Hans Kelsen, fondé sur une hiérarchie entre les normes de cet ordre, semble en principe en mesure d'assurer sa cohérence. Il repose sur une « norme fondamentale » supposée⁴²⁹, distincte de la Constitution, qui unifie l'ensemble des normes de l'ordre juridique. Le principe suivi par Kelsen, déduit de la loi Hume, est que « la validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une

⁴²⁷ Charles LEBEN, Entrée « ordre juridique » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1113.

⁴²⁸ Entrée « cohérence », in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr.

⁴²⁹ Pour Kelsen, « la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Mais il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini (...). Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême » (Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 194). La norme fondamentale n'est pas posée, mais supposée. « En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée, elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que supposée. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure » (Hans KELSEN, *ibidem*, p. 194). La « supposition » de la norme fondamentale a été critiquée. Paul Amselek explique que « si l'on remonte ainsi les degrés de la hiérarchie de l'ordre juridique, à un certain moment on arrive à un échelon dernier au bord du vide » (Paul AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 986). Pour Jacques Chevallier, « il est en effet paradoxal de prétendre fonder la validité de l'ordre juridique positif, c'est-à-dire son caractère obligatoire, sur une norme qui n'est qu'"hypothétique" » (Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in Jacques CHEVALLIER et al., *Le droit en procès*, PUF, Paris, 1983, p. 18). D'une logique implacable, le raisonnement de Kelsen trouve ainsi ses limites une fois arrivé au sommet de la pyramide. En revanche, pour Michel Troper, « il n'y a (...) rien de surprenant à ce que le théoricien du droit formule lui-même cette hypothèse » (Michel TROPER, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », RDP, 1978, p. 1533).

autre norme »⁴³⁰. De cette norme fondamentale découle, théoriquement, la validité de l'ensemble des normes d'un ordre juridique, formant ainsi une hiérarchie. Ainsi, l'ordre normatif n'est pas « *un complexe de normes en vigueur les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie des normes qui sont superposées, ou subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures* »⁴³¹.

85. Le modèle kelsénien a fait l'objet de nombreuses objections théoriques⁴³². Cependant, il propose une structure cohérente de l'ordre juridique. Organisé sur la base du principe de la hiérarchie, il est théoriquement à même d'éviter les contradictions entre les normes. « *Cette structure rigoureusement hiérarchisée de l'ordre juridique (...) contribue puissamment à maintenir la cohésion de l'ordre juridique* »⁴³³. Par conséquent, il peut être retenu comme hypothèse de référence permettant de comprendre en quoi la cohérence de l'ordre juridique constitue une condition de l'effectivité.

86. En outre, la confrontation du modèle théorique de Kelsen au droit positif peut permettre d'évaluer l'influence de la cohérence de l'ordre juridique sur l'effectivité. L'analyse du droit positif montre en effet la relativité de la cohérence de l'ordre juridique. Paul Amselek a ainsi mis en évidence que « *la réalité (...) est beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée que le schéma Kelsénien ne le laisse paraître* »⁴³⁴. Le pluralisme juridique contemporain renforce la pertinence de cette critique. Il semble établi que la hiérarchie des normes « *ne permet assurément pas d'appréhender le pluralisme juridique régnant aujourd'hui* »⁴³⁵ de sorte que ce pluralisme est susceptible de perturber la cohérence de l'ordre juridique. Par conséquent, le dépassement, par le droit positif⁴³⁶, du modèle kelsénien, constitue probablement un facteur d'incohérence de l'ordre juridique et *in fine* une menace sur l'effectivité de la norme.

87. En droit français, deux principaux foyers d'incohérence de l'ordre juridique peuvent être mis en évidence. D'une part, la réception, dans l'ordre juridique interne, de normes provenant d'ordres juridiques externes s'avère difficile, entraînant ainsi une perturbation de la cohérence de l'ordre juridique (**Chapitre I**). D'autre part, si l'on se concentre sur les normes internes à l'ordre juridique, la hiérarchie des normes d'urbanisme illustre le dépassement, en droit positif, du modèle hiérarchique de Kelsen (**Chapitre II**).

⁴³⁰ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 193.

⁴³¹ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 200.

⁴³² V. notamment le débat entre Paul Amselek et Michel Troper (RDP, 1978, p. 5 et 1523) ; Paul AMSELEK, « Une fausse idée claire... », *op. cit.*, p. 983 ; « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », APD, t. 28, 1983, p. 271.

⁴³³ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 17.

⁴³⁴ Paul AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique », RDP, 1978, p. 13.

⁴³⁵ Ghislaine ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », RFDA, 2005, p. 258. Dans le même sens, v. Denys SIMON, « De la pyramide Kelsénienne à un pluralisme juridique ordonné ? », *Europe*, mai 2008, p. 2.

⁴³⁶ Sur la hiérarchie des normes, v. Jean-Louis QUERMONNE, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, thèse, droit, Caen, 1952 ; Jean-François LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, thèse, droit, LGDJ, 1966 ; Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, thèse, droit, Economica, 1999.

Chapitre I : La réception des normes d'origine externe

Chapitre II : L'articulation des normes internes

CHAPITRE I : LA RECEPTION DES NORMES D'ORIGINE EXTERNE

88. La réception, par l'ordre juridique interne, de normes d'origine externe s'inscrit dans le contexte du pluralisme juridique. Ce dernier est la situation dans laquelle des normes originaires de plusieurs ordres juridiques différents (international, européens, interne) sont susceptibles d'être appliquées sur un même territoire⁴³⁷. La cohabitation de plusieurs ordres juridiques imparfaitement intégrés peut ainsi donner lieu à des contradictions entre plusieurs normes. Ce contexte rend nécessairement plus difficile le maintien de la cohérence de l'ordre juridique interne. Dès lors que deux normes sont susceptibles de s'appliquer à un même objet, la cohérence impose d'organiser la supériorité de l'une de ces deux normes sur l'autre.

89. En effet, chaque ordre juridique, international, européen et interne, se conçoit comme autonome par rapport aux autres. Cette volonté d'autonomie conduit à des risques de contradiction importants. Ainsi, l'ordre juridique interne français se caractérise par la primauté de sa Constitution sur le droit international et sur le droit de l'Union européenne. Mais le droit international, comme le droit de l'Union, se conçoivent eux aussi comme supérieurs à l'ordre juridique interne, y compris à sa Constitution. Il en résulte une ignorance partielle entre les ordres juridiques. « *Même si la constitution d'un Etat oblige ses organes à faire primer une norme interne sur tout engagement international contraire, il n'en reste pas moins que, internationalement, il accepte de voir dans cette attitude un manquement à ses obligations, et à le payer d'une responsabilité internationale* »⁴³⁸. Ainsi, « *au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits* »⁴³⁹, et il en va de même pour les constitutions nationales. La situation est la même en ce qui concerne le droit de l'Union qui affirme sa primauté sur l'ordre interne.

90. C'est de cette situation, c'est-à-dire l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques, que sont susceptibles de naître des contradictions entre les normes et ces contradictions sont un risque pour leur effectivité. Avant d'envisager les difficultés de réception des normes juridiques d'origine externe dans l'ordre juridique interne (**Section II**), il faut préciser les moyens par lesquels cette obligation de réception est imposée par les ordres juridiques externes (**Section I**).

⁴³⁷ Plus largement, on peut le définir comme l'« *existence au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques* » (Jacques VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », RRJ, 1993, p. 573). V. Sally Engle MERRY, « Legal Pluralism », *Law & Society Review*, vol. 22, n°5, 1988, p. 869.

⁴³⁸ Jean COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », *op. cit.*, p. 95.

⁴³⁹ CPJI, arrêt n° 7 du 25 mai 1926, affaire des intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, rec. série A, n° 27, p. 19.

Section I : Une réception imposée

91. L'obligation de réception des normes d'origine externe dans l'ordre juridique interne est affirmée avec vigueur aussi bien en droit international qu'en droit de l'Union européenne (§1). Pour autant, le contrôle de son respect est beaucoup mieux assuré dans l'ordre juridique de l'Union européenne (§2). Le caractère décentralisé de l'ordre juridique international induit que le contrôle, par lui-même, de sa supériorité sur les ordres juridiques internes est moins bien assuré. Sur un plan juridictionnel, dont on connaît la faiblesse au niveau international, ce n'est qu'indirectement, à travers la responsabilité des Etats pour fait illicite, qu'il est assuré⁴⁴⁰. Nous nous limiterons donc, sur ce point, à l'ordre juridique de l'Union européenne.

§1 – L'affirmation de l'obligation de réception par les ordres juridiques externes

L'ordre juridique international (I) comme celui de l'Union européenne (II) affirme sa supériorité sur les normes de l'ordre juridique interne. Il impose ainsi la réception de ses normes dans l'ordre interne.

I. L'affirmation en droit international

92. Depuis longtemps, « toutes les juridictions internationales se sont prononcées en faveur de la primauté de la règle internationale sur la règle interne »⁴⁴¹. La jurisprudence internationale visant à affirmer le principe *pacta sunt servanda* selon lequel les conventions doivent être respectées⁴⁴² est abondante. Ainsi, « il est incontestable et incontesté que le droit international est supérieur au droit interne »⁴⁴³ et que les tribunaux internationaux « ne sont pas liés » par les dispositions nationales⁴⁴⁴. Pour la Cour internationale de justice (CIJ), « le principe fondamental en droit international est la prééminence de ce droit sur le droit interne »⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ V. *infra*, § 387.

⁴⁴¹ Claude BLUMANN et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd., Manuel, Litec, 2010, p. 518.

⁴⁴² Principe d'origine coutumière, il est réaffirmé par les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. L'article 27 dispose ainsi qu'« une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non exécution d'un traité ».

⁴⁴³ Sentence arbitrale de la Commission franco-mexicaine, 9 octobre 1928, RSA, vot. V, p. 355.

⁴⁴⁴ Voir aussi la sentence arbitrale du 14 septembre 1872, *Etats-Unis c. Grande Bretagne* (RAI, vol. II, p. 780). Par un arrêt du 7 juin 1932, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) jugeait aussi que « la France ne pouvait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales » (CPJI, arrêt du 7 juin 1932, *affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, France c. Suisse*, série A/B, n° 46, p. 96. Cet arrêt est la confirmation de l'arrêt du 17 août 1923 de la CPJI, *Wimbledon, France c. Allemagne*, série A, n° 1, p. 30).

⁴⁴⁵ CIJ, avis consultatif, 26 avril 1988, rec. p. 34.

Il en résulte que les normes internationales priment tant sur les normes constitutionnelles, législatives que réglementaires. Ainsi, « *un traité est supérieur à la Constitution* »⁴⁴⁶. Pour les juridictions internationales, notamment pour la Cour EDH, les règles constitutionnelles ne peuvent mettre en échec l'application d'un traité⁴⁴⁷. La primauté sur les normes législatives est affirmée dès 1923⁴⁴⁸. Ainsi, « *au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'activité des Etats au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives* »⁴⁴⁹. De plus, le droit international prime sur les actes réglementaires⁴⁵⁰. Par ailleurs, confirmant son arrêt sur la Haute-Silésie polonaise, la CPJI affirme en 1928 qu'il est impossible « *qu'un jugement national pût infirmer indirectement un arrêt rendu par une instance internationale* »⁴⁵¹. Le droit international prime ainsi sur les décisions juridictionnelles nationales. L'affirmation de la primauté de la norme internationale par l'ordre juridique international est donc particulièrement large. Elle ne l'est pas moins dans le cadre de l'Union européenne.

II. L'affirmation en droit de l'Union européenne

93. Selon Pierre Pescatore, « *Le droit communautaire porte en lui une exigence existentielle de primauté : s'il n'est pas capable de l'emporter en toutes circonstances sur le droit national, il est inefficace* »⁴⁵². La primauté du droit de l'Union européenne vis-à-vis de l'ordre juridique interne est consubstantielle à son existence. Cette primauté a été clairement affirmée par la Cour dans l'arrêt *Costa c/ Enel*⁴⁵³. Selon elle, « *à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à*

⁴⁴⁶ Sentence arbitrale du 26 juillet 1875, affaire Montijo opposant les Etats-Unis à la Colombie, cité par Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2009, p. 304.

⁴⁴⁷ CPJI, avis consultatif du 4 février 1932 relatif au traitement des nationaux polonais à Dantzig. De même, selon l'interprétation de la Cour EDH, la Convention EDH l'emporte sur les actes constitutionnels (Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door c/ Irlande*, série A n° 246-A ; AJDA, 1993, p. 105, note Jean-François FLAUSS ; 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, n°12952/87, série A, n° 262 ; Europe, n° 2, 1994, p. 1, note Virginie KLEIN et Christian MESTRE ; GACEDH, n° 24 ; 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie*, n° 19392/92, § 29 ; RTDH, n° 38, 1999, p. 301, note Bernadette DUARTE ; GACEDH, n° 63 : la Cour affirme dans ce dernier arrêt que l'article 1^{er} de la Convention EDH « *ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la "juridiction" des Etats membres à l'empire de la Convention. C'est donc par l'ensemble de leur "juridiction" que lesdits Etats répondent de leur respect de la Convention* ».

⁴⁴⁸ CPJI, arrêt du 17 août 1923, *Wimbledon, France c. Allemagne*, série A, n° 1, p. 29-30.

⁴⁴⁹ CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19. De plus, « *les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité* » (CPJI, avis du 31 juillet 1930, *Questions des communautés gréco-bulgares*, série B, n° 17, p. 32).

⁴⁵⁰ CIJ, arrêt du 28 novembre 1958, *affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, rec., 1958, p. 65.

⁴⁵¹ CPJI, arrêt n° 17 du 13 septembre 1928 relatif à l'usine de Chorzow (arrêt au fond).

⁴⁵² Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 227.

⁴⁵³ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, rec., p. 1141 ; RTDE, 1965, p. 369, note Jean VIROLE.

leurs juridictions ». La Cour considère le traité comme une source autonome à laquelle on ne peut pas opposer un texte de droit interne⁴⁵⁴. Ainsi, l'ordre juridique de l'Union « ignore » en quelque sorte les ordres juridiques internes.

L'ensemble des normes du droit de l'Union européenne prime sur l'ensemble des normes de droit internes, y compris sur le droit constitutionnel interne⁴⁵⁵. Ensuite, outre le droit primaire⁴⁵⁶ et en dehors des recommandations et des avis⁴⁵⁷, l'ensemble des normes listées à l'article 288 du TFUE (ex-article 249 du TCE) prime sur le droit des Etats-membres. C'est le cas des directives (A), comme des règlements et décisions de l'Union européenne (B).

A. La primauté des directives

94. La primauté des directives est assurée par le biais d'une série d'obligations que la Cour de justice a contribué à renforcer. Les directives font tout d'abord l'objet d'une obligation de transposition. L'obligation pour les Etats membres de communiquer à la Commission le texte des dispositions du droit interne visant à la transposition en est le corollaire et permet à la Commission de mieux contrôler la réalité de la transposition.

L'obligation de transposition implique pour les Etats membres d'adopter les mesures que nécessite l'atteinte des objectifs de la directive, laquelle impose une obligation de résultat aux Etats-membres. Ceux-ci ont aussi l'obligation d'abroger les dispositions contraires du droit interne⁴⁵⁸ et celle de sanctionner la violation des règles visant à la transposition de la directive⁴⁵⁹. De plus, les Etats membres doivent interpréter le droit interne conformément aux

⁴⁵⁴ En outre, la primauté du droit de l'Union est favorisée par l'obligation de coopération loyale prévue à l'article 4§3 du TUE (ex-article 10 du TCE). Cette obligation impose aux Etats membres de ne pas entraver l'effet utile du droit de l'Union. Cela implique pour les Etats de s'abstenir d'aller à l'encontre du droit de l'Union mais aussi d'adopter les mesures nationales positives qu'implique l'application du droit de l'Union. Cette obligation est strictement contrôlée par la Cour. Sa violation est en elle-même constitutive d'un manquement (CJCE, 20 septembre 1988, *Commission c/ Grèce*, 272/86, rec., p. 4875).

⁴⁵⁵ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, rec., p. 1125, confirmé récemment par CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06 : AJDA, 2010, p. 2305, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT.

⁴⁵⁶ La Cour reconnaît aux particuliers le droit d'invoquer les principes généraux du droit à l'encontre d'un Etat (voir à propos de la confiance légitime, CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, 148/78, rec., p. 1629). Voir aussi Cecile CASTAING, « L'extension du contrôle de conventionalité aux principes généraux du droit communautaire », RTDE, 2003, p. 221.

⁴⁵⁷ Voir cependant : CJCE, 13 décembre 1989, *Grimaldi*, 322/88, rec., p. 4407 : les recommandations « ne sont pas dépourvues de tout effet juridique. En effet, les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation des dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre ».

⁴⁵⁸ CJCE, 4 décembre 1997, *Commission c/ Italie*, C 207/96, rec., I, p. 6869.

⁴⁵⁹ CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, rec., p. 3969.

directives ainsi qu'à toute norme du droit de l'Union⁴⁶⁰. Cette obligation débute dès la publication ou la notification de la directive à l'Etat⁴⁶¹.

De manière plus générale, les Etats membres ont l'obligation de donner aux directives l'intégralité de leur effet utile. Ainsi, « *les dispositions d'une directive doivent être mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, avec la spécificité, la précision et la clarté requise, afin que soit satisfaite l'exigence de la sécurité juridique qui requiert que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits* »⁴⁶².

Chaque directive mentionne un délai de transposition. Avant l'expiration de ce délai, les obligations pesant sur les Etats membres sont limitées, même s'ils doivent s'abstenir d'adopter des « *dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive* »⁴⁶³. La Cour invite ainsi les juges nationaux à « *apprécier l'irréversibilité de la mesure et celle de ses effets* »⁴⁶⁴ de sorte que « *la juridiction nationale devra en particulier examiner (...) les effets concrets de l'application de ces dispositions non conformes à la directive* »⁴⁶⁵. En définitive, le droit de l'Union européenne, à travers ce faisceau d'obligations, assure de façon très complète la primauté des directives.

B. La primauté des règlements et des décisions de l'Union européenne

95. Les règlements de l'Union européenne ont une portée générale. Ils s'appliquent ainsi à tous les Etats membres et à toutes les personnes privées qui entrent dans leur champ d'application. Toutes leurs dispositions sont obligatoires. Ils sont surtout directement applicables. Leur application immédiate ne nécessite ni mesure de publication au niveau national, ni de transposition en droit interne. Ils sont en principe directement invocables devant le juge national à moins que leur mise en œuvre ne nécessite l'adoption de mesures

⁴⁶⁰ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, 14/83, rec., p. 1891. Arrêt confirmé en droit interne par le Conseil d'Etat : CE, 22 décembre 1989, *Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, AJDA, 1990, p. 328, conclusions M-D HAGELSTEEN.

⁴⁶¹ CJCE, 4 juillet 2006, *Adeneler*, C-212/04, rec., I, p. 5067 ; *Droit Social*, n° 1, 2007, p. 94, note Christophe VIGNEAU.

⁴⁶² CJCE, 13 mars 1997, *Commission c/ France*, C 197/96, rec., I, p. 1489 ; JCP G, 1997, p. 481, note Jean-Louis CLERGERIE.

⁴⁶³ CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c/ Région wallonne*, C 129/96, § 45, rec., I, p. 7411 ; AJDA, 1998, p. 451, note Olivier COUVERT-CASTERA. Arrêt confirmé en droit français par le Conseil d'Etat : CE, 10 janvier 2001, *France nature environnement* ; *Droit administratif*, mars 2009, note 69, comm. J.-B. AUBY.

⁴⁶⁴ Olivier COUVERT-CASTERA, « Dans quelle mesure le traité de Rome s'oppose-t-il à ce qu'un Etat membre adopte une disposition contraire à une directive pendant le délai de transposition de celle-ci ? », note sur CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, C-129/96, AJDA, 1998, p. 452.

⁴⁶⁵ CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, C-129/96, § 47.

d'application au niveau national et que les Etats jouissent d'une marge d'appréciation quant à ces mesures⁴⁶⁶.

96. A la différence des règlements, les décisions n'ont pas de portée générale. Il s'agit d'actes individuels qui sont nominatifs, notifiés à leur destinataire et non publiés au JOUE. Les Etats membres doivent en assurer l'exécution⁴⁶⁷ et elles sont obligatoires dans tous leurs éléments. Cependant, leur effet direct varie. Ainsi, si le destinataire de la décision est une ou plusieurs personnes privées, celle-ci est d'effet direct. En revanche, si le destinataire en est un Etat, la décision ne sera d'effet direct que si elle prévoit une obligation précise et inconditionnelle créant un droit ou une obligation pour une personne privée. Il s'agit alors d'un effet direct vertical ascendant⁴⁶⁸.

Solidement affirmée, l'obligation de réception des normes juridiques externes est aussi, en ce qui concerne l'ordre juridique de l'Union européenne, étroitement contrôlée.

§2 – Le contrôle de la primauté dans l'ordre juridique de l'Union européenne

En vertu de l'article 17 du TUE⁴⁶⁹, la Commission européenne exerce un rôle de « gardien » des traités. Ce rôle se limite parfois à un simple travail de promotion de l'application du droit de l'Union, notamment à travers diverses « communications » dans lesquelles elle expose sa stratégie et analyse les obstacles à l'application du droit de l'Union⁴⁷⁰. Elle publie aussi chaque année un rapport sur l'application du droit de l'Union⁴⁷¹. Mais, au-delà, le contrôle de la primauté du droit de l'Union coordonné par la Commission est d'une part organisé dans un cadre non juridictionnel (I) et d'autre part dans le cadre de la procédure contentieuse du recours en manquement (II).

⁴⁶⁶ CJCE, 11 janvier 2001, *Monte Arcosu Srl*, C-403/98 ; *Europe* 2001, n° 92, note Anne RIGAUX.

⁴⁶⁷ CJCE, 5 octobre 2006, *Commission c/ France*, C-232/05, rec., p. 10071 ; AJDA, 2006, p. 2279, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT.

⁴⁶⁸ CJCE, 10 novembre 1972, *Hansa Fleisch*, C-150/91, rec., p. 5567.

⁴⁶⁹ Traité sur l'Union européenne tel que modifié par le Traité de Lisbonne, signé le 17 décembre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

⁴⁷⁰ V. notamment la communication de la Commission, *Pour une Europe des résultats – application du droit communautaire*, du 5 septembre 2007, COM (2007) 502 final.

⁴⁷¹ V. par exemple le 25^{ème} rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire du 18.11.2008, COM (2008) 777. Ce travail se décline ensuite au niveau de certains secteurs du droit matériel de l'Union. V. par exemple, en ce qui concerne l'environnement, la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à l'application du droit communautaire de l'environnement du 18 novembre 2008, COM (2008) 773 final.

I. Le contrôle non juridictionnel de la primauté du droit de l'Union

Le contrôle de la primauté du droit de l'Union européenne repose avant tout sur un dispositif décentralisé qui, sans induire d'ingérence de la part de la Commission, lui permet d'obtenir les informations nécessaires à la conduite de sa fonction de gardienne du respect du droit de l'Union par les Etats-membres. Ces informations peuvent être tirées des rapports rédigés par les Etats-membres pour rendre compte de l'application d'un texte particulier (A) ou provenir de la contribution de la société civile (B).

A. La technique des rapports étatiques

97. La technique des rapports étatiques, importée du droit international public, trouve un terrain d'élection dans le champ du droit de l'environnement de l'Union européenne⁴⁷². Certaines directives mettent ainsi à la charge des Etats-membres l'obligation de rendre compte de l'application de la directive en question par le biais de la rédaction d'un rapport envoyé régulièrement à la Commission⁴⁷³. La directive du 23 décembre 1991⁴⁷⁴ est intervenue pour harmoniser les exigences européennes en matière de rapports étatiques. Elle établit en annexe la liste des directives exigeant un rapport des Etats-membres⁴⁷⁵.

L'organisation du système des rapports étatiques témoigne de l'absence de centralisation du contrôle non juridictionnel de la primauté du droit de l'Union. Ainsi, « *la méthode douce et la gestion décentralisée du contrôle dans des conditions définies par la Commission sont préférées à la communautarisation du contrôle* »⁴⁷⁶.

Au delà de cette procédure institutionnalisée, la Commission a contribué, depuis 1992, à l'établissement d'une voie informelle de promotion de l'application du droit de l'environnement au niveau européen. Le réseau IMPEL⁴⁷⁷ s'appuie ainsi sur des fonctionnaires de tous les Etats membres ainsi que de la Commission. En agissant sur la

⁴⁷² V. Marie-Pierre LANFRANCHI, « Le suivi et l'évaluation par les institutions communautaires », in Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement*, op. cit., p. 86.

⁴⁷³ Par exemple, l'obligation d'effectuer un tel rapport est prévue par l'article 31.4 de la directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil.

⁴⁷⁴ Directive n° 91/692/CEE du Conseil du 23 décembre 1991 visant à la standardisation et à la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre de certaines directives concernant l'environnement, JOCE L. 377 du 31 décembre 1991, p. 48.

⁴⁷⁵ Son article 2 dispose par exemple que, pour certaines des directives concernées, « *ce rapport est établi sur la base d'un questionnaire ou d'un schéma élaboré par la Commission (...). Le questionnaire ou le schéma est adressé aux Etats membres six mois avant le début de la période couverte par le rapport. Le rapport est transmis à la Commission dans les neuf mois suivant la fin de la période de trois ans qu'il couvre* ». Suite à la transmission de l'ensemble des rapports, la Commission effectuera un rapport de synthèse.

⁴⁷⁶ Marie-Pierre LANFRANCHI, « Le suivi et l'évaluation par les institutions communautaires », in Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement*, op. cit., p. 97.

⁴⁷⁷ European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law.

culture administrative, ce réseau constitue un facteur extra-juridique de la primauté du droit de l'Union. Il favorise l'échange d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques et promeut ainsi l'application harmonieuse du droit⁴⁷⁸. Ce type d'institution joue ainsi, de façon informelle, un rôle important. Ce réseau s'appuie principalement sur les gouvernements, excluant dès lors les membres de la société civile.

B. Un dispositif appuyé sur la contribution de la société civile

Au delà des rapports étatiques, des procédures complémentaires de contrôle s'appuyant sur la société civile ont été instituées. Il en va ainsi du droit de pétition devant le Parlement européen (1) comme la procédure de plainte devant la Commission européenne (2).

1) *Le droit de pétition devant le Parlement européen*

98. L'article 227 du TFUE (ex article 194 du TCE) prévoit la possibilité de saisir le Parlement européen par voie de pétition. Ainsi, tout résidant de l'Union et toute personne morale ayant son siège dans un État membre peut présenter au Parlement européen une pétition⁴⁷⁹.

Contrairement à la compétence du Médiateur européen⁴⁸⁰, la pétition devant le Parlement européen peut porter sur la violation du droit de l'Union par un Etat membre. La commission des pétitions du Parlement européen peut par exemple solliciter l'assemblée plénière en vue de l'adoption d'un rapport sur l'affaire ou de la réalisation d'une enquête sur place. Il lui est aussi possible de demander à la Commission européenne de procéder à une

⁴⁷⁸ Pour une illustration du travail mené par l'IMPEL en la matière, voir le projet TFS Seaport décrit par Françoise COMTE, « Crime contre l'environnement et police en Europe : panorama et pistes d'action », REDE, 2005, p. 431-432. Voir aussi Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME, « Internormativité et réseau d'autorités : regards sur la méthode communautaire en droit de l'environnement », LPA, n° 200, 2004, p. 54.

⁴⁷⁹ Du point de vue de la recevabilité de la pétition, deux conditions sont requises. La pétition doit porter sur l'un des « domaines d'activité de la Communauté ». Elle doit aussi concerner « directement » le pétitionnaire. Cependant, « en pratique, la Commission des Pétitions est assez souple à l'égard de la preuve du respect de cette condition » (Gerhard ROLLER, « Application de la législation - un aperçu : le rôle des institutions de l'UE », *De nouvelles chances d'amélioration de la mise à exécution de la législation environnementale de l'Union européenne*, Séminaire du BEE, Bruxelles, 20 septembre 2002, p. 4). Par ailleurs, la pétition ne doit pas porter sur le domaine de compétence du Médiateur européen.

⁴⁸⁰ La saisie du Médiateur européen en vertu de l'article 228 du TFUE (ex article 195 du TCE) permet à celui-ci de se prononcer sur les cas de « mauvaise administration ». Une définition de cette notion est proposée par le médiateur européen dans son rapport annuel de 1997. Ainsi, « il y a mauvaise administration lorsqu'un organisme public n'agit pas en conformité avec une règle ou un principe ayant pour lui force obligatoire » (Voir Jacob SÖDERMAN, *Le Médiateur européen, Rapport 1997*, p. 23, disponible sur www.ombudsman.europa.eu). Cette notion inclut les cas de non conformité au droit de l'Union. Pour autant, ne peut être visé que le comportement des institutions ou organes de l'Union européenne. Autrement dit, les plaintes dirigées contre la mauvaise application du droit de l'Union par un Etat membre seront écartées, de sorte que l'on ne peut considérer le recours au Médiateur européen comme un instrument de la primauté du droit de l'Union européenne sur les ordres juridiques internes.

enquête, laquelle pourra déboucher sur la saisie, par la Commission, de la CJUE. Selon Gerhard Roller, le principal avantage du droit de pétition réside dans le fait qu'« *il ne comporte que de faibles exigences et que quasiment n'importe quelle question ayant un rapport avec les affaires de l'UE peut être soumise à cette Commission* »⁴⁸¹. Pour autant, du point de vue contentieux, sa portée est relativement faible, la pétition devant passer le premier filtre de la commission des pétitions du Parlement avant que la Commission ne décide éventuellement de se l'approprier et de porter l'affaire devant la CJUE.

2) La procédure de plainte devant la Commission européenne

99. L'existence de cette procédure s'inscrit dans le prolongement du rôle de « gardien » conféré à la Commission⁴⁸². Le système des plaintes « *a été empiriquement institué et progressivement organisé par la Commission dans un souci d'efficacité dans l'exercice de sa mission de gardienne des traités* »⁴⁸³. La philosophie de la Commission est clairement tournée vers l'effectivité du droit de l'Union⁴⁸⁴. Cette procédure de plainte, qui n'est pas spécifique au droit de l'environnement⁴⁸⁵, est incontestablement une procédure non contentieuse dont la portée dépend néanmoins de son articulation à un recours contentieux.

La société civile constitue le socle de cette procédure. Dépourvu d'un service d'inspection, la Commission a vu d'un bon œil les informations venues de citoyens ou d'associations. Cette stratégie est d'ailleurs tout à fait assumée par la Commission. Ainsi, « *la Commission cherchera à obtenir des informations sur les principaux problèmes et préoccupations concernant la mise en œuvre* »⁴⁸⁶. Au delà de la mise à disposition d'un

⁴⁸¹ Gerhard ROLLER, « Application de la législation - un aperçu : le rôle des institutions de l'UE », *De nouvelles chances d'amélioration de la mise à exécution de la législation environnementale de l'Union européenne*, Séminaire du BEE, Bruxelles, 20 septembre 2002, p. 4.

⁴⁸² Il s'agit cependant d'une procédure administrative interne à la Commission qui a été développée de façon informelle par celle-ci, en dehors de toute base légale, même si l'arrêt *Van Gend en Loos* pourrait fournir une base juridique utile. Ainsi, « *la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace* » de l'application du droit de l'Union par les Etats-membres (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, rec., p. 25 ; *Dalloz*, 1963, p. 623, note Jean BREBAN). Voir le « *formulaire type pour les plaintes à déposer auprès de la Commission des Communautés européennes* » (JOCE C. 119 du 30 avril 1999, p. 5) et la Communication de la Commission au Parlement européen et au Médiateur européen concernant les relations avec le plaignant en matière d'infractions au droit communautaire (COM/2002/0141), JOCE n° 244 du 10 octobre 2002, p. 5.

⁴⁸³ Denys SIMON, « Recours en constatation de manquement, Nature du manquement, Procédures de constatation », Fasc. 380, 03. 2002, *Jcl. Europe*, n° 66. Selon Denys Simon, les plaintes représentent environ 60 % de la détection des infractions.

⁴⁸⁴ Ainsi, « *tout retard ou erreur dans l'application du droit communautaire affaiblit le système et réduit les possibilités d'atteindre ses objectifs, privant ainsi les citoyens et les entreprises des avantages qu'il offre* » (Communication de la Commission, *Pour une Europe des résultats – application du droit communautaire*, COM (2007) 502 final, 5 septembre 2007, p. 5).

⁴⁸⁵ V. le système SOLVIT qui concerne d'autres domaines du droit de l'Union européenne (<http://ec.europa.eu/solvit/>).

⁴⁸⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions relative à l'application du droit communautaire de l'environnement, COM (2008) 773 final, 18 novembre 2008, p. 12.

formulaire de plainte sur son site internet, la Commission va même parfois directement à la rencontre de la société civile en organisant des réunions annuelles dans certaines capitales des Etats-membres.

En matière d'environnement, c'est la direction générale de l'environnement de la Commission qui assure le traitement des plaintes, en liaison avec le service juridique. Si la plainte est jugée sérieuse par la Commission, une demande d'information est adressée à l'Etat-membre. Pour la Commission, l'objectif premier est de s'accorder sur les faits avec le plaignant et l'Etat concerné. Après avoir examiné les moyens juridiques développés⁴⁸⁷, celle-ci décide de s'« approprier » ou non la plainte. Le cas échéant, c'est le point de départ de la procédure d'infraction prévue à l'article 248 du TFUE⁴⁸⁸.

100. La portée de la procédure de plainte réside dans son articulation avec l'article 258 du TFUE⁴⁸⁹. Une plainte peut en effet conduire la Commission à déclencher la procédure d'infraction et *in fine* déboucher sur un recours contentieux devant la Cour de justice. La première phase de la procédure d'infraction reste non contentieuse. En cas de présomption de non-respect du droit de l'Union, la Commission adresse une lettre de mise en demeure à l'Etat membre⁴⁹⁰, lequel dispose habituellement de deux mois pour satisfaire à ses demandes. Dans le cas contraire, elle peut émettre un « avis motivé ». Dans le cas où l'Etat ne se conformerait pas à cet avis, la Commission peut alors saisir la Cour de justice⁴⁹¹. Il faut signaler la grande liberté dont elle dispose dans la conduite de cette procédure. Ainsi, ses décisions d'initier la procédure d'infraction d'une part comme de saisir la Cour de justice d'autre part sont discrétionnaires⁴⁹². Par ailleurs, en cas de saisine de la Cour, la Commission n'aura pas à justifier d'un quelconque intérêt à agir.

Dans la majorité des cas, cette procédure est suffisante pour assurer la primauté du droit de l'Union sur le droit national, sans même recourir à la voie juridictionnelle. Ainsi, la plupart des affaires sont classées avant la saisine de la CJUE ou avant le prononcé de l'arrêt par la Cour⁴⁹³. L'action de la Commission conduit très souvent au respect du droit de l'Union sans pour autant saisir la Cour.

⁴⁸⁷ Le formulaire comporte une question spécifique et demande au plaignant de viser les dispositions du droit de l'Union qui sont selon lui violées.

⁴⁸⁸ En l'absence de présomption de violation du droit de l'Union, une lettre sera envoyée au plaignant. En matière d'environnement, la protection de la nature (Natura 2000), l'eau et les déchets concentrent la majorité des plaintes.

⁴⁸⁹ Ex-article 226 TCE.

⁴⁹⁰ A défaut, l'action de la Commission devant la CJUE sera irrecevable (CJCE, 17 février 1970, *Commission c/ Italie*, aff. 31/69, rec., p. 25).

⁴⁹¹ En cas de non-exécution d'un éventuel premier arrêt de la Cour en constatation de manquement, la Commission pourra initier la 2^{ème} phase de la procédure d'infraction en vertu de l'ex article 228 du TCE (art. 260 du TFUE) et saisir à nouveau la Cour.

⁴⁹² V. Eva KRUIKOVÁ, « The legal service of the European Commission... », *op. cit.*, p. 133. La Commission ne semble pas à l'abri de pressions diplomatiques, en témoigne sa renonciation à engager des poursuites sur le fondement de la directive 64/221/CEE à l'encontre de la France dans l'affaire des Roms (voir Denys SIMON, « Les sanctions en cas de violation patente du droit de l'Union : le retour du refoulé ou de l'irréductible diplomatique ? », *Europe*, novembre 2010, p. 1).

⁴⁹³ V. Eva KRUIKOVÁ, *ibidem*, p. 129.

101. La saisine de la Cour, ou sa menace, s'avère cependant souvent déterminante. Une affaire portant sur le non-respect par la France du taux maximum de nitrates autorisé dans l'eau a montré, même si près de quatorze années se sont écoulées entre la plainte initiale d'une association et le respect effectif du droit de l'Union par la France, le rôle joué par la société civile en tant qu'acteur à part entière de ce contrôle décentralisé, de même que l'importance de l'indexation de la procédure de plainte sur la procédure d'infraction et de cette dernière sur le recours en manquement⁴⁹⁴.

II. Le contrôle juridictionnel de la primauté : le recours en manquement

Le recours en manquement constitue la voie privilégiée conduisant à la sanction par la Cour du non respect de la primauté⁴⁹⁵. En vertu des articles 258 et 259 du TFUE⁴⁹⁶, il est ouvert à la Commission et aux Etats membres. Si les Etats utilisent peu cette possibilité, le recours en manquement constitue l'instrument le plus puissant dont dispose la Commission pour assurer la primauté du droit de l'Union, notamment parce que l'interprétation de la Cour concernant les faits justificatifs d'un manquement est restrictive (A) et que la constatation d'un manquement à des effets substantiels à l'égard de l'Etat-membre qui ne respecte pas le droit de l'Union (B).

A. L'interprétation restrictive de la Cour sur les faits justificatifs

102. La Cour de justice de l'Union européenne n'admet que rarement les faits justificatifs présentés en défense par les Etats membres. En premier lieu, étant donné que dans ce cadre, la Cour ne reconnaît que les Etats-membres, « *un Etat ne peut invoquer sa structure interne, l'indépendance de certains de ses organes, comme le législateur, pour justifier un*

⁴⁹⁴ En 1992, l'association *Eaux et Rivières de Bretagne* (ERB) saisit la Commission d'une plainte (plainte n° P/92/4200) dirigée contre l'Etat français, lequel avait failli à assurer la bonne qualité des eaux superficielles bretonnes destinées à la consommation humaine, la limite de 50 mg de nitrates par litre d'eau fixée par l'annexe II de la directive 75/440/CEE du 16 juin 1975 étant régulièrement dépassée. En 1993, l'Etat français est mis en demeure par la Commission et en 1997, un avis motivé est notifié à la France par la Commission. En l'absence de réponse satisfaisante de la France, la Commission saisit la Cour de justice le 16 juillet 1999. Par un arrêt de la CJCE du 8 mars 2001, la Cour de justice constate le manquement à la directive (CJCE, 8 mars 2001, *Commission c. France*, C-266/99 ; RJE, n° 3, 2001, p. 445, chron. Bernard DROBENKO). Consécutivement à la non-exécution de l'arrêt par la France, la Commission a déclenché la 2^{ème} phase de la procédure. Cet Etat est de nouveau mise en demeure le 21 décembre 2001 et reçoit un avis motivé de la Commission le 3 avril 2003, puis un avis motivé complémentaire le 13 juillet 2005. Le 27 juin 2007, la Cour est de nouveau saisie par la Commission avant que la France ne prenne finalement les mesures nécessaires au cours de l'été 2007. Ici, il semble que ce soit la perspective d'un deuxième arrêt en manquement qui l'a convaincue de respecter le droit de l'Union.

⁴⁹⁵ V. Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2010, n° 691 et s..

⁴⁹⁶ Ex articles 226 et 227 TCE.

manquement »⁴⁹⁷. Au-delà du législateur, « un Etat ne saurait exciper de dispositions pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier l'inobservation des obligations et délais prescrits par une directive »⁴⁹⁸. La Cour a par exemple sanctionné un manquement résultant de la jurisprudence italienne⁴⁹⁹ et il en va de même pour les faits justificatifs tirés du non respect du droit de l'Union par des autorités locales⁵⁰⁰.

103. En deuxième lieu, un Etat membre ne peut exciper de l'inexécution des obligations résultant du droit de l'Union par un autre Etat membre pour justifier sa propre inexécution. A l'inverse du droit international, « le système de l'Union exclut la réciprocité précisément en raison de l'existence du recours en manquement »⁵⁰¹. En outre, compte tenu de l'existence du renvoi préjudiciel en interprétation, le fait justificatif tenant à l'imprécision de l'obligation résultant du droit de l'Union n'a pas été retenu par la Cour⁵⁰².

104. En troisième lieu, si les Etats disposent d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des directives, celle-ci est encadrée par la Cour. Cette dernière limite ainsi fortement l'utilisation de l'argument tiré de la préservation de l'ordre public. Ainsi, « il incombe à l'Etat membre concerné, sauf à établir qu'une action de sa part aurait sur l'ordre public des conséquences auxquelles il ne pourrait faire face grâce aux moyens dont il dispose, de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire »⁵⁰³. Il en résulte que « face aux actions d'agriculteurs se répétant d'année en année, la France ne put se prévaloir de la même excuse dans l'affaire de la "guerre de la fraise" quand bien même le gouvernement excipait de sa préoccupation de ne pas déclencher de graves troubles sociaux par une action énergique des forces de police »⁵⁰⁴. L'argument tiré du souci de préserver l'ordre public a en outre récemment été rejeté par la Cour à l'occasion d'un renvoi préjudiciel émanant du Conseil d'Etat français. Dans cette affaire, le refus de communiquer à un particulier les coordonnées cadastrales des parcelles cultivées en organismes génétiquement modifiés (OGM) était motivé par la crainte que ces parcelles ne soient ensuite fauchées, la France faisant face à un mouvement de désobéissance civile revendiquant le fauchage des parcelles OGM. La jurisprudence de la Cour de justice est donc particulièrement exigeante à l'égard des Etats-membres. Le seul fait justificatif véritablement admis par la Cour ne semble guère être que l'impossibilité d'exécuter un acte⁵⁰⁵.

⁴⁹⁷ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Cours, Dalloz, 2012, p. 699.

⁴⁹⁸ CJCE, 14 mars 1996, *Commission c/ Italie*, C-238/95, rec., I, p. 1451.

⁴⁹⁹ CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, C-129/00, rec., I, p. 14637 ; AJDA, 2004, p. 315, chron. Jean-Marc BELORGEY, Stéphane GERVASONI et Christian LAMBERT.

⁵⁰⁰ V. CONSEIL D'ETAT, *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, La Documentation française, 2004.

⁵⁰¹ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Cours, Dalloz, 2012, p. 700. V. CJCE, 26 février 1976, *Commission c/ Italie*, aff. 52/75, rec., p. 277.

⁵⁰² CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c/ France*, aff. 7/71, rec., p. 1003.

⁵⁰³ CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ France*, C-265/95, rec., I, p. 6959 ; RFDA, 1998, p. 120, note Louis DUBOUIS.

⁵⁰⁴ Claude BLUMANN et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd., Manuel, Litec, 2010, p. 681.

⁵⁰⁵ CJCE, 23 février 1995, *Commission c/ Italie*, C-348/93, rec., I, p. 673.

B. Les effets de la constatation du manquement

105. La constatation d'un manquement au droit de l'Union est *a priori* purement déclaratoire. Ainsi, à la suite d'une telle constatation, il appartient aux autorités nationales de prendre les mesures pour y mettre fin. En effet, la Cour ne dispose pas du pouvoir d'invalider des mesures nationales. Elle ne peut pas non plus mentionner explicitement les mesures à adopter.

Malgré les apparences, les effets d'une telle constatation sont substantiels, d'autant que, en dépit du fait que l'Etat membre ait mis fin au manquement, « *l'affaire pourra suivre son cours s'il apparaît utile que la Cour se prononce* »⁵⁰⁶. La constatation du manquement entraîne tout d'abord l'interdiction d'appliquer une disposition du droit interne jugée contraire au droit de l'Union⁵⁰⁷. En outre, « *l'acte en cause n'est pas annulé, mais les juridictions nationales tenues par la primauté du droit de l'Union devront tirer les effets de la constatation tant en ce qui concerne l'application de l'acte que sur le plan de la responsabilité de l'auteur du manquement* »⁵⁰⁸. En effet, depuis l'arrêt *Francovich*, dans le cas où le non-respect du droit de l'Union a fait naître un préjudice, la responsabilité de l'Etat peut en principe être engagée⁵⁰⁹.

106. Le dispositif est complété par la faculté pour la Cour d'infliger aux Etats membres des sanctions financières. De nombreux progrès ont été accomplis dans ce domaine. Avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, aucune sanction financière n'était possible. Consécutivement à l'inexécution d'un premier arrêt en manquement, la seule solution était alors d'ouvrir une seconde procédure en manquement basée sur le non respect de l'arrêt en manquement. La boucle risquait ainsi d'être sans fin.

Le traité de Maastricht a cependant mis fin à cette situation en permettant à la Cour d'infliger aux Etats-membres des sanctions pécuniaires sous forme de somme forfaitaire ou d'astreinte. Le domaine de la protection de l'environnement a été un terrain fertile pour la mise en œuvre de ces nouvelles possibilités. Ainsi, la première constatation d'un manquement ayant donné lieu à une sanction financière est intervenue en matière de gestion des déchets⁵¹⁰. La Cour s'est peu à peu livrée à une interprétation extensive des possibilités offertes par le traité de Maastricht. Elle a infligé à la France le paiement d'une astreinte « et » d'une somme

⁵⁰⁶ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Cours, Dalloz, 2012, p. 705.

⁵⁰⁷ V. CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, 48/71, rec., p. 529.

⁵⁰⁸ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Cours, Dalloz, 2012, p. 696.

⁵⁰⁹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, C 6/90 et C 9/90, rec. I, p. 5357 ; RTDE, 1993, p. 81, chron. Enrico TRAVERSA. Arrêt confirmé en droit interne par CE, 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco*, rec., p. 78 ; AJDA, 1992, p. 210, concl. Martine LAROQUE, obs. Pierre BON et Philippe TERNEYRE ; RFDA 1992, p. 425, note Louis DUBOIS.

⁵¹⁰ CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, C 387/97, rec., I, p. 5047 ; JDI, 2001, p. 606, note Rostane MEDHI.

forfaitaire⁵¹¹. En effet, « selon une interprétation abusive de l'article 228 du Traité CE, la Cour a déclaré que "ou" pouvait aussi vouloir dire "et" ! »⁵¹².

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a permis de franchir une nouvelle étape du point de vue des sanctions consécutives à un manquement. Le paragraphe 3 de l'article 260 du TFUE (ex article 228 du TCE) prévoit que dans le cas où l'Etat membre a manqué à son obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive, la Commission peut « indiquer le montant d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à payer par cet État ». La Cour peut désormais, dès le premier arrêt en constatation de manquement, infliger à l'Etat membre le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. Ces nouvelles possibilités ouvertes par le traité de Lisbonne contribuent ainsi à accroître encore la portée du recours en constatation de manquement. La France en a par exemple subi les conséquences. L'action de la Cour combinée avec l'inertie de la France quant à la transposition des directives a parfois lourdement pesé sur les finances publiques françaises, incitant d'autant plus le gouvernement et le parlement français à mettre fin aux situations de manquement⁵¹³.

107. En définitive, les ordres juridiques international et de l'Union européenne affirment nettement la primauté de leurs normes sur celles de l'ordre juridique interne et le droit de l'Union européenne dispose, à travers la procédure de manquement, d'une arme particulièrement puissante pour assurer la réalité de cette primauté⁵¹⁴. Cependant, l'ordre juridique interne se conçoit lui aussi comme autonome et n'accepte en principe que partiellement la primauté des normes d'origine externe. Cette situation est susceptible d'induire des contradictions entre les normes internes et externes, ce qui, en limitant la cohérence de l'ordre juridique, peut constituer une menace pour l'effectivité de la norme ainsi contredite.

⁵¹¹ CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, C 304/02, rec., I, p. 6263 ; RDUE, 2005, p. 646, note Edouard DIRRIG.

⁵¹² Joël RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne », fasc. 190, JCl. Europe Traité, 2006, n° 54.

⁵¹³ Après avoir attiré l'attention du Sénat sur ce problème (Fabienne KELLER, *Les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement*, Rapport d'information n° 342, Sénat, 10 mai 2006), le second rapport d'information de la sénatrice Fabienne Keller énonçait une série de propositions pour améliorer la mise en œuvre du droit communautaire de l'environnement au niveau national (Fabienne KELLER, *Changer de méthode ou payer : un an après, la France face au droit communautaire de l'environnement*, Rapport d'information n° 332, Sénat, 13 juin 2007).

⁵¹⁴ La procédure de manquement, étant donné qu'elle peut aboutir au prononcé d'amendes pécuniaires, peut être comparée à une procédure de sanction. Sur la sanction, v. *infra*, § 208 et s..

Section II : Une réception difficile

L'obligation de recevoir dans l'ordre juridique interne les normes d'origine externe est susceptible de se traduire par des contradictions entre les normes. Ces contradictions, facteur d'incohérence de l'ordre juridique, peuvent potentiellement conduire à réduire l'effectivité des normes ainsi placées en situation d'opposition.

Tout d'abord, l'ordre juridique interne n'est pas toujours très clair en ce qui concerne le rapport entre la Constitution et les normes d'origine externe. L'ignorance partielle entre les ordres juridiques est alors source d'incohérence (§1). Ensuite, le foisonnement des sources inhérent au pluralisme juridique a entraîné une importante complexification des modalités de réception des normes d'origine externe dans l'ordre juridique interne (§2). Enfin, si l'invocabilité des normes juridiques externes a largement progressé, elle reste à certains égards limitée, notamment lorsqu'il s'agit des conventions internationales, ce qui restreint nécessairement l'effectivité de ces dernières (§3).

§1 – L'ignorance partielle entre les ordres juridiques : source d'incohérence

« *Se regardant comme originaire, le droit interne ne peut (...) qu'affirmer lui aussi sa suprématie, et dès lors s'attribuer le pouvoir de décider du sort du droit international* »⁵¹⁵. C'est la Constitution de l'ordre interne qui détermine les modalités de réception du droit international et européen dans la hiérarchie des normes. Sans cette réception par la Constitution, le droit international ne pourrait concerner que les relations entre les Etats dans l'ordre international. Depuis 1946, la France adhère au monisme en reconnaissant la primauté du droit international⁵¹⁶. Le monisme résulte aujourd'hui de l'article 55 de la Constitution et de l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946. Ce dernier, qui fait partie du bloc de constitutionnalité, dispose que la République française « *se conforme aux règles du droit public international* ». Ainsi, « *le principe d'unité qui commande alors les rapports de système entre le droit interne et le droit international permet, en ouvrant l'ordre interne à l'ordre international, d'assurer une coordination des deux ordres* »⁵¹⁷. Cependant, cette coordination n'est pas complètement synonyme de cohérence. Alors que du point de vue des ordres juridiques international et européen, les normes externes priment sur la Constitution, l'article 55 de la Constitution confère clairement une valeur infra-constitutionnelle aux engagements internationaux (I). Néanmoins, les conséquences pratiques de l'article 54 de la Constitution introduisent une certaine ambiguïté quant aux rapports entre la Constitution et les normes d'origine externe (II).

⁵¹⁵ Marcel SINKONDO, *Introduction au droit international public*, op. cit., p. 70.

⁵¹⁶ Articles 26 et 28 de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁵¹⁷ Louis FAVOREU et al. *Droit constitutionnel*, 14^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 172.

I. La confirmation de l'ignorance partielle des ordres juridiques à travers l'affirmation de la suprématie de la Constitution

108. L'article 55 de la Constitution, en déterminant lui-même que les traités ont « *une autorité supérieure à celle des lois* » implique la suprématie de la Constitution sur les traités. Cela a été largement confirmé par la jurisprudence. C'est en 1998 que le Conseil d'Etat valide clairement cette interprétation de l'article 55⁵¹⁸. Ainsi affirme-t-il dans l'arrêt *Sarran, Levacher et autres*⁵¹⁹ que « *la suprématie conférée (par l'article 55 de la Constitution) aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* ». La Cour de cassation adopte deux ans plus tard une position équivalente⁵²⁰. Le Conseil d'Etat va ensuite affirmer d'une façon encore plus nette son refus de la primauté des normes d'origine externe sur la Constitution. Ainsi, le principe de primauté du droit communautaire « *ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution* »⁵²¹. Enfin, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 2006, précise que, en dépit de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives issues de l'article 88-1 de la Constitution, « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* »⁵²².

109. Si « *cette position est compréhensible eu égard à la nature des pouvoirs des juges ordinaires, la Constitution, fondement de leurs compétences, ne les autorisant pas expressis verbis à écarter une disposition constitutionnelle au profit d'une stipulation conventionnelle* »⁵²³, il reste que « *cela veut dire que le rang du droit international est entièrement déduit d'une disposition interne* »⁵²⁴. La jurisprudence française sur la suprématie de la Constitution confirme l'ignorance partielle des ordres juridiques entre eux. La position

⁵¹⁸ L'arrêt d'assemblée Koné du 3 juillet 1996 portait cependant déjà en germe cette interprétation. Le Conseil d'Etat interprétait alors une Convention internationale à la lumière d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République qu'il découvrait lui-même. On pouvait alors en déduire l'infériorité des traités vis-à-vis du bloc de constitutionnalité. Voir Denis ALLAND, « Un nouveau mystère de la pyramide : remise en cause par le Conseil d'Etat des traités conclus par la France », note sous CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, RGDIP, 1997, p. 237.

⁵¹⁹ CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres* : RFDA, 1998, p. 1081, concl. C. MAUGÛE, et p. 1094, obs. D. ALLAND ; RDP, 1999, p. 919, note J.-F. FLAUSS ; RFDA, 1999, p. 57, obs. L. DUBOUIS.

⁵²⁰ C. Cass, Ass. plénière, 2 juin 2000, *Pauline Fraisse* : RDP, 2000, p. 1037, note X. PRETOT ; Europe, 2000, chron. n° 8, A. RIGAUX et D. SIMON ; D., 2000, jur., p. 865, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; RTD civ., 2000, p. 672, chron. R. LIBCHABER.

⁵²¹ CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (SNIP)*. Voir Anne RIGAUX et Denys SIMON, « "Summum jus, summa injuria..." », A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2001, SNIP, Europe, 2002, n° 4.

⁵²² CC, 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC ; RFDC, 2007, p. 79, chron. Hubert ALCARAZ, Chloé CHARPY, Sophie LAMOUREUX et Loïc PHILIP.

⁵²³ Marie-France VERDIER, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, p. 305.

⁵²⁴ Denis ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international, réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998 », RFDA, 1998, p. 1104.

des juges français se trouve ainsi en délicatesse avec celle des juges internationaux et de l'Union européenne. Par exemple, la Cour de justice des Communautés européennes a admis, dans la lignée de l'arrêt *Costa c. Enel*, la supériorité du droit communautaire sur les normes constitutionnelles internes⁵²⁵. La place, dans l'ordre juridique interne, d'autres normes internationales ne fait d'ailleurs que confirmer cette ignorance mutuelle⁵²⁶. Cette situation conduit à une contradiction claire quant aux rapports entre la Constitution et les normes d'origine externe⁵²⁷. Comme l'explique Jean-Bernard Auby, « *le Conseil d'Etat a beau nous dire que la Constitution (reste supérieure aux normes internationales), nous sommes tous un peu sceptiques* »⁵²⁸. C'est ce même scepticisme que suscitent les conséquences pratiques de l'article 54 de la Constitution.

II. Les conséquences pratiques de l'article 54 de la Constitution

110. L'article 54 de la Constitution permet au Conseil constitutionnel, s'il est saisi, d'opérer un contrôle *a priori* de la compatibilité des engagements internationaux à la Constitution. Il dispose que « *si le Conseil Constitutionnel, (...), a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ».

Ce contrôle préventif reste néanmoins facultatif, en l'absence de saisine obligatoire et de possibilité d'auto saisine reconnue au Conseil. Sa portée est donc nécessairement limitée

⁵²⁵ CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, C-285/98 ; *Droit adm.*, 2000, n° 37, note HAQUET. Sur la réception constitutionnelle en droit comparé de la primauté du droit de l'Union européenne, voir Florence CHALTIEL, « La constitutionnalisation de l'Union européenne. Visions croisées des Etats membres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin...*, *op. cit.*, p. 69 ; Alain ONDUA, *Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France*, thèse, droit, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 54 et s..

⁵²⁶ Ainsi, dans l'arrêt *Aquarone* (CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone* ; AJDA, 1997, p. 570, chron. Didier CHAUVAUX et Thierry-Xavier GIRARDOT), le Conseil d'Etat a reconnu l'existence de la coutume internationale sans pour autant lui conférer une autorité supérieure à celle des lois (Il en va de même pour les principes généraux du droit international : CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, n° 178834). Il est vrai que l'article 55 de la Constitution ne vise expressément que les traités et accords internationaux, sans mentionner la coutume. Cependant, l'alinéa 14 du préambule de 1946 selon lequel la république française « *se conforme aux règles du droit public international* » aurait pu utilement conduire à une solution conférant à la coutume internationale une autorité équivalente à celle reconnue aux Traités, d'autant plus que le Conseil constitutionnel a reconnu, sur la base de cet alinéa, la règle « *pacta sunt servanda* » (CC, 9 avril 1992, n° 92-308 DC, § 7 ; RGDIP, 1993, p. 39, chron. Louis FAVOREU).

⁵²⁷ Au-delà de la question de la réception des normes d'origine externe, il est possible de relever d'autres incohérences dans l'ordre juridique externe, notamment en ce qui concerne la place des lois référendaires dans la hiérarchie des normes. Le Conseil constitutionnel refuse en effet de contrôler ce type de lois (v. CC, 6 novembre 1962, n° 62-20 DC, rec. p. 27 ; *Daloz*, 1963, p. 398, note Léo HAMON ; 23 septembre 1992, n° 92-313 DC, rec. p. 94 ; RGDIP, 1993, p. 39, chron. Louis FAVOREU ; Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2010, p. 213 et s.). Comme le souligne Jean-Marie Auby, « *On ne saurait, dès lors, parler valablement de hiérarchie* » (Jean-Marie AUBY, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, éléments de problématique », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, l'Hermès, 1980, p. 32).

⁵²⁸ Jean-Bernard AUBY, « La bataille de San Romano – Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA, 2001, p. 912.

dès lors qu'un traité, éventuellement contraire à la Constitution, peut, en l'absence de saisine, intégrer l'ordre juridique interne. Il y a là une première situation de contradiction.

111. De plus, l'article 54 peut avoir des conséquences différentes. En effet, en cas d'incompatibilité entre les dispositions d'un engagement international avec la Constitution, « *les pouvoirs publics peuvent soit abandonner la procédure d'insertion de l'engagement international dans l'ordre interne, soit engager une procédure de révision de la Constitution* »⁵²⁹. Dans la première hypothèse, la supériorité de la Constitution est parfaitement respectée. Dans la seconde, la conséquence pratique de l'article 54 est une révision de la Constitution, laquelle peut être interprétée comme un aveu de la supériorité des normes d'origine externe. Sur le plan juridique, la fonction de l'article 54 « *est celle d'une règle de prévention de possibles conflits, et on ne peut en tirer une quelconque information sur la règle qui devrait avoir la prééminence* »⁵³⁰. Néanmoins, la conséquence pratique de ce type de contrôle peut être l'effacement de la Constitution devant certains engagements internationaux. La volonté d'une hiérarchie rigide entre les traités et la Constitution aurait pu conduire à ce qu'en cas d'incompatibilité, ce même article 54 interdise la ratification de l'engagement international. Or, l'article 54 offre une alternative aux pouvoirs publics, celle d'engager la procédure de révision de la Constitution. Le constituant sera alors libre de modifier les dispositions constitutionnelles auxquelles l'engagement international est contraire. Cette possibilité est d'ailleurs fréquemment utilisée par le constituant. Par exemple, la décision du Conseil constitutionnel du 20 décembre 2007 relative au traité de Lisbonne⁵³¹ a conduit à la révision constitutionnelle du 4 février 2008⁵³². Si, pour les traités bilatéraux, on peut imaginer une mise en compatibilité du projet de traité, cela reste difficile pour les traités multilatéraux les plus importants. Les conditions diplomatiques de négociation de ces traités rendent une telle mise en compatibilité quasiment impossible.

112. La doctrine n'est cependant pas unanime pour en déduire une exception à la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Jean Rivero considérerait ainsi que « *l'article 54 (...) subordonne (les traités) à la Constitution* »⁵³³. Plus récemment, Ghislaine Alberton considérerait qu'on ne pouvait déduire de l'article 54 la supériorité des traités, ceux-ci n'étant, à ce stade, que des « *pré-normes* »⁵³⁴, leur entrée en vigueur n'étant pas encore

⁵²⁹ Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3^{ème} éd., PUF, 2011, p. 581.

⁵³⁰ Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., PUF, 2011, n° 275, p. 244.

⁵³¹ CC, 20 décembre 2007, n° 2007-560 DC ; RFDC, 2008, p. 283, chron. Xavier MAGNON.

⁵³² Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution « Des Communautés européennes et de l'Union européenne ». Voir Florence CHALTIEL, « La Constitution française adaptée au traité de Lisbonne (A propos de la loi constitutionnelle votée en Congrès le 4 février 2008) », LPA, n° 64, 2008, p. 10.

Il en a été de même lorsque le Premier ministre a demandé un avis consultatif au Conseil d'Etat concernant la compatibilité de la décision cadre du Conseil de l'Union du 13 juin 2002. Cette consultation a conduit à la révision constitutionnelle du 25 mars 2003. Voir Alain ONDOUA, « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », AJDA, 2003, p. 1368.

⁵³³ Jean RIVERO, note sous CC, 15 janvier 1975, *IVG*, AJDA, 1975, p. 136.

⁵³⁴ Ghislaine ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », RFDA, 2005, p. 257.

intervenue. Pour autant, selon cet auteur, « l'article 54 peut être interprété comme consacrant au contraire la suprématie des traités puisque, en cas de conflit décelé par le Conseil constitutionnel, c'est la Constitution qui doit être modifiée afin d'être rendue compatible avec le traité »⁵³⁵. S'appuyant sur le volet diplomatique de l'article 54, on peut affirmer dans le même sens que « dans la mesure où la faculté de réviser se transforme en une quasi-obligation, sauf à provoquer une crise, cette quasi-obligation étant externe, cela se traduit par une contrainte sur l'exercice du pouvoir constituant dérivé, ce dernier se trouvant pratiquement en état de compétence liée pour réviser »⁵³⁶.

113. Par conséquent, sur un plan strictement juridique, l'ordre juridique interne ignore la primauté des normes d'origine externe dans leurs rapports avec la Constitution. Il y a là une situation d'incohérence susceptible de limiter l'effectivité des normes d'origine externe. Lorsque le contrôle prévu à l'article 54 n'est pas exercé, cela peut conduire à l'introduction dans l'ordre interne de normes contraires à la Constitution. Lorsqu'il est exercé, cela donne à voir la supériorité de la Constitution sur les normes externes mais cette supériorité est souvent, en pratique, démentie par une révision constitutionnelle. Cette situation reflète finalement la volonté d'accueillir largement les normes externes sans pour autant renoncer, au moins sur le plan juridique, à la supériorité de la Constitution dans l'ordre interne. Cet équilibre délicat conduit d'ailleurs à une complexification du contrôle de conventionnalité.

§2 – La complexité du contrôle du respect des normes d'origine externe

Le contrôle de conventionnalité s'est considérablement développé durant les dernières décennies. Si ce thème a été largement abordé par la doctrine, il est cependant nécessaire d'entrer dans le détail du contrôle, tant du droit international que du droit de l'Union européenne par les juges constitutionnels et ordinaires. Ce contrôle a tout d'abord été marqué par le refus explicite du juge constitutionnel d'opérer un contrôle de la conventionnalité des lois. L'introduction de l'article 88-1 dans la Constitution a cependant conduit le Conseil constitutionnel à assouplir sa position en ce qui concerne les directives européennes (I). Largement en charge de ce contrôle, le juge ordinaire a logiquement suivi les évolutions constitutionnelles et s'est ainsi acheminé vers une sophistication accrue du contrôle (II).

⁵³⁵ Ghislaine ALBERTON, « De l'indispensable intégration ... », *op. cit.* p. 257.

⁵³⁶ Marie-France VERDIER, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational », *op. cit.*, p. 321.

I. L'assouplissement timide du refus du juge constitutionnel de contrôler le respect des normes d'origine externe

La jurisprudence IVG de 1975 a marqué le refus du Conseil constitutionnel d'opérer le contrôle de conventionnalité des lois (A). Cependant, l'introduction de l'article 88-1 dans la Constitution a conduit à une européisation du contrôle de constitutionnalité (B).

A. Le maintien controversé de la jurisprudence IVG

114. Alors que l'année 1971 avait vu l'extension du contrôle de constitutionnalité au « bloc de constitutionnalité », le Conseil constitutionnel, par décision du 15 janvier 1975 considérait à propos de l'article 55 de la Constitution que « *si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci* »⁵³⁷. Cette décision a pu apparaître comme illogique. On pouvait en effet s'attendre à ce que le Conseil s'assure lui-même du respect de l'article 55 de la Constitution en opérant le contrôle de conventionnalité dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. On pourrait en effet raisonner de la manière suivante : « *toute loi violant un traité viole la Constitution en ceci que cette dernière fait obligation au législateur de respecter le traité* »⁵³⁸.

Deux arguments ont présidé au refus d'exercer le contrôle de conventionnalité des lois dans ce cadre. Tout d'abord, le cadre de l'article 61 de la Constitution (contrôle *a priori*) ne serait pas adapté. Ainsi, « *le Conseil constitutionnel a décidé que la supériorité des traités sur les lois n'était pas de même nature que la supériorité de la constitution sur les lois. Cette dernière est générale et absolue, tandis que la première est relative (le traité ne prime la loi que dans le périmètre de son champ d'application) et contingente (la primauté du traité sur la loi ne vaut que pour autant que le traité a fait l'objet d'une application réciproque par les parties)* »⁵³⁹. Ensuite, le Conseil constitutionnel argue de la condition de réciprocité prévue par l'article 55, laquelle réciprocité est nécessaire à la supériorité des traités sur les lois. « *Cette disposition, estime-t-il, induit une relation de la loi au Traité d'une qualité fondamentalement différente de celle qui régit les rapports entre la loi et la Constitution : dans le premier cas, la supériorité du Traité sur la loi est conditionnelle, en ce qu'elle est subordonnée à*

⁵³⁷ CC, 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, IVG ; AJDA, 1975, p. 134, note Jean RIVERO ; RDP, 1975, p. 185, note Louis FAVOREU.

⁵³⁸ Denys de BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire », RFDA, 1998, p. 234.

⁵³⁹ Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, p. 244-245.

l'application dudit Traité par les autres Etats contractants ; dans le second cas, la supériorité de la Constitution à la loi est inconditionnelle »⁵⁴⁰.

115. Cependant, « *cette argumentation du Conseil ne convainc pas entièrement* »⁵⁴¹ et une partie de la doctrine a mis en évidence les faiblesses du raisonnement du Conseil. Les critiques les plus évidentes se portent sur la condition de réciprocité, celle-ci ne s'appliquant pas à tous les traités. Ainsi, l'argumentation du Conseil ne tient plus dès lors qu'elle concerne une matière dans laquelle la condition de réciprocité ne s'applique pas⁵⁴². En effet, « *la condition de réciprocité, fondement de l'explication du Conseil, est exclue du droit international humanitaire* »⁵⁴³. De même, elle ne joue en général pas en matière de droits de l'homme, notamment en ce qui concerne la Convention EDH⁵⁴⁴. Plus largement, pour Denys de Béchillon « *la condition de réciprocité n'a pas droit de cité dans les relations multilatérales* »⁵⁴⁵ et l'argument de la réciprocité ne vaudrait donc que pour les traités bilatéraux. Logiquement, le Conseil constitutionnel n'a cependant pas interprété l'article 55 de la Constitution au regard des règles du droit international public mais s'en est tenu, sur ce point, à une interprétation littérale de cet article, lequel ne fait aucune distinction entre les traités. La jurisprudence IVG a, en dépit de ces critiques, été confirmée par le Conseil constitutionnel⁵⁴⁶, y compris après la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁵⁴⁷.

Ces confirmations ne sauraient cependant épuiser les interrogations quant à l'opportunité de l'abandon de la jurisprudence IVG⁵⁴⁸. Pour Dominique Rousseau, cet

⁵⁴⁰ Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁴¹ Dominique ROUSSEAU, *ibidem*, p. 112.

⁵⁴² Il en va en principe ainsi en matière de droits de l'Homme, de droit humanitaire et de droit de l'Union européenne. Les traités multilatéraux de protection de l'environnement nous semblent eux-aussi devoir relever de cette catégorie. En effet, dans le cas de l'environnement comme en matière de droit humanitaire, « *il paraît difficilement concevable d'estimer qu'un Etat puisse se délier de ses obligations (...) en invoquant la violation substantielle par un autre Etat des mêmes obligations résultant d'une convention à but humanitaire* » (CONSEIL D'ETAT, *La norme internationale en droit français*, La documentation française, Paris, 2000 p. 54-55).

⁵⁴³ Dominique ROUSSEAU, *ibidem*, p. 112.

⁵⁴⁴ Cour EDH, 11 janvier 1961, *Fall* : cité par Jean RIVERO, note sous CC, 15 janvier 1975, *IVG*, *op. cit.*, p. 135.

⁵⁴⁵ Denys de BECHILLON, « De quelques incidences... », *op. cit.*, p. 235.

⁵⁴⁶ V. par exemple CC, 25 février 1992, n° 92-307 DC ; RFDC, 1992, p. 311, note Patrick GAIA. La position du Conseil a cependant pu être occasionnellement infléchie. Le Conseil semble timidement prendre en compte les conventions internationales. Voir, concernant la Convention de Genève sur les réfugiés de 1951, CC, 3 septembre 1986, n° 86-216 DC, rec., p. 135, RFDA, 1987, p. 120, note Genevois. En l'espèce, « *la loi n'est constitutionnelle que par une interprétation qui la rend respectueuse des dispositions de la Convention internationale* » (Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 113). V. aussi Marie-France VERDIER, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational », *op. cit.*, p. 300 à 304.

⁵⁴⁷ CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, § 10 à 12 ; JCP G, 2010, p. 1077, note Bertrand MATHIEU ; *Daloz*, 2010, p. 1321, note Anne LEVADE.

⁵⁴⁸ V. le dossier paru dans les Cahiers du Conseil constitutionnel (n° 7, 1999) « La Constitution, le traité et la loi : contributions au débat sur la hiérarchie des normes », notamment Guy CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », CCC, n° 7, 1999, p. 141 et Bruno GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », CCC, n° 7, 1999, p. 153.

abandon « *ne serait pas illégitime* »⁵⁴⁹. Dès lors, l'examen des arguments allant à l'encontre de l'abandon de la jurisprudence IVG s'impose. En premier lieu, le principal problème posé par la décision IVG aurait aujourd'hui disparu. Jean Rivero exprimait ce problème en ces termes : « *on aboutit donc à une impasse. Le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55, dont la décision du 15 janvier affirme la nécessité, ne trouve aucun cadre pour s'exercer* »⁵⁵⁰. Ce manque, très important du point de vue du respect par la France de ses engagements internationaux, a ensuite été comblé par le juge ordinaire qui, depuis les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo*⁵⁵¹, exerce un contrôle de conventionnalité des lois. Ainsi, « *on pourrait se consoler en se disant que les autres juges, judiciaire ou administratif, peuvent exercer, par voie d'exception, un contrôle de conventionnalité des lois, mais ce contrôle reste bien trop limité, notamment parce qu'il n'est possible que si des mesures sont prises en application de la loi inconventionnelle et si ces mesures sont contestées par un requérant, et enfin la loi n'est pas pour autant annulée* »⁵⁵². En effet, avec le contrôle par le juge ordinaire « *la loi déclarée inconventionnelle n'est pas annulée, mais écartée, c'est-à-dire privée de son application au cas d'espèce. Formellement parlant, cela emporte qu'elle n'est pas soustraite à l'ordre juridique, et qu'elle continue d'y produire tous ses effets à l'exception de ceux portant sur la situation individuelle du requérant* »⁵⁵³. Au contraire, une loi dont l'inconventionnalité serait constatée par le Conseil constitutionnel ne serait soit pas promulguée, soit abrogée⁵⁵⁴. Ensuite, un argument en soutien du maintien de la jurisprudence IVG est que la décision du juge constitutionnel sur l'inconventionnalité risquerait d'être contredite par un autre juge de la loi au niveau européen (CJCE ou Cour EDH) ou international⁵⁵⁵. Cependant, force est de constater que ce type de contradiction s'est déjà produit⁵⁵⁶. Enfin, Jean Rivero expliquait qu'« *intégrer la totalité des traités conclus par la France à la supra-légalité constitutionnelle dont le Conseil est le gardien eût été donner à celle-ci un contenu, non seulement démesuré, mais encore difficilement connaissable* »⁵⁵⁷. Or, depuis lors, la Cour de cassation comme le Conseil d'Etat ont montré qu'un tel contrôle était tout à fait possible.

Par conséquent, les arguments en faveur du maintien de la jurisprudence IVG ne semble pas totalement convaincants. De plus, un revirement de cette jurisprudence pourrait

⁵⁴⁹ Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 113.

⁵⁵⁰ Jean RIVERO, note sous CC, 15 janvier 1975, IVG, AJDA, 1975, p. 136.

⁵⁵¹ Cass, ch. plénière, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre* : D., 1975, p. 497, concl. TOUFFAIT ; CE, Ass., 20 octobre 1989, *Sieur Nicolo*, rec. p. 190 : RFDA, 1989, p. 812, concl FRYDMAN ; p. 824, note Bruno GENEVOIS ; p. 993, note Louis FAVOREU ; p. 1000, note Louis DUBOIS ; AJDA, 1989, p. 788, note Denys SIMON.

⁵⁵² Marie-Anne COHENDET, « Quel régime pour la VI^e République ? », RDP, 2002, p. 176.

⁵⁵³ Denys de BECHILLON, « De quelques incidences... », *op. cit.*, p. 230.

⁵⁵⁴ Selon que la saisine du Conseil résulte de l'article 61 ou 61-1 de la Constitution. Voir l'article 62 de la Constitution.

⁵⁵⁵ V. Jérôme ROUX, « L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique ? », RDP, 2009, p. 655.

⁵⁵⁶ V. les exemples cités par Jérôme ROUX, *ibidem*, p. 655, notamment l'arrêt Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinsky et a. c/ France* (AJDA, 2001, p. 276, note Jean-Louis REY et Pascale ROUSSELLE ; GACEDH, n° 29) qui contredit la décision CC, 13 janvier 1994, n° 93-332 DC ; RFDA, 1995, p. 780, chron. Bertrand MATHIEU.

⁵⁵⁷ Jean RIVERO, note sous CC, 15 janvier 1975, IVG, AJDA, 1975, p. 136.

facilement trouver un fondement constitutionnel. Tout d'abord, Dominique Rousseau met en évidence que l'alinéa 14 du préambule de 1946, selon lequel la république française « se conforme aux règles du droit public international », pourrait servir de fondement à la compétence du Conseil⁵⁵⁸, ce dernier ayant reconnu, sur cette base, la règle *pacta sunt servanda*⁵⁵⁹. Ensuite, pour Jérôme Roux, « l'exploitation complète des virtualités de l'article 88-1 de la Constitution (...) obligerait nécessairement (le Conseil) à censurer les dispositions législatives entachées d'une incompatibilité quelconque ou au moins manifeste, avec l'ensemble du droit communautaire et européen »⁵⁶⁰.

B. L'euro péisation mesurée du contrôle de constitutionnalité

116. Sans véritablement créer une exception européenne à la jurisprudence IVG, le Conseil constitutionnel contrôle désormais l'erreur manifeste de (non)transposition des directives européennes sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution⁵⁶¹. Ainsi, depuis la décision du 10 juin 2004, la transposition des directives européennes résulte d'une « exigence constitutionnelle »⁵⁶². Cette nouvelle exigence implique alors que le Conseil constitutionnel « doit vérifier que la loi contestée n'est pas contraire au droit communautaire qui devient ainsi une norme de référence possible pour le contrôle de la constitutionnalité »⁵⁶³. La décision du 27 juillet 2006⁵⁶⁴ précise cette position en affirmant qu'« une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer serait non conforme à l'article 88.1 ». Puis, le 30 novembre 2006, le Conseil sanctionne pour la première fois sur cette base plusieurs dispositions législatives⁵⁶⁵.

⁵⁵⁸ Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., n° 106.

⁵⁵⁹ Le Conseil lui attribue une valeur constitutionnelle : CC, 9 avril 1992, n° 92-308 DC, § 7, rec., p. 55 ; RGDIP, 1993, p. 39, chron. Louis FAVOREU. Il en va de même pour le juge administratif (CE, ass., 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, n° 317747, RFDA, 2010, p. 1082 ; AJDA, 2010, p. 1635, chron. LIEBER et BOTTEGHI).

⁵⁶⁰ Jérôme ROUX, « L'abandon de la jurisprudence IVG... », RDP, 2009, p. 663.

⁵⁶¹ V. Anne LEVADE, « La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité », et Bertrand MATHIEU, « Le contrôle des lois de transposition des directives communautaires par le Conseil constitutionnel ou les difficultés du cartésianisme », in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1291 et 1308.

⁵⁶² CC, 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, §7, rec., p. 101 ; RFDA, 2005, p. 239, note Bruno GENEVOIS ; Anne LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », RDP, 2004, p. 889 ; RFDA, 2004, p. 651, note Bruno GENEVOIS. Cette décision vient confirmer une évolution déjà entamée depuis 1997 : CC, 18 décembre 1997, n° 97-393 DC, rec., p. 320 ; RFDC, 1998, p. 141, chron. Patrick GAIA et Loïc PHILIP (contrôle par rapport à une directive non transposée) ; CC, 20 mai 1998, 98-400 DC ; RFDA, 1998, p. 671, note Bruno GENEVOIS (contrôle, prescrit par l'article 88-3 de la Constitution, d'une loi organique au regard du droit communautaire originaire et dérivé) ; CC, 3 avril 2003, n° 2003-468 DC, rec., p. 325 ; AJDA, 2003, p. 1625, note Marie-Thérèse VIEL (contrôle fondé sur l'article 88-1 de la Constitution mais aussi sur les traités de Maastricht et d'Amsterdam).

⁵⁶³ Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 118.

⁵⁶⁴ CC, 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC ; RFDC, 2007, p. 79, chron. Hubert ALCARAZ, Chloé CHARPY, Sophie LAMOUROUX et Loïc PHILIP.

⁵⁶⁵ CC, 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, rec. p. 120 ; RFDC, 2007, p. 297, chron. Véronique BERTILE, Alexis LE QUINIO et Xavier MAGNON ; Anne LEVADE, « Le Palais-Royal aux prises avec la

117. Cependant, le contrôle de la loi au regard du droit de l'Union européenne est enfermé dans plusieurs limites importantes. Tout d'abord, les traités européens ne constituent pas des normes de référence de ce contrôle⁵⁶⁶. Ensuite, alors que la CJUE n'opère pas une telle distinction⁵⁶⁷, le Conseil constitutionnel limite son contrôle aux lois qui ont pour objet de transposer une directive⁵⁶⁸, ce « *sans aucune justification* »⁵⁶⁹ et alors même qu'une loi qui n'a pas pour objet de transposer une directive peut tout à fait y contrevenir. Pour des raisons de délai, le Conseil s'interdit aussi de saisir d'une question préjudicielle la CJUE⁵⁷⁰. Il opère ainsi lui-même l'interprétation des directives, même en cas de difficulté. De plus, « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* »⁵⁷¹. Par ailleurs, le contrôle du Conseil en la matière se limite aux incompatibilités manifestes⁵⁷². Enfin, ce contrôle s'effectue exclusivement *a priori*. Le respect de cette exigence constitutionnelle « *ne relève pas des "droits et libertés que la Constitution garantit" et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité* »⁵⁷³.

In fine, en dépit des progrès réalisés, l'eupérisation du contrôle de constitutionnalité reste mesurée. Une interprétation plus extensive de l'article 88-1 ne doit cependant pas être exclue.

La décision IVG comme celles relatives à l'article 88-1 ont eu une influence déterminante sur le juge ordinaire. Ce dernier a toujours, certes avec plus ou moins de rapidité, tiré les leçons des décisions constitutionnelles.

II. La sophistication du contrôle de conventionnalité exercé par le juge ordinaire

Après une première phase marquée par son émergence devant le juge ordinaire (A), le contrôle de conventionnalité s'est considérablement sophistiqué sous l'impulsion conjuguée

constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », RFDA, 2007, p. 564 ; Europe, février 2007, p. 4, commentaire de Jean-Philippe KOVAR.

⁵⁶⁶ Position confirmée par CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, § 16 ; JCP G, 2010, p. 1077, note Bertrand MATHIEU ; *Dalloz*, 2010, p. 1321, note Anne LEVADE.

⁵⁶⁷ CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold c/ Rüdiger*, C 144/04, § 68 ; AJDA, 2006, p. 249, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT.

⁵⁶⁸ CC, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, § 28 ; RFDC, 2007, p. 824, note Marie-Clotilde RUNAVOT.

⁵⁶⁹ Joël RIDEAU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », RDP, 2009, p. 613.

⁵⁷⁰ CC, 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, § 20 ; RFDC, 2007, p. 79, chron. Hubert ALCARAZ, Chloé CHARPY, Sophie LAMOUREUX et Loïc PHILIP.

⁵⁷¹ CC, 27 juillet 2006, *ibidem*, § 19.

⁵⁷² CC, 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, rec., p. 120, § 7 ; RFDC, 2007, p. 297, chron. Véronique BERTILE, Alexis LE QUINIO et Xavier MAGNON.

⁵⁷³ CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, § 19 ; JCP G, 2010, p. 1077, note Bertrand MATHIEU ; *Dalloz*, 2010, p. 1321, note Anne LEVADE.

des normes supranationales et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. On tente aujourd'hui subtilement de l'adapter à la complexité inhérente au pluralisme juridique (B).

A. L'indispensable émergence du contrôle de conventionnalité

Depuis une trentaine d'années, le contrôle de conventionnalité s'est développé de façon spectaculaire (1) et le Conseil d'Etat est devenu de plus en plus exigeant dans ce domaine (2).

1) Le spectaculaire développement du contrôle de conventionnalité

118. C'est immédiatement après la décision IVG que la Cour de cassation a, pour la première fois, opéré un contrôle de conventionnalité des lois postérieures à un engagement international⁵⁷⁴. Le Conseil d'Etat a en revanche particulièrement tardé à opérer un tel contrôle. En effet, antérieurement au célèbre arrêt *Nicolo* de 1989, le juge administratif considérait que l'article 55 de la Constitution l'invitait à faire prévaloir les lois postérieures sur le traité⁵⁷⁵. Cette incohérence manifeste « aboutissait à couvrir la violation de l'article 55 de la Constitution d'un manteau d'impunité assez insupportable »⁵⁷⁶. La position du Conseil équivalait « à abroger la plus grande partie de l'article 55 de la Constitution ou peu s'en faut »⁵⁷⁷.

Il a ainsi fallu attendre que le Conseil constitutionnel, en tant que juge de l'élection, confirme sa jurisprudence IVG⁵⁷⁸, pour que le Conseil d'Etat interprète tout à fait différemment l'article 55. Ainsi, l'arrêt *Nicolo*⁵⁷⁹ conduit le Conseil d'Etat à écarter une loi qui serait incompatible avec une convention internationale alors que cette loi serait postérieure à cette convention. La compatibilité de l'ensemble des lois, antérieures et postérieures, est dès lors susceptible d'être contrôlé devant le juge administratif par voie

⁵⁷⁴ Cass, ch. plénière, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre* : D., 1975, p. 497, concl. TOUFFAIT.

⁵⁷⁵ CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, rec. p. 149 ; AJDA, 1968, p. 235, concl. Nicole QUESTIAUX. Antérieurement, sous l'empire de l'article 26 de la Constitution de 1946, les traités avaient « force de loi dans le cas même où ils (auraient été) contraires à des lois françaises ». Le Conseil d'Etat constatait l'illégalité des actes administratifs contraires (CE, 30 mai 1952, *Dame Kirkwood* ; RDP, 1952, p. 781, concl. Maxime LETOURNEUR, note Marcel WALINE).

⁵⁷⁶ Denys de BECHILLON, « De quelques incidences... », RFDA, 1998, p. 226.

⁵⁷⁷ Denys de BECHILLON, *ibidem*, p. 238.

⁵⁷⁸ CC, 21 oct. 1988, *Ass. nat. Val d'Oise*, 5e circ., rec., p. 183 ; *Dalloz*, 1989, p. 285, note François LUCHAIRE.

⁵⁷⁹ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Sieur Nicolo*, rec. p. 190 : RFDA, 1989, p. 812, concl. FRYDMAN ; p. 824, note Bruno GENEVOIS ; p. 993, note Louis FAVOREU ; p. 1000, note Louis DUBOUIS ; AJDA, 1989, p. 788, note Denys SIMON.

d'exception⁵⁸⁰. Le Conseil d'Etat a, peu après, mis fin à sa jurisprudence consistant à opérer un renvoi préjudiciel au ministre des affaires étrangères lorsque se posait un problème d'interprétation d'un traité⁵⁸¹. Il est ainsi directement compétent pour assurer cette interprétation⁵⁸².

D'importantes limites frappent cependant le développement spectaculaire du contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire. Même si la déclaration d'inconventionnalité peut avoir des conséquences importantes en terme de responsabilité administrative⁵⁸³, il s'agit d'un contrôle par voie d'exception, et non par voie d'action. Le juge ne peut abroger la loi inconventionnelle mais simplement l'écarter au cas d'espèce⁵⁸⁴. L'effet de la décision est uniquement *inter partes*⁵⁸⁵, contrairement à ce qui prévaut pour le Conseil constitutionnel dont les décisions ont un effet *erga omnes*. Enfin, les moyens tirés de l'inconventionnalité ne sont, pour le juge administratif, pas d'ordre public⁵⁸⁶ et il s'agit essentiellement d'un contrôle abstrait⁵⁸⁷.

2) L'exigence du Conseil d'Etat quant au contrôle du droit de l'Union européenne

119. La solution retenue dans l'arrêt *Nicolo* a été rapidement étendue au droit communautaire dérivé, que ce soit pour les règlements⁵⁸⁸ ou pour les directives⁵⁸⁹. Quelques

⁵⁸⁰ Par ailleurs, le juge des référés est autorisé à exercer un contrôle de compatibilité de la loi avec le droit de l'Union européenne (CE, 16 juin 2010, *M^{me} Diakité*, n° 340250, AJDA, 2010, p. 1662, note Olivier LE BOT ; JCP G, 2010, p. 1358, note Paul CASSIA).

⁵⁸¹ CE, 3 juillet 1931, *Karl et Toto Samé*, rec., p. 727.

⁵⁸² CE, 29 juin 1990, *GISTI* ; AJDA, 1990, p. 621, concl. Ronny ABRAHAM. Le juge administratif contrôle désormais aussi la condition de réciprocité de l'article 55 de la Constitution (CE, ass., 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, *op. cit.*) alors qu'il s'en remettait auparavant à l'avis du ministre des affaires étrangères.

⁵⁸³ Depuis l'arrêt du 28 février 1992 (CE, 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco*, rec., p. 78 ; AJDA, 1992, p. 210, concl. Martine LAROQUE, obs. Pierre BON et Philippe TERNEYRE ; RFDA 1992, p. 425, note Louis DUBOUIS), la responsabilité de l'Etat du fait de la violation du droit communautaire peut être retenue, conformément à la décision de la CJCE du 19 novembre 1991, *Francovich*. Il en va désormais de même pour le droit international (CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, rec., p. 78 ; AJDA, 2007, p. 585, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, *ibid.*, p. 1097, trib. Paul CASSIA ; RFDA, 2007, p. 361, concl. Luc DEREPAAS ; JCP A, 2007, n° 2083, note Camille BROUELLE ; RTD Civ., 2007, p. 297, obs. Jean-Pierre MARGUENAUD).

⁵⁸⁴ Pour plus de précision, voir Karine MICHELET, « La loi inconventionnelle », RFDA, 2003, p. 23.

⁵⁸⁵ Même si une déclaration d'inconventionnalité aura des effets importants au delà des parties.

⁵⁸⁶ CE, sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, rec., p. 9 (à l'encontre d'un acte administratif), CE, 28 juillet 1993, *Bach*, rec., p. 237 (à l'encontre d'une loi) et CE, Ass., 6 décembre 2002, *Maciolak*, rec., p. 426 ; AJDA, 2003, p. 492, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS (inconventionnalité tirée de la Convention EDH). En revanche, le juge judiciaire relève d'office les moyens de pur droit fondés sur une inconventionnalité : C. Cass, civ. 2^{ème} 14 février 1985, Bull. II, n° 38.

⁵⁸⁷ Sur l'évolution possible vers un contrôle abstrait, voir Damien BOTTEGHI et Alexandre LALLET, note sur CE, sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas les Flots, Commune de Lattes*, AJDA, 2010, p. 2416, note Alexandre LALLET.

⁵⁸⁸ CE, 24 septembre 1990, *Boisdet* ; AJDA, 1990, p. 863, chron. Edmond HONORAT et Rémy SCHWARTZ ; RFDA, 1991, p. 172, note Louis DUBOUIS (revirement de l'arrêt CE, 11 décembre 1987, *Danielou*, rec., p. 408).

années auparavant, le Conseil d'Etat jugeait qu'un acte réglementaire doit être conforme aux orientations d'une directive européenne⁵⁹⁰. De plus, une fois les délais de transposition des directives expirés, « *les autorités ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives (...), ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs* »⁵⁹¹. Par ailleurs, la méconnaissance des objectifs d'une directive peut résulter du silence du droit national, en l'absence de mesures expresses⁵⁹². Le Premier ministre doit enfin rechercher l'abrogation ou la modification d'une loi contraire à une directive⁵⁹³.

Partant, le Conseil d'Etat exerce un contrôle exigeant du respect du droit de l'Union européenne. Le cas de la chasse des oiseaux sauvages l'illustre⁵⁹⁴. L'obstination des autorités françaises à ne pas respecter la directive « Oiseaux » a conduit ainsi à une cascade de décisions juridictionnelles démontrant l'exigence du Conseil d'Etat en la matière. C'est ainsi que plusieurs actes réglementaires fixant les dates d'ouverture et de clôture de la chasse avaient été annulés par le Conseil d'Etat⁵⁹⁵, la directive « Oiseaux » du 2 avril 1979 empêchant la chasse des espèces migratoires pendant leur période de reproduction et lors de leur trajet vers leur lieu de nidification. Soucieux d'éviter le contrôle du juge administratif, le Parlement avait adopté, en 1994 et en 1998, deux lois incompatibles avec la directive, lesquelles comportaient des dispositions de nature réglementaire. Plusieurs associations de protection de l'environnement avaient alors contesté le refus du premier ministre de déclasser ces dispositions réglementaires en application de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. Ces dispositions, issues de la loi du 3 juillet 1998 et alors codifiées à l'article L. 224-2 alinéa 2 du code rural, étaient incompatibles avec les objectifs de préservation des espèces définis à l'article 7 §4 de la directive Oiseaux, tels qu'interprétés par la CJCE⁵⁹⁶. Le Conseil d'Etat a logiquement annulé le refus du Premier ministre, considérant que « *ces autorités ne peuvent édicter des dispositions qui seraient incompatibles avec les objectifs définis par ces directives* »⁵⁹⁷. Comme l'exprime Louis Dubouis, « *cet arrêt témoigne de la volonté du Conseil d'Etat d'aller aussi loin qu'il lui semble possible pour assurer l'application de la*

⁵⁸⁹ CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France* ; AJDA, 1992, p. 329, chron. Christine MAUGUE et Rémy SCHWARTZ ; RFDA, 1992, p. 425, note Louis DUBOUIS.

⁵⁹⁰ CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, rec., p. 410 ; AJDA, 1985, p. 83 ; RDP, 1985, p. 811, note Jean-Marie AUBY.

⁵⁹¹ CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, rec., p. 44, RFDA, 1989, p. 391, concl. N. CHAHID-NOURAÏ, note Olivier BEAUD et Louis DUBOUIS.

⁵⁹² CE, Ass., 6 février 1998, *Tête*, rec., p. 30 ; JCP G, 1998, p. 1223, note P. CASSIA ; AJDA, 1998, p. 403, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR.

⁵⁹³ CE, sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire* ; RFDA, 2000, p. 409, concl. Francis LAMY ; p. 664, note Louis DUBOUIS.

⁵⁹⁴ V. Louis DUBOUIS, « La chasse et le droit communautaire. Le Conseil d'Etat assure-t-il pleinement la primauté de la directive sur la loi ? », RFDA, 2000, p. 409.

⁵⁹⁵ CE, 7 octobre 1988, *Rassemblement des opposants à la chasse et autres*, n° 89855 ; AJDA, 1989, p. 34 et CE, 25 mai 1990, *Ministre de l'environnement et Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature*, n°94359 ; AJDA, 1990, p. 730, note Pierre LE MIRE.

⁵⁹⁶ CJCE, 19 janvier 1994, *ASPAS*, C 435-92, rec., p. I-67.

⁵⁹⁷ CE, sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire* ; RFDA, 2000, p. 409, concl. Francis LAMY ; p. 664, note Louis DUBOUIS

règle communautaire »⁵⁹⁸. Au-delà, il a permis de conférer tout son effet à l'interprétation donnée par la CJCE dans l'arrêt *ASPAS*. L'acharnement des autorités françaises à enfreindre le droit communautaire était pourtant intact. Le Conseil d'Etat, de nouveau saisi par une association, avait ainsi suspendu l'arrêté du ministre de l'écologie du 18 juillet 2002 relatif aux dates d'ouverture de la chasse au canard colvert et aux rallidés sur le domaine public maritime⁵⁹⁹. D'autres arrêtés du même type, adoptés ultérieurement, seront eux aussi suspendus.

Pour autant, le contrôle opéré par le Conseil d'Etat devient plus complexe dès lors que des dispositions constitutionnelles s'intercalent entre le droit de l'Union européenne et la loi ou le règlement.

B. L'adaptation du contrôle de conventionnalité au « pluralisme juridique »

Le pluralisme juridique suscite des difficultés de coordination. Ainsi, en France, les arrêts *Arcelor*⁶⁰⁰ et *Conseil national des Barreaux*⁶⁰¹, tirant les leçons de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives (1), reflètent la complexification du contrôle de conventionnalité (2) nécessaire induite par le pluralisme juridique. Suite aux décisions du Conseil constitutionnel de 2004 et 2006, des conflits « *deviennent inévitables pour un juge ordinaire fatalement tiraillé entre l'obligation qui lui revient, en tant que juridiction nationale, de respecter l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel et celle qui lui incombe, en tant que juge communautaire de droit commun, d'assurer l'application effective et prioritaire du droit communautaire* »⁶⁰². La volonté de préserver la suprématie de la Constitution, à l'inverse de la position de Kelsen⁶⁰³, place ainsi les juges nationaux en délicatesse avec le droit de l'Union européenne. Il convient ainsi d'envisager les voies possibles d'une rationalisation du contrôle de conventionnalité (3).

⁵⁹⁸ Louis DUBOUIS, « La chasse et le droit communautaire... », *op. cit.*, p. 413.

⁵⁹⁹ CE, ord. réf., 1^{er} août 2002, *Association France Nature Environnement* ; AJDA, 2002, p. 1140, note Laurent FONBAUSTIER.

⁶⁰⁰ CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, rec. p. 55 ; AJDA, 2007, p. 577, chron. LENICA et BOUCHER ; *Daloz*, 2007, p. 2272, note Michel VERPEAUX ; *ibidem*, p. 2742, note Pascale DEUMIER ; RDP, 2007, p. 1031, note Jérôme ROUX ; *Droit adm.*, mai 2007, p. 9, note Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY.

⁶⁰¹ CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et a.*, n° 296845, RFDA, 2008, concl. Mattias GUYOMAR ; AJDA, 2008, p. 1085, chron. Julien BOUCHER et Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU.

⁶⁰² Ghislaine ALBERTON, « Et le Conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore... », AJDA, 2006, p. 593.

⁶⁰³ Sur la primauté du droit international, v. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 325.

1) *Les conséquences de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives*

120. L'arrêt *Arcelor* a conduit le Conseil d'Etat à contrôler la constitutionnalité d'un acte réglementaire⁶⁰⁴ transposant une directive européenne⁶⁰⁵. La société Arcelor demandait l'annulation de ce décret sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité, considérant que d'autres secteurs industriels, autres que celui de la sidérurgie n'étaient pas assujettis au système d'échange de quotas. Prenant en compte l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, le juge administratif opère un transfert de son contrôle. Ainsi, « *le juge administratif (...) recherchera s'il existe une règle ou un principe communautaire qui garantirait le respect dans l'ordre juridique communautaire de la disposition constitutionnelle invoquée. Si c'est le cas, le juge recherchera si le décret de transposition est conforme à la règle ou au principe communautaire, pouvant à cet effet, comme en l'espèce, saisir la CJCE à titre préjudiciel. Sinon, il appartiendra au juge administratif de vérifier indirectement la constitutionnalité de la directive communautaire* »⁶⁰⁶. En l'espèce, il existait bien un principe équivalent au principe d'égalité en droit communautaire. Le Conseil a ainsi saisi la CJCE d'une question préjudicielle et dans un arrêt du 3 juin 2009, il conclut, sur la base de la réponse de la CJCE⁶⁰⁷, au respect du principe d'égalité par le décret de transposition de la directive⁶⁰⁸.

Dans l'arrêt *Conseil national des barreaux*, le Conseil d'Etat procède à l'annulation partielle d'un décret⁶⁰⁹ pour méconnaissance des principes liés au secret professionnel des avocats et à la confidentialité des relations des avocats avec leurs clients. Le Conseil était ici conduit à apprécier indirectement la conformité de la directive 2001/97/CE, à travers son décret de transposition, aux articles 6 et 8 de la Convention EDH, par le truchement de l'article 6 §2 ex-TUE qui confère aux droits fondamentaux de la Convention EDH la valeur de principe général du droit. *In fine*, le Conseil d'Etat se retrouve juge de la conventionnalité, vis-à-vis de la Convention EDH, d'une directive européenne⁶¹⁰. Ainsi, « *le Conseil d'Etat*

⁶⁰⁴ Décret du 19 août 2004 relatif au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

⁶⁰⁵ Directive du 13 octobre 2003 du Parlement européenne et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté.

⁶⁰⁶ Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, p. 246.

⁶⁰⁷ CJCE, 16 décembre 2008, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*, C- 127/07 : AJDA, 2009, p. 245, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT.

⁶⁰⁸ CE, 3 juin 2009, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110, RFDA, 2009, p. 800, concl. Mattias GUYOMAR.

⁶⁰⁹ Décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux pris en application de la loi du 11 février 2004 transposant la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 n° 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux..

⁶¹⁰ Le Conseil d'Etat refuse en revanche d'opérer un tel contrôle de validité pour les engagements internationaux classiques : CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n° 239366, JCP G, 2003, p. 240, note Alain ONDOUA : « *il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur le bien-fondé des stipulations d'un engagement international, sur sa validité au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France...* ».

estime qu'il lui appartient de vérifier si les dispositions de la directive sont compatibles avec les droits fondamentaux, qui en vertu de l'article 6 §2 TUE sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire, et en cas de difficulté sérieuse, de saisir le juge communautaire d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité »⁶¹¹.

2) Les difficultés du « pluralisme juridique »

121. Ces deux arrêts, reflets du « pluralisme juridique », ne sont pas sans poser des problèmes juridiques. Ceux-ci sont mis en lumière par les différentes possibilités résultant de l'arrêt *Arcelor*. D'une part, dans le cas où il n'existerait pas de principe équivalent au principe constitutionnel, dans le droit de l'Union européenne, le juge sera conduit à contrôler directement la constitutionnalité du règlement. Or, s'agissant d'un règlement transposant littéralement une directive européenne, cela peut *in fine* revenir à contrôler la constitutionnalité d'une directive. Si cela peut apparaître conforme à la hiérarchie des normes internes, il en va autrement vis-à-vis du principe de primauté du droit de l'Union européenne.

122. D'autre part, dans le cas où il existe un principe équivalent au principe constitutionnel, dans le droit de l'Union européenne, le Conseil d'Etat est amené à effectuer un pré-contrôle de la validité d'une directive. C'est en effet à lui que revient la décision de poser ou non une question préjudicielle en appréciation de validité à la Cour de justice, même si ce pouvoir est encadré par la jurisprudence européenne. L'arrêt *Foto-Frost* lui donne en effet la possibilité d'apprécier lui-même la validité du droit de l'Union européenne dérivé⁶¹², « *mais c'est à la condition que, en cas de difficulté sérieuse, ces juridictions renvoient à la Cour le soin de statuer, puisqu'elle est seule compétente pour constater l'absence de validité d'un acte communautaire* »⁶¹³. Or, le juge interne apprécie lui-même le caractère sérieux de la difficulté posée par le recours. Il est donc inéluctablement conduit à effectuer un « pré-contrôle » de la validité de l'acte européen. On peut se satisfaire que dans le cas de l'arrêt *Arcelor*, le Conseil ait procédé à un renvoi préjudiciel, témoignant ainsi de la volonté de faire prévaloir l'interprétation européenne du principe d'égalité. Dans l'affaire *Conseil national des barreaux*, aucune question préjudicielle n'a été transmise à la Cour de justice. En ce qui concerne l'article 6 de la Convention EDH, cette absence de renvoi était justifiée par le fait que la Cour de justice s'était déjà elle-même prononcée sur la directive en cause⁶¹⁴. Ainsi, « *le Conseil d'Etat estime que le juge communautaire a procédé à une lecture de la directive qui établit, grâce à la méthode de l'interprétation conforme, sa compatibilité avec l'article 6 CEDH* »⁶¹⁵. En revanche, l'article 8 de la Convention EDH n'était pas visé par l'arrêt de la

⁶¹¹ Denys SIMON, « De la pyramide Kelsénienne... », Europe, mai 2008, p. 1.

⁶¹² CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, rec. p. 4199.

⁶¹³ Agnès ROBLOT-TROIZIER, note sous CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA, 2008, p. 607.

⁶¹⁴ CJCE, gr. ch., 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et a.*, C-305/05 ; AJDA, 2007, p. 2248, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT.

⁶¹⁵ Denys SIMON, « De la pyramide Kelsénienne... », Europe, mai 2008, p. 1.

Cour de justice. Le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'opérer un renvoi préjudiciel et a ainsi apprécié lui-même la validité de la directive. Dès lors, on peut se demander si le Conseil n'a pas ici délivré un brevet de conventionnalité à la directive à la place de la Cour de justice. *In fine*, le pluralisme juridique, qui se traduit par la volonté de concilier les exigences constitutionnelles et supranationales, conduit bien à une complexification substantielle du contrôle de conventionnalité.

3) Vers une rationalisation du contrôle de conventionnalité ?

123. « La dissémination actuelle du contrôle de la loi entre le juge de sa constitutionnalité et les juges, européens et ordinaires, de sa conventionnalité »⁶¹⁶ pose le problème des éventuels conflits de sentences entre les différents juges en charge du contrôle de la loi. Denys de Béchillon a ainsi attiré l'attention sur ce risque : « dans l'espace européen, cinq catégories de juges se disputent aujourd'hui le pouvoir de contrôler la loi française : 1. Le Conseil constitutionnel, (...); 2. les juges judiciaires et administratifs (...); 3. la Cour de justice des Communautés européennes et la cour européenne des droits de l'homme »⁶¹⁷.

Si cela ne permettrait pas de résoudre la totalité des difficultés soulevées par les jurisprudences *Arcelor* et *Conseil national des barreaux*, confier l'intégralité du contrôle de la loi, contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, au juge constitutionnel, pourrait permettre de réduire le risque de conflit de sentences. Ceci ne constituerait cependant pas une solution miracle. En effet, « avec le monopole accordé au Conseil constitutionnel, les contradictions entre juges internes seraient évitées mais pas celles entre Conseil constitutionnel et juges externes »⁶¹⁸. Pour autant, ce dernier risque pourrait être réduit en permettant au Conseil constitutionnel d'utiliser pleinement les possibilités offertes par le mécanisme du renvoi préjudiciel.

124. Une telle proposition a été avancée tant par la doctrine que par certains membres ou anciens membres du Conseil constitutionnel⁶¹⁹. Ainsi Dominique Rousseau appelle-t-il à une double réaction : « Celle du Conseil acceptant de revenir sur sa jurisprudence de 1975 pour intégrer les engagements internationaux au bloc de constitutionnalité (...). Celle du Constituant acceptant de donner aux justiciables le droit de soulever l'exception d'inconstitutionnalité devant les juridictions ordinaires avec l'obligation pour celles-ci de

⁶¹⁶ Jérôme ROUX, « L'abandon de la jurisprudence IVG... », *op. cit.*, p. 650.

⁶¹⁷ Denys de BECHILLON, « Conflits de sentence entre juges de la loi », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 107.

⁶¹⁸ Marie-France VERDIER, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational », *op. cit.*, p. 310.

⁶¹⁹ Jean Louis Debré avait proposé une telle solution (Voir Bertrand MATHIEU, « La guerre des juges n'aura pas lieu – A propos de la décision du 12 mai 2010 du Conseil constitutionnel », *JCP A*, n° 22-2010, n° 2181, p. 36). Pour Pierre Mazeaud, « en cette matière, c'est tout ou rien : les deux contrôles à tous les juges ou les deux contrôles au Conseil constitutionnel. S'il fallait absolument changer les choses, mon choix irait naturellement à la seconde formule pour des raisons de rationalité et de sécurité juridique » (Pierre MAZEAUD, cité par Ghislaine ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *RFDA*, 2008, p. 973).

transmettre son jugement au Conseil constitutionnel. Par la révision du 23 juillet 2008, le constituant a fait le premier pas »⁶²⁰ mais le juge constitutionnel a finalement maintenu sa jurisprudence *IVG*⁶²¹. De même, Denys de Béchillon a défendu que « *la monopolisation, entre les mains du Conseil constitutionnel, de tous les aspects du contrôle de la loi, (représente) (...) la moins mauvaise des solutions concevables* »⁶²².

125. Cette proposition n'a cependant pas été retenue par le Comité Balladur⁶²³ et le Conseil constitutionnel a, pour l'heure, réaffirmé sa jurisprudence *IVG*⁶²⁴. Il est vrai qu'une telle proposition peut soulever certains inconvénients qu'il convient cependant de relativiser, notamment au regard de la réforme constitutionnelle de 2008. Une première série d'inconvénients a été évoquée par Denys de Béchillon en 2007⁶²⁵. Tout d'abord, les droits garantis par le bloc de constitutionnalité seraient globalement équivalents à ceux garantis par le bloc de conventionnalité. Il serait néanmoins possible de trouver des contre exemples tirés du droit international. Ainsi, les garanties, en matière de participation du public aux décisions, contenues à l'article 6 de la Convention d'Aarhus n'ont rien de comparable au contenu du principe de participation constitutionnalisé par la Charte de l'environnement⁶²⁶. Ensuite, retirer au juge ordinaire la possibilité de contrôler la conventionnalité de la loi aurait pour effet de « *faire renaître l'immunité de la loi promulguée* »⁶²⁷. Cette remarque est, depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, sans fondement. On relativisera, pour les mêmes raisons, la remarque de Denys de Béchillon selon laquelle une « *interdiction aux juges ordinaires de connaître de la conventionnalité de la loi soit extrêmement mal perçue à Strasbourg comme à Luxembourg* »⁶²⁸. Enfin, un autre inconvénient de cette proposition serait de rendre inévitable de conférer au Conseil constitutionnel la possibilité de saisir la CJUE par le moyen d'une question préjudicielle. La principale conséquence en serait effectivement l'allongement des délais⁶²⁹. Du point de vue symbolique, elle renforcerait l'idée que le droit supranational doit primer, y compris sur la

⁶²⁰ Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 238.

⁶²¹ CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, § 10 à 12 ; JCP G, 2010, p. 1077, note Bertrand MATHIEU ; *Daloz*, 2010, p. 1321, note Anne LEVADE.

⁶²² Denys de BECHILLON, « De quelques incidences... », RFDA, 1998, p. 241. La position de Denys de Béchillon a par la suite évoluée. Voir la justification que cet auteur fait de cette évolution : Denys de BECHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 110.

⁶²³ V. Ghislaine ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité... », *op. cit.*, p. 967.

⁶²⁴ CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, § 10 à 12 ; JCP G, 2010, p. 1077, note Bertrand MATHIEU ; *Daloz*, 2010, p. 1321, note Anne LEVADE.

⁶²⁵ V. Denys de BECHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois... », *op. cit.*, p. 114 à 116.

⁶²⁶ Sur cette question, v. *infra*, § 540 ; § 542 ; § 555.

⁶²⁷ Denys de BECHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires... », *op. cit.*, p. 115.

⁶²⁸ Denys de BECHILLON, *ibidem*, p. 116.

⁶²⁹ Le Conseil constitutionnel a affirmé, dans sa décision du 12 mai 2010, que « *devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution (contrôle a priori), (il) ne peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* » (CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, §18 ; JCP G, 2010, p. 1077, note Bertrand MATHIEU).

Constitution de l'ordre interne. Pour autant, cette proposition présente l'avantage de réduire l'ignorance réciproque entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union européenne, laquelle est, on l'a vu, à la source de nombreuses incohérences et risques de conflits⁶³⁰.

Il est possible d'affirmer, comme Joël Rideau, que « l'absence de clarté de la situation française accentuée par les décisions du Conseil constitutionnel de 2004 et de 2006, suivies par celles du Conseil d'Etat de 2007 et 2008 est manifeste »⁶³¹. Le besoin de rationalisation est d'autant plus manifeste que les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité convergent déjà. « Loin d'être exclusifs l'un de l'autre, les deux contrôles se combinent et s'entremêlent »⁶³². Par exemple, l'arrêt *Arcelor* témoigne d'un « contrôle de constitutionnalité déguisé en contrôle de conventionnalité »⁶³³.

126. En définitive, les évolutions actuelles du contrôle de conventionnalité confirment le dépassement du modèle kelsénien de sorte que la « conciliation » entre normes tend à se substituer au lien hiérarchique classique. Ainsi, « les impasses auxquelles conduisent les logiques de confrontation nourrissent la recherche d'une conciliation entre les différentes normes qui composent ces ordres »⁶³⁴. Cette évolution entraîne *in fine* une augmentation du pouvoir du juge : « l'action de concilier des normes ne se conçoit que dans le contexte d'une opération purement herméneutique, très créative, qui requiert sine qua non que le conciliateur veuille concilier »⁶³⁵. Le passage de la pyramide au pluralisme juridique pose ainsi de nouveaux défis. Là où la pyramide était rassurante, le pluralisme juridique déstabilise. Par exemple, l'opération de conciliation des normes semble beaucoup moins prévisible que la logique de primauté d'une norme sur une autre, contredisant au moins partiellement l'impératif de sécurité juridique. Surtout, il y a un risque que la conciliation se fasse au

⁶³⁰ Une illustration supplémentaire en est fournie par les décisions de la Cour de cassation (Cass, 16 avril 2010, *M. Aziz Melki*, n° 10-40.001), du Conseil constitutionnel (CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC ; JCP G, 2010, p. 1077, note Bertrand MATHIEU ; *Daloz*, 2010, p. 1321, note Anne LEVADE), du Conseil d'Etat (CE, 14 mai 2010, *M. Rujovic*, n° 312305 ; RFDA, 2010, p. 709, note Julie BURGUBURU) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 22 juin 2010, *M. Melki, M. Abdeli*, C-188/10 et C-189/10). Voir Olivier DORD, « Quand le Conseil constitutionnel donne une leçon de droit à la Cour de cassation », *AJDA*, 2010, p. 1041 ; Philippe MANIN ; « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », *AJDA*, 2010, p. 1023 ; Bertrand MATHIEU, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCP G*, n° 17-2010, n° 464 ; Bertrand MATHIEU, « La guerre des juges n'aura pas lieu – A propos de la décision du 12 mai 2010 du Conseil constitutionnel », *JCP A*, n° 22-2010, n° 2181, p. 34 ; Bertrand MATHIEU, « La Cour de cassation persiste dans son refus d'appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *JCP G*, n° 27-2010, n° 764 ; Denys SIMON et Anne RIGAUX, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *CCC*, n° 29, 2010, p. 63.

⁶³¹ Joël RIDEAU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité... », *op. cit.*, p. 628.

⁶³² Ghislaine ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité... », *op. cit.*, p. 969.

⁶³³ Joël RIDEAU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité... », *op. cit.*, p. 621.

⁶³⁴ Joël RIDEAU, *ibidem*, p. 601. Dans le même sens, voir Ghislaine ALBERTON, « De l'indispensable intégration... », *op. cit.*, p. 267.

⁶³⁵ Denys de BECHILLON, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *op. cit.*, p. 122.

détriment d'une norme et au profit de l'autre. Le passage de la hiérarchie à la conciliation représente ainsi, tout aussi inévitable qu'il soit, un risque d'incohérence de l'ordre juridique.

§3 – L'indispensable invocabilité des normes d'origine externe

Pour le Conseil d'Etat, « *le principe moniste adopté pour l'insertion des normes internationales en droit interne et la primauté donnée au traité sur la loi, s'ils n'excluent pas les possibilités de conflit, donne son plein effet au droit international, tout en garantissant dans la plupart des cas une conciliation efficace avec les exigences de l'ordre juridique interne* »⁶³⁶. Il convient de relativiser cette affirmation à plusieurs titres. Le monisme français, en dépit de la formulation de l'article 55 de la Constitution, n'est pas total. Il en résulte que le système français ne donne pas aux normes internationales leur plein effet notamment parce que l'ensemble des normes d'origine externe ne sont pas invocables par les justiciables devant le juge interne. « *On dit d'une convention internationale qu'elle est directement applicable dans l'ordre interne lorsque les particuliers peuvent utilement s'en prévaloir devant le juge national, non seulement à l'encontre des dispositions normatives de droit interne, mais aussi directement à l'encontre d'actes individuels* »⁶³⁷. L'« invocabilité » des traités internationaux – c'est-à-dire la capacité, dans le cadre d'un contentieux, de prendre une norme comme référence (ici la norme d'origine externe) afin de contester la validité d'une norme inférieure (ici une norme interne)⁶³⁸ – constitue une condition de leur effectivité⁶³⁹, justement parce que l'invocabilité est la condition préalable pour qu'une norme interne puisse être censurée sur la base d'une norme d'origine externe (I). Concernant plus spécifiquement le droit international, l'appréciation des critères de son effet direct en droit interne français par le Conseil d'Etat se révèle parfois subjective (II), ce qui conduit inéluctablement à limiter le champ du contrôle du respect du droit international.

⁶³⁶ CONSEIL D'ETAT, *La norme internationale en droit français, La doc. frçse*, Paris, 2000, p. 24.

⁶³⁷ Ronny ABRAHAM, « L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative », RUDH, 1991, p. 275, à propos de la Convention EDH.

⁶³⁸ Nous utilisons volontairement le terme d'invocabilité dans la mesure où le sens du terme « applicabilité directe » peut être plus ambigu. En effet, au-delà de la notion d'effet direct, ce terme renvoie aussi à celle d'applicabilité immédiate d'une norme d'origine externe, laquelle est acquise lorsqu'un traité est ratifié et publié. Le droit dérivé de l'Union européenne est quant à lui immédiatement applicable dans l'ordre juridique interne, sans qu'aucun acte de réception ne soit nécessaire, y compris dans les ordres juridiques internes dualistes.

⁶³⁹ En ce sens, v. Denis ALLAND, « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », RGDIP, 1998, p. 230.

I. L'invocabilité, condition du contrôle du respect des normes d'origine externe

Une disposition d'un traité qui ne produit pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne n'est pas invocable dans le cadre du contrôle de conventionnalité. En l'absence d'effet direct, le moyen est inopérant. Il en résulte alors l'absence de contrôle du respect d'une partie des conventions internationales (B). A l'inverse, le droit de l'Union européenne bénéficie aujourd'hui d'une large invocabilité et peut donc produire des effets dans l'ordre juridique interne (A). Il demeure qu'en ce qui concerne les conventions internationales, cette situation n'est pas satisfaisante au regard de la règle *pacta sunt servanda*. Il pourrait donc être envisagé de leur conférer une invocabilité plus large (C).

A. La large invocabilité du droit de l'Union européenne

127. L'invocabilité du droit de l'Union européenne est sensiblement plus large que celle des conventions internationales. L'arrêt *Van Gend en Loos* consacre le principe de l'effet direct du droit de l'Union⁶⁴⁰. Il est ainsi présumé. Pour la Cour, « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international dont les sujets sont non seulement les Etats-membres mais également leurs ressortissants* ». Par conséquent, les ressortissants des Etats membres, en leur qualité de sujet de cet ordre juridique, peuvent se prévaloir du droit de l'Union devant la Cour comme devant le juge interne. L'effet direct est cependant limité aux dispositions claires, précises et inconditionnelles.

L'effet direct de nombreuses dispositions des traités européens a ainsi été reconnu par la Cour de justice⁶⁴¹. En outre, si l'effet direct des règlements européens est complet, c'est-à-dire à la fois vertical et horizontal⁶⁴², les décisions ayant pour destinataire un Etat ne peuvent être invoquées qu'à l'encontre de cet Etat⁶⁴³. Celles qui sont adressées à un particulier ont un effet direct à leur égard⁶⁴⁴. Concernant les directives, leur effet direct est seulement vertical⁶⁴⁵, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas invocables dans les relations entre particuliers (absence

⁶⁴⁰ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/63, rec., p. 3 ; *Dalloz*, 1963, p. 623, note Jean BREBAN.

⁶⁴¹ Voir par exemple à propos de l'ex TCE : CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, *op. cit.* ; CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, 41/74, rec., p. 1337. Cependant, depuis l'arrêt *Becker* (CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, 8/81, rec. p.53), les dispositions des traités qui laissent aux Etats une marge d'appréciation sont dépourvues d'effet direct.

⁶⁴² CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, 43-71, rec., p. 1039.

⁶⁴³ CJCE, 10 novembre 1972, *Hansa Fleisch*, 150-91, rec., p. 5567.

⁶⁴⁴ CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad*, 9-70, rec., p. 825.

⁶⁴⁵ CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, 152/84, rec., p. 723. L'effet vertical est uniquement ascendant, c'est-à-dire qu'un Etat ne peut se prévaloir, à l'encontre d'un particulier, d'une directive qu'il n'a pas transposée (CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, 148/78, rec., p. 1629).

d'effet horizontal⁶⁴⁶). Ensuite, elles ne peuvent être invoquées qu'à compter de l'expiration du délai de transposition⁶⁴⁷, dès lors que leurs dispositions sont claires, précises et inconditionnelles⁶⁴⁸.

128. Au niveau interne, la jurisprudence a progressivement distingué l'effet direct de l'invocabilité. Il en résulte que « *tout en restant une condition suffisante, l'effet direct n'est (...) plus une exigence indispensable pour se prévaloir d'une disposition communautaire devant le juge interne. On a, en effet, vu émerger (...) une jurisprudence favorisant la diversification des formes d'invocabilité du droit communautaire (...), fût-il dépourvu d'effet direct, et scellant la dissociation entre cette notion et celle plus large d'invocabilité* »⁶⁴⁹. Cette dissociation, en permettant l'intégration plus large des directives européennes au bloc de conventionnalité, conduit à un contrôle plus systématique de leur respect par la loi ou le règlement. Cependant, la jurisprudence *Cohn-Bendit*⁶⁵⁰ a longtemps constitué un point de friction avec le droit communautaire. Le Conseil d'Etat refusait ainsi l'invocabilité des directives à l'encontre des actes individuels alors qu'il admettait déjà cette invocabilité à l'encontre des actes réglementaires, qu'ils aient pour objet de transposer la directive⁶⁵¹ ou non⁶⁵². Se rapprochant de la position de la CJUE, il est cependant revenu sur cette position en 2009⁶⁵³, conférant ainsi une large invocabilité aux directives européennes. *In fine*, le contrôle des directives se révèle, au terme des évolutions successives de la jurisprudence du Conseil d'Etat, particulièrement complet.

⁶⁴⁶ CJCE, 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori*, C-91/92, rec., p. 3325 ; JCP G, 1995-II-22358, p. 1, note Patrice LEVEL.

⁶⁴⁷ Pendant le délai de transposition, les Etats-membres doivent cependant « *s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par une directive* » (CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C 129-96, rec., p. 7411). Cette position a été suivie par le Conseil d'Etat français : CE, 10 janvier 2001, *France nature environnement* ; *Droit administratif*, mars 2009, note 69, comm. J.-B. AUBY.

⁶⁴⁸ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, 41/74, rec., p. 1337

⁶⁴⁹ Rostane MEHDI, « *Ordre juridique communautaire. Effet direct* », J.-Cl. Europe-Traité, fasc. n° 195, 2007, n° 65.

⁶⁵⁰ CE, 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit* ; D. 1979, p. 155, concl. GENEVOIS, note PACTEAU ; RTDE, 1979, p. 169, concl. GENEVOIS, note DUBOUIS.

⁶⁵¹ CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France*, rec., p. 512.

⁶⁵² CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, rec., p. 410.

⁶⁵³ CE, 30 octobre 2009, *M^{me} Perreux*, AJDA, 2009, p. 2028 ; Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI, « *Où Cohn-Bendit fait sa révolution ?* », AJDA, 2009, p. 2385 ; Olivier DUBOS et David KATZ, « *Le pragmatisme communautaire du Conseil d'Etat* », JCP A, 2010, n° 2036 ; Laurent COUTRON, « *La lente conversion du Conseil d'Etat à l'effet direct des directives* », AJDA, 2010, p. 1412 ; Voir aussi Paul CASSIA, « *Abandonner la jurisprudence Cohn-Bendit ?* », AJDA, 2006, p. 281.

B. L'absence de contrôle du respect des conventions internationales non invocables

129. Un traité international qui ne produit pas d'effet direct dans l'ordre interne peut seulement être invoqué par un autre Etat⁶⁵⁴, et non par les requérants nationaux. Cette position, qui assimile l'effet direct à l'invocabilité, a été adoptée, contre l'avis du commissaire du gouvernement Abraham dans l'arrêt *GISTI* de 1997⁶⁵⁵ puis confirmée par la suite⁶⁵⁶, notamment dans l'arrêt *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012⁶⁵⁷. Il résulte de cette jurisprudence que le respect d'un certain nombre de dispositions des conventions internationales ne fait l'objet d'aucun contrôle par le juge interne si elles ne sont pas dotées d'effet direct.

Si, « ni le juge judiciaire, qui a ouvert la voie, ni le juge administratif français n'ont fait de difficulté pour admettre l'applicabilité directe de la CEDH en toutes ses dispositions »⁶⁵⁸, il en va par exemple autrement pour la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant dont plusieurs des dispositions sont dépourvues d'effet direct⁶⁵⁹. Dans le domaine de l'environnement, le Conseil d'Etat reste très réticent au sujet de la Convention d'Aarhus⁶⁶⁰, tout comme de nombreuses autres conventions du droit international de l'environnement⁶⁶¹.

130. Cette absence de contrôle des normes internationales considérées comme non invocables constitue l'une des principales faiblesses du contrôle de conventionnalité exercé par le juge ordinaire. Cela conduit à s'interroger sur l'orientation moniste de l'ordre juridique interne, laquelle est pourtant clairement déterminée par l'article 55 de la Constitution. Elle implique que l'effet direct des traités internationaux est en principe présumé⁶⁶², dès lors qu'ils

⁶⁵⁴ CE, Ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, rec., p. 287 ; AJDA, 1993, p. 848, chron Christine MAUGUE et Laurent TOUVET.

⁶⁵⁵ CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, rec., p. 142 : RFDA, 1997, p. 585, concl. Ronny ABRAHAM ; RGDIP, 1998, p. 203, note Denis ALLAND.

⁶⁵⁶ CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, rec. p. 320 : RFDA, 1998, p. 562, concl. Ronny ABRAHAM ; RGDIP, 1998, p. 208, note Denis ALLAND.

⁶⁵⁷ CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, RFDA, 2012, p. 547, concl. Gaëlle DUMORTIER ; p. 560, note Marie GAUTIER ; AJDA, 2012, p. 936, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU.

⁶⁵⁸ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} éd., PUF, n° 139, p. 195.

⁶⁵⁹ Les articles 2-2, 3-2, 3-3, 4, 6-2, 7-2, 9-1 ne sont, par exemple, pas d'effet direct. Voir Baptiste BONNET, « Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan », D., 2010, p. 1032.

⁶⁶⁰ Seuls les articles 6-1, 6-2, 6-3 et 6-7 ont été reconnus d'effet direct par le Conseil d'Etat. Voir Julien BETAILLE, « The direct effect of the Aarhus Convention seen by the French Conseil d'Etat », ELNI review, n° 2, 2009, p. 68 ; Guillaume LEFLOCH, « La Convention d'Aarhus devant le juge administratif », LPA, 2008, n° 157, p. 4.

⁶⁶¹ V. Erwan LE CORNEC, *L'effet direct des conventions internationales en droit français de l'environnement et de l'aménagement* in *Terres du Droit - Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 663 ; Yann AGUILA, « Le juge administratif français », in SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 467.

⁶⁶² « Les traités doivent être normalement présumés produire des effets directs en droit interne, c'est-à-dire créer des règles de droit dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national » (Yann AGUILA, « Conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, n° 292942 », AJDA, 2007, p. 1533). Cette présomption valait déjà sous l'empire de la Constitution de 1946 (CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec.

ont été régulièrement introduits en droit interne, c'est-à-dire ratifiés et publiés⁶⁶³. Cette présomption est cependant contrebalancée par l'existence de critères d'appréciation de l'effet direct, lesquels déterminent *in fine* la soumission des lois et règlements internes aux dispositions des traités internationaux. La limitation des normes internationales invocables dans le cadre du contrôle de conventionnalité qui en résulte conduit à s'interroger sur l'orientation moniste du système français⁶⁶⁴. Baptiste Bonnet relève ainsi cette contradiction : « *quand le contrôle demandé par le requérant, qui est le destinataire de la convention internationale, est un pur contrôle de légalité, refuser ce contrôle au prétexte que la stipulation invoquée n'a pas d'effet direct revient à dire que cette stipulation ne s'est pas du tout incorporée dans l'ordre interne, que cette partie de la convention n'est pas source de la légalité, ce qui revient à contrevenir aux dispositions constitutionnelles et singulièrement à l'article 55 de la Constitution* »⁶⁶⁵. Le système français apparaît alors non plus comme moniste mais comme un système hybride : moniste pour les dispositions d'effet direct et dualiste pour les autres.

C. Pour une invocabilité plus large des traités internationaux

La position du Conseil d'Etat conduisant à rejeter l'invocabilité des conventions internationales qui ne produisent pas d'effet direct est contestée, y compris en son sein⁶⁶⁶. « *Cette position, déjà discutable en 1997, mais compréhensible au regard d'une vision des rapports de systèmes à un instant déterminé, paraît aujourd'hui dépassée* »⁶⁶⁷.

p. 291 ; RDP, 1952, p. 781, note Waline) et elle a été confirmée par l'arrêt *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012 (CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, *op. cit.*).

⁶⁶³ Les traités doivent avoir fait l'objet d'une publication après avoir été régulièrement ratifiés ou approuvés, sans quoi ils ne peuvent pas être invoqués. Les modalités sont définies par la Constitution. En vertu de l'article 52, c'est en principe le Président de la République qui est compétent pour ratifier un traité mais l'article 53 impose l'intervention du législateur concernant les matières les plus importantes, notamment celles qui relèvent en principe du domaine de la loi. De plus, l'opposabilité des traités est en outre soumise à leur publication (CE, 18 avril 1961, *Elections de Nolay*, rec., p. 189). V. Geneviève BURDEAU, « Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'Etat de droit », AFDI, vol. 32, 1986, p. 837. Sur l'« approbation » des accords internationaux, v. Michel LESAGE, « Les procédures de conclusion des accords internationaux de la France sous la Ve République », in AFDI, vol. 8, 1962, p. 873.

⁶⁶⁴ V. par exemple Denis ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international, réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Sarran, Levacher et autres du 30 octobre 1998 », RFDA, 1998, p. 1104.

⁶⁶⁵ Baptiste BONNET, « Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan », D., 2010, p. 1035.

⁶⁶⁶ Initialement par Ronny Abraham dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI* de 1997 puis par Yann Aguila (Yann AGUILA, « L'étendue du contrôle du juge dans les Etats membres », RJE, n° spécial, 2009, p. 103) et enfin par Gaëlle Dumortier dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012 (Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales – concl. sur CE, 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL* », AJDA, 2012, p. 547).

⁶⁶⁷ Baptiste BONNET, « Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant... », D., 2010, p. 1034. Celle-ci pourrait cependant être contournée en ce qui concerne les accords mixtes, c'est-à-dire ceux qui ont été à la fois approuvés par l'Union européenne et par les Etats membres. Ces accords font partie du bloc de conventionnalité au niveau interne, mais aussi au niveau de l'Union. Partie intégrante du droit de l'Union

131. Le principal argument allant à l'encontre de cette position est lié au caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. Baptiste Bonnet explique ainsi à propos de l'affaire *GISTI* de 1997 que « *ce que sollicite le GISTI, ce n'est pas la reconnaissance de droits subjectifs mais l'annulation d'un acte administratif illégal parce que contraire à un engagement international de la France. D'une certaine manière, l'absence d'effet direct des stipulations invoquées ne devrait pas avoir d'influence sur l'application de cette convention internationale dès lors qu'il s'agit d'un recours en appréciation de légalité d'un acte réglementaire. (...). Le GISTI soulève une question de légalité objective* »⁶⁶⁸. Marie Gautier exprime une position comparable lorsqu'elle affirme que « *la confusion effet direct/invocabilité peut se comprendre dans les contentieux de légalité dits subjectifs (...). En revanche, dans le cadre d'un contentieux de l'annulation dit objectif dont la finalité holiste est de veiller au respect par l'administration de la légalité, subordonner l'invocabilité d'une norme à son effet direct apparaît comme une véritable incongruité* »⁶⁶⁹.

132. Concluant sur l'arrêt *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012, Gaëlle Dumortier défend l'idée que la condition d'effet direct n'apparaît pas nécessaire « *dans un contentieux objectif de légalité (...), le juge n'étant saisi que d'un conflit de normes le conduisant à confronter la norme subordonnée, loi ou règlement, à la convention internationale, et, le cas échéant à annuler ou écarter la norme subordonnée incompatible* »⁶⁷⁰. Le Conseil d'Etat n'a cependant pas retenu cette proposition d'admettre l'invocabilité des conventions internationales dans le cadre de conflits de norme par nature purement objectifs. Cette position est contestable dans la mesure où, comme l'explique Yann Aguila, « *même lorsqu'il n'a pas d'effet direct à l'égard des particuliers, un traité a toujours une portée juridique (...). Il devrait pouvoir être invoqué, devant le juge national, à l'appui d'un recours contre un acte réglementaire* »⁶⁷¹.

Cette proposition, fréquemment reprise par la doctrine, nous semble très importante pour assurer l'effectivité des dispositions des conventions internationales dans la mesure où, sans invocabilité, les chances pour que leurs effets puissent s'imposer sur ceux d'actes réglementaires contraires sont particulièrement réduites. Elles dépendent alors exclusivement de l'intervention d'une juridiction internationale. La volonté d'assurer l'effectivité des conventions internationales devrait ainsi conduire à admettre, au minimum, une invocabilité

européenne, un accord mixte est soumis, dans l'appréciation de l'effet direct de ses dispositions, à la jurisprudence *Van Gend en Loos*. La Cour de justice applique en effet les critères de l'effet direct tels que définis dans la décision *Van Gend en Loos* (une disposition claire, précise et inconditionnelle) au droit conventionnel (CJCE, 30 septembre 1987, *Demirel*, 12/86, rec., p. 3719, § 14), y compris aux accords mixtes (CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre*, C-213/03, rec., p. 7357, § 39 : RJE, n° 2, 2005, p. 187, chron. HERVE-FOURNEREAU). Par conséquent, le critère de l'objet du traité (droits subjectifs) valable en droit interne ne s'applique pas à ce type d'accord.

⁶⁶⁸ Baptiste BONNET, « Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan », *Dalloz*, 2010, p. 1034.

⁶⁶⁹ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA*, 2012, p. 560.

⁶⁷⁰ Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales – Conclusions sur CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL* », *RFDA*, 2012, p. 547.

⁶⁷¹ Yann AGUILA, « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *AJDA*, 2012, p. 729.

d'exclusion⁶⁷², voire une invocabilité de substitution⁶⁷³, de ces conventions à l'encontre des actes réglementaires⁶⁷⁴.

Au-delà de ce débat sur les évolutions souhaitables en terme d'invocabilité des conventions internationales, la jurisprudence du Conseil d'Etat quant à l'appréciation des critères de l'effet direct soulève de nombreuses interrogations.

II. La subjectivité de l'appréciation de l'effet direct des conventions internationales

Le Conseil utilise en principe des critères clairs pour apprécier l'effet direct des conventions internationales (A). Il semble cependant que, du moins avant la décision d'assemblée *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012, le Conseil d'Etat fasse une application sélective, voire subjective de ces critères (B). Or, leur appréciation objective se révèle particulièrement importante pour l'effectivité des conventions internationales. En effet, la question de l'effet direct constitue « *un sévère goulet d'étranglement pour l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois, dans la mesure où la reconnaissance d'un tel effet aux stipulations internationales, généralement adressées aux Etats seuls et souvent formulées en termes très imprécis, est assez exceptionnel* »⁶⁷⁵.

A. Les critères de l'effet direct des conventions internationales

133. Avant l'intervention de la décision *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012, les critères de l'effet direct des conventions internationales demeuraient incertains. Les conclusions du

⁶⁷² En droit de l'Union européenne, l'invocabilité d'exclusion permet « *d'invoquer les dispositions de la directive seulement afin d'obtenir que soit écartée la norme nationale qui leur est contraire* » (Claude BLUMANN et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd., Manuel, Litec, 2010, p. 569).

⁶⁷³ L'invocabilité de substitution permet « *de demander au juge national d'appliquer les dispositions de la directive aux lieu et place de celles du droit national qui n'a pas transposé ou a transposé incorrectement la directive* » (*ibidem*). En outre, l'invocabilité d'interprétation qui conduit le juge à interpréter le droit interne à la lumière de la convention internationale et de sa finalité est déjà imposée par la CJUE en ce qui concerne les accords mixtes tels que la Convention d'Aarhus (CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-240/09, § 54 ; *Actualités Droits-Libertés*, 12 mars 2011, note Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE ; JDI, 2012, p. 721, note Delphine DERO-BUGNY ; RJE, 2011, p. 459, chron. Julien BETAILLE). L'invocabilité de réparation qui permet d'invoquer une norme internationale pour demander la réparation du préjudice né d'une norme interne inconventionnelle est admise par le Conseil d'Etat (v. CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522, rec., p. 78 ; AJDA, 2007, p. 585, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, *ibid.*, p. 1097, trib. Paul CASSIA ; RFDA, 2007, p. 361, concl. Luc DEREPAAS ; JCP A, 2007, n° 2083, note Camille BROUELLE ; RTD Civ., 2007, p. 297, obs. Jean-Pierre MARGUENAUD).

⁶⁷⁴ La condition d'effet direct paraît en revanche plus justifiée en ce qui concerne le contentieux, plus subjectif, des actes individuels.

⁶⁷⁵ Jérôme ROUX, « L'abandon de la jurisprudence IVG... », *op. cit.*, p. 651.

commissaire du gouvernement Ronny Abraham sur l'arrêt *GISTI* de 1997⁶⁷⁶ avaient cependant permis d'identifier trois critères. Le premier était celui de l'objet du traité. En vertu de ce critère, une disposition qui avait pour seul objet d'organiser les relations entre Etats était dépourvue d'effet direct. En revanche, si une disposition attribuait un droit subjectif aux particuliers, elle est susceptible de produire un effet direct. Le second était le caractère auto-exécutoire de la disposition (*self executing*). Il correspondait au critère de l'inconditionnalité retenu par la jurisprudence dans la jurisprudence de la Cour de justice. Ainsi, une disposition était d'effet direct si son application n'était pas conditionnée par l'intervention d'une autre norme. La justification théorique de ce critère résidait « dans le principe bien ancré en droit français selon lequel le pouvoir judiciaire n'est pas source de droit »⁶⁷⁷. Si l'intervention du législateur était nécessaire, la disposition n'était pas dotée d'effet direct. Le troisième critère, rejeté par Ronny Abraham mais souvent appliqué par le juge administratif, était celui de la précision de la disposition.

134. La décision *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012 a le mérite de clarifier la situation du droit positif. Désormais, selon le Conseil d'Etat, « une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers »⁶⁷⁸. Ainsi, l'effet direct d'une convention internationale est en principe apprécié au regard de son objet et de son caractère auto-exécutoire. Cela est d'ailleurs plus proche des critères retenus en droit international⁶⁷⁹. Néanmoins, si l'ancien critère de la précision de la disposition n'est pas retenu, la décision *GISTI et FAPIL* y fait une référence implicite lorsqu'elle précise que les deux critères de l'effet direct s'apprécie notamment eu égard « à (leur) contenu et à (leurs) termes ». On peut regretter que ce critère ne soit pas totalement abandonné par le Conseil d'Etat dans la mesure où il était au centre d'une appréciation subjective de l'effet direct.

⁶⁷⁶ Ronny ABRAHAM, « Conclusions sur CE, section, 23 avril 1997, *GISTI* », RFDA, 1997, p. 590.

⁶⁷⁷ Hélène TIGROUDJA, « Droit administratif et droit international: le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », RFDA, 2003, p. 157.

⁶⁷⁸ CE, 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, *op. cit.*. Par ailleurs, le Conseil d'Etat adopte une approche casuistique de l'effet direct en appréciant ce dernier disposition par disposition, voire paragraphe par paragraphe. La jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas toujours été stable (voir notamment Jean MATRINGE, Observations sous CE, 9 novembre 2007, *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*, n° 289063 et CE, 11 janvier 2008, n° 292493, RGDIP, 2008, p. 210). Après avoir opté pour une approche globale de l'effet direct, la Cour de cassation a rejoint la position du Conseil d'Etat (Cass., 1ère civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942, D., 2005, p. 2790).

⁶⁷⁹ V. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 450. Le droit international public retient deux conditions, le caractère auto-exécutoire du traité et son objet, cette dernière condition consistant à examiner si le traité confère ou non des droits subjectifs aux particuliers (v. CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétences des tribunaux de Dantzig*, série B, n° 15, p. 15).

B. L'utilisation subjective des critères de l'effet direct

135. En premier lieu, le critère de la précision de la disposition internationale, qui n'est pas véritablement abandonné par la décision *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012, concentre l'essentiel des critiques. Ronny Abraham défendait, en 1997, l'idée que si « *une norme vague ne peut pas servir de base à l'établissement d'un droit individuel, elle peut toujours servir de référence à un contrôle de compatibilité* »⁶⁸⁰. Une norme imprécise n'est pas pour autant insusceptible de constituer une norme de référence du contrôle de conventionnalité. Pour Marie Gautier, « *pour aussi vague qu'elle soit, la norme internationale n'en pose pas moins une obligation qui, en vertu de la règle pacta sunt servanda (...) s'impose aux pouvoirs publics* »⁶⁸¹. De plus, le Conseil d'Etat ne semble pas appliquer ce critère de manière uniforme. Par exemple, l'article 8 de la Convention EDH a été considéré par le Conseil d'Etat comme produisant un effet direct⁶⁸², en dépit de son caractère imprécis. En outre, une disposition imprécise ne doit pas être confondue avec son appartenance au droit positif. En effet, « *le caractère incomplet et général de la règle ne lui retire pas sa normativité, et il ne faut pas confondre un traité international, engagement juridiquement contraignant, avec une déclaration d'intention politique* »⁶⁸³. Par ailleurs, l'appréciation de ce critère paraît presque hasardeuse, du moins dans la jurisprudence antérieure à la décision *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012. Ainsi, « *si une stipulation prévoit que les Etats parties "prennent des mesures pour que..."*, elle est considérée comme suffisamment impérative pour être d'effet direct⁶⁸⁴, alors que si elle indique que les parties "veillent à ce que...", le juge aura plutôt tendance à estimer qu'elle n'a pas d'effet direct »⁶⁸⁵. De même, il est possible de douter « *qu'on puisse faire la différence entre une formule telle que 'Les Etats parties s'engagent à garantir...'*, qui exclurait l'effet direct, et l'expression 'Les Etats parties garantissent...' tel ou tel droit, qui, elle, ne l'exclurait pas – voir l'impliquerait »⁶⁸⁶. Ce type de formulation est pour autant inhérent au droit international, fruit de négociations diplomatiques et de compromis : Carlo Santulli explique ainsi que « *la jurisprudence du Conseil d'Etat s'abrite parfois derrière les choix rédactionnels renvoyant à l'engagement étatique d'œuvrer dans une certaine direction, pour refuser l'effet direct. Or, une telle position ne peut qu'être critiquée, puisqu'elle conduit à refuser de censurer les décisions qui iraient à l'encontre d'un objectif conventionnel, au motif que, l'Etat s'étant engagé à prendre de telles mesures, il n'appartient pas au juge*

⁶⁸⁰ Ronny ABRAHAM, « Conclusions sur CE, section, 23 avril 1997, *GISTI* », RFDA, 1997, p. 593.

⁶⁸¹ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », RFDA, 2012, p. 560.

⁶⁸² CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Dame Babas*, rec., p. 152 ; RFDA, 1991, concl. Ronny ABRAHAM.

⁶⁸³ Ronny ABRAHAM, « Conclusions sur CE, section, 23 avril 1997, *GISTI* », RFDA, 1997, p. 593.

⁶⁸⁴ Alors même que l'on pourrait douter de son caractère auto-exécutoire puisque que les Etats « *prennent des mesures...* ».

⁶⁸⁵ Yann AGUILA, « L'étendue du contrôle du juge... », RJE, n° spécial, 2009, p. 103.

⁶⁸⁶ Yann AGUILA, « Conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay* », *op. cit.*, p. 1532.

(n'est-il plus organe de l'Etat ?) de s'y substituer. Ainsi, en prétendant se fonder sur les termes de l'engagement international, le juge permet de consommer la violation »⁶⁸⁷.

136. En second lieu, l'utilisation sélective des critères de l'effet direct qui était pratiquée avant la décision GISTI et FAPIL, et dont on ne sait pas encore si elle perdurera, peut être critiquée. Alors qu'ils sont en théorie cumulatifs, le juge semble parfois s'en tenir à un seul critère, celui qui est le plus contesté⁶⁸⁸, celui de la précision de la disposition. Yann Aguila concluait ainsi sur l'affaire *Commune de Groslay* : « nous nous demandons si une certaine évolution de votre jurisprudence ne vous a pas conduit à oublier la mise en garde du commissaire du gouvernement dans l'affaire GISTI et à vous en tenir, le plus souvent, au simple critère rédactionnel – qui est, il est vrai, le plus simple à manier »⁶⁸⁹. Par exemple, l'article 6, paragraphe 2⁶⁹⁰, de la Convention d'Aarhus semble équivalent, dans sa formulation, à l'article 6, paragraphe 4⁶⁹¹. Or, l'article 6, paragraphe 2, est d'effet direct quand l'article 6, paragraphe 4, ne l'est pas. L'affirmation selon laquelle « le critère retenu est, pour l'essentiel, celui de la rédaction de la clause »⁶⁹² est ainsi confirmée.

137. On peut *in fine* s'interroger sur l'utilisation de ces critères par le Conseil d'Etat. On remarquera par exemple, au sujet de l'article 6 de la Convention d'Aarhus, que les dispositions qui bouleverseraient le plus notre droit interne – les paragraphes 4 et 8 de l'article 6 – ne sont pas d'effet direct alors que celles que le droit français a depuis longtemps parfaitement intégrées – les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 – sont reconnues d'effet direct sans qu'une différence objective dans leur formulation ne puisse le justifier⁶⁹³. Ces dispositions sont pourtant toutes obligatoires pour les Etats. Cette interprétation, qui conduit à penser que le droit international n'est intégré que lorsqu'il n'implique que peu de changement en droit interne, aurait pu elle-même présenter le risque de pêcher par trop de subjectivité si elle n'était pas confirmée en doctrine. Ainsi, Denys de Béchillon considère qu'« en fait, les "vraies" raisons inscrites à l'origine de cette jurisprudence fermée à double tour ne font pas mystère : le caractère "préoccupant" de certains droits proclamés par la Convention de New York en regard de nos institutions juridiques françaises justifie, pour l'essentiel, la résistance qui leur a été opposée. (...). L'annihilation en amont de la source même de tout conflit représente de ce point de vue une issue tout à fait confortable et efficace. (...). Privé

⁶⁸⁷ Carlo SANTULLI, « Chronique de droit international », RFDA, 2009, p. 145.

⁶⁸⁸ Cela conduit à ce que des dispositions qui ne confèrent pas de droit subjectif soient reconnues d'effet direct. Voir par exemple, à propos de certaines dispositions objectives de l'article 6 de la Convention EDH, Damien BOTTEGHI et Alexandre LALLET, note sur CE, sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas les flots, Commune de Lattes*, AJDA, 2010, p. 2419.

⁶⁸⁹ Yann AGUILA, « Conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay* », *op. cit.*, p. 1533.

⁶⁹⁰ « Lorsqu'un processus décisionnel touchant l'environnement est engagé, le public concerné est informé comme il convient, de manière efficace... ».

⁶⁹¹ « Chaque Partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence ».

⁶⁹² Yann AGUILA, « L'étendue du contrôle du juge... », RJE, n° spécial, 2009, p. 103.

⁶⁹³ V. Julien BETAÏLLE, « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », RJE, n° 2, 2010, p. 197.

d'applicabilité, le "mauvais" traité n'existe plus vraiment »⁶⁹⁴. Dans le même ordre d'idée, Aude Rouyère explique que « *les éléments de cette analyse demeurent quelque peu mystérieux et semblent bien relever d'une politique juridictionnelle non exclusivement commandée par la manière dont la règle est écrite* »⁶⁹⁵. Il reste alors à voir si la décision *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012 constituera de ce point de vue un tournant conduisant à une réévaluation de l'effet direct d'un certain nombre de conventions internationales ou si sa vocation est simplement de clarifier les critères retenus sans en rationaliser l'utilisation.

⁶⁹⁴ Denys de BECHILLON, « De quelques incidences... », RFDA, 1998, p. 230.

⁶⁹⁵ Aude ROUYERE, « Principe de précaution et risques : prescrire ou traiter ? », in Jean-Marc LAVIEILLE, Julien BETAILLE et Michel PRIEUR, *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Bruylant, 2011, p. 293.

CONCLUSION

L'étude de la réception des normes d'origine externe dans l'ordre juridique interne révèle un premier foyer d'incohérences susceptibles de limiter l'effectivité de la norme. Il est possible de distinguer trois sources d'incohérences.

138. Tout d'abord, la contradiction la plus marquante suscitée par le pluralisme juridique est celle qui oppose la Constitution de l'ordre juridique interne aux diverses normes d'origine externe. D'un côté, l'ordre international et l'ordre de l'Union européenne affirment leur primauté sur l'ensemble des normes internes, y compris, donc, sur la Constitution. De l'autre, l'ordre interne affirme la supériorité de la Constitution sur l'ensemble des autres normes, y compris, donc, sur les normes externes. De là naît une situation d'ignorance mutuelle entre les ordres juridiques qui est une source potentielle de contradiction entre deux normes : la Constitution et une norme externe. Quelle que soit l'issue de la confrontation, l'absence de hiérarchie conduit, au moins partiellement, à ce que l'une de ces deux normes soit effective au détriment de l'effectivité de l'autre.

139. Ensuite, si le droit français a beaucoup progressé dans l'intégration des normes d'origine externe⁶⁹⁶, plusieurs problèmes subsistent sous les effets conjugués de la profusion des normes d'origine externe et du pluralisme juridique. A mesure que les juges nationaux se sont progressivement ouverts aux normes externes, le dispositif de contrôle de ces normes s'est considérablement complexifié. Cette complexification n'est d'ailleurs pas étrangère à la volonté de préserver la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne, tout en essayant d'intégrer de mieux en mieux les normes européennes. D'une certaine manière, cette complexification est le résultat de la tentative de conciliation rendue nécessaire par l'ignorance partielle des ordres juridiques. La complexité qui résulte de cette situation n'est pas, en elle-même, une source d'incohérence, mais elle témoigne bien du fait que la réception des normes externe se fait dans la douleur.

140. Enfin, en dépit des progrès accomplis du côté des normes européennes, la réception des normes externes dans l'ordre interne n'est pas totale. C'est du moins ce que montre le cas des dispositions des traités internationaux qui sont privées d'effet direct. Il en résulte que leur respect par des normes normalement inférieures n'est pas assuré par le juge interne. Dès lors, leur effectivité est susceptible d'être compromise par la persistance dans l'ordre juridique d'une norme inférieure pourtant non valide.

141. Ces situations d'incohérence montrent ainsi, de façon négative, que la cohérence de l'ordre juridique est une condition juridique de l'effectivité. On peut montrer ce rapport d'implication entre la cohérence de l'ordre juridique et l'effectivité de la norme à un autre niveau. En effet, les contradictions entre normes ne se limitent pas aux cas de réception des

⁶⁹⁶ V. notamment Louis DUBOUIS, « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'Etat en terres internationales et européennes », in *Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 391.

normes d'origine externe. L'articulation des normes internes entre elles peut aussi constituer un foyer d'incohérences. C'est ce qu'illustre le cas de la hiérarchie des normes en droit de l'urbanisme.

CHAPITRE II : L'ARTICULATION DES NORMES INTERNES

142. Le modèle hiérarchique d'articulation des normes est en principe pourvoyeur de cohérence de l'ordre juridique. Il préserve donc théoriquement l'effectivité de la norme. Cependant, de la même manière que la réception des normes externes se fait parfois dans la douleur, l'articulation des normes internes à l'ordre juridique est parfois beaucoup plus complexe. Comme le souligne Michel Van de Kerchove, la simplicité du modèle kelsénien « ne lui permet pas de rendre compte à lui seul de la complexité toujours croissante de la réalité juridique »⁶⁹⁷. De cette complexification de l'articulation entre les normes naissent inéluctablement des risques de contradiction entre les normes internes qui sont potentiellement préjudiciables à leur effectivité.

143. Cette situation est palpable dans de nombreux domaines spéciaux du droit public interne. Elle trouve une illustration éclatante en droit de l'urbanisme, d'autant plus que ce droit est de plus en plus systématiquement pénétré par les normes issues du droit de l'environnement. Cette intégration des enjeux environnementaux dans le droit de l'urbanisme accroît, comme s'il en était besoin, la complexité de l'articulation des normes. L'état de la hiérarchie des normes d'urbanisme conduit par exemple Jean-Pierre Lebreton à avancer que « pour le grand architecte autrichien des normes qu'était Hans Kelsen, la pyramide était conçue comme un étagement de normes qui se présentent chacune comme la concrétisation de celle qui lui est supérieure. Cette idée simple et frappée au coin du bon sens n'a pas toujours son reflet dans la réalité »⁶⁹⁸. C'est cette idée que nous proposons ici d'étayer en montrant que si la cohérence de l'ordre juridique est une condition de l'effectivité, les contradictions qui se font jour en droit positif entre les normes internes peuvent influencer négativement l'effectivité de la norme.

144. En premier lieu, la hiérarchisation des normes, garantie de la cohérence de l'ordre juridique, est, en matière d'urbanisme, fragilisée (**Section 1**). Cette fragilité tient essentiellement à ce que les facteurs traditionnels de hiérarchisation des normes tels que l'enracinement constitutionnel et le contrôle de légalité y sont faibles. En second lieu, la hiérarchie des normes d'urbanisme est déstabilisée par le défi constant que représente la gestion d'une multiplicité de niveaux de normes et l'influence horizontale des normes issues du droit de l'environnement (**Section 2**). La réponse à ce défi semble inéluctablement devoir se faire par un assouplissement des rapports entre les normes, frisant ainsi avec l'admission de contradictions entre les normes.

⁶⁹⁷ Michel VAN DE KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout ? », in *Mélanges Amserek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 477.

⁶⁹⁸ Jean-Pierre LEBRETON, « La hiérarchie des normes d'urbanisme vue des Grands Lacs », *Etudes foncières*, n° 112, 2004, p. 23.

Section I : Une hiérarchie fragilisée

« *Le droit de l'urbanisme se pique de posséder une hiérarchie des normes : on peut même dire qu'il consacre de grands efforts intellectuels à régler les rapports entre les innombrables instruments de réglementation et de planification qu'il ne cesse de créer* »⁶⁹⁹. Pour autant, si les normes législatives et réglementaires du droit de l'urbanisme sont particulièrement, voire excessivement, développées, les normes d'urbanisme se font étonnamment rares dès lors que l'on remonte les étages de la pyramide.

Il en est ainsi aux niveaux international et européen. Le doyen Robert Savy écrivait ainsi au début des années quatre-vingt que « *le droit de l'urbanisme relève exclusivement du droit interne* »⁷⁰⁰. La situation a évolué depuis. Pour autant, cette affirmation reste partiellement vraie tant les normes proprement urbanistiques d'origine externe sont rares. Jacqueline Morand-Deville explique qu'« *à la différence du droit de l'environnement, le droit de l'urbanisme stricto sensu est encore peu encadré par des normes internationales* »⁷⁰¹. C'est en général de façon indirecte⁷⁰² que des normes d'origine externe sont amenées à influencer le droit de l'urbanisme, notamment par le biais du droit de l'environnement⁷⁰³, du droit économique⁷⁰⁴ ou des droits de l'homme⁷⁰⁵.

⁶⁹⁹ Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, Orléans, 2006, p. 33.

⁷⁰⁰ Robert SAVY, *Droit de l'urbanisme*, PUF, Paris, 1981, p. 47.

⁷⁰¹ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme*, 8^{ème} éd., Mémentos, Dalloz, 2008, p. 9.

⁷⁰² Par exemple, au niveau de l'Union européenne, il n'existe pas de directive ou de règlement concernant directement le droit de l'urbanisme, notamment en raison de l'article 345 TFUE selon lequel « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Pour un point de vue complet, v. Francis HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruylant, Bruxelles, 2007 ; Jean-Bernard AUBY, « Droit de l'urbanisme et droit européen », AJDA, 1995, p. 667 ; Jean-Claude BONICHOT, « Opérations d'aménagement et droit communautaire, ou lorsque le droit communautaire n'envahit pas assez », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 595. Plus largement, v. Guy LISSANDRO, *Le droit français des sols à l'épreuve du droit international public et du droit européen*, thèse, droit, Nice, 1996.

⁷⁰³ En ce qui concerne le droit international, le droit de l'urbanisme peut être influencé par la Convention d'Aarhus en ce qui concerne la participation du public aux plans et programmes et l'accès à la justice (Convention relative à l'accès à l'information, à la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement signée le 25 juin 1998 à Aarhus au Danemark, entrée en vigueur en France le 6 octobre 2002), par la Convention d'Espoo concernant les permis de construire soumis à étude d'impact (Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière signée le 25 février 1991 et entrée en vigueur le 10 septembre 1997) ou encore par son Protocole qui concerne notamment l'évaluation environnementale des plans d'urbanisme (Protocole de Kiev relatif à l'évaluation stratégique environnementale (signé le 21 mai 2003, entré en vigueur le 11 juillet 2010). En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, le droit de l'urbanisme est indirectement influencé par les directives environnementales, notamment celles concernant l'évaluation environnementale (directive n° 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement : JOCE n° L. 197 du 21 juillet 2001, p. 30).

⁷⁰⁴ Notamment par le droit des marchés publics. V. Francis HAUMONT, « La Cour de justice des communautés européennes et l'urbanisme », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, *op. cit.*, p. 273 et 280.

⁷⁰⁵ La jurisprudence de la Cour EDH exerce indirectement une influence sur le droit de l'urbanisme (v. Jean-Paul COSTA, « Quelques observations sur le droit de l'urbanisme, vu sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, *op. cit.*, p. 161)⁷⁰⁵. Si aucun des articles de la Convention EDH n'est dédié à l'urbanisme, son influence s'exerce à travers le droit au respect des biens (art. 1^{er}

Au-delà des normes externes, le droit de l'urbanisme est marqué par la faible densité de son enracinement constitutionnel (§1) et le contrôle de légalité, qui garantit en principe le respect, et par ricochet l'effectivité, des normes législatives et réglementaires, souffre dans ce domaine de plusieurs faiblesses, tant au niveau administratif que contentieux (§2).

§1 – La faible densité de l'enracinement constitutionnel du droit de l'urbanisme

Le droit constitutionnel constitue un facteur de structuration de la hiérarchie des normes. Ainsi, selon Georges Vedel, « *tout le monde tombera d'accord que la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif* »⁷⁰⁶. Au delà d'en être la base, elle pose aussi des limites au droit administratif. Elle est une norme que le législateur, comme l'administration, doit respecter.

En droit de l'urbanisme, la pyramide des normes est en quelque sorte décapitée. Dans ce domaine, la pointe de la pyramide « *n'a pas été immédiatement visible à l'œil du juriste non averti* »⁷⁰⁷. En effet, les sources constitutionnelles du droit de l'urbanisme sont exclusivement jurisprudentielles (I), même si, au-delà des dispositions constitutionnelles traditionnellement invoquées en la matière, la Charte de l'environnement est susceptible de constituer un vecteur du développement du droit constitutionnel de l'urbanisme (II).

I. L'origine jurisprudentielle des sources constitutionnelles du droit de l'urbanisme

« *La Constitution française ne comporte aucune norme concernant directement l'urbanisme* »⁷⁰⁸. Cependant, il s'est indirectement développé une jurisprudence constitutionnelle intéressant le droit de l'urbanisme (A). Ce mouvement est plus net depuis l'entrée en vigueur de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) (B).

du 1^{er} Protocole), le droit au procès équitable (art. 6) et le droit à l'environnement reconnu par la jurisprudence de la Cour. Par exemple, une décision de la Cour EDH du 23 septembre 1982 concernant le droit au respect des biens (Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lonnroth c. Suède*, n° 7151/75 ; GACEDH, n° 67) a directement influencé la jurisprudence du Conseil d'Etat français concernant les servitudes d'urbanisme (CE, 3 juillet 1995, *Bitouzet* ; RFDA, 1999, p. 841, note Denys de BECHILLON).

⁷⁰⁶ Georges VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, n° 8, 1954, p. 21.

⁷⁰⁷ Jean-Pierre LEBRETON, « La hiérarchie des normes d'urbanisme... », *op. cit.*, p. 22.

⁷⁰⁸ Jérôme TREMEAU, *Droit constitutionnel de l'urbanisme*, *Jcl. adm.*, fasc. 1454, février 2010, n° 18.

A. Les sources jurisprudentielles du droit de l'urbanisme avant l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité

C'est principalement, de façon indirecte, autour de certaines dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC) et de l'article 72 de la Constitution qu'une jurisprudence constitutionnelle en matière d'urbanisme a pu émerger.

145. En premier lieu, la réglementation de l'usage des sols par le droit de l'urbanisme implique nécessairement de possibles limitations du droit de propriété. Ce dernier est donc fréquemment invoqué dans le cadre constitutionnel. Le Conseil vérifie que l'atteinte au droit de propriété ne soit pas d'une gravité telle qu'elle conduise à sa dénaturer⁷⁰⁹. La limitation du droit de propriété doit être justifiée par l'intérêt général et le juge constitutionnel contrôle la gravité de l'atteinte au droit de propriété au regard de l'objectif poursuivi. Aussi une limitation de ce droit doit-elle être assortie de garanties de fond et de procédure suffisantes. Depuis la décision « Amendement Tour Eiffel »⁷¹⁰, on sait notamment que ces garanties peuvent être constituées par l'existence d'une procédure permettant aux personnes concernées d'être informées des motifs de cette limitation de leur droit et de pouvoir présenter des observations⁷¹¹.

146. En deuxième lieu, le zonage opéré par les documents d'urbanisme est parfois contesté sur le fondement du principe d'égalité. Conformément à sa jurisprudence traditionnelle, le Conseil considère que les différences de situation juridique des propriétés foncières résultant notamment du zonage d'un plan local d'urbanisme correspondent à des situations de fait différentes entre ces propriétés⁷¹².

147. En troisième lieu, le droit au recours est lui aussi invoqué en matière d'urbanisme. Par exemple, cela a été le cas en ce qui concerne la loi « Bosson » du 9 février 1994⁷¹³ qui restreint la possibilité d'invoquer, par voie d'exception, un moyen de légalité externe après l'entrée en vigueur des documents d'urbanisme⁷¹⁴. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas déclaré cette restriction contraire au droit au recours⁷¹⁵.

⁷⁰⁹ Par exemple, la soumission à autorisation des changements de destination de locaux commerciaux ou artisanaux dans certaines villes constitue une dénaturer du droit de propriété (CC, 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, § 19 et 20 ; RFDC, 2001, p. 85, chron. Nathalie JACQUINOT, Alain PARIENTE, Loïc PHILIP, Didier RIBES et Michel VERPEAUX).

⁷¹⁰ CC, 13 décembre 1985, n° 85-198 DC ; AJDA, 1986, p. 179, note Jean BOULOUIS.

⁷¹¹ A l'occasion de l'examen de la loi SRU, le Conseil a considéré que la procédure de l'enquête publique permettait aux intéressés de présenter leurs observations au stade de l'élaboration des plans locaux d'urbanisme (CC, 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, § 14-15 ; *op. cit.*).

⁷¹² CC, 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, § 16 et 17 ; *ibidem*.

⁷¹³ Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction (JORF n°34 du 10 février 1994, p. 2271) ; v. Yves JEGOUZO, « Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9 février 1994 », RDI, 1994, p. 153.

⁷¹⁴ V. *infra*, § 168.

⁷¹⁵ CC, 21 janvier 1994, n° 93-335 DC ; RFDA, 1995, p. 7, note Patrick HOCREITERE.

148. En dernier lieu, la contribution la plus intéressante du Conseil constitutionnel sur le plan de la hiérarchie des normes d'urbanisme est intervenue sur le fondement de l'article 72 de la Constitution sur la libre administration des collectivités territoriales⁷¹⁶. Il juge ainsi que les dispositions de l'article L. 121-1 du code de l'urbanisme « *doivent être interprétées comme imposant seulement aux auteurs des documents d'urbanisme d'y faire figurer des mesures tendant à la réalisation d'objectifs qu'elles énoncent : qu'en conséquence, il appartiendra au juge administratif d'exercer un simple contrôle de compatibilité* »⁷¹⁷. A travers cette réserve d'interprétation, le juge constitutionnel a voulu préserver les collectivités territoriales de toute contrainte excessive.

149. En définitive, ce n'est que par des moyens détournés qu'une jurisprudence constitutionnelle intéressant l'urbanisme a pu émerger. Pour autant, si cette situation n'est pas susceptible d'évoluer sans intervention du Constituant, l'entrée en vigueur, en 2010, du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a tracé de nouvelles perspectives et elle contribue au développement de la jurisprudence constitutionnelle en la matière.

B. Le développement du droit constitutionnel de l'urbanisme dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

L'objectif de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité est, notamment, d'« *assurer la prééminence de la Constitution* » et de « *purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles* »⁷¹⁸. Elle contribue aussi « *à renforcer les liens existant entre droit administratif et droit constitutionnel, en favorisant la constitutionnalisation – déjà bien engagée – du droit administratif* »⁷¹⁹. Le droit administratif de l'urbanisme n'échappe pas à ce mouvement⁷²⁰. La primauté de la Constitution dans ce domaine, comme dans les autres, est ainsi mieux assurée et l'introduction de cette nouvelle voie de droit contribue à renforcer la cohérence de l'ordre juridique, notamment parce que la QPC permet de pallier les

⁷¹⁶ Sur ce même fondement, voir aussi les décisions 20 février 1973 (n° 73-76 L) et du 20 janvier 1993 (n° 92-316 DC) par laquelle le Conseil censure la suspension automatique des actes des collectivités en cas de déféré préfectoral sur le fondement de l'article 72.

⁷¹⁷ CC, 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC ; RFDC, 2001, p. 85, chron. Nathalie JACQUINOT, Alain PARIENTE, Loïc PHILIP, Didier RIBES et Michel VERPEAUX.

⁷¹⁸ Bertrand MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », JCP G, 2009, n° 602, p. 56.

⁷¹⁹ Pierre de MONTALIVET, « La question prioritaire de constitutionnalité. Etendue et limites d'un nouveau droit », *Droit administratif*, n° 3, 2010, étude 6, n° 49.

⁷²⁰ En ce sens, voir Jérôme TREMEAU, « La question prioritaire de constitutionnalité », DAUH, 2010, p. 43.

insuffisances du contrôle de constitutionnalité *a priori*⁷²¹ et qu'elle induit un recul du champ d'application de la théorie de la loi écran⁷²².

Même si les dispositions constitutionnelles invocables dans le cadre de la QPC sont partiellement limitées (1), la QPC a induit un développement, bien que timide, de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'urbanisme (2).

1) Des normes de référence limitées aux « droits et libertés »

150. Dans le cadre de la QPC, les normes de référence du contrôle de constitutionnalité sont limitées aux « droits et libertés garantis par la Constitution »⁷²³. Cependant, cette limitation ne semble pas affecter significativement le potentiel de développement de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'urbanisme.

En effet, si l'incompétence négative ne peut en principe pas être invoquée dans le cadre de la QPC, cela n'est pas le cas lorsqu'« est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit »⁷²⁴. Il en va de même pour l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui, s'il ne peut être invoqué en tant que tel, semble en revanche pouvoir l'être à l'appui d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantie⁷²⁵. Il est du reste possible de regretter cette timidité du juge constitutionnel, notamment en ce qui concerne le droit de l'urbanisme. En effet, « cela aurait nécessité une réécriture du code de l'urbanisme qui soit une véritable "simplification" »⁷²⁶. En outre, l'exigence constitutionnelle de transposition des directives « ne relève pas des "droits et libertés que la Constitution garantit" et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une

⁷²¹ Voir Dominique ROUSSEAU, « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *op. cit.*, p. 637. La QPC, par son insertion dans le cadre d'une instance, permet un contrôle plus concret de la constitutionnalité (*contra*, v. Xavier MAGNON, « La QPC, beaucoup de bruit pour quoi ? », AJDA, 2010, p. 1673).

⁷²² Avec l'entrée en vigueur de la QPC, le juge administratif peut, à condition d'être saisi en ce sens et que la question posée remplisse les conditions requises (v. *infra*, § 759), transférer une QPC au Conseil constitutionnel. C'est la raison pour laquelle la théorie de la loi écran (CE, sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, rec., p. 966 ; RDP, 1936, p. 671, concl. R. LETOURNERIE) tombe partiellement en désuétude. Cependant, dès lors qu'une QPC ne peut être soulevée d'office par le juge administratif (CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, § 9 ; RFDA, 2010, p. 1, étude Bruno GENEVOIS), cette théorie ne disparaît pas totalement. Ainsi, lorsque le requérant invoque l'inconstitutionnalité d'un acte administratif pris en application d'une loi inconstitutionnelle sans pour autant doubler sa requête d'une QPC, le juge administratif ne pourra que maintenir la théorie de la loi écran.

⁷²³ Article 61-1 de la Constitution.

⁷²⁴ CC, 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, § 3 ; RFDC, 2010, p. 824, chron. Loïc PHILIP. Pour une mise en œuvre de cette exception à propos du droit de propriété, v. CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; RFDC, 2011, p. 137, chron. Elise CARPENTIER et Catherine TZUTZUIANO ; JCP A, n° 41, 2010, p. 50, note Philippe BILLET. En revanche, l'incompétence négative ne peut pas être invoquée à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution (CC, 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC ; RFDC, 2011, p. 281, chron. Annabelle PENA, Fleur DARGENT et Alexis LE QUINIO) ou à sa révision (ainsi à propos de la Charte de l'environnement : CE, 3 novembre 2010, *Le Fur*, n° 342502 ; AJDA, 2010, p. 2135, obs. Rémi GRAND).

⁷²⁵ CC, 22 juillet 2010, n° 2010-4/17 QPC, § 9 ; AJDA, 2010, p. 2262, note Mathias CHAUCHAT : la « méconnaissance (de cet objectif) ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité ».

⁷²⁶ Yves JEGOUZO, « Le droit de l'urbanisme à l'épreuve de la QPC », RDI, 2011, p. 1.

question prioritaire de constitutionnalité »⁷²⁷, mais cela n'est, en l'état actuel du droit de l'Union européenne, pas susceptible de concerner directement le droit de l'urbanisme.

151. En revanche, l'essentiel des droits et libertés traditionnellement invoqués en matière d'urbanisme peuvent l'être dans le cadre de la QPC. Il en va ainsi du principe d'égalité⁷²⁸, du droit de propriété⁷²⁹, du droit au recours⁷³⁰ et de la libre administration des collectivités territoriales⁷³¹.

2) Le développement timide de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'urbanisme

Selon Jérôme Tremeau, « *le droit de l'urbanisme est par essence un domaine dans lequel la QPC est susceptible de jouer pleinement* »⁷³². Néanmoins, même si le nombre de décisions du Conseil constitutionnel intervenues dans cette matière n'est pas négligeable, le résultat de la mise en œuvre de la QPC reste modeste.

152. Seules deux QPC ont conduit à l'abrogation de dispositions législatives directement relatives au droit de l'urbanisme. A deux reprises, le Conseil constitutionnel a conclu à l'incompétence négative du législateur concernant des dispositions législatives imposant la cession de terrains sans indemnités. Le législateur méconnaît ici sa compétence en ce qu'il n'a pas prévu de garanties au droit de propriété⁷³³.

153. En revanche, les autres décisions intervenues depuis l'entrée en vigueur de la QPC ont conduit à la validation des dispositions législatives mises en cause. Il a été ainsi en ce qui concerne l'article L. 318-3 du code de l'urbanisme qui prévoit la cession d'office de voies privées ouvertes à la circulation publique⁷³⁴. Cette disposition ne prévoit pourtant pas de garanties au droit de propriété et impose en revanche un transfert forcé de propriété qui peut

⁷²⁷ CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, § 19 ; JCP G, 2010, p. 1077, note Bertrand MATHIEU ; *Daloz*, 2010, p. 1321, note Anne LEVADE.

⁷²⁸ CC, 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, § 8 ; RFDC, 2010, p. 811, chron. Pierre-François RACINE, Nicolas GUYLENE et Loïc PHILIP. Le principe d'égalité fait partie des normes qui « *formulées comme des principes, constituent en fait d'authentiques droits ou libertés* » (Jérôme ROUX, « Au regard de quelles normes soulever la question prioritaire de constitutionnalité ? », in Dominique ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Guide pratique, Lextenso Editions, Paris, 2010, p. 51).

⁷²⁹ CC, 30 juillet 2010, n° 2010-19/27 QPC, § 3 ; JCP G, 2010, p. 1758, chron. Bertrand MATHIEU ; CC, 17 septembre 2010, n° 2010-26 QPC ; RFDC, 2011, p. 117, chron. Jean-Baptiste PERRIER, Laurent DOMINGO et Lise HECKMANN.

⁷³⁰ CC, 30 juillet 2010, n° 2010-19/27 QPC, § 9 ; JCP G, 2010, p. 1758, chron. Bertrand MATHIEU.

⁷³¹ CC, 2 juillet 2010, n° 2010-12 QPC, § 4 ; AJDA, 2010, p. 1594, note Michel VERPEAUX. La dernière phrase du troisième alinéa de l'article 72-1 n'est cependant pas invocable (§3).

⁷³² Jérôme TREMEAU, « La refondation constitutionnelle du droit de l'urbanisme en 2011 », *DAUH*, 2012, p. 25.

⁷³³ CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; RFDC, 2011, p. 137, chron. Elise CARPENTIER et Catherine TZUTZUIANO ; JCP A, n° 41, 2010, p. 50, note Philippe BILLET, à propos de l'article L. 332-6-1 2° e. du code de l'urbanisme ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-176 QPC ; JCP A, n° 48, 2011, p. 21, chron. Hélène PAULIAT, à propos de l'article 72 de la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967.

⁷³⁴ CC, 6 octobre 2010, n° 2010-43 QPC, § 4 ; AJDA, 2011, p. 223, note Jérôme TREMEAU.

être effectué sans le consentement du propriétaire. Le fait que le législateur ait entendu permettre à l'administration de donner à ces voies un statut juridique conforme à leur usage et que cela libère leur ancien propriétaire de la charge de leur entretien a néanmoins emporté la conviction du juge constitutionnel, non sans une certaine circonspection d'une partie de la doctrine⁷³⁵. Concernant toujours le droit de propriété, le Conseil a considéré que l'article 82 de la loi d'urbanisme du 15 juin 1943 qui permet l'inclusion dans un lotissement d'une parcelle détachée d'une propriété n'entraîne pas dans le champ d'application de ce droit tel qu'il est défini à l'article 17 de la DDHC⁷³⁶. Le juge constitutionnel s'est au contraire montré soucieux à l'égard du fait que ces dispositions ont été instituées dans le but d'éviter que le régime juridique du lotissement ne soit contourné par le biais de divisions foncières successives. Dès lors, ce type d'inclusion, même s'il est rétroactif, n'apporte pas au droit de propriété une limitation disproportionnée.

L'utilisation de l'article 72 de la Constitution n'a pas été plus fructueuse pour les requérants. Le Conseil constitutionnel a en effet validé l'article L. 121-2 du code de l'urbanisme qui donne la possibilité à l'Etat d'imposer aux collectivités territoriales un projet d'intérêt général. L'incompétence négative du législateur n'a pas été retenue. Le juge constitutionnel considère en effet que la définition de la nature de ces projets ne met pas en cause la libre administration des collectivités territoriales et que, par conséquent, la loi pouvait valablement abandonner cette définition au pouvoir réglementaire⁷³⁷.

L'invocation du droit au recours n'a pas été plus prospère. Alors que cette disposition est particulièrement critiquable⁷³⁸, le Conseil constitutionnel a validé l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme qui restreint substantiellement les recours des associations en matière d'autorisations d'occupation du sol⁷³⁹. Cette disposition est en outre validée au regard de la liberté d'association.

Si l'on s'en tient aux décisions intervenues jusqu'à présent⁷⁴⁰, le bilan de la QPC en matière d'urbanisme est relativement maigre. Cela ne veut pas dire pour autant que cette

⁷³⁵ Jérôme TREMEAU, « L'utilisation de la question prioritaire de constitutionnalité dans le domaine de l'urbanisme », DAUH, 2011, p. 32.

⁷³⁶ CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC, § 4 et 5 ; LPA, n° 112, 2012, p. 9, chron. Pascal JAN et Jean-Eric GICQUEL.

⁷³⁷ CC, 28 janvier 2011, n° 2010-95 QPC, § 4 et 5 ; BJD, n° 3, 2011, p. 186, note Jérôme TREMEAU.

⁷³⁸ V. *infra*, § 787 et s..

⁷³⁹ CC, 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC, § 7 ; *Dalloz*, 2011, p. 1942, note Olivier LE BOT ; JCP A, 2011, n° 2253, note Philippe BILLET ; JCP G, 2012, p. 1344, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ariana MACAYA.

⁷⁴⁰ Deux autres décisions, bien que moins significatives, intéressent directement le droit de l'urbanisme. La première concerne une validation législative portant un permis de construire accordé à la Fondation d'entreprise Louis Vuitton dans l'enceinte du Jardin d'acclimatation de Paris (CC, 24 février 2012, n° 2011-224 QPC ; *Droit adm.*, n° 5, 2012, p. 30, note Sébastien FERRARI). Le Conseil constitutionnel juge que cette validation législative répond à un but d'intérêt général et que, dès lors, elle n'est pas contraire à la Constitution. La seconde concerne l'article L. 520-11 du code de l'urbanisme portant sur les majorations applicables à la redevance pour création de locaux à usage de bureaux dans la région Île-de-France (CC, 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, § 3 et 4 ; BJD, n° 3, 2012, p. 207, note Jérôme TREMEAU). Le Conseil constitutionnel considère que le législateur a valablement épuisé sa compétence et que ces dispositions sont suffisamment claires et précises.

procédure ne permettra pas, à l'avenir, le développement d'un véritable droit constitutionnel de l'urbanisme. Néanmoins, les dispositions constitutionnelles sur lesquels le juge est susceptible de se fonder sont plus à même de conduire à une remise en cause de la finalité du droit de l'urbanisme plutôt qu'à son renforcement. L'objet même du droit de l'urbanisme est de limiter l'exercice du droit de propriété⁷⁴¹ puisqu'il s'agit d'encadrer l'utilisation du sol. Si le droit de propriété est intégré au bloc de constitutionnalité, l'encadrement de l'utilisation du sol ne l'est pas. Le juge constitutionnel fait ainsi appel à la notion d'intérêt général pour justifier les limitations du droit de propriété, mais il n'est pas certain que cela soit suffisant pour véritablement structurer la hiérarchie des normes d'urbanisme et pour donner à ce droit des fondements constitutionnels propres.

154. Finalement, « si le droit de l'urbanisme n'a pas été totalement épargné par ses premiers passages au crible de la question prioritaire de constitutionnalité, comme en témoigne l'abrogation de la cession gratuite de terrain, il ne s'en est pas non plus trouvé profondément affecté »⁷⁴². Mais, tel qu'Elise Carpentier le relève elle-même, de nombreuses questions relatives à la constitutionnalité de la partie législative du code de l'urbanisme restent à soumettre à l'appréciation du juge constitutionnel⁷⁴³. Il ne faut donc pas tirer de conclusions trop hâtives, d'autant plus que la Charte constitutionnelle de l'environnement pourrait exercer une certaine influence. Il s'agit d'ailleurs peut-être de l'un des fondements constitutionnels qui faisait jusqu'alors défaut au droit de l'urbanisme et qui pourrait contribuer à justifier la finalité principale de ce droit – l'encadrement de l'usage du sol – notamment parce que cet encadrement participe à la prévention des atteintes à l'environnement.

II. L'influence possible de la Charte de l'environnement sur le droit de l'urbanisme

Les dispositions de la Charte de l'environnement sont incontestablement « *de nature à accroître le contrôle sur les lois d'urbanisme* »⁷⁴⁴. Cette influence est déjà manifeste dans la jurisprudence administrative⁷⁴⁵. Néanmoins, elle l'est, pour l'heure, beaucoup moins dans la

⁷⁴¹ Selon Yves Jegouzo, le droit de l'urbanisme constitue « *par essence une limitation du droit de propriété* » (Yves JEGOUZO, « Les principes du droit de l'urbanisme », in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 185).

⁷⁴² Elise CARPENTIER, « La QPC et le droit de l'urbanisme : des questions en suspens », in Elise CARPENTIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité et l'aménagement du territoire, Les cahiers du GRIDAUH*, n° 22, La documentation française, 2011, p. 31.

⁷⁴³ Elise CARPENTIER, *ibidem*, p. 31 et s..

⁷⁴⁴ Jérôme TREMEAU, *Droit constitutionnel de l'urbanisme, op. cit.*, n° 2.

⁷⁴⁵ Cela est illustré par plusieurs arrêts du Conseil d'Etat. Ce dernier a par exemple, sous l'effet de la constitutionnalisation du principe de précaution, introduit une entorse au principe d'indépendance des législations (CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier les Hauts de Choiseul*, n° 328687 ; BJDU, 2010, p. 282, note Jérôme TREMEAU ; RDI, 2010, p. 508, note Pierre SOLER-COUTEAUX ; Julien BETAILLE, « Le décloisonnement du principe de précaution, un effet de sa constitutionnalisation », *Droit de l'environnement*, n°

jurisprudence constitutionnelle. Il nous semble cependant que la jurisprudence constitutionnelle sur la Charte de l'environnement est amenée à jouer un rôle important en matière d'urbanisme, d'une part parce que ses dispositions les plus importantes sont invocables dans le cadre de la QPC (A) et que, d'autre part, ces mêmes dispositions sont nécessairement liées au droit de l'urbanisme (B).

A. L'invocabilité de la Charte de l'environnement dans le cadre de la QPC

La valeur constitutionnelle des droits et devoirs garantis par la Charte de l'environnement ne fait aujourd'hui plus aucun doute depuis la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008⁷⁴⁶. Pour autant, la question de l'invocabilité des dispositions de la Charte de l'environnement, dans le cadre de la QPC, est une question différente. Elle consiste à examiner le point de savoir si ces dispositions sont des « droits et libertés » constitutionnellement garantis au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Si l'on met de côté ses articles 8 à 10 qui sont des principes déclaratifs, la Charte de l'environnement comporte trois droits, trois devoirs et deux principes.

155. En premier lieu, les droits à l'environnement⁷⁴⁷ (article 1^{er}), à l'information et à la participation (article 7) sont invocables dans le cadre de la QPC. En ce qui concerne l'article 1^{er}, une partie de la doctrine a, dès l'élaboration de la Charte de l'environnement, considéré qu'il s'agissait là d'un véritable « droit »⁷⁴⁸. Dès lors, il ne faisait que peu de doutes qu'il avait vocation à être invocable dans le cadre de la QPC. C'est ce qu'a confirmé le Conseil constitutionnel dans une décision du 8 avril 2011⁷⁴⁹. Qu'en est-il du volet procédural du droit à l'environnement constitué, notamment, par le droit à l'information et le droit à la participation du public⁷⁵⁰. Ces deux droits étant explicitement consacrés comme tels à l'article

182, 2010, p. 278). Voir aussi CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, RFDA, 2008, p. 1147, concl. Yann AGUILA.

⁷⁴⁶ CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, § 18 ; JCP G, 2008, n° 30, p. 37, note Anne LEVADE ; RDP, 2009, p. 1216, note Jean-Pierre CAMBY.

⁷⁴⁷ Sur le droit à l'environnement, v. Marie-Anne COHENDET, « Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et écologiquement équilibré », in SFDE, *20 ans de protection de la nature – Hommage au professeur Michel Despax*, PULIM, Limoges, 1998, p. 253.

⁷⁴⁸ En ce sens, voir Marie-Anne COHENDET, « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », RJE, n° spécial, 2005, p. 112-113. L'auteur estime que « ce droit est à n'en pas douter un droit fondamental ». V. aussi Michel PRIEUR, « La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », Pouvoirs, n° 127, p. 62. *Contra*, v. notamment Bertrand MATHIEU, « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », RJE, n° spécial, 2005, p. 131. L'auteur considère le droit à l'environnement comme un simple objectif de valeur constitutionnelle et non comme un véritable droit subjectif (Bertrand MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », CCC, n° 15, 2003, p. 246).

⁷⁴⁹ CC, 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC, § 5, AJDA, 2011, p. 1158, note Karine FOUCHER.

⁷⁵⁰ Sur ce lien procédural, v. Alexandre KISS, « Environnement, droit international, droits fondamentaux », CCC, n° 15, 2003, p. 255 ; Michel PRIEUR, « Droit à l'environnement », Fasc. 360, Jcl adm., cote 01, 2008.

7 de la Charte⁷⁵¹, il n'y avait aucune raison pour qu'il ne soient pas invocables dans le cadre d'une QPC. C'est là aussi ce qu'a confirmé le Conseil constitutionnel dans une décision du 14 octobre 2011⁷⁵².

156. En deuxième lieu, si la valeur constitutionnelle des trois devoirs consacrés par la Charte de l'environnement dans ses articles 2 à 4 ne fait plus de doute⁷⁵³, leur invocabilité dans le cadre de la QPC pouvait paraître moins évidente. Cependant, ils peuvent aisément être rattachés au droit à l'environnement⁷⁵⁴ et le Conseil constitutionnel a facilement admis leur invocabilité dans le cadre de la QPC⁷⁵⁵.

157. En troisième lieu, le juge constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur l'invocabilité du principe de précaution énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement dans le cadre de la QPC. Néanmoins, « certains principes paraissent pouvoir être invocables en tant que leur respect conditionne l'effectivité de droits et libertés constitutionnels »⁷⁵⁶. On peut ainsi penser que le principe de précaution pourrait être aisément relié au respect du droit à l'environnement qui est, lui, invocable dans le cadre de la QPC. Ainsi, selon Bertrand Mathieu, « le juge ne devra pas faire un grand effort pour considérer que le principe de précaution est le support de droits constitutionnels »⁷⁵⁷. La situation est à peu de choses près la même en ce qui concerne le principe dit de « conciliation »⁷⁵⁸ inscrit à l'article 6 de la Charte de l'environnement et qui reprend la notion de développement durable. Il semble que son invocabilité dans le cadre de la QPC soit suspendu au fait que sa violation implique aussi

⁷⁵¹ Le Conseil constitutionnel qualifie lui aussi l'information du public comme un « droit » : « il n'appartient qu'au législateur de préciser "les conditions et les limites" dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement » (CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, loi relative aux OGM, § 49 ; RDP, 2009, p. 1216, note Jean-Pierre CAMBY).

⁷⁵² CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC ; v. Bénédicte DELAUNAY, « La pleine portée du principe de participation – à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 », AJDA, 2012, p. 260.

⁷⁵³ CC, 29 décembre 2009, n° 2009-599 DC, loi de finance pour 2010, § 79 ; AJDA, 2010, p. 277, note Wanda MASTOR.

⁷⁵⁴ Cela est confirmé par les travaux parlementaires. « Les nouvelles exigences constitutionnelles destinées à garantir l'exercice du droit à un environnement de qualité sont principalement des devoirs : préservation et amélioration de l'environnement (article 2), prévention (article 3), réparation (article 4) » (Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, Assemblée nationale, n° 1595, 12 mai 2004, p. 41). De plus, « l'article 1^{er} (...) doit être interprété avec l'article 2 (...) comme le socle fondateur de la Charte de l'environnement dont le respect dépend des principes d'action posés aux articles suivants » (Patrice GÉLARD, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement, Sénat, n° 352, 16 juin 2004, p. 20).

⁷⁵⁵ CC, 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC, § 5-6, AJDA, 2011, p. 1158, note Karine FOUCHER.

⁷⁵⁶ Jérôme ROUX, « Au regard de quelles normes soulever la question prioritaire de constitutionnalité ? », in Dominique ROUSSEAU (dir.), La question prioritaire de constitutionnalité, Guide pratique, Lextenso Editions, Paris, 2010, p. 50.

⁷⁵⁷ Bertrand MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », JCP G, 2009, n° 602, p. 68. Dans le même sens, voir Karine FOUCHER, « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'environnement : conditions et limites », RFDC, n° 83, 2010, p. 528.

⁷⁵⁸ CC, 28 avril 2005, n° 2005-514 DC, § 37 ; RFDC, 2005, p. 733, chron. Elise BESSON, Amandine CAPITANI et Xavier MAGNON.

celle d'un droit, ou d'une liberté, constitutionnellement garanti tel que, par exemple, le droit à l'environnement⁷⁵⁹.

B. Un lien étroit entre les dispositions de la Charte de l'environnement et le droit de l'urbanisme

158. Parmi les dispositions de la Charte de l'environnement invocables dans le cadre de la QPC, la plupart ont un lien étroit avec le droit de l'urbanisme. Tout d'abord, les objectifs du droit de l'urbanisme correspondent à ceux véhiculés par la notion de développement durable reprise à l'article 6 de la Charte de l'environnement⁷⁶⁰. Si l'invocabilité de cet article devait être reconnue, il pourrait être utilisé en matière d'urbanisme afin de faire valoir l'insuffisante conciliation opérée par une loi d'urbanisme entre les impératifs du développement économique et ceux de la protection de l'environnement. Ensuite, l'article 7 de la Charte de l'environnement est susceptible d'avoir une influence directe sur le droit de l'urbanisme. Ce dernier a largement recours aux procédures de participation du public, notamment pour l'élaboration des plans d'urbanisme dont la procédure prévoit en général la réalisation d'une enquête publique. De plus, cet article a un champ d'application particulièrement large et il n'est pas impossible que, comme cela a été le cas en matière d'environnement⁷⁶¹, il entraîne l'inconstitutionnalité de dispositions législatives n'ayant prévu aucune procédure de participation du public⁷⁶². En outre, le principe de précaution est susceptible d'être invoqué à l'encontre de dispositions législatives relatives à l'instruction des permis de construire⁷⁶³. Enfin, l'article 3 de la Charte de l'environnement, qui prévoit le devoir de « *prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement* »⁷⁶⁴, peut avoir un impact sur les dispositions législatives qui encadrent le contenu des plans d'urbanisme dès lors que ces derniers ont, si ce n'est pour objet, au moins pour effet de prévenir des atteintes à l'environnement, notamment en classant certaines zones inconstructibles.

159. En définitive, si la jurisprudence constitutionnelle se développe continuellement, notamment avec l'entrée en vigueur de la QPC, les bases constitutionnelles du droit de l'urbanisme restent relativement éparpillées. Le droit de l'urbanisme se prive ainsi, partiellement,

⁷⁵⁹ En ce sens, v. Karine FOUCHER, « Les normes de référence de la QPC en matière environnementale », in Elise CARPENTIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité et l'aménagement du territoire, Les cahiers du GRIDAUH*, n° 22, La documentation française, 2011, p. 63

⁷⁶⁰ V. Yves JEGOUZO, « Le droit de l'urbanisme, le bateau ivre ? », *op. cit.*, p. 520.

⁷⁶¹ CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, *France Nature Environnement* ; AJDA, 2012, p. 260, ét. Bénédicte DELAUNAY ; CC, 27 juillet 2012, n° 2012-269 QPC, *Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et a.* ; JCP G, 2012, p. 1590, chron. Bertrand MATHIEU.

⁷⁶² V. *infra*, § 542 et s..

⁷⁶³ Ce principe est fréquemment invoqué devant le juge administratif à l'encontre d'autorisations d'urbanisme (v. CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier les Hauts de Choiseul*, *op. cit.*).

⁷⁶⁴ Sur cette obligation de prévention, v. Yves JEGOUZO, « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », AJDA, 2005, p. 1165.

de l'apport structurant du droit constitutionnel dans la hiérarchie des normes. On sait en effet qu'en principe, « *le phénomène de constitutionnalisation du droit de l'urbanisme (...) unifie et stabilise la matière en le rattachant à un socle constitutionnel* »⁷⁶⁵. Néanmoins, la faible densité constitutionnelle du droit de l'urbanisme n'engendre pas directement de contradiction entre les normes, même si elle rompt avec l'image classique de la pyramide. En revanche, les faiblesses du contrôle de légalité en la matière peuvent conduire à limiter l'effectivité de dispositions législatives ou réglementaires du droit de l'urbanisme.

§2 – Les faiblesses du contrôle de légalité

L'urbanisme est, depuis le début des années 80, largement décentralisé⁷⁶⁶. Il en résulte cependant que les collectivités territoriales doivent respecter « *les prérogatives de l'Etat* »⁷⁶⁷. Elles sont, comme l'ensemble de l'administration, soumises au principe de légalité⁷⁶⁸. Le principe de légalité fait, s'agissant des collectivités territoriales, l'objet d'un double contrôle : un contrôle administratif assuré par le préfet et un contrôle juridictionnel assuré par le juge administratif. S'agissant du contrôle administratif, il est, pour le Conseil constitutionnel, une condition de la décentralisation : « *l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin* »⁷⁶⁹. La pratique de ce contrôle révèle cependant ses défaillances (I). Une seconde chance est néanmoins offerte à la sauvegarde de l'Etat de droit à travers le contrôle du juge administratif. En effet, « *le juge apparaît comme la clef de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée* »⁷⁷⁰. Pour autant, en dehors des adaptations classiques du principe de légalité⁷⁷¹, le

⁷⁶⁵ Jérôme TREMEAU, *Droit constitutionnel de l'urbanisme*, Jcl. administratif, fasc.. 1454, février 2010, n° 69.

⁷⁶⁶ V. Yves JEGOUZO, « La décentralisation de l'urbanisme », AJDA, 1993, numéro spécial, p. 168 ; François PRIET, *La décentralisation de l'urbanisme*, thèse, Droit, LGDJ, Paris, 1995.

⁷⁶⁷ CC, 25 février 1982, n° 82-137 DC ; RDP, 1982, p. 1259, note Louis FAVOREU.

⁷⁶⁸ Sur le principe de légalité de manière générale, voir notamment Jacques CHEVALIER, *L'Etat de droit*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; Charles EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », EDCE, 1957, p. 25 ; Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, p. 403 ; Danièle LOSCHAK, « Le principe de légalité, mythes et mystifications », AJDA, 1981, p. 387 ; Gustave PEISER, « Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 1992, p. 517 ; Jean RIVERO, « Le Huron au Palais Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », D., 1962, p. 37 ; « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974, p. 701. S'agissant du contrôle non contentieux, voir, sur le médiateur de la république, Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 20^{ème} éd., Manuel, LGDJ, 2012, n° 257 et, sur le défenseur des droits, v. Catherine TEITGEN-COLLY, « Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », LPA, 19 décembre 2008, n° 254, p. 125 ; Jean-Claude ZARKA, « Le "défenseur des droits" », *Dalloz*, 2010, p. 1568.

⁷⁶⁹ CC, 25 février 1982, n° 82-137 DC ; RDP, 1982, p. 1259, note Louis FAVOREU.

⁷⁷⁰ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 128.

contrôle juridictionnel de la légalité en matière d'urbanisme est sujet à des règles contentieuses dérogatoires, notamment en ce qui concerne l'exception d'illégalité (II) et la soumission au droit dépend en grande partie de l'intensité du contrôle du juge sur certains vices susceptibles d'affecter la légalité des actes administratifs⁷⁷² (III).

I. Un contrôle administratif défaillant

Le contrôle administratif de la légalité fait, quasiment depuis ses débuts, l'objet de critiques de la part de la doctrine. Ainsi, « *force est de constater que ce contrôle de légalité ne fonctionne pas ou fonctionne mal* »⁷⁷³ alors que sa réalité est une condition « *de la soumission des collectivités locales (...) au droit* »⁷⁷⁴, à laquelle le Conseil constitutionnel est très attaché⁷⁷⁵. Pourtant, ce n'est pas faute pour le législateur d'avoir prévu un dispositif juridique efficace (A). C'est au stade de la pratique que certaines défaillances apparaissent, même si celle-ci révèle en réalité des insuffisances juridiques (B).

A. Un dispositif satisfaisant sur le plan juridique

160. L'article 72 al. 6 de la Constitution confie au représentant de l'Etat « *la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* » et l'article L. 2131-6 du CGCT fixe les modalités du contrôle opéré par le préfet. Le préfet dispose ainsi d'importants pouvoirs pour exercer ce contrôle. Un certain nombre d'actes des collectivités territoriales sont ainsi soumis à une obligation de transmission (art. L. 2131-1 et L. 2131-2 du CGCT). A compter de la réception de l'acte, le préfet dispose de deux mois pour, le cas échéant, déférer cet acte au tribunal administratif. Il peut demander, dans ce délai, à la collectivité territoriale, de compléter cette transmission par des documents annexes, ce qui a pour effet de proroger de

⁷⁷¹ Sur les adaptations du principe de légalité, voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} ed., Montchrestien, Paris, 2001, n° 1272 et s. et n° 1152 ; André MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles », in *Mélanges Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 413 ; Philippe COLLIÈRE, « Circonstances exceptionnelles et droit public », LPA, 2005, n° 234, p. 6 ; Fabrice MELLERAY, « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1317. On notera que l'effectivité de la norme est nulle dès lors que nous sommes en situation exceptionnelle, tel que le montre Carl Schmitt à propos de l'ordre juridique : « *pour que l'ordre juridique s'applique selon (Carl Schmitt), il faut que l'on soit "en situation normale" ; il perd en revanche toute effectivité dès l'instant où l'on se trouve "en situation exceptionnelle"* » (Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 4^{ème} éd., Clefs Politique, Montchrestien, p. 48).

⁷⁷² Sur les vices susceptibles d'affecter la légalité des actes administratifs, voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^{ème} ed., Montchrestien, Paris, 2001, n° 1208 et s.

⁷⁷³ Yves GAUDEMET, « Les communes hors la loi ? », LPA, n° 95, 2001, p. 9.

⁷⁷⁴ Yves GAUDEMET, *ibidem*, p. 9.

⁷⁷⁵ CC, 25 février 1982, n° 82-137 DC ; RDP, 1982, p. 1259, note Louis FAVOREU.

deux mois le délai⁷⁷⁶. Il en va de même lorsque le préfet transmet des observations à la collectivité durant le délai de deux mois. La lettre d'observation est assimilée à un recours gracieux⁷⁷⁷. Ensuite, concernant la procédure de référé suspension, l'article 2131-6 al. 3 dispense la demande de suspension émanant du préfet de la condition d'urgence. Un doute sérieux sur la légalité de l'acte suffit à ce que le juge administratif suspende cet acte. De plus, l'alinéa 4 de cet article confère à la demande de référé émanant du préfet un caractère suspensif à condition que cette demande ait été effectuée dans les dix jours suivants la réception de l'acte litigieux et dans la limite d'une durée d'un mois⁷⁷⁸.

Ce dispositif reste cependant sujet au pouvoir discrétionnaire dont le préfet dispose dans le cadre du déféré. En cas d'illégalité d'un acte local, le déféré reste une faculté du préfet, pas une obligation⁷⁷⁹, ce qui peut sembler particulièrement paradoxal au regard de décisions constitutionnelles⁷⁸⁰ au terme desquelles le préfet « *est tenu de déférer au tribunal administratif les actes dont ses services ont constaté l'illégalité* »⁷⁸¹. Sur le terrain de la responsabilité administrative, la carence du préfet est retenue en cas de faute lourde⁷⁸².

Enfin, même si l'urbanisme n'est pas le secteur le plus touché, la tendance de ces dernières années est la réduction du champ d'application de l'obligation de transmission⁷⁸³ dont les effets sont cependant en partie contre balancés par l'insertion d'une clause générale de transmission sur demande du préfet (L. 2131-3 al. 2 du CGCT). Si cela s'inscrit dans une stratégie de contrôle visant à concentrer les efforts sur les actes les plus sensibles, cette réduction éveille aussi de vives critiques⁷⁸⁴, de même que la pratique générale du contrôle.

⁷⁷⁶ CE, sect., 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, rec., p. 6, concl. M. Roux.

⁷⁷⁷ CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, rec., p. 658 ; RFDA, 1987, p. 206, concl. M. Roux.

⁷⁷⁸ Cependant, il s'avère en pratique que le délai de 10 jours est souvent trop bref (Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, *Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux, Vingtième rapport, Années 2004-2005-2006, La documentation française*, Paris, 2008, p. 29).

⁷⁷⁹ CE, sect., 11 janvier 1991, *Brasseur*, rec., p. 23 ; RFDA, 1991, p. 593, concl. B. Stirn : irrecevabilité d'un recours dirigé contre le refus du préfet de déférer au TA un acte clairement illégal.

⁷⁸⁰ CC, 21 janvier 1994, n° 93-335 DC ; RFDA, 1995, p. 7, note Patrick HOCREITÈRE ; CC, 9 avril 1996, n° 96-373 DC ; AJDA, 1996, p. 371, obs. Olivier SCHRAMECK ; RFDC, 1996, p. 795, chron. Jean-François CAR.

⁷⁸¹ Jean-François BRISSON, « Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues », AJDA, 2005, p. 126. Jean-François Brisson considère par ailleurs que « *cette vision est largement irréaliste : elle n'est étayée par aucun élément : ni la pratique du déféré, ni la jurisprudence administrative qui a largement validé cette pratique, ni par l'évolution du droit de la décentralisation ne l'accréditent* » (Jean-François BRISSON, « Faut-il réviser le contrôle de légalité ? », in Jean-François BRISSON (dir.), *Gestion et droit des collectivités locales, Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982*, Cahier détaché 18/1692, 5 mai 2003, *La gazette des communes*, p. 245).

⁷⁸² CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent* ; note Marie-Christine ROUAULT, JCP G, 2001, p. 826 ; AJDA, 2001, p. 201, note M. CLIQUENOIS et CE, 21 juin 2000, *Ministre de l'équipement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin* ; RFDA, 2000, p. 1096, note Pierre BON ; D. 2002, p. 526, obs. Denys de BECHILLON. V. *infra*, § 424 à 427.

⁷⁸³ V. par exemple l'ordonnance n° 2009-1401 du 17 novembre 2009 portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité.

⁷⁸⁴ « *La loi du 2 mars 1982 avait parfaitement équilibré deux exigences : la libre administration des collectivités territoriales et le contrôle a posteriori de leurs actes, le législateur n'a pas cessé, depuis, de faire pencher la balance en faveur de la première, en limitant le contenu et l'étendue des contrôles* » (Bernard PERRIN, « Une

B. Un contrôle insuffisant dans la pratique

L'insuffisance pratique du contrôle de légalité est reflétée par les statistiques disponibles en la matière (1). Elle tient au moins partiellement à l'ambiguïté du rôle qu'exerce le préfet dans le cadre de ce contrôle (2). Plus largement, une refondation du contrôle de légalité semble souhaitable (3).

1) Les statistiques du contrôle

161. « Il apparaît clairement que le contrôle de légalité est exercé actuellement de manière tout à fait insatisfaisante »⁷⁸⁵. Le constat dressé par le Conseil d'Etat en 1992 était sévère. Vingt années plus tard, les statistiques du contrôle administratif de la légalité abondent dans le même sens, même si cet instrument doit être manié avec prudence. On constate tout d'abord que tous les actes transmis par les collectivités aux services préfectoraux ne sont pas contrôlés par ces derniers. Ainsi, « une cruelle évidence peut faire douter du caractère approfondi du contrôle. (...) Seulement 0,4 % du nombre d'actes transmis font l'objet d'une lettre d'observation préfectorale (cas constaté dans les deux arrondissements savoyards) »⁷⁸⁶. Ce décalage est confirmé par le cas du département de la Haute-Vienne dès lors qu'« une moyenne annuelle de 4000 dossiers est transmise par les communes, et qu'une moyenne de 800 dossiers est contrôlée »⁷⁸⁷. La même étude faisait aussi apparaître que le contrôle des lotissements avait été supprimé, rien de moins, en 2001⁷⁸⁸. On constate en outre que chaque illégalité constatée par les services préfectoraux ne donne pas lieu à un déféré, ce qui pourrait être vu comme une conséquence de la jurisprudence *Brasseur*. Ainsi, « les observations formulées par les services de l'Etat ne sont généralement suivies que dans 80 à 90 % des cas, ce qui conduit à penser, en rapprochant le nombre d'observations et de déférés, que pour plusieurs centaines d'actes, dont ils connaissent parfaitement l'illégalité, les préfets s'abstiennent chaque année de former un déféré »⁷⁸⁹. La situation ne semble pas avoir

décentralisation sans contrôle ? », AJDA, 2010, p. 289). Sur les conséquences de ce type de stratégie, notamment du point de vue du non respect du droit de l'Union européenne, voir Delphine CHAVRIER, « Les répercussions négatives de la suppression ou de la réduction du contrôle administratif de la légalité des actes des collectivités territoriales », in *L'avenir du contrôle de légalité, la Gazette des communes*, Cahier détaché n° 3, 7 juillet 2008, p. 261.

⁷⁸⁵ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace, La documentation française*, 1992, p. 53.

⁷⁸⁶ François PRIET, « Le préfet, chargé du contrôle des actes des collectivités locales », in GRIDAUH, *Etat de droit et urbanisme*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 11, *La Documentation française*, Paris, 2004, p. 56.

⁷⁸⁷ Bernard DROBENKO et Michel PRIEUR (dir.), *Etat de droit et urbanisme, rapport de site Haute-Vienne*, GRIDAUH, 2002, p. 13. Les auteurs notent par ailleurs que « chaque année, seuls 15 à 20 % des actes relatifs aux autorisations d'occupation du sol envoyés par les communes sont contrôlés par les services de l'Etat » (p. 11).

⁷⁸⁸ François PRIET, « Le préfet, chargé du contrôle des actes... », *op. cit.*, p. 56-57.

⁷⁸⁹ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace, op. cit.*, p. 54.

beaucoup évolué de ce point de vue. Selon les chiffres de la direction générale des collectivités locales, « en 2008, seulement 1,2 % des actes d'urbanisme faisaient l'objet d'une lettre d'observation ; sur cette même année, le pourcentage d'actes finalement déférés au Tribunal administratif plafonnait à 0,024 % »⁷⁹⁰.

162. Enfin, concernant le faible nombre de déférés⁷⁹¹, on peut « tout aussi bien soutenir que ce contrôle fonctionne bien parce qu'il y a peu de recours ou qu'il fonctionne mal précisément parce qu'il y en a trop peu »⁷⁹². Il reste que ces chiffres ont tout de même de quoi surprendre, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme des conséquences possibles des illégalités dans cette matière. En effet, celles-ci « sont d'autant plus inacceptables qu'elles portent souvent atteinte au droit de propriété ou provoquent des préjudices irréparables à l'environnement »⁷⁹³. « Plus grave encore, la très grande diversité de l'exercice du contrôle de légalité nuit considérablement au principe d'égalité des citoyens devant la loi »⁷⁹⁴ et finalement à l'unité de l'ordre juridique.

2) L'ambiguïté du rôle du préfet

Plusieurs raisons peuvent expliquer la défaillance du contrôle administratif de la légalité. Comme souvent, il s'agit d'une conjonction de causes. Parmi elles, le manque général de moyens joue évidemment un rôle important. On constate ainsi un manque de formation des personnels⁷⁹⁵ et surtout une pénurie des effectifs accentuée, selon le gouvernement lui-même, par la révision générale des politiques publiques⁷⁹⁶. Pour autant, le principal facteur de déstabilisation du contrôle nous semble devoir être recherché dans l'ambiguïté du rôle du préfet, d'où découle inévitablement une stratégie de contrôle en porte à faux.

163. Le préfet, représentant de l'Etat dans le département, est certes en charge du contrôle de légalité, mais aussi de nombreuses autres fonctions. Véritable chef d'orchestre des politiques publiques de l'Etat au niveau territorial, il s'assure nécessairement de la coopération avec les collectivités territoriales. Ainsi Jean-Claude Hélin précise-t-il que « ce corps est plus préoccupé par l'action que par le contrôle et se montre très soucieux de maintenir des relations de qualité avec les élus »⁷⁹⁷. Selon un ancien sous-préfet, « l'essence du métier préfectoral est davantage la promotion du dialogue que le recours inflexible au

⁷⁹⁰ Alain ANZIANI (dir.), *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur les conséquences de la tempête Xynthia (rapport d'étape)*, n° 554, 10 juin 2010, Sénat, p. 82.

⁷⁹¹ Cette situation ne semble pas propre à la France (Roselyne ALLEMAND, « Les modalités du contrôle administratif des actes locaux dans six Etats de l'Union européenne », RFDA, 2008, p. 287).

⁷⁹² Jean-Claude HELIN, « Les contrôles sont-ils efficaces ? », *Pouvoirs*, n° 60, *La décentralisation*, 1992, p. 117.

⁷⁹³ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, *op. cit.*, p.55.

⁷⁹⁴ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 55.

⁷⁹⁵ V. François PRIET, « Le préfet, chargé du contrôle des actes... », *op. cit.*, p. 44-45.

⁷⁹⁶ V. Alain ANZIANI (dir.), *Rapport d'information...*, n° 554, *op. cit.*, p. 82.

⁷⁹⁷ Jean-Claude HELIN, « Les contrôles sont-ils efficaces ? », *op. cit.*, p. 119.

juge »⁷⁹⁸. « Nul doute que des considérations politiques ne sont pas totalement étrangères à quelques décisions de "classement sans suite". On sait que chercher querelle juridictionnelle à un élu rayonnant au plan national et proche du gouvernement n'est pas la chose la plus naturelle qui soit pour un haut fonctionnaire nommé à la discrétion de ce dernier... »⁷⁹⁹.

164. Dès lors, le contrôle et l'action peuvent se révéler être deux fonctions contradictoires, de sorte que l'une doit céder sur l'autre. Pour Yves Jegouzo, « il est vain d'attendre qu'il hypothèque sa capacité de négocier avec les élus en utilisant son pouvoir de contrôle dans le seul but d'assurer le respect de la légalité dès lors qu'il n'y aurait pas d'enjeux véritables pour l'Etat »⁸⁰⁰. La fonction de contrôle du préfet apparaît ainsi « inadéquate aux ressorts fondamentaux de l'action préfectorale dans le système politique local »⁸⁰¹, ce qui semble se répercuter sur l'objectivité du contrôle⁸⁰².

Dès lors, le glissement du contrôle au conseil, du déféré à la négociation, semblait inévitable. C'est la stratégie de contrôle qui s'en trouve affectée. Tout d'abord, la diminution du nombre d'actes soumis à transmission obligatoire a pour but de recentrer le contrôle sur les actes les plus sensibles. Mais, paradoxalement, une réelle politique nationale de contrôle est encore en construction⁸⁰³ et les pratiques semblent variables d'un département à l'autre⁸⁰⁴. François Priet distingue cependant quatre réactions possibles face à une illégalité⁸⁰⁵ : la demande de pièces complémentaires, la simple lettre remarque, la lettre d'observation valant recours gracieux et le déféré. Le déféré reste rare et est conçu comme « une arme ultime »⁸⁰⁶ qui est souvent utilisée comme un moyen de négociation avec la collectivité. Jean-Claude Hélin constate ainsi « la place extraordinairement privilégiée de la phase précontentieuse »⁸⁰⁷. Le préfet préfère ainsi la souplesse du dialogue à la rigueur du contrôle. Il « renonce au déféré en conséquence de la correction en question », même si cette correction, parfois, « peut n'être que partielle »⁸⁰⁸. La logique dominante de coopération-négociation peut donc parfois aboutir à des tolérances administratives, contraires à la fonction du contrôle de légalité.

⁷⁹⁸ Benjamin BLANCHET, « La robe et l'olivier – Les rapports entre le procureur et le préfet », RFDA, 2010, p. 1192.

⁷⁹⁹ Benjamin BLANCHET, *ibidem*, p. 1194.

⁸⁰⁰ Yves JEGOUZO, « La décentralisation de l'urbanisme », AJDA, 1993, numéro spécial, p. 168.

⁸⁰¹ Jean-Pierre LEBRETON, « Présentation générale », in GRIDAUH, *Etat de droit et urbanisme*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 11, *La Documentation française*, Paris, 2004, p. 32-33.

⁸⁰² « Il paraît a priori difficile de respecter la prohibition posée par l'article 13 de la loi du 7 janvier 1983 selon laquelle "les agents des services extérieurs de l'Etat, qui ont apporté directement ou indirectement et personnellement leur concours à une collectivité territoriale pour la réalisation d'une opération, ne peuvent participer, sous quelque forme que ce soit, à l'exercice du contrôle de la légalité des actes afférents à cette opération" » (François PRIET, « Le préfet, chargé du contrôle des actes... », *op. cit.*, p. 55).

⁸⁰³ La circulaire du 17 janvier 2006 sur la modernisation du contrôle de légalité va cependant dans ce sens en désignant notamment les actes d'urbanisme et d'environnement comme sensibles. V. aussi la circulaire du 25 janvier 2012 portant sur le contrôle de légalité ; JCP A, 2012, n° 2068, note Jean-Marie PONTIER.

⁸⁰⁴ La circulaire du 25 janvier 2012 reconnaît ainsi l'existence de priorités locales.

⁸⁰⁵ François PRIET, « Le préfet, chargé du contrôle des actes... », *op. cit.*, p. 50-51.

⁸⁰⁶ Jean-Claude HELIN, « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », RFDA, 1987, p. 766.

⁸⁰⁷ Jean-Claude HELIN, « Les contrôles sont-ils efficaces ? », *op. cit.*, p. 118.

⁸⁰⁸ Jean-Pierre LEBRETON, « Présentation générale », *op. cit.*, p. 22.

En outre, la dualité de fonctions des services de l'Etat, chargés de contrôler des autorisations d'urbanisme dont ils ont parfois réalisé l'instruction n'assure pas l'impartialité nécessaire à l'exercice d'une mission de contrôle. Il faut enfin ajouter à ces différentes causes les instructions données aux préfets par le gouvernement. Ainsi, l'ex-préfet de la Vendée « *a souligné que des directives orales incitant les préfets à exercer leur mission de contrôle de légalité avec moins de rigueur avaient été données par les membres de tous les gouvernements depuis plusieurs années* »⁸⁰⁹.

3) *Pour une refondation du contrôle de légalité*

165. La tempête Xynthia de février 2010 a mis en évidence les méfaits d'une urbanisation mal contrôlée et *in fine*, la part de responsabilité de la défaillance du contrôle de légalité en matière d'urbanisme. Pour les sénateurs, la stratégie de contrôle conduisant à un très faible taux de déférés semble avoir vécu. Certains d'entre eux préconisent « *un contrôle de légalité systématique des autorisations d'urbanisme délivrées dans les zones couvertes par un PPR ou dans lesquelles un PPR est en cours d'élaboration* »⁸¹⁰. Ceci serait une réaction *a minima* vers une refondation du contrôle de légalité.

Il semble cependant illusoire de vouloir renforcer le contrôle de légalité sans aborder les causes structurelles de sa défaillance. Si revenir à la tutelle est inenvisageable, notamment pour des raisons politiques, il semble difficile de faire l'impasse sur l'épineuse question du rôle du préfet en tant qu'organe de contrôle. Jean-Claude Hélin rappelait ainsi la proposition de Pierre Richard visant à confier le contrôle de légalité à une autorité indépendante du gouvernement⁸¹¹. Cette proposition ne semble cependant pas soulever l'enthousiasme : ainsi « *M. Jean-Bernard Auby a jugé que la création d'une agence indépendante, soustraite à l'influence des autres services de l'État et des acteurs locaux et jouant le rôle d'un « ministère public » dans le cadre du contrôle de légalité poserait d'importants problèmes pratiques, notamment pour la détermination de sa politique de contrôle* »⁸¹². Pourtant, cette politique de contrôle pourrait être déterminée par le Parlement et révisée à intervalle régulier. Il semble qu'aller vers l'indépendance de l'organe de contrôle soit une étape indispensable de la refondation du contrôle de légalité, d'autant que l'actuel pouvoir discrétionnaire confié au préfet est susceptible d'engendrer de fortes inégalités entre les collectivités territoriales⁸¹³. La séparation du contrôle des collectivités et de leur conseil semble elle-aussi souhaitable afin de lever l'ambiguïté du contrôle de légalité.

⁸⁰⁹ Alain ANZIANI (dir.), *Rapport d'information...*, n° 647, 7 juill. 2010, t. II, auditions, Sénat, p. 63.

⁸¹⁰ Alain ANZIANI (dir.), *Rapport d'information...*, n° 647, *op. cit.*, t. 1, p. 82.

⁸¹¹ V. Jean-Claude HELIN, « Le contrôle de légalité des actes locaux en France. Entre mise en cause et mise en ordre », AJDA, 1999, p. 772.

⁸¹² Alain ANZIANI (dir.), *Rapport d'information...*, n° 647, *op. cit.*, p. 79.

⁸¹³ V. Christelle BRANQUART, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? », AJDA, 2001, p. 203.

166. Quoi qu'il en soit, il ne peut être envisagé d'abandonner le contrôle de légalité, comme cela est suggéré par une partie de la classe politique et de la doctrine⁸¹⁴. Certains sénateurs, considèrent « *que le recours au juge administratif, loin d'être un échec de la décentralisation, doit être perçu comme le moyen, pour l'Etat, d'assumer sa mission régaliennne de protection des populations* »⁸¹⁵. En outre, le contrôle de légalité constitue un facteur de sécurité juridique pour les collectivités territoriales. Certes, il engendre du contentieux, mais les déférés peuvent permettre de supplanter les recours présentés par des tiers tant il est vrai que « *le gonflement du contentieux auquel on a assisté, (...), montrent que les communes ont besoin d'être rappelées au respect du droit* »⁸¹⁶. Cela ne fait évidemment pas obstacle à la poursuite du recentrage de l'obligation de transmission sur les actes les plus sensibles et à un ciblage du contrôle.

167. La décentralisation ne peut ainsi se traduire par un recul de l'Etat de droit. Or, le contrôle de légalité ne peut reposer uniquement sur les citoyens par la voie du recours pour excès de pouvoir, d'autant qu'en matière d'urbanisme, on assiste à la multiplication des règles contentieuses dérogatoires, dont certaines visent à limiter l'accès au recours pour excès de pouvoir.

II. Des règles contentieuses dérogatoires : le cas de l'exception d'illégalité

168. Guidé par un souci de sécurité juridique, le législateur a introduit, dans le contentieux administratif de l'urbanisme, des règles dérogatoires qui ont indirectement pour conséquence de limiter le contrôle juridictionnel de la légalité, affectant ainsi l'effectivité des normes d'urbanisme. La plupart ont été inspirées par le rapport du Conseil d'Etat de 1992 et en partie retranscrites dans la loi Bosson du 9 février 1994⁸¹⁷. Deux règles spécifiques au contentieux de l'urbanisme concernent l'accès au juge. Il s'agit des limitations introduites par les articles R. 600-1 et L. 600-1-1 du code de l'urbanisme. Elles seront néanmoins envisagées plus loin⁸¹⁸. De plus, le code de l'urbanisme introduit une limite à la pratique de l'économie de moyens (L. 600-4-1)⁸¹⁹. Ainsi, l'urbanisme est un domaine « *où la volonté de stabiliser les situations juridiques tourne souvent à l'obsession et conduit à l'adoption de dispositions plus agressives*

⁸¹⁴ « Benoist Apparu, secrétaire d'Etat chargé du logement et de l'urbanisme, a indiqué que (...) l'acceptation totale de la logique de la décentralisation impliquait que le contrôle des préfets s'amointrisse » (Alain ANZIANI (dir.), *Rapport d'information...*, op. cit., p. 66) ; Jean-François BRISSON, « Faut-il réviser le contrôle de légalité ? », op. cit., p. 248.

⁸¹⁵ Alain ANZIANI (dir.), *Rapport d'information...*, n° 554, op. cit., p. 82.

⁸¹⁶ Jean-Bernard AUBY, Hugues PERINET-MARQUET et Rozen NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2012, p. 16.

⁸¹⁷ V. Jean-Bernard AUBY, « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », RFDA, 1995, p. 25.

⁸¹⁸ V. *infra*, § 787 à 794.

⁸¹⁹ Sur l'obligation de statuer sur tous les moyens de la requête, v. Jean-Bernard AUBY, Hugues PERINET-MARQUET et Rozen NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme...*, op. cit., p. 131.

à l'égard du droit au recours »⁸²⁰. A ce stade, nous nous concentrerons cependant sur le mécanisme de l'exception d'illégalité qui connaît, en matière d'urbanisme, des limitations importantes. En effet, « la jurisprudence de l'urbanisme, relayée en ce sens par le législateur, a nettement tendance à privilégier la stabilité des situations juridiques au détriment de la légalité »⁸²¹.

169. Du point de vue tout d'abord des limitations législatives à l'exception d'illégalité, l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme a enfermé dans un délai de 6 mois la possibilité d'invoquer l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un document d'urbanisme. Certaines exceptions bienvenues concernant l'information et la participation du public ainsi que l'absence de rapport de présentation ou de documents graphiques ont cependant été introduites au troisième alinéa du même article. Par ailleurs, des limitations à la possibilité d'utiliser l'exception d'illégalité sont prévues concernant la concertation et le débat public⁸²².

170. C'est cependant la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a le plus limité les possibilités d'invoquer l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme. Depuis l'arrêt *Poulin* du 29 mai 1908⁸²³, « l'illégalité entachant un règlement peut être invoquée à toute époque à l'encontre des mesures d'application »⁸²⁴. Initialement, le permis de construire était considéré comme une « mesure d'application » du POS. Ainsi Bernard Stirn considérait-il que « le permis de construire accordé sur la base du POS illégal est nécessairement entaché d'excès de pouvoir »⁸²⁵. Cependant, « le droit de construire étant un attribut du droit de propriété, n'est nullement accordé par la norme locale d'urbanisme, qui se borne à encadrer sa mise en œuvre »⁸²⁶. Ainsi, depuis l'arrêt *Gepro* de 1986, l'illégalité d'un POS n'entraîne plus automatiquement celle du permis⁸²⁷. Celui-ci existe en dehors du POS et peut être délivré, même en son absence. Dès lors, il ne peut être considéré comme un acte d'application du POS⁸²⁸. Pour autant, l'exception d'illégalité pouvait être soulevée si le permis avait été délivré sur la base de dispositions illégales spécialement édictées pour « rendre possible » l'opération

⁸²⁰ Pascal PLANCHET, « L'actualité de l'exception d'illégalité en droit de l'urbanisme. Retour sur l'arrêt "Commune de Courbevoie" », DAUH, 2010, p. 35.

⁸²¹ David BAILLEUL, « Les vicissitudes de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme », commentaire de CE, sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, JCP A, n° 18, 2008, n° 2113.

⁸²² Art. L. 300-2 I. al. 5 du code de l'urbanisme et L. 121-14 du code de l'environnement.

⁸²³ CE, 29 mai 1908, *Poulin*, rec., p. 580, confirmé notamment par CE, sect., 10 février 1967, *Société des établissements Petitjean*, rec., p. 63.

⁸²⁴ Vincent LECOQ, *Contribution à l'étude juridique de la norme locale d'urbanisme*, thèse, droit, PULIM, 2004, p. 457.

⁸²⁵ Bernard STIRN, « Conclusions sur CE, 9 janvier 1981, *Ministre de l'environnement et du Cadre de vie c/ comité inter-association pour l'environnement de Nancy* », D. 1982, p. 520.

⁸²⁶ Vincent LECOQ, *Contribution à l'étude juridique de la norme locale d'urbanisme*, op. cit., p. 460.

⁸²⁷ CE, sect., 12 décembre 1986, *Gepro*, rec. p. 282 ; CJEG, 1986, p. 519, concl. Christian VIGOUROUX.

⁸²⁸ Cette position est cependant, à juste titre, critiquée, dans la mesure où l'on peut considérer que « le plan est bien la source effective du droit de construire » (Pascal PLANCHET, « L'actualité de l'exception d'illégalité en droit de l'urbanisme. Retour sur l'arrêt "Commune de Courbevoie" », DAUH, 2010, p. 35). Voir sur ce point les critiques convaincantes de Pascal Planchet portant notamment sur une comparaison avec d'autres branches du droit public et sur le fait que le certificat d'urbanisme demeure paradoxalement, en jurisprudence, une mesure d'application du plan (Pascal PLANCHET, *ibidem*, p. 36) et la circonspection du Professeur Chapus (René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 686).

de construction⁸²⁹. En 2005, le Conseil d'Etat a fait évoluer cette jurisprudence, dans un autre domaine⁸³⁰. Ainsi, on ne peut exciper de l'illégalité du schéma directeur à l'encontre d'une DUP, « *alors même que ce document d'urbanisme ou sa modification aurait eu pour effet de rendre possible l'opération déclarée d'utilité publique* ». De plus, concernant l'articulation entre le POS et le schéma directeur, respectivement devenus PLU et SCOT, « *un plan d'occupation des sols, s'il doit être compatible avec un schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme, n'en constitue cependant pas une mesure d'application* »⁸³¹. Dès lors, l'exception d'illégalité fondée sur le SD ne peut être invoquée à l'encontre du POS. Cette position est justifiée par le fait que « *si les POS doivent être compatibles avec les schémas directeurs, leur existence n'est pas subordonnée à celle des schémas, puisque ces derniers ne sont pas obligatoires* »⁸³². Pour autant, si ce raisonnement est d'une pure logique, on peut s'interroger sur ses conséquences du point de vue de la portée de l'exigence de compatibilité, véritable ciment de la pyramide des normes d'urbanisme. Enfin, avec la décision *Commune de Courbevoie*⁸³³, le Conseil d'Etat franchit une nouvelle étape et ne fait plus référence à la notion de « rendre possible », rompant ainsi avec la dérogation au droit commun instaurée par la jurisprudence *Gépro*. Si, en l'espèce, le plan d'aménagement de zone, équivalent du PLU⁸³⁴, est clairement illégal, cette illégalité n'entraîne pas l'annulation du permis de construire pris sur son fondement : « *si le permis de construire ne peut être délivré que pour un projet qui respecte la réglementation d'urbanisme en vigueur, il ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation ; (...) par suite, un requérant demandant l'annulation d'un permis de construire ne saurait utilement se borner à soutenir qu'il a été délivré sous l'empire d'un document d'urbanisme illégal, quelle que soit la nature de l'illégalité dont il se prévaut* ».

171. Cependant, afin de ne pas totalement exclure l'exception d'illégalité du droit de l'urbanisme, le Conseil s'appuie sur l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme selon lequel l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un document d'urbanisme a pour effet de remettre en vigueur le document immédiatement antérieur. « *Dès lors, il peut être utilement soutenu devant le juge qu'un permis de construire a été délivré sous l'empire d'un document*

⁸²⁹ Voir aussi l'extension de la jurisprudence *Gépro* aux autorisations de lotir, CE, sect., 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*, rec., p. 148 ; RDI, 1990, p. 481, note Yves GAUDEMET et Daniel LABETOUILLE ; RFDA, 1991, p. 149, note H. TOUTEE.

⁸³⁰ CE, sect., 25 février 2005, *Association Préservons l'avenir à Ours-Mons-Taulhac*, BJDU, 2005, n° 1, p. 43, concl. Guyomar.

⁸³¹ CE, 15 octobre 2007, *Fédération départementale de l'hôtellerie de plein air de Charente-Maritime* ; RJEP, n° 649, 2008, concl. Célia VEROT.

⁸³² Célia VEROT, « Inopérance de l'exception d'illégalité d'un schéma directeur. Conclusions sur CE, 15 oct. 2007, *Fédération départementale de l'hôtellerie de plein air* », RJEP, n° 649, 2008, comm. 5.

⁸³³ CE, sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, BJDU, 2007, p. 459, concl. Anne COURREGES ; *Droit adm.*, 2008, comm. 61, note Fabrice MELLERAY. Voir notamment Pascal PLANCHET, « L'actualité de l'exception d'illégalité en droit de l'urbanisme. Retour sur l'arrêt "Commune de Courbevoie" », DAUH, 2010, p. 29 ; Etienne FATOME, « L'exception d'illégalité des documents d'urbanisme après l'arrêt Commune de Courbevoie », BJDU, n°1, 2009, p. 2.

⁸³⁴ L'arrêt Commune de Courbevoie a été étendu aux cas de recours direct contre un PLU : CE, 16 novembre 2009, *Société Les Résidences de Cavalière*, n° 308623 ; AJDA, 2010, p. 454, concl. Anne COURREGES ; RDI, 2010, p. 115, Pierre SOLER-COUTEAUX.

d'urbanisme illégal (...), à la condition que le requérant fasse en outre valoir que ce permis méconnaît les dispositions pertinentes ainsi remises en vigueur ». Cette dernière mention de l'arrêt *Commune de Courbevoie* illustre bien la grande complexité juridique dans laquelle se trouve plongé le requérant⁸³⁵.

In fine, le législateur comme le juge semblent épris du désir d'une plus grande sécurité juridique. Cela conduit paradoxalement à un manque de lisibilité du droit lui-même facteur d'insécurité juridique. Dès lors, il faut souhaiter que les facteurs de sécurité soient supérieurs aux facteurs d'insécurité, il en va de la crédibilité du législateur, comme du juge.

III. La variation de l'intensité du contrôle du juge administratif

172. Le droit de l'urbanisme a pu constituer « *un lieu privilégié de l'extension des pouvoirs du juge sur l'action des autorités administratives* »⁸³⁶. L'arrêt *Gomel* du 13 avril 1914⁸³⁷ a ainsi procédé à une extension particulièrement importante du contrôle de l'excès de pouvoir du juge administratif. A partir de cet arrêt, le juge administratif accepte de contrôler la qualification juridique des faits. Pour René Chapus, cette décision représente « *le plus grand pas qui ait été accompli dans le sens d'un meilleur contrôle de la légalité de l'action administrative* »⁸³⁸. Le juge administratif devient alors non seulement un juge du droit, mais aussi celui des faits. Il examine si ces faits sont de nature à justifier la décision administrative.

173. Au-delà de cette évolution, c'est surtout l'intensité du contrôle opéré par le juge administratif qui importe sur le plan du respect de la hiérarchie des normes. De cette intensité dépend en effet le niveau d'exigence du juge administratif à l'égard de l'administration⁸³⁹. Plus le contrôle est poussé, plus le juge est exigeant quant au respect des normes supérieures. Or, en droit de l'urbanisme, le contrôle restreint occupe une large place, alors que celle du contrôle normal ou du contrôle du bilan⁸⁴⁰ est plus limitée. La décentralisation, en confiant

⁸³⁵ Pour une illustration, voir CE, 31 mars 2010, *Commune de Châteauneuf du Rhône*, n° 313762 ; AJDA, 2010, p. 1385, note Jean-François INSERGUET.

⁸³⁶ Florence NICOU, *Du contentieux administratif de l'urbanisme – Etude visant à préciser la fonction du contentieux de l'urbanisme dans l'évolution du droit du contentieux administratif général*, thèse, droit, Nice, 2006, PUAM, p. 239.

⁸³⁷ CE, 4 avril 1914, *Gomel*, rec., p. 488, *op. cit.*.

⁸³⁸ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, p. 1043.

⁸³⁹ V. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 913 et s..

⁸⁴⁰ En matière d'urbanisme, le contrôle du bilan est exercé en matière de dérogations (CE, ass., *Ville de Limoges*, 18 juillet 1973, rec., p. 530 ; RDP, 1974, note Marcel WALINE ; AJPI, 1974, p. 782, note Robert SAVY) et de projets d'intérêts général (CE, sect., 3 février 1992, *Commune de Soulom*, rec., p. 52 ; LPA, 8 juillet 1992, p. 30, note Patrick HOCREITERE). Traditionnellement considéré comme un contrôle « maximum » de la légalité, nous verrons que ce contrôle s'apparente bien davantage à un contrôle restreint (v. *infra*, § 780 ; Jean-François LACHAUME, « Les futurs grands arrêts », RFDA, 2007, p. 264).

aux autorités locales davantage de pouvoir discrétionnaire, a accentué cette tendance, principalement en matière de documents d'urbanisme⁸⁴¹.

174. Le terrain de prédilection du contrôle restreint reste cependant celui du contrôle des documents d'urbanisme. Il fait ainsi figure d'« *un des dogmes constitutifs du droit de l'urbanisme* »⁸⁴². Refusant d'opérer un contrôle du bilan des documents d'urbanisme⁸⁴³, alors que certains tribunaux s'y étaient essayé⁸⁴⁴, le juge administratif se borne à un contrôle de l'erreur manifeste sur le contenu des POS, devenus PLU⁸⁴⁵. Un tel contrôle est justifié par la forte connotation politique du parti d'urbanisme. Le juge se fonde ainsi dans un « *devoir de réserve auto-imposé* »⁸⁴⁶.

175. On assiste cependant, derrière le voile du pouvoir discrétionnaire, à un approfondissement du contrôle des documents d'urbanisme, et ce conformément à une tendance plus générale du droit administratif⁸⁴⁷ qui profite au renforcement de la hiérarchie des normes. Tout d'abord, la frontière entre le contrôle restreint et le contrôle normal est parfois floue. « *Un contrôle minimum peut camoufler des investigations précises alors qu'un contrôle normal peut demeurer formel* »⁸⁴⁸. En matière de documents d'urbanisme, « *l'activisme déployé par le juge, le pointillisme de ses investigations interdisent aujourd'hui dans nombre de cas de distinguer le pseudo-contrôle restreint d'un contrôle normal* »⁸⁴⁹. Ensuite, le juge administratif accepte d'opérer un contrôle normal des documents d'urbanisme par rapport à certaines dispositions législatives. C'est ainsi le cas de l'article L. 121-1 du code de l'urbanisme⁸⁵⁰ et des dispositions des lois « Montagne »⁸⁵¹ et « Littoral »⁸⁵². Un tel contrôle

⁸⁴¹ Le permis de construire fait quant à lui l'objet d'un contrôle asymétrique. Le contrôle du juge est restreint lorsque le permis est accordé (CE, 29 mars 1968, *Soc. du lotissement de la plage de Pampelone*, rec. p. 211 ; AJDA, 1968, p. 335, chron. MASSOT et DEWOST) alors qu'il est normal en cas de refus (CE, 4 avril 1914, *Gomel*, rec., p. 488, *op. cit.* ; CE, 25 janvier 1974, *Dame Rouquette*, rec. p. 1214), ce qui implique paradoxalement que l'urbanisation est moins intensément contrôlée que l'absence d'urbanisation.

⁸⁴² Pierre-Paul DANNA, « Vers une évolution du contrôle de légalité interne des documents d'urbanisme ? », RFDA, 2000, p. 367.

⁸⁴³ CE, 8 janvier 1993, *Association des riverains du front de Seine-Parc de Passy* ; LPA, 29 mars 1993, concl. Jean-Claude BONICHOT et CE, 21 octobre 1994, *Commune de Benwihr*, rec., p. 1235 ; D., 1996, p. 272, obs. Hubert CHARLES.

⁸⁴⁴ TA Nice, 17 décembre 1987, *Mouvement niçois pour la défense des sites et du patrimoine et autres*, RFDA, 1990, p. 234, concl. Norbert CALDERARO.

⁸⁴⁵ CE, sect., 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, rec., p. 127 ; concl. Daniel LABETOULLE, JCP, 1979, II, p. 1971 ; note Fernand BOUYSSOU, D., 1979, p. 534.

⁸⁴⁶ Pierre-Paul DANNA, « Vers une évolution du contrôle de légalité interne des documents d'urbanisme ? », RFDA, 2000, p. 367.

⁸⁴⁷ « Dans son souci d'approfondir son contrôle sur l'action administrative, le juge administratif a tendance à faire passer de plus en plus de matières du contrôle restreint au contrôle normal » (Jean-François LACHAUME, « Les futurs grands arrêts », RFDA, 2007, p. 264). Dans le même sens, v. Fabrice MELLERAY, « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2007, n° 45.

⁸⁴⁸ Pierre-Paul DANNA, « Vers une évolution du contrôle de légalité interne... », *op. cit.*, p. 367.

⁸⁴⁹ Pierre-Paul DANNA, *ibidem*, p. 367. Pour une illustration récente, voir TA Nantes, 21 avril 2009, *Association Sauvegarde de l'Anjou*, n° 064265, AJDA, 2009, p. 1905, note Nathalie WOLFF.

⁸⁵⁰ CE, 10 févr. 1997, *Association pour la défense des sites de Théoule et autres*, n° 125534, BJDU n° janvier 1997, p. 19, concl. Laurent TOUVET.

⁸⁵¹ CE, sect., 15 mai 1992, *Commune de Cruseille*, rec. p. 210 ; AJDA, 1992, p. 756, note Jacqueline MORAND-DEVILLER.

⁸⁵² CE, sect., 12 févr. 1993, *Commune de Gassin*, rec. p. 26,

peut parfois paraître audacieux, notamment lorsque la norme supérieure impose seulement un rapport de compatibilité, synonyme de souplesse. C'est le cas de l'article L. 121-1 (ex art. L. 121-10). Le juge « *peut à propos de chaque zonage, voire de chaque unité foncière, apprécier dans le détail si toutes ou chacune des préoccupations énumérées à l'article L. 121-10 sont bien respectées* »⁸⁵³. Un tel contrôle s'explique par le fait que ces dispositions législatives interviennent pour encadrer les documents d'urbanisme et *in fine*, le pouvoir des autorités locales. Le juge est ainsi libéré de son devoir de réserve⁸⁵⁴. « *Ce raisonnement revient en dernière instance à affirmer que l'imprécision de la règle qui autorise une pluralité de choix ne saurait en aucun cas limiter sa portée normative (...), on ne saurait confondre l'opposabilité et la substance* »⁸⁵⁵. La hiérarchie entre les dispositions législatives et les documents d'urbanisme s'en trouve ainsi préservée, et c'est l'ensemble de la pyramide qui en bénéficie.

« *Le juge administratif a amplement démontré sa capacité à exercer un contrôle normal sur des notions urbanistiques, fussent-elles particulièrement floues* »⁸⁵⁶. Dès lors, outre la rédaction même des normes, on se demande ce qui empêche le juge d'étendre encore le champ du contrôle normal des documents d'urbanisme. En effet, les leçons de la tempête Xynthia semblent de nature à inciter le juge à un contrôle plus approfondi des documents d'urbanisme. De plus, il semble peu cohérent de laisser perdurer une situation dans laquelle l'article L. 121-1 fait l'objet d'un contrôle normal et les articles L. 122-1 et suivants font l'objet d'un contrôle restreint.

176. En définitive, les facteurs présumés de hiérarchisation des normes d'urbanisme présentent chacun un certain nombre de faiblesses, que ce soit au niveau des étages supérieurs de la pyramide ou au niveau du contrôle de la légalité. Il faut ajouter à cela plusieurs facteurs de déstabilisation de la pyramide des normes d'urbanisme.

⁸⁵³ Pierre-Paul DANNA, « Vers une évolution du contrôle de légalité interne... », *op. cit.*, p. 367.

⁸⁵⁴ Pierre-Paul DANNA, *ibidem*, p. 367.

⁸⁵⁵ Pierre-Paul DANNA, *ibidem*, p. 367.

⁸⁵⁶ Pierre-Paul DANNA, *ibidem*, p. 367.

Section II : Une hiérarchie déstabilisée

Le foisonnement des sources infra-constitutionnelles du droit de l'urbanisme et l'influence qu'exerce sur lui le droit de l'environnement conduit à une multiplication des besoins de coordination entre les normes (§1). Or, la nécessaire gestion de ces besoins conduit à un assouplissement des rapports normatifs susceptibles d'autoriser certaines contradictions entre les normes (§2).

§1 – La multiplication des besoins de coordination inter-normatifs

L'augmentation des besoins de coordination entre les normes résulte d'une part de la multiplicité des niveaux normatifs sur un plan vertical, c'est-à-dire à l'intérieur du droit de l'urbanisme (I). Elle résulte d'autre part de l'intégration croissante au droit de l'urbanisme de législations extérieures, notamment du droit de l'environnement, ce qui implique le développement des rapports normatifs au niveau horizontal (II).

I. La multiplicité des niveaux normatifs

« Il faut concéder qu'il existe une remarquable stabilité de l'armature de base des institutions d'urbanisme »⁸⁵⁷. Pour autant, depuis la décentralisation de l'urbanisme, il existe différents niveaux d'édition des normes d'urbanisme. Plus précisément, on a pu estimer que « la décentralisation des compétences met à mal la cohérence du droit de l'urbanisme »⁸⁵⁸ ou encore que, développer la décentralisation, « c'était peut-être méconnaître que la cohérence de ce droit lui venait non seulement d'une articulation sophistiquée des documents de planification mais encore de l'unité de la compétence »⁸⁵⁹. Deux groupes de niveaux normatifs coexistent, et doivent nécessairement s'articuler⁸⁶⁰. « La suppression des tutelles techniques et financières rendait nécessaire, afin de conserver à l'Etat ses fonctions et niveaux de contrôle antérieurs, un développement des normes de fond d'origine étatique. La hiérarchie des normes en matière d'urbanisme s'est ainsi enrichie de nouvelles strates »⁸⁶¹. On a donc assisté à un développement des normes d'origine étatique (A), dans le but de

⁸⁵⁷ Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », *op. cit.*, p. 32.

⁸⁵⁸ Vincent LECOQ, *Contribution à l'étude juridique de la norme locale d'urbanisme*, *op. cit.*, p. 421.

⁸⁵⁹ Pierre SOLER-COUTEAUX, « Les incertitudes de la règle d'urbanisme applicable à l'acte de construire », LPA, 17 juillet 1996, p. 33.

⁸⁶⁰ Par souci de ne pas alourdir l'exposé, seront ici laissés de côté les schémas régionaux tels que ceux qui concernent l'Île de France (schéma directeur de la région d'Île-de-France), la Corse (plan d'aménagement et de développement durable de Corse) ou l'outre-mer (schémas d'aménagement régional des régions d'outre-mer), de même que certains documents locaux tels que les Chartes de pays.

⁸⁶¹ Vincent LECOQ, *Contribution à l'étude juridique de la norme locale d'urbanisme*, *op. cit.*, p. 426.

« contenir l'incidence du transfert de compétences sur la cohérence du droit de l'urbanisme »⁸⁶². Le législateur a par ailleurs tenté d'organiser les rapports avec les instruments de planification décentralisée (B).

A. Les normes d'origine étatique

Les normes d'origine étatique font l'objet d'un numéro d'équilibrisme de la part du pouvoir central. En effet, « la législation est toujours demeurée dans une sorte d'entre-deux entre une confiance peut-être excessive faite aux autorités locales et un désir rémanent de conserver aux autorités d'Etat des outils divers de pilotage »⁸⁶³. Les normes d'origine étatique sont ainsi nombreuses et dotées d'une portée juridique variable. On distingue celles qui sont de nature législative (1) de celles qui sont de nature réglementaire (2).

1) La profusion des normes législatives

177. Le code de l'urbanisme compte tout d'abord deux grands principes législatifs⁸⁶⁴ inscrits aux articles L. 110 et L. 121-1 (ex article L. 121-10). Leur principal point commun est leur contradiction interne lancinante. Il est banal de dire que les objectifs assignés par ces deux articles se contredisent parfois entre eux. Ainsi, à leur lecture, « on est confondu devant les litanies d'objectifs innombrables, éclatés, contradictoires mêmes, qu'ils entendent assigner à leurs destinataires : le bonheur sur terre et son contraire s'y donnent rendez-vous »⁸⁶⁵. La loi portant engagement national pour l'environnement du 12 juillet 2010 a encore accentué ce phénomène en allongeant la liste des objectifs de l'article L. 121-1⁸⁶⁶. Tout d'abord, l'article L. 110, dit principe « d'harmonisation » de l'action des différentes collectivités publiques intervenant dans le domaine de l'urbanisme, est d'application générale. Il s'impose notamment aux PLU (art. L. 123-1) et aux SCOT (art. 122-1-1), en dépit de l'opinion contrastée de la doctrine⁸⁶⁷. Pour autant, il ne fait l'objet que d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁸⁶⁸. Ensuite, l'article L. 121-1, dit principe « d'équilibre », s'applique uniquement aux documents d'urbanisme (art. L. 123-1 et L. 122-1-1) et leur assigne des objectifs généraux notamment en matière de développement durable

⁸⁶² Vincent LECOQ, *ibidem*, p. 428.

⁸⁶³ Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », *op. cit.* p. 35.

⁸⁶⁴ La « majorité des auteurs » qualifie ces deux dispositions de « principes » du droit de l'urbanisme (v. Yves JEGOUZO, « Les principes du droit de l'urbanisme », in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 182).

⁸⁶⁵ Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », *op. cit.*, p. 36.

⁸⁶⁶ L'article L. 110 avait lui aussi été enrichi par la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (art. 8).

⁸⁶⁷ Jean-François MONTREDON et Sandra ESTUPINA, *Les principes généraux du droit de l'urbanisme*, JCP N, 2004, n° 1118, p. 420. Cet article devrait, selon eux, être dénué de toute portée.

⁸⁶⁸ CE, 21 octobre 1994, *Commune de Bennwihr*, rec., p. 1235 ; D. 1996, somm. 272, obs. Hubert CHARLES.

(aménagement et gestion économe de l'espace), de mixité sociale ou d'énergie (réduction des gaz à effet de serre et énergies renouvelables). Il impose un rapport de compatibilité comme l'a précisé, à travers une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi SRU⁸⁶⁹ et doit être interprété « *comme imposant seulement aux auteurs des documents d'urbanisme d'y faire figurer des mesures tendant à la réalisation des objectifs* ». Le juge administratif opère cependant un contrôle normal du respect de l'article L. 121-1⁸⁷⁰.

178. Le législateur a par ailleurs adopté des lois qui lui ont par la suite permis d'encadrer la planification et les autorisations d'urbanisme, nouvellement décentralisées. Il s'agit notamment des lois « Montagne » du 9 janvier 1985 et « Littoral » du 3 janvier 1986, anciennement dénommées « Lois d'aménagement et d'urbanisme » (LAU). Du point de vue de leur portée juridique, ces deux lois étaient tout d'abord d'une valeur supérieures aux anciennes directives territoriales d'aménagement (DTA), de nature réglementaire⁸⁷¹, même si, en présence d'une DTA précisant leurs modalités d'application⁸⁷², les deux lois n'imposaient plus de rapport de compatibilité aux SCOT et PLU, la DTA faisant « écran »⁸⁷³. Désormais, les SCOT et les PLU doivent être compatibles avec les dispositions particulières de ces deux lois, selon un rapport de compatibilité limitée (L. 111-1-1). La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement a ainsi supprimé l'écran formé par les anciennes DTA, contribuant ainsi à simplifier la hiérarchie des normes. Les lois « Montagne » et « Littoral » sont aussi directement opposables aux autorisations d'urbanisme, selon un rapport de conformité⁸⁷⁴, même si, là aussi, les ex DTA précisant leurs modalités d'application pouvait faire écran entre elles et un permis de construire, sous réserve que les modalités de la DTA « *soient, d'une part, suffisamment précises et, d'autre part, compatibles* »⁸⁷⁵ avec les dispositions des lois « Montagne » et « Littoral ».

⁸⁶⁹ CC, 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC ; RFDC, 2001, p. 85, chron. Nathalie JACQUINOT, Alain PARIENTE, Loïc PHILIP, Didier RIBES et Michel VERPEAUX.

⁸⁷⁰ CE, 10 février 1997, *Association pour la défense des sites de Théoule*, rec., p. 36 ; BJD, 1997, p. 19, concl. Laurent TOUVET.

⁸⁷¹ Les ex-DTA devaient leur être compatibles (CE, sect., 16 juillet 2010, *Ministre d'État, ministre de l'écologie c/ Société « Les Casuccie »*, n° 313768 ; BJD, 2010, p. 268, Jérôme TREMEAU.

⁸⁷² CE, 27 juillet 2005, *Comité de sauvegarde du Port Vauban*, RDI, 2005, p. 462, obs. Pierre SOLER-COUTEAUX. Voir aussi Hugues PERINET-MARQUET, « Le nouvel article L. 111-1-1 du code de l'urbanisme, l'intégration des directives territoriales d'aménagement au sein des normes d'urbanisme », RFDA, 1995, p. 909.

⁸⁷³ Dominique LARRALDE, « Mort et survie des lois d'aménagement et d'urbanisme (LAU) : la loi solidarité et renouvellement urbains ne remet pas en cause la hiérarchie des normes », *Constructions-Urbanisme*, mars 2001, p. 6.

⁸⁷⁴ Voir l'article L. 421-6 du code de l'urbanisme. Voir aussi, parmi de multiples exemples d'opposabilité, CE, 8 mars 2004, *Société des constructions immobilières de Bretagne, Société foncière immobilière Atlantique*, BJD, 2004, p. 352, concl. SENERS, obs. Laurent TOUVET.

⁸⁷⁵ CE, sect., 16 juillet 2010, *Ministre d'État, ministre de l'écologie c/ Société « Les Casuccie »*, n° 313768 ; BJD, 2010, p. 268, Jérôme TREMEAU.

2) La profusion des normes réglementaires

179. Il s'agit tout d'abord des directives territoriales d'aménagement et de développement durable (DTADD, ex DTA). Cet instrument réglementaire a pour objet de fixer les orientations fondamentales sur certaines parties du territoire et permet à l'Etat de garder un pouvoir d'initiative sur des territoires stratégiques. Leur portée juridique a cependant fortement été réduite avec la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement. Originellement, les ex DTA imposaient un rapport de compatibilité aux SCOT ou, en leur absence, aux PLU. Seules les DTA ayant pour objet de préciser les modalités d'application des lois « Montagne » et « Littoral » étaient directement opposables aux tiers⁸⁷⁶, sous les réserves posées par la jurisprudence⁸⁷⁷. Le nouvel article L. 113-1 du code de l'urbanisme créant les directives territoriales d'aménagement et de développement durable (DTADD) a étendu leur champ d'intervention tout en supprimant, paradoxalement, leur opposabilité juridique, que ce soit vis-à-vis des documents d'urbanisme ou des autorisations⁸⁷⁸. L'obligation de compatibilité des documents d'urbanisme est supprimée. Leur mise en œuvre n'est prévue que de façon indirecte à travers les projets d'intérêt général (art. L. 113-4). Ainsi, « *la DTADD n'est-elle plus qu'un catalogue dans lequel le préfet pourra faire son marché, mettant dans le panier des PIG tel projet lourd d'aménagement et laissant sur l'étal la compensation qui lui était associée ?* »⁸⁷⁹. On peut dès lors se demander pourquoi le législateur n'a pas, selon un éventuel souci de simplification de la hiérarchie des normes, purement et simplement supprimé les DTA, d'autant qu'un léger toilettage des objectifs assignés aux PIG aurait produit des effets juridiques semblables, dès lors que le préfet n'a pas l'obligation de réaliser l'ensemble des objectifs de la DTA.

180. Ensuite, les projets d'intérêt général (PIG) permettent à l'Etat d'imposer, aux collectivités locales, certains projets. Ils doivent être « pris en compte » par les documents d'urbanisme, sous peine d'illégalité⁸⁸⁰. La « prise en compte » ne s'entend cependant pas ici au sens classique. Elle « *va bien plus loin* », « *puisque'elle conduit à imposer les projets d'intérêt général qui peuvent d'ailleurs l'être ultérieurement grâce à la procédure de mise en compatibilité* »⁸⁸¹.

⁸⁷⁶ CE, 27 juillet 2005, *Comité de sauvegarde du Port Vauban*, *op. cit.*.

⁸⁷⁷ CE, sect., 16 juillet 2010, *Ministre d'État, ministre de l'écologie c/ Société « Les Casuccie »*, n° 313768 ; BJD, 2010, p. 268, Jérôme TREMEAU.

⁸⁷⁸ Pour un commentaire approfondi de ce nouveau dispositif, voir Seydou TRAORE, « Les directives territoriales d'aménagement et de développement durables de la loi du 12 juillet 2010 et les critères des documents d'urbanisme », JCP A, 2010, n° 2286.

⁸⁷⁹ Jean-Pierre LEBRETON, « Mouton noir dans le pré du Grenelle », AJDA, 2010, p. 1449.

⁸⁸⁰ TA Bordeaux, 22 mai 1986, *Commissaire de la république c. Commune de Genissac*, LPA, 10 juin 1987, p. 6, note Bernard PACTEAU.

⁸⁸¹ Jean-Claude BONICHOT, « Compatibilité, cohérence, prise en compte : jeux de mots ou jeu de rôle ? », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, *op. cit.*, p. 54.

181. Enfin, le règlement national d'urbanisme (RNU) codifié aux articles R. 111-2 et s. s'applique aux autorisations d'urbanisme. Cependant, en présence d'un PLU sur le territoire de la commune, le a) de l'article R. 111-1 rend inapplicable certaines de ses dispositions⁸⁸².

B. Les instruments de planification décentralisée

L'articulation entre les différents instruments de planification décentralisée relève souvent du « *pur équilibrisme juridique* »⁸⁸³. Ces instruments doivent s'articuler entre eux, souvent selon un rapport de compatibilité, et sont aussi soumis aux normes d'origine étatique.

182. En premier lieu, les schémas de cohérence territoriale (SCOT) définissent les orientations générales de la stratégie d'aménagement à l'échelle de plusieurs communes⁸⁸⁴. Du point de vue de leur portée, ils imposent un rapport de compatibilité aux programmes locaux de l'habitat (PLH), aux plans de déplacement urbain (PDU), aux schéma de développement commercial (SDC), aux PLU, PSMV et cartes communales (art. L. 122-1). Ils sont aussi directement opposables à certains lotissements ou constructions supérieurs à 5000 m² de surface de plancher (art. R. 122-5), aux autorisations d'équipement commercial⁸⁸⁵ ainsi qu'aux autorisations de construire dans des espaces boisés classés prévues à l'article L. 130-2 du code de l'urbanisme.

Si le législateur semble avoir prévu toutes les éventualités, plusieurs incohérences, théoriques et pratiques, peuvent être relevées. Du point de vue théorique, le SCOT se retrouve, vis à vis des documents inférieurs contraires, dans la même situation que la Constitution vis-à-vis de traités internationaux contraires. L'article L. 122-16 du code de l'urbanisme ressemble ainsi étrangement à l'article 54 de la Constitution. Cet article prévoit que : « *Lorsqu'un programme local de l'habitat, un plan de déplacements urbains, un document d'urbanisme ou une opération foncière ou d'aménagement mentionné au dernier alinéa de l'article L. 122-1 comprend des dispositions qui ne sont pas compatibles avec le schéma de cohérence territoriale, il ne peut être approuvé ou créé que si l'établissement public prévu à l'article L. 122-4 a préalablement modifié ou révisé le schéma de cohérence territoriale* ». Paradoxalement, si un document inférieur est contraire au SCOT, cet article suggère de réviser le SCOT, et non de modifier le document inférieur. Il témoigne ainsi d'un dérèglement de la hiérarchie des instruments de planification décentralisée. Par ailleurs, alors que la logique commande que le SCOT oriente le contenu des PLU situés à l'intérieur de son

⁸⁸² De plus, dans le périmètre des zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager et des plan de sauvegarde et de mise en valeur, l'article R. 111-21 ne s'applique pas (R. 111-1).

⁸⁸³ Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », *op. cit.*, p. 36.

⁸⁸⁴ Des schémas de secteurs peuvent préciser le SCOT et ont globalement le même régime juridique.

⁸⁸⁵ CE, 28 septembre 2005, *Société Sumidis* ; *Construction-urbanisme*, 2005, comm. 285 ; note Gilles GODFRIN.

périmètre, il s'avère souvent en pratique que le SCOT est élaboré postérieurement aux PLU⁸⁸⁶. Même si la jurisprudence du Conseil d'Etat a bien rappelé que le PLU n'est pas une mesure d'application du SCOT⁸⁸⁷, cette situation se rapproche de celle dans laquelle l'administration aurait adopté le décret d'application avant que la loi ne soit votée. Il s'agit d'un autre dérèglement de la hiérarchie.

183. En second lieu, le plan local d'urbanisme (PLU) est le document d'urbanisme « phare » au niveau local⁸⁸⁸ en ce qu'il établit le parti d'urbanisme retenu et détermine en conséquence les règles d'utilisation des sols⁸⁸⁹. Il doit être compatible avec les SCOT, PLH, PDU et SDC. Du point de vue de ses effets, le PLU impose un rapport de conformité aux autorisations d'urbanisme (L. 421-6). Le PLU n'est cependant pas supérieur aux règlements des lotissements, lesquels le complètent. En cas de contradiction, le plus sévère l'emporte⁸⁹⁰, ce qui constitue une autre originalité, voire un dérèglement, de la hiérarchie des normes d'urbanisme.

A cette hiérarchie déjà complexe, il convient d'ajouter les perturbations occasionnées par l'irréversible irruption de législations voisines telles que le droit de l'environnement dans la pyramide des normes d'urbanisme.

II. L'irréversible développement des rapports normatifs horizontaux

L'un des mouvements horizontaux qui influence le plus le droit de l'urbanisme contemporain est sa pénétration par le droit de l'environnement sous l'effet, notamment, du concept de développement durable et du principe d'intégration qui en découle. Ceci ne se fait pas sans occasionner des perturbations du droit de l'urbanisme. Ainsi, « *plus les choses vont, moins le droit de l'urbanisme est capable de régler de manière un tant soit peu ordonnée les rapports entre les règles d'urbanisme stricto sensu et les autres législations concernant l'utilisation des sols. (...). En fait, le droit de l'urbanisme en vient à ne plus connaître ses frontières* »⁸⁹¹. Les conséquences de cette profusion des sources sont bien connues : la

⁸⁸⁶ Ce fut le cas notamment de l'agglomération de Limoges qui ne s'est dotée d'un SCOT qu'en 2011 alors que son PLU datait de 2007.

⁸⁸⁷ Voir CE, 15 octobre 2007, *Fédération départementale de l'hôtellerie de plein air de Charente-Maritime* ; RJEP, n° 649, 2008, concl. Célia VEROT.

⁸⁸⁸ Sont ici mis de côté certains documents pouvant tenir lieu de PLU comme les plans d'aménagement de zone des zones d'aménagement concerté ainsi que les plans de sauvegarde et de mise en valeur (voir Jean-Bernard AUBY, Hugues PERINET-MARQUET et Rozen NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, *op. cit.*, p. 295 et s.).

⁸⁸⁹ Certaines communes sont dotées de cartes communales. Elles visent à mettre en application au niveau local les dispositions du RNU mais doivent cependant, en vertu de l'article L. 124-2 du code de l'urbanisme se soumettre aux autres documents d'urbanisme selon un rapport de compatibilité (SCOT, schéma de secteur, SMVM, PLH, PDU, chartes des PNR).

⁸⁹⁰ CE, 15 octobre 1937, *Ansel et Rivet*, rec., p. 814.

⁸⁹¹ Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », *op. cit.*, p. 33.

« concurrence permanente (des sources) est l'occasion de contradictions franches ou latentes, de distinctions, donc de liberté d'interprétation et d'application »⁸⁹².

La coordination entre le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement, lorsqu'elle est anticipée par le législateur⁸⁹³, est envisagée par le biais de deux types de rapports normatifs distincts : la compatibilité et la prise en compte. Avant de les définir au paragraphe suivant, il faut préciser l'étendue de leurs champs d'application respectifs (**A et B**), à laquelle s'ajoute l'application, de façon occasionnelle, de rapports normatifs que l'on peut qualifier d'originaux (**C**).

A. Le champ d'application de la « compatibilité » des documents d'urbanisme avec les normes environnementales

184. Tout d'abord, en ce qui concerne la protection de la ressource en eau, avant la loi du 21 avril 2004 sur l'eau et les milieux aquatiques, la jurisprudence considérait que les documents d'urbanisme ne relevaient pas du domaine de l'eau⁸⁹⁴ et que, par conséquent, ils devaient simplement « prendre en compte » les schémas directeur d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) et les schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE). Mais, à la suite de cette loi de 2004, le législateur a imposé une obligation de « compatibilité »⁸⁹⁵, ce que confirme la nouvelle formulation de l'article L. 111-1-1 du code de l'urbanisme issue de la loi du 12 juillet 2010. Dès lors, les SCOT et, en leur absence, les PLU, doivent être compatibles avec les orientations fondamentales et les objectifs de qualité et de quantité des SDAGE, de même qu'avec les objectifs de protection des SAGE.

185. Ensuite, en ce qui concerne la protection de la nature, les SCOT et, en leur absence, les PLU, doivent être compatibles avec les chartes des parcs naturels régionaux et des parcs nationaux (L. 111-1-1 du code de l'urbanisme). Plus précisément, les documents d'urbanisme doivent être compatibles avec « les orientations et les mesures de la charte » (L. 333-1 V. du code de l'environnement)⁸⁹⁶. On remarquera ici une différence de rédaction problématique entre le code de l'urbanisme et le code de l'environnement. Dans le cas où un territoire donné est doté d'un SCOT, le code de l'environnement, en faisant référence aux « documents d'urbanisme », oblige les PLU à être compatibles avec la charte du PNR alors que le code de l'urbanisme ne prévoit cette obligation que pour les SCOT puisque c'est seulement en l'absence de ces derniers que le PLU devra être compatible avec la Charte du PNR. La

⁸⁹² Christian ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 27, Paris, Sirey, 1982, p. 231.

⁸⁹³ A défaut, c'est le principe d'indépendance des législations qui sera appliqué. V. *infra*, § 630 et s..

⁸⁹⁴ Jean-Pierre LEBRETON, « Des degrés de normativité en urbanisme », note sur CAA Douai, 25 septembre 2003, *Association SAVE*, AJDA, 2004, p. 830.

⁸⁹⁵ V. Patrice IBANEZ, « L'intégration d'une planification communautaire des eaux dans la hiérarchie des normes d'urbanisme », JCP A, 2004, n° 1544, p. 1130.

⁸⁹⁶ CE, 30 juillet 1997, *Association pour la sauvegarde du site de Trottigny*, n° 164015 ; RDI, 1997, p. 579, note Jacqueline MORAND-DEVILLER ; CE, avis, n° 361028 du 21 octobre 1997, EDCE, 1998, p. 212.

hiérarchie des normes en est d'autant fragilisée. Enfin, la charte des PNR n'est pas directement opposable aux tiers. Elle produit donc l'essentiel de ses effets à travers les documents d'urbanisme⁸⁹⁷.

186. Enfin, d'autres normes à caractère environnemental imposent un rapport de compatibilité⁸⁹⁸. Ainsi, les directives de protection et de mise en valeur du paysage de l'article L. 350-1 du code de l'environnement imposent un rapport de compatibilité aux SCOT et aux PLU. Elles sont directement opposables aux autorisations d'urbanisme en cas d'absence de PLU ou d'incompatibilité du PLU avec elles. En outre, les schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie créés par l'article 68 de la loi du 12 juillet 2010 remplacent les plans régionaux pour la qualité de l'air et imposent un rapport de compatibilité aux plans de déplacement urbain⁸⁹⁹.

B. Le champ d'application de la « prise en compte » de normes environnementales par les documents d'urbanisme

187. Depuis la loi du 12 juillet 2010, les SCOT et les PLU doivent « *prendre en compte les schémas régionaux de cohérence écologique et les plans climat-énergie territoriaux lorsqu'ils existent* » (art. L. 111-1-1). Ces derniers doivent eux même être compatibles avec le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie (art. 75 de la loi du 12 juillet 2010 et art. L. 229-26 du code de l'environnement). Le nouvel article L. 229-26 du code de l'environnement obligeant les régions, les départements, certains EPCI et les communes de plus de 50 000 habitants à adopter un plan climat énergie territorial, on peut se demander avec lequel d'entre eux les SCOT et PLU doivent être compatibles. Il s'agit d'une incertitude supplémentaire dans la hiérarchie des normes d'urbanisme.

C. Les rapports normatifs originaux

188. Il s'agit tout d'abord de la portée des servitudes d'utilité publique (SUP). Issues de législations externes au droit de l'urbanisme comme par exemple les plans de prévention des risques naturels⁹⁰⁰, elles sont opposables aux autorisations d'urbanisme seulement si elles ont été annexées au PLU⁹⁰¹.

⁸⁹⁷ CE, 27 février 2004, *Centre régional de la propriété foncière de Lorraine Alsace*, n° 198124, RDI, 2004, p. 354, obs. Yves JEGOUZO.

⁸⁹⁸ Même s'il ne constitue pas une norme à caractère environnemental, on notera que le schéma d'aménagement régional impose un rapport de compatibilité aux SCOT et, en leur absence, aux PLU (L. 4433-8 CGCT).

⁸⁹⁹ Art. 28 de la Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs.

⁹⁰⁰ CE, 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine* ; *Construction-urbanisme*, 2006, étude 7, Seydou TRAORE.

⁹⁰¹ Art. L. 126-1 al. 3. Voir CE, 9 mars 1990, *Stockhausen et Trudelle*, rec., p. 1034.

L'article 109-1 al. 2 du code minier prévoit en outre que les schémas d'exploitation coordonnée des carrières « *et les documents d'urbanisme opposables aux tiers doivent être compatibles entre eux* ». Avec une obligation mutuelle de compatibilité telle que celle-ci, force est de constater qu'il s'agit ici d'un rapport normatif purement horizontal, presque neutralisant. La hiérarchie laisse alors la place à la coordination.

La multiplication des besoins de coordination entre les normes a eu pour conséquence, en droit de l'urbanisme, de rapports normatifs plus souples dont certains admettent partiellement une contradiction entre deux normes.

§2 – L'assouplissement des rapports normatifs

Selon Hans Kelsen, « *l'édiction de normes simplement générales a toujours lieu (...) sous l'hypothèse que les normes individuelles qui seront prises en application des normes générales poursuivront le processus de détermination, qui constitue bien le sens de la succession par étapes et degrés des normes juridiques* »⁹⁰². Cette déclinaison des normes, à mesure que les besoins d'articulation se multiplient, peut impliquer *in fine* l'érosion des effets de la norme supérieure. Certes, « *une réglementation n'est jamais totale. La norme de degré supérieur ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous les rapports. Il demeure toujours inévitablement une certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire* »⁹⁰³. Pour autant, la multiplication des besoins d'articulation multiplie aussi les « *occasions d'assouplir la règle et de la reconsidérer en fait* »⁹⁰⁴. C'est d'une certaine manière ce qui se produit en droit de l'urbanisme.

Alors que les rapports normatifs se limitaient traditionnellement à la conformité et à la compatibilité (I), se développent désormais des rapports normatifs qui, contrairement au précédent, sont susceptibles d'admettre, d'une certaine manière, la coexistence dans l'ordre juridique de deux normes qui se contredisent (II). Il y a assurément ici une source d'incohérence de l'ordre juridique susceptible de nuire à l'effectivité de la norme théoriquement supérieure.

I. De la conformité à la compatibilité

« *Les rapports entre normes d'urbanisme sont tantôt de conformité, tantôt de compatibilité, tantôt de simple "prise en considération", sans que les sens respectifs de ces*

⁹⁰² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 336.

⁹⁰³ Hans KELSEN, *ibidem*.

⁹⁰⁴ Christian ATIAS, « *Quelle positivité ? Quelle notion de droit ?* », op. cit., p. 223.

trois étages de normativité puissent être correctement cernés »⁹⁰⁵. Les rapports de conformité et de compatibilité sont cependant tout à fait classiques en droit public général et sont connus depuis longtemps⁹⁰⁶, même si le droit de l'urbanisme a développé un goût singulier pour la compatibilité.

189. Le rapport de conformité est le plus exigeant. Il reste peu répandu en droit de l'urbanisme. Selon Charles Eisenmann, la conformité implique la similitude d'un objet à un autre, laquelle peut prendre plusieurs formes⁹⁰⁷. Elle peut tout d'abord être « *une pure et simple reproduction "trait pour trait"* »⁹⁰⁸. Si l'érosion est ici réduite à néant, c'est la déclinaison de la norme du général au particulier qui est par la même absente, ce qui retire l'intérêt d'édicter une norme de rang inférieur visant à mettre en œuvre la norme de rang supérieur. Ensuite, la conformité peut être logique. Dans ce cas, il s'agit toujours d'une reproduction mais celle-ci est moins littérale puisqu'elle fait la jonction entre un objet abstrait et un objet concret. On retrouve alors la nécessaire déclinaison d'une norme générale à un objet particulier. De manière générale, « *le principe de conformité ne permettra (à l'administration) de faire rien qui ne lui soit pas permis* »⁹⁰⁹. *A contrario*, la compatibilité permet à la norme inférieure de prévoir tout ce qui n'est pas contraire à la norme supérieure.

190. En effet, la compatibilité⁹¹⁰ est essentiellement un rapport de non contrariété entre deux normes. Une norme peut s'éloigner de la norme supérieure sans pour autant la contredire. De plus, la norme inférieure ne doit pas empêcher la réalisation de la norme supérieure⁹¹¹. Cette souplesse s'explique en partie par le fait qu'elle permet un degré de liberté qui se prête particulièrement bien à la décentralisation. Ainsi, « *si l'on retient, avec Ch. Eisenmann, que la conformité s'analyse comme la reproduction ou la réalisation d'un modèle, l'exigence d'un rapport de conformité vide de sa substance la décentralisation* »⁹¹². La compatibilité introduit donc le degré de liberté nécessaire. Ce dernier est par ailleurs bienvenu lorsqu'il s'agit d'intégrer au droit de l'urbanisme des normes issues de législations réputées extérieures, porteuses d'enjeux additionnels.

191. Le juge administratif a largement tracé les contours de l'exigence de compatibilité. Ainsi a-t-il jugé, dans un arrêt d'assemblée, que reste compatible avec un schéma directeur, un tracé autoroutier différent de celui que ce dernier indiquait, mais qui « *ne remet pas en cause ni les options fondamentales du schéma, ni la destination générale des sols, et ne*

⁹⁰⁵ Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », *op. cit.*, p. 33.

⁹⁰⁶ V. notamment Charles EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », EDCE, 1957, p. 25 et s..

⁹⁰⁷ V. Charles EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », EDCE, 1957, p. 30-31.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 30.

⁹⁰⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁹¹⁰ Voir notamment Charles EISENMAN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE, 1957, p. 25 ; William COULET, « La notion de compatibilité dans le droit de l'urbanisme », AJDA, 1976, p. 291 ; Catherine PREBISSY-SCHNALL, « A la recherche d'une cohérence globale : la multiplication des contrôles de compatibilité en droit de l'urbanisme », LPA, 2004, n° 155, p. 3.

⁹¹¹ La compatibilité du PLU s'apprécie ainsi par rapport à la globalité du SCOT. CAA Paris, 31 janv. 2008, *Sté Facebat*, n° 05PA00247 ; DAUH 2009. 324, n° 242.

⁹¹² Vincent LECOQ, *Contribution à l'étude juridique de la norme locale d'urbanisme*, *op. cit.*, p. 426.

compromet ni le maintien des espaces boisés, ni la protection des sites tels qu'ils sont localisés par le schéma »⁹¹³. Aménageant la part de liberté de l'auteur de la norme inférieure, il a par ailleurs rappelé que la compatibilité ne doit pas être confondue avec la conformité⁹¹⁴. Plus précisément, l'exigence de compatibilité permet tout d'abord des adaptations mineures⁹¹⁵. De plus, l'absence de disposition dans la norme inférieure qui tende à la réalisation d'un objectif contenu dans la norme supérieure ne constitue pas une incompatibilité⁹¹⁶. A l'inverse, avec l'arrêt du 22 octobre 1975⁹¹⁷, « un équipement peut dans certains cas être réalisé, alors même que le schéma ne l'envisage pas »⁹¹⁸. Il « peut même contredire une option du document pour autant qu'il contribue à l'accomplissement d'une autre option, prioritaire par rapport à la première »⁹¹⁹.

192. Ce degré de liberté accordé par le juge se paye cependant de quelques conséquences sur la hiérarchie des normes dans son ensemble. Outre que « ce n'est pas sans subjectivité ni considération de l'opportunité que pourra être apprécié le seuil au-delà duquel la différence devient rupture et la contrariété contradiction »⁹²⁰, la multiplication des rapports de compatibilité de haut en bas de la pyramide induit des différences importantes entre la norme générale supérieure et celles qui, *in fine*, ont pourtant pour fonction d'appliquer la première. Ainsi, « l'enchaînement des obligations de compatibilité est, par nature, facteur de fragilisation de l'édifice normatif. La multiplication des distorsions entre les énonciations des documents, rendues possibles par l'existence d'un rapport de compatibilité, risque d'engendrer des différences importantes entre les deux actes se situant respectivement à la base et au sommet de la hiérarchie des normes d'urbanisme »⁹²¹. Néanmoins, le rapport de compatibilité garanti en principe, cela en est d'ailleurs la définition, l'absence de contrariété entre deux normes. C'est seulement sa prolifération dans la hiérarchie des normes qui peut éventuellement laisser s'échapper des contradictions entre normes. En revanche, d'autres rapports normatifs développés en matière d'urbanisme admettent, au moins implicitement, des contradictions entre normes.

⁹¹³ CE, Ass, 22 février 1974, *Adam*, RDP, 1974, p. 1780, note Marcel WALINE. Voir aussi, CE, 26 mars 2001, *SARL Le Blanc Coulon* ; BJD, n° 2, 2001, p. 115, concl. Laurent TOUVET.

⁹¹⁴ CE, 10 juin 1998, *SA Leroy Merlin* ; BJD, 1998, p. 242, note Henri SAVOIE.

⁹¹⁵ CE 3 mai 2004, *Commune de Deuil-La-Barre*, n° 251383 ; *Construction-Urbanisme*, 2004, n° 146, note Philippe BENOIT-CATTIN.

⁹¹⁶ CE, sect., 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, rec. p. 127 ; AJDA, mai 1979, p. 95. Dans le même sens, voir CAA Bordeaux, 26 novembre 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, n° 08BX00500 ; *Construction-Urbanisme*, 2010, n° 1, note Patrice CORNILLE.

⁹¹⁷ CE, 22 octobre 1975, *Association des riverains de la RN 158*, rec. p. 527 ; CJEG, 1981, p. 158, concl. Yves ROBINEAU.

⁹¹⁸ Jean-Pierre LEBRETON, « La compatibilité en droit de l'urbanisme », AJDA, 1991, p. 491. Dans le même sens, voir CE, 3 avril 1987, *Ministre de l'urbanisme et du logement c. association pour la protection des habitants de Châteauneuf-de-Grasse*, AJDA, 1987, p. 685, note Jean-Bernard AUBY.

⁹¹⁹ Jean-Pierre LEBRETON, *ibidem*, p. 491.

⁹²⁰ René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001 n° 1270.

⁹²¹ Jean-François INSERGUET, *La spécificité du régime juridique des actes administratifs en droit de l'urbanisme : l'exemple du plan d'occupation des sols*, thèse, droit, Limoges, 1997, p. 97.

II. Les rapports normatifs susceptibles d'admettre une contradiction entre normes

Les notions de « compatibilité limitée » (A) ou de « prise en compte » (B), plus spécifiquement liées au droit de l'urbanisme, sont susceptibles d'admettre des contradictions entre les normes de la hiérarchie d'urbanisme.

A. La notion de « compatibilité limitée »

193. Faisant référence à la notion de compatibilité limitée, Jean-Bernard Auby explique que le droit de l'urbanisme « a inventé des formules alambiquées de superposition des normes, dont la plus inouïe est celle qui veut aujourd'hui que certains actes aient à respecter uniquement les normes immédiatement situées au-dessus d'eux, et non celles qui sont encore au dessus. La pyramide est peut-être toujours debout, comme le plaidait il y a quelques temps Michel Troper, mais elle a quand même pris une forme un peu étrange »⁹²².

Le droit de l'urbanisme a multiplié les rapports de compatibilité si bien qu'une norme inférieure devait souvent être compatible non seulement avec la norme immédiatement supérieure mais aussi avec les autres normes elles-mêmes supérieures à la norme immédiatement supérieure. Désormais, avec la règle de la compatibilité limitée, « toute règle de planification d'urbanisme n'a plus qu'à être compatible qu'avec la règle qui lui est immédiatement supérieure »⁹²³.

Adoptée sur proposition du Conseil d'Etat⁹²⁴, la compatibilité limitée a pour but de limiter les risques contentieux, notamment concernant de possibles doubles exceptions d'illégalité. Issue de l'article 4 de la loi du 4 février 1995⁹²⁵, cette notion a fait l'objet d'une réserve d'interprétation par le Conseil constitutionnel, limitant ses effets aux normes réglementaires. Les dispositions législatives peuvent, de toute façon, toujours être invoquées à l'encontre de dispositions réglementaires⁹²⁶. Si la suppression de l'opposabilité des directives territoriales d'aménagement par la loi Grenelle II limite le champ d'application de cette règle,

⁹²² Jean-Bernard AUBY, « La bataille de San Romano – Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA, 2001, p. 912.

⁹²³ Hugues PERINET-MARQUET, « Le nouvel article L. 111-1-1 du code de l'urbanisme, l'intégration des directives territoriales d'aménagement au sein des normes d'urbanisme », RFDA, 1995, p. 910.

⁹²⁴ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, op. cit., p. 61 à 76.

⁹²⁵ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. L. 111-1-1 ancien du code de l'urbanisme.

⁹²⁶ CC, 26 janvier 1995, n° 94-358 DC ; RFDA, 1995, p. 876, note Dominique ROUSSEAU.

celle-ci s'applique néanmoins en région parisienne du fait de l'intervention du schéma directeur de la région Ile de France (SDRIF)⁹²⁷.

La règle de la compatibilité limitée présente certains avantages, notamment pour les auteurs des règles de planification d'urbanisme décentralisée. Elle évite aussi certaines complications dans le cadre de procédures de mise en compatibilité en réduisant le nombre de normes avec lesquelles les normes inférieures doivent être rendues compatibles⁹²⁸.

194. Pour autant, cette règle vient incontestablement limiter la portée du principe de légalité. Ainsi, cette règle « *peut être préjudiciable aux intérêts de l'Etat et des régions qui sont responsables de l'élaboration des documents supérieurs* »⁹²⁹. On pourrait ensuite considérer qu'il existe dans une certaine mesure un double emploi dès lors que les possibilités d'invoquer l'exception d'illégalité en la matière ont été largement limitées par la jurisprudence⁹³⁰. Surtout, son principal inconvénient est de favoriser l'érosion des normes d'urbanisme. Même si Hugues Périnet-Marquet juge le risque peu important, il reste une interrogation fondamentale : « *les marges de compatibilité qui peuvent être analysées comme des marges de tolérance, ne risquent elles pas de s'additionner les unes aux autres pour générer des distorsions importantes entre le haut et le bas de la pyramide, la compatibilité limitée pouvant alors déboucher sur un laisser-aller généralisé ?* »⁹³¹. Compte tenu de la souplesse de la notion de compatibilité, deux rapports de compatibilité successifs sont susceptibles d'aboutir à une contradiction entre une norme de rang 1 et une norme de rang 3. Si une absence de contrariété n'est pas une contradiction, la succession de deux absences de contrariété peut en revanche aboutir à une contradiction, alors même que le juge est privé de la possibilité de faire en quelque sorte jouer « l'effet direct » des normes supérieures.

B. Le rapport de « prise en compte »

195. Ce type de rapport normatif s'exprime en particulier dans les relations horizontales entre le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement⁹³². Le rapport de « prise en compte » a pour fonction de faire en sorte que deux normes d'origine différente ne s'ignorent pas, afin d'assurer la coordination de l'ensemble, sans pour autant imposer une exigence telle

⁹²⁷ Voir par exemple CE, 11 mai 2008, *Association d'environnement Attainville ma campagne*, n° 296347 ; BJD, n° 2, 2008, p. 94, concl. Yann AGUILA ; *Construction-urbanisme*, n° 3, 2009, p. 7, note Seydou TRAORE.

⁹²⁸ Voir Henri JACQUOT, « Sur la règle de la compatibilité limitée en droit de l'urbanisme », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, Dalloz, Paris, 2009, p. 613.

⁹²⁹ Henri JACQUOT, « Sur la règle de la compatibilité limitée... », *op. cit.*, p. 612.

⁹³⁰ Elle présente ainsi une « *moindre utilité du fait de la restriction de l'admission de l'exception d'illégalité* » (Henri JACQUOT, « Sur la règle de la compatibilité limitée... », *op. cit.*, p. 614.

⁹³¹ Hugues PERINET-MARQUET, « Le nouvel article L. 111-1-1... », *op. cit.*, p. 911.

⁹³² Il est ainsi très lié au principe d'intégration des considérations environnementales en droit de l'urbanisme. V. Laurent FONBAUSTIER, « Principe d'intégration et échelle de normativité – Libre propos sur la délicate notion de "prise en compte" en droit de l'environnement », in *Florilèges du droit public – recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 531.

que celle de la compatibilité. Elle paraît ainsi « *marquer le partage du législateur entre le souhait d'un minimum d'attention portée à certains documents et d'une réticence à en imposer le respect* »⁹³³.

C'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de déterminer le sens et la portée d'une telle exigence. L'occasion en a été saisie dans deux arrêts du Conseil d'Etat intervenus en 2004⁹³⁴, et confirmés depuis⁹³⁵. Il s'agissait, dans les deux cas, de déclarations d'utilité publique soumises à une obligation de prise en compte des SDAGE. Mathias Guyomar, qui concluait dans l'affaire *Alsace Nature*, a largement contribué à cet éclairage : « *à tout le moins, la prise en considération des orientations générales du schéma est la recherche, autant que faire se peut, d'une conciliation entre les dispositions du schéma et celles de la décision administrative* »⁹³⁶. Selon lui, la « prise en compte » n'impose pas l'absence de contrariétés, même si, « *en principe* », la décision administrative ne peut pas s'écarter des orientations fondamentales du document à prendre en compte. Il déduit par ailleurs de ce terme que les dérogations au document à prendre en compte sont possibles, dès lors qu'elles sont justifiées par l'intérêt de l'opération envisagée. Cette position sera reprise par les juges, notamment dans l'arrêt du 28 juillet 2004 : « *les décisions administratives prises au titre de législations distinctes de celle de l'eau ne doivent pas, en principe, s'écarter des orientations fondamentales du schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux sauf, sous le contrôle du juge, pour un motif tiré de l'intérêt de l'opération envisagée et dans la mesure où ce motif le justifie* ».

196. Il reste à interpréter le sens de cette jurisprudence vis-à-vis de la hiérarchie des normes. Là où la compatibilité interdit la contrariété, la prise en compte, elle, l'autorise, à condition que celle-ci soit justifiée par un motif déterminé. Dès lors que la contrariété est permise à la norme prétendument inférieure, la hiérarchie entre les deux normes disparaît et la contradiction se fait jour. L'interprétation du juge prend alors tout son sens. Les possibilités de contrariété n'étant pas strictement limitées, le débat se déplace alors, au cas par cas, vers la justification d'un tel écart, laquelle fait néanmoins l'objet d'un contrôle normal⁹³⁷.

197. En définitive, l'apparition, en droit de l'urbanisme, de notions telles que la « prise en compte » ou la « compatibilité limitée » ne semble pas avoir d'autre fonction que de gérer, tant bien que mal, la profusion normative à l'œuvre soit dans les rapports normatifs verticaux

⁹³³ Jean-Pierre LEBRETON, « L'imbrroglio de la hiérarchie des normes affectant directement ou indirectement l'acte de construire », LPA, n° 86, 1996, p. 9.

⁹³⁴ CE, 9 juin 2004, *Association Alsace Nature du Haut-Rhin* ; BJCL, n° 9, 2004, p. 613, concl. Mattias GUYOMAR ; CE, 28 juillet 2004, *Association de défense de l'environnement et autres, Fédération nationale SOS environnement et autres*, BJCL, n° 9, 2004, p. 613.

⁹³⁵ CE, 17 mars 2010, *Ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables*, n° 311443.

⁹³⁶ Cité par Henri JACQUOT, « La notion de prise en compte d'un document de planification spatiale : enfin une définition jurisprudentielle », DAUH, 2005, p. 79.

⁹³⁷ Dès lors qu'il y a une possibilité de dérogation ouverte à l'administration, « *il ne peut s'agir d'un contrôle restreint* » (Henri JACQUOT, « La notion de prise en compte d'un document de planification spatiale : enfin une définition jurisprudentielle », DAUH, 2005, p. 80).

avec la compatibilité limitée, soit dans les rapports normatifs horizontaux avec la « prise en compte ». Il reste que des contradictions entre les normes sont susceptibles de naître avec l'application de ce type de rapports normatifs, portant ainsi un coup à la cohérence de l'ordre juridique et à l'effectivité de la norme.

Or, l'emballage normatif n'est pas propre au droit de l'urbanisme, il est un mouvement qui traverse le droit dans son ensemble. Le droit de l'urbanisme joue alors un rôle de laboratoire juridique. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, de telles notions, jusque ici peu connues, pourraient bien faire leur apparition dans d'autres domaines du droit public. Le droit de l'urbanisme témoigne simplement du fait que « *les instruments se multiplient en fonction des préoccupations, d'objectifs bien précis, (...). Ce n'est que dans un second temps que l'on se préoccupe du fameux problème de l'articulation. Ce problème est traité secondairement, alors qu'il faudrait peut-être avant tout essayer de mettre de l'ordre dans les différentes normes que l'on crée* »⁹³⁸.

⁹³⁸ Jean-Claude BONICHOT, « Conclusions », in GRIDAUH, *L'articulation...*, *op. cit.*, p. 60.

CONCLUSION

198. Le droit de l'urbanisme connaît « *des architectures très savantes ayant été le plus souvent élaborées pour ménager la grande diversité des objectifs que les politiques publiques d'urbanisme s'assignent aujourd'hui et la pluralité des acteurs* »⁹³⁹. La profusion de ses sources législatives et réglementaires comme la configuration de sa hiérarchie sont ainsi le reflet de l'objet complexe qu'il a pour objet d'encadrer. Il en résulte que « *la vision pyramidale, qui consiste à percevoir le système normatif en matière d'urbanisme comme un ensemble ordonné de haut en bas, du plus large géographiquement au plus local... n'est pas conforme aux réalités d'aujourd'hui, dans lesquelles se perçoivent plutôt des rapports d'influence réciproque des différents niveaux normatifs ou, pour le dire autrement, une certaine circularité* »⁹⁴⁰. De là à invoquer la figure du réseau en lieu et place de celle de la pyramide, il n'y a qu'un pas. Ainsi, « *dans les cercles les plus raffinés, il est avancé que le paradigme du réseau pourrait un jour se substituer à celui de la pyramide pour rendre compte d'une trame juridique composée de normes liées entre elles sans être nécessairement hiérarchisées. Reste que "cette position intermédiaire entre la rationalité formalisée du cristal et le chaos de la fumée", les repères cardinaux de la rationalité juridique pourraient être mis à rude épreuve* »⁹⁴¹. Si la pyramide n'est plus à même de rendre complètement compte de la réalité du droit positif, la figure du réseau ne semble pas, contrairement à la vision hiérarchique de Kelsen, à même de fournir les clés de la cohérence de l'ordre juridique. Le droit positif laisse en tout cas entrevoir un certain nombre de contradictions entre les normes qui sont susceptibles de pénaliser leur effectivité. L'étude de la hiérarchie des normes en matière d'urbanisme nous a en effet permis d'identifier un second foyer d'incohérences dans l'ordre juridique interne.

199. Ces incohérences concernent d'une part la fragilisation de la hiérarchie. Même si la faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle n'entraîne pas directement de contradictions entre les normes, celles du contrôle de légalité sont en revanche susceptibles de laisser perdurer, dans l'ordre juridique, des normes qui contredisent des normes supérieures, pénalisant ainsi l'effectivité de ces dernières.

200. En ce qui concerne d'autre part la déstabilisation de la hiérarchie, il est possible d'observer en droit de l'urbanisme, comme dans d'autres domaines du droit, que « *l'activité juridique étant une activité combinatoire, le développement du nombre de règles de droit entraîne un accroissement exponentiel des possibilités de combinaison* »⁹⁴². La profusion normative que connaît, comme d'autres domaines, le droit de l'urbanisme, entraîne un

⁹³⁹ Jean-Bernard AUBY, « Sanction de la hiérarchie des normes... », *op. cit.*, p. 37.

⁹⁴⁰ Jean-Bernard AUBY, *ibidem*, p. 37-38.

⁹⁴¹ Jean-Pierre LEBRETON, « La hiérarchie des normes d'urbanisme... », *op. cit.*, p. 25. L'auteur fait ici référence aux travaux de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.* 2002.

⁹⁴² Jean-Pierre HENRY, « Vers la fin de l'Etat de droit ? », RDP, 1977, p. 1213.

accroissement exponentiel des besoins de coordination entre les normes qui ne semble pouvoir être géré qu'au prix d'un assouplissement des rapports normatifs traditionnels, d'autant plus que le droit de l'urbanisme doit tout à la fois intégrer des préoccupations environnementales et préserver la liberté des collectivités territoriales. Or, cet assouplissement des rapports normatifs conduit à admettre, de plus en plus fréquemment, des contradictions entre les normes qui, là aussi, sont susceptibles de pénaliser l'effectivité des normes supérieures de la hiérarchie d'urbanisme.

201. Ces liens entre des contradictions inter-normatives et l'effectivité de la norme confirment en outre, de façon négative, que la cohérence de l'ordre juridique est une condition de l'effectivité.

CONCLUSION DU TITRE I

202. La cohérence de l'ordre juridique est l'une des deux conditions classiques de l'effectivité de la norme. Son contraire, l'incohérence, se manifeste par des contradictions entre les normes de l'ordre juridique. Or, la contradiction est susceptible de limiter l'effectivité de la norme qui est contredite. L'étude de l'ordre juridique interne dans ses relations avec les normes d'origine externe comme celle de la hiérarchie des normes d'urbanisme a permis d'identifier, à plusieurs reprises, ce rapport d'implication entre la cohérence de l'ordre juridique et l'effectivité.

203. En premier lieu, une contradiction latente existe entre la Constitution de l'ordre interne et les normes d'origine externe et elle peut potentiellement conduire à limiter l'effectivité, soit de la Constitution, soit d'une norme d'origine externe. Cette contradiction ne doit cependant pas être exagérée sur le plan du droit positif dans la mesure où le dialogue des juges conduit dans la majorité des cas à une convergence dans l'interprétation des normes constitutionnelles et des normes externes. Il reste que sur un plan plus théorique, comme son effectivité, « *la force obligatoire d'une norme peut être contingente dès lors qu'il existe entre des ordres juridictionnels distincts des positions divergentes. En France, le terrain du contrôle de constitutionnalité est particulièrement susceptible de voir apparaître de telles situations* »⁹⁴³. Cela conduit, par ailleurs, à la remise en cause, du moins au dépassement, de schémas traditionnels tels que celui de la pyramide. En effet, celle-ci « *permet de concevoir l'ordre juridique "comme un système qui s'organise lui-même" ; elle est donc impuissante à régir et inadaptée pour décrire les rapports de système* »⁹⁴⁴.

204. En deuxième lieu, l'absence d'invocabilité en droit interne de certaines normes internationales conduit, seulement en apparence, à éviter une contradiction entre une norme interne et une norme externe. Cependant, sa conséquence pour l'effectivité de la norme externe est claire. Elle implique qu'une norme interne contraire à une norme externe perdure dans l'ordre juridique, limitant ainsi l'effectivité de la norme externe.

⁹⁴³ Cédric GROULIER, « La distinction de la force contraignante... », *op. cit.*, p. 206.

⁹⁴⁴ Anne LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin...*, *op. cit.*, p. 119. La complexité des rapports de systèmes a trouvé une illustration récente à l'occasion du débat que se sont livré la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne à propos du caractère prioritaire de la QPC. V. les décisions de la Cour de cassation (Cass, 16 avril 2010, *M. Aziz Melki*, n° 10-40.001), du Conseil constitutionnel (CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC), du Conseil d'Etat (CE, 14 mai 2010, *M. Rujovic*, n° 312305 ; RFDA, 2010, p. 709, note Julie BURGUBURU) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 22 juin 2010, *M. Melki, M. Abdeli*, C-188/10 et C-189/10). V. O. DORD, « Quand le Conseil constitutionnel donne une leçon de droit à la Cour de cassation », AJDA, 2010, p. 1041 ; A. LEVADE, « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et de contrôle de constitutionnalité », AJDA, 2011, p. 1257 ; X. MAGNON, « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », RFDC, 2010, p. 761 ; P. MANIN ; « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne, un bilan provisoire », AJDA, 2010, p. 1023 ; B. MATHIEU, « La guerre des juges n'aura pas lieu », JCP A, n° 22-2010, n° 2181, p. 34 ; « La Cour de cassation persiste dans son refus d'appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », JCP G, n° 27-2010, n° 764 ; D. SIMON et A. RIGAUX, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », CCC, n° 29, 2010, p. 63.

205. En troisième lieu, les faiblesses du contrôle de légalité conduisent à un résultat comparable puisque des normes contraires à des normes qui leurs sont supérieures peuvent continuer à produire des effets dans l'ordre juridique, effets contraires qui viennent réduire l'effectivité d'une norme supérieure.

206. En quatrième et dernier lieu, l'assouplissement de certains rapports normatifs conduit à l'admission, dans l'ordre juridique, de normes là aussi contraires à d'autres normes qui leur sont supérieures. Dans ces quatre cas, une incohérence de l'ordre juridique a pour conséquence une limitation de l'effectivité de la norme. Il est par conséquent possible d'en déduire que la cohérence de l'ordre juridique est une condition juridique de l'effectivité.

207. Il ne faut cependant pas en déduire qu'il existe un rapport d'implication strict entre la cohérence de l'ordre juridique et l'effectivité de la norme. En effet, l'étude du droit positif à laquelle nous avons procédé montre d'une part que des éléments d'incohérence existent dans la réalité juridique et d'autre part que cette condition de l'effectivité est relative. Elle ne permet pas de conférer à la norme ses effets mais seulement de la préserver d'effets contraires susceptibles de réduire son degré d'effectivité. Cela nous conduit donc à rechercher ailleurs d'autres conditions juridiques de l'effectivité de la norme, notamment du côté de la sanction de la norme, traditionnellement considérée comme étant à même de garantir son effectivité.

TITRE II : LA SANCTION DE LA NORME

208. « Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée ; elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique »⁹⁴⁵. Ainsi, la sanction n'est pas le critère qui permet d'identifier une obligation juridique⁹⁴⁶ mais elle est une norme dont la fonction est d'assurer le respect d'une autre norme. En assurant le respect de cette autre norme, elle contribue aussi à son effectivité.

209. S'appuyant sur la distinction opérée par H.L.A. Hart entre les normes primaires et les normes secondaires⁹⁴⁷, Norberto Bobbio a montré que l'apparition des sanctions, en tant que normes secondaires, était la manifestation du passage d'un système juridique simple à un système juridique complexe. Ainsi, l'établissement de sanctions juridiques est rendu nécessaire par l'insuffisance des sanctions sociales dans les systèmes juridiques « simples » et marque ainsi le passage à un système « complexe »⁹⁴⁸. Il s'en suit que la fonction de la sanction est bien d'assurer le respect des normes primaires⁹⁴⁹. On admet ainsi traditionnellement que la menace de la sanction « constitue un des moyens les meilleurs et les plus simples d'assurer le respect effectif des obligations »⁹⁵⁰, ou encore que la sanction « a pour fonction d'assurer la réalisation de la règle juridique »⁹⁵¹. Dès lors que le respect de la norme contribue en principe à son effectivité, il est possible de retenir, comme Denys de Béchillon que « la promesse d'une punition, quelle qu'en soit la teneur, vise bien à assurer

⁹⁴⁵ Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1972, n° 34.

⁹⁴⁶ Comme l'explique Denys de Béchillon, « Une norme juridique ne cesse pas d'être juridique lorsqu'elle n'est pas respectée. Le crime n'abroge pas le code pénal ». Dans le cas contraire, cela reviendrait à affirmer que « l'effectivité de ladite règle conditionne directement sa juridicité » (Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, Paris, p. 61), ce que nous avons déjà exclu (v. *supra*, § 66 et s.). Dans le même sens, v. Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 68. Un autre écueil consiste à définir la sanction par la contrainte. Or, la sanction est avant tout une obligation juridique et ne se concrétise pas nécessairement par la contrainte. Ainsi, « la sanction n'est pas l'usage de la force, mais une obligation juridique qui naît d'une obligation violée ou non exécutée » (Alain LAQUIÈZE, entrée « sanction », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1383). La contrainte ne saurait dès lors définir la sanction. (V. Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, 1960, op. cit., p. 70 ; Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 68. Philippe Jestaz distingue quant à lui la contrainte du « tarif », entendu comme la sanction au sens large (Philippe JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », Dalloz, 1986, p. 197). V. aussi Charles-Albert MORAND, « La sanction », in APD, t. 35, 1990, p. 295 et s.).

⁹⁴⁷ Selon Hart, les normes primaires « prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements » (H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 1961, op. cit., p. 105). En revanche, les normes secondaires veillent à ce que l'on puisse « introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre » (*ibidem*). Parmi ces normes secondaires figurent ainsi « les sanctions applicables en cas de transgression » (*ibidem*, p. 123).

⁹⁴⁸ Norberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », 1968, in *Essais de théorie du droit*, Bruylant LGDJ, Paris, 1998, p. 169. L'auteur décrit les sociétés primitives comme un système simple, établissant des normes primaires sans les assortir de sanctions juridiques.

⁹⁴⁹ « La fonction des normes sur la sanction consiste à empêcher la dissolution des normes du premier degré (les normes primaires) à travers une violation continue » (N. BOBBIO, *ibidem*, p. 170).

⁹⁵⁰ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 68.

⁹⁵¹ Louis-Augustin BARRIERE, « Propos introductifs », in Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 13.

l'effectivité de la norme »⁹⁵². Est ainsi identifiée la seconde condition classique de l'effectivité de la norme. Parce qu'elle a pour fonction d'assurer le respect de la norme⁹⁵³, la sanction constitue en principe une condition juridique de l'effectivité de la norme.

210. Néanmoins, la contribution de la sanction à l'effectivité de la norme dépend de la façon dont elle assure sa propre fonction. Ainsi, une sanction relative a nécessairement une influence relative sur l'effectivité. Pour tenter d'évaluer la contribution des sanctions à l'effectivité de la norme, il convient d'abord d'identifier les différentes catégories de normes secondaires qui assurent un rôle de sanction dans l'ordre juridique. Dès lors que l'on retient une approche fonctionnelle de la sanction, celle-ci peut être définie comme une norme juridique secondaire dont la fonction est d'assurer le respect d'une norme juridique primaire⁹⁵⁴. Sur la base de cette définition, trois catégories de sanction peuvent être identifiées.

211. La première est constituée par le droit répressif, c'est-à-dire les normes secondaires ayant pour fonction de « punir » le non-respect d'une norme primaire⁹⁵⁵. Selon Jacques Mourgeon, la punition permet ainsi d'éviter la violation d'une norme, « *soit a priori, par l'effet intimidant qu'elle produit, soit a posteriori, en réduisant les possibilités de la renouveler* »⁹⁵⁶. Néanmoins, si l'on en adopte une définition large, la sanction ne se limite pas à la répression.

212. La seconde catégorie est constituée par le droit de la responsabilité, c'est-à-dire les normes secondaires traduisant l'« *obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences* »⁹⁵⁷. Si la responsabilité a pour fonction principale la réparation, elle contribue au respect de la norme. Les normes établissant un système de responsabilité s'attachent, au delà de la réparation, « *à établir les conséquences de la violation des normes primaires* »⁹⁵⁸. Néanmoins, cela n'est en principe le cas que des mécanismes de responsabilité fondés sur la violation d'une norme primaire, ce qui implique d'exclure ceux qui ne le sont pas, notamment les régimes de responsabilité sans faute⁹⁵⁹.

⁹⁵² Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 61.

⁹⁵³ Cela est aussi très prégnant chez Kelsen. Selon lui, l'obéissance au droit, et donc son respect, « *c'est avant tout la conduite qui évite la sanction* » (Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 237). La fonction de la sanction est ainsi le respect de la norme.

⁹⁵⁴ Cette définition se rapproche d'autres définitions proposées en doctrine. Gérard Cornu considère qu'au sens large, la sanction est « *toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation* ». Dans un sens plus large encore, il s'agit de « *tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* » (Gérard CORNU, entrée « sanction », in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 845).

⁹⁵⁵ La punition est la « *sanction destinée non pas à indemniser la victime, mais à faire subir au coupable une souffrance dans sa personne ou ses biens* » (Gérard CORNU, entrée « punition », in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 745). V. Michel DEGOTTE, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », in Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, op. cit., p. 47.

⁹⁵⁶ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1967, p. 21.

⁹⁵⁷ Gérard CORNU, entrée « responsabilité », in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 821.

⁹⁵⁸ Pierre-Marie DUPUY, entrée « responsabilité », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1342.

⁹⁵⁹ Un régime de responsabilité fondé sur la violation d'une norme, laquelle est en général considérée comme une faute, a pour conséquence d'alourdir les conséquences de cette violation et contribue ainsi à sanctionner l'auteur de la violation. En revanche, la responsabilité sans faute n'est pas, sur le plan juridique, liée à la violation d'une norme. La seule norme dont ce régime renforce l'effectivité est celle qui prescrit que tout dommage doit

213. La troisième catégorie regroupe un ensemble de procédés dont la fonction est d'invalider des normes contraires à celles qui leurs sont supérieures. Ainsi, la nullité « sanctionne l'irrégularité originelle d'un acte juridique par une décision juridictionnelle »⁹⁶⁰. En droit public interne, c'est par exemple l'annulation qui remplit en principe cette fonction⁹⁶¹.

214. Le droit public connaît chacune de ces trois catégories mais l'obligation juridique y présente certaines spécificités⁹⁶². L'Etat est à la fois la source et sujet de l'obligation juridique. Cela impose de distinguer, pour l'étude de la sanction en droit public, deux situations : celle où l'Etat sanctionne et celle où il est lui-même sanctionné.

En premier lieu, un des attributs essentiels de la puissance publique est d'imposer des obligations et par conséquent d'infliger des sanctions en cas de conduite contraire. Cela est essentiellement l'objet du droit répressif (**Chapitre I**).

En second lieu, la puissance publique peut elle-même être sanctionnée si elle ne satisfait pas à ses obligations. L'ordre juridique est en effet « source de contrainte, d'obligation, pour les organes de l'Etat »⁹⁶³. Néanmoins, « la sanction du droit public est plus difficile à organiser, car ici l'Etat est en cause et il ne sera pas enclin à se condamner lui-même »⁹⁶⁴. En effet, l'Etat étant l'administrateur du droit répressif, il ne saurait s'auto-sanctionner, comme en témoigne l'irresponsabilité pénale de l'Etat inscrite à l'article L. 121-2 du code pénal⁹⁶⁵. Pour autant, si la « répression » envers l'Etat reste exclue, sa personnification permet de lui infliger certains types de sanctions. Les normes qu'il adopte peuvent être invalidées et il peut voir sa responsabilité engagée (**Chapitre II**).

Chapitre I : La sanction par la puissance publique

Chapitre II : La sanction de la puissance publique

être réparé. Au-delà de cela, la responsabilité pour faute, du moins lorsque cette faute est constituée par la violation d'une norme, contribue, en alourdissant les conséquences de cette violation, à dissuader les destinataires de la norme de la violer. Ainsi, la responsabilité contribue au respect de la norme et donc, en principe, à son effectivité.

⁹⁶⁰ Dominique POUYAUD, entrée « nullité », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1088. L'auteur précise que la nullité est « maintenant analysée comme une sanction ».

⁹⁶¹ V. *infra*, § 325.

⁹⁶² V. *supra*, § 37.

⁹⁶³ Jacques CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », APD, t. 44, 2000, p. 183.

⁹⁶⁴ François TERRE, *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 95.

⁹⁶⁵ V. Etienne PICARD, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, fondements et champ d'application », *Revue des sociétés*, 1993, p. 261 ; Roger BERNARDINI, « Personne morale », Répertoire Dalloz – droit pénal, octobre 2010, n° 34 et s.. Le principal inconvénient de la responsabilité pénale des personnes publiques est l'injustice qu'elle engendre dès lors que le paiement d'une amende sera effectué sur un budget public. Pour autant, l'article L. 121-2 du code pénal prévoit par ailleurs que « les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ».

CHAPITRE I : LA SANCTION PAR LA PUISSANCE PUBLIQUE

215. Pour sanctionner les normes qu'elle édicte, la puissance publique a principalement recours à un système répressif. L'objet de la répression est de « punir » l'auteur de la violation d'une norme juridique. Il s'agit de répondre au mal par le mal en infligeant un désagrément à l'auteur de l'infraction. Sa fonction au sein de l'ordre juridique est ainsi de dissuader les sujets de droit de violer les normes. Le droit répressif s'inscrit en cela dans la perspective plus générale des sanctions, dans la mesure où sa fonction de punition, *in fine* de dissuasion, contribue au respect de la norme⁹⁶⁶. Par conséquent, pour ce qui concerne les obligations imposées aux personnes privées⁹⁶⁷, les sanctions répressives sont une condition juridique de l'effectivité.

216. Dans l'ordre juridique interne⁹⁶⁸, la répression des normes de droit public interne se répartit en deux procédés. D'une part, la répression administrative, définie comme celle qui est « effectuée par l'administration »⁹⁶⁹, se manifeste essentiellement par les sanctions administratives adoptées par les autorités administratives à l'égard des particuliers. D'autre part, le droit public utilise la répression pénale pour punir le non-respect de ses normes, qu'il

⁹⁶⁶ L'objectif de la répression est indéniablement l'exécution d'une obligation (v. Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1967, p. 201).

⁹⁶⁷ En droit interne, le système répressif s'adresse uniquement aux personnes privées, exception faite de la responsabilité pénale de certaines collectivités territoriales prévue à l'article L. 121-2 du code pénal.

⁹⁶⁸ Les sanctions prévues en droit international et en droit de l'Union européenne sont exclues du champ de cette étude. Outre les raisons déjà mentionnées (v. *supra*, § 39 et s.), les sanctions prévues dans ces deux ordres juridiques n'ont que rarement un caractère répressif ou ne concerne que les relations entre les Etats ou les organisations internationales. En droit international, rares sont les sanctions qui puissent être considérées comme purement répressives en dehors du droit international pénal (v. Joe VERHOEVEN, « *Vers un ordre répressif universel – Quelques observations* », AFDI, 1999, p. 55). Les contre-mesures, ou « représailles » constituent plutôt une voie d'exécution (Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public, op. cit.*, n° 495 et s.). Certaines sanctions sont centralisées, que ce soit au niveau des secrétariats des conventions internationales ou du Conseil de sécurité de l'ONU. Pour autant, ces dernières « ne présentent pas un caractère répressif ou en tout cas pénal » et s'apparentent davantage à un « pouvoir de police internationale » (Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public, op. cit.*, p. 666). Par ailleurs, l'exception d'inexécution prévue à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités permet aux Etats de suspendre l'application d'un traité si une autre Partie ne s'y conforme pas. D'inspiration contractuelle, elle n'a pas directement de caractère répressif (Pierre-Marie DUPUY, « L'obligation en droit international », APD, t. 44, 2000, p. 221) et concerne principalement les relations entre les Etats. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, les sanctions à caractère répressif y sont peu présentes, bien que la Commission soit parfois titulaire d'un pouvoir de répression administrative, notamment en matière de concurrence (Stéphane MAIL-FOUILLEUL, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, thèse, droit, LGDJ, 2002 ; M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, thèse, droit, Bruylant, 2004, p. 160 et s.). En outre, la répression pénale n'est pas exercée directement par l'Union mais celle-ci peut imposer aux Etats de la prévoir dans leur ordre juridique (v. la directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal et la décision CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, C-176/03 ; AFDI, 2005, p. 731, chron. Denys SIMON. V. aussi, en droit international, la convention de Strasbourg du 4 novembre 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal (non entrée en vigueur). Enfin, certaines sanctions s'inscrivent dans le cadre de la Charte des Nations Unies. Il s'agit des sanctions contre des Etats tiers et des sanctions ciblées (v. Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Manuel, LGDJ, 2010, n° 215 et s.).

⁹⁶⁹ Jacques MOURGEON, *La répression administrative, op. cit.*, p. 9.

s'agisse du droit pénal classique⁹⁷⁰ ou des contraventions de grande voirie parfois assimilées à la répression pénale.

217. En premier lieu, le recours du droit public à différents procédés de répression, qui recouvrent chacun une logique propre, pose la question de l'homogénéité et de la coordination des ces procédés de répression. Leur examen témoigne d'un éclatement du système répressif, même si un mouvement d'homogénéisation procédural est à l'œuvre. Cette situation, outre qu'elle rend difficilement lisible les moyens par lesquels le droit public sanctionne ses normes, exerce indirectement une influence sur le caractère dissuasif des sanctions et ainsi sur l'effectivité (**Section I**).

218. En second lieu, l'examen de la fonction du droit répressif vis-à-vis du respect et de l'effectivité de la norme conduit à s'interroger plus précisément sur les conditions du caractère dissuasif des sanctions issues du système de répression. Or, c'est justement le caractère dissuasif de la sanction qui détermine son influence sur le respect et de l'effectivité de la norme. La répression exercée en droit des installations classées devrait nous permettre, justement en raison de ses faiblesses, d'identifier et d'illustrer les conditions du caractère dissuasif de la sanction (**Section II**).

⁹⁷⁰ Il va de soi que le droit pénal ne se limite pas aux infractions pénales prévues par le code pénal. Un certain nombre de lois codifiées ailleurs que dans le code pénal prévoient elles-aussi des infractions pénales. Cela est par exemple le cadre du code de l'urbanisme, de l'environnement ou de la santé publique.

Section I : L'éclatement du système répressif

219. Le droit répressif a connu une multiplication et une diversification des sanctions. Il s'étend désormais bien au-delà du droit pénal⁹⁷¹. La répression des normes de droit public n'échappe pas à ce mouvement. Ainsi, selon Jean-Marc Sauvé, « *notre système de sanction ne peut être réputé rationnel, pour le seul motif qu'il est le produit d'une sédimentation historique* »⁹⁷². Les réformes successives ont conduit à multiplier les dispositions répressives, que ce soit dans le champ des sanctions administratives ou du droit pénal. La répression des normes de droit public est donc d'abord marquée par une forte diversité (§1). Pour autant, un rapprochement procédural de ces différents modes de répression s'opère sous l'effet des normes européennes et constitutionnelles (§2).

§1 – La diversité des modes de répression du non-respect des normes de droit public

220. La répression du non-respect des normes de droit public fait l'objet d'une répartition entre la répression effectuée par l'administration et celle effectuée par le juge, pénal ou administratif. Le recours aux sanctions administratives, principal instrument de la répression administrative, est ancien. Les origines des sanctions administratives remontent au XIX^{ème} siècle⁹⁷³ de sorte que « *le juge n'a jamais eu le monopole du droit de punir, de même que le droit pénal n'a jamais contenu l'intégralité des sanctions ayant le caractère d'une punition* »⁹⁷⁴.

Le principe même de l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives a longtemps été critiqué sur le fondement de la séparation des pouvoirs. Pour autant, l'attribution d'un pouvoir de sanction à l'administration n'est pas propre à la France. Il est largement répandu dans les Etats de l'Union européenne⁹⁷⁵, de même qu'au niveau de

⁹⁷¹ V. Pierrette PONCELA, « De la diversité des sanctions juridiques », in F. TULKENS, Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN (dir.), *Hommage à Michel van de Kerchove*, Larcier, 2011, p. 67.

⁹⁷² Jean-Marc SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 24.

⁹⁷³ V. Jean-Louis de CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 103.

⁹⁷⁴ Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, Paris, 1992, p. 7.

⁹⁷⁵ V. les nombreux travaux de droit comparé effectués par Franck Moderne (par exemple Franck MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 411 ; « La sanction administrative – éléments d'analyse comparative », RFDA, 2002, p. 483).

l'Union européenne elle-même⁹⁷⁶. Ainsi, le recours aux sanctions administratives ne souffre aujourd'hui d'aucune objection de principe.

221. Par conséquent, l'administration, comme le juge, joue un rôle important dans la répression du non-respect des normes de droit public. On envisagera tout d'abord le cœur du système répressif à travers les sanctions administratives confiées aux autorités administratives⁹⁷⁷ **(I)**. Ensuite, nous examinerons les moyens complémentaires de répression confiés au juge, pénal ou administratif **(II)**.

I. Le clair-obscur des sanctions administratives

222. Si la sanction administrative a clairement un rôle punitif contribuant au respect de la norme, cette notion reste marquée par de nombreuses incertitudes. Ce type de sanction a connu un important développement en droit administratif, mais celui-ci ne s'est pas accompagné d'une définition juridique de la notion **(A)**, ce qui rend d'autant plus difficile la distinction entre les sanctions administratives et des notions voisines **(B)**.

A. Un développement sans définition juridique

223. L'originalité principale de la sanction administrative est que la punition précède l'intervention du juge. Ce dernier « *intervient après coup, comme organe de contrôle* »⁹⁷⁸. La sanction administrative est cependant moins stigmatisante que la sanction pénale. Son but est simplement de « *mettre fin aux comportements déviants* »⁹⁷⁹. Pour autant, elle « *punit un manquement à une obligation* »⁹⁸⁰.

224. Au départ cantonnées au droit disciplinaire, les sanctions administratives se sont peu à peu multipliées dans de nombreux secteurs du droit administratif. L'évolution générale qui caractérise la matière est l'élargissement du champ d'action des sanctions administratives. Alors qu'elles étaient initialement « *limitées au fonctionnement interne de l'administration et ne s'appliquaient donc qu'aux agents publics ou aux administrés en rapport avec l'administration* »⁹⁸¹, le pouvoir répressif de l'administration s'est peu à peu élargi, touchant

⁹⁷⁶ Un pouvoir de sanction a été attribué à la Commission en matière de concurrence (article 15 du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 ; article 23 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (art. 101 et 102 TFUE) ; Laurence IDOT, « L'an I du nouveau droit de la concurrence », *Europe*, 2004, n° 1, p. 4).

⁹⁷⁷ Nous examinerons plus loin le fonctionnement des sanctions administratives (Section 2).

⁹⁷⁸ Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ?...*, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁷⁹ Marie-Thérèse VIEL, « Errements des sanctions administratives », *AJDA*, 2007, p. 1010.

⁹⁸⁰ Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ?...*, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁸¹ Emmanuel ROSENFELD et Jean VEIL, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, n° 128, 2008, p. 61. Définie comme « *toute action punitive exercée pour le maintien de la discipline dans l'institution* » (Jacques MOURGEON, *op. cit.*, p. 54), la répression disciplinaire s'inscrit dans les rapports entre

des personnes sans lien direct avec l'administration et « *suggérant une notion de sanction purement administrative qui s'opposerait à celle de sanction disciplinaire* »⁹⁸². Le développement de contentieux de masse, difficiles à gérer par le seul juge pénal, tels que celui de la circulation routière, et les différents mouvements de dépenalisation ont accentué cet élargissement. Les sanctions « *purement administratives* » sont aujourd'hui les plus répandues. Celles-ci se sont développées dans de nombreux domaines tels que ceux confiés aux autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction ou encore les installations classées pour la protection de l'environnement et le droit fiscal. La différence fondamentale entre les sanctions disciplinaires et les sanctions « *purement administratives* » ou, « *à caractère pénal* », est la qualité de leurs destinataires. Les premières s'adressent aux agents de l'administration alors que les secondes s'adressent à des personnes privées n'appartenant pas à l'institution administrative.

225. Cependant, « *c'est de façon quelque peu désordonnée, et apparemment incohérente, que la répression administrative est devenue un procédé juridique d'exécution de l'activité administrative* »⁹⁸³. La multiplication des législations sectorielles ayant recours à ce type de sanction ne s'est pas accompagnée, sur le plan législatif, de la construction d'un droit commun des sanctions administratives permettant d'en déterminer la définition et les principes fondamentaux. Le juge, s'il a été, comme nous le verrons, le chef d'orchestre d'un mouvement d'harmonisation des garanties procédurales, est resté muet quant à la définition des sanctions administratives. Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle « *n'a ni défini la sanction administrative, ni déterminé clairement le champ d'application* (des principes qu'elle pose) »⁹⁸⁴. Il en résulte que la notion de sanction « *compte parmi les moins assurées du droit administratif, alors qu'elle conditionne aujourd'hui l'application d'un régime juridique spécifique* »⁹⁸⁵.

226. La doctrine a tout d'abord donné une définition très large des sanctions administratives⁹⁸⁶. Si l'intention de punir est clairement identifiée et inscrit ainsi les sanctions administratives dans le droit répressif, Jacques Mourgeon présente une définition finaliste, orientée vers « *la mission poursuivie par une institution administrative* », peu importe que la sanction soit infligée par l'administration ou par le juge. La doctrine semble aujourd'hui

l'administration et ses agents. Ce n'est qu'indirectement, en contribuant à l'accomplissement de la mission de l'administration, qu'elles exercent une influence sur l'effectivité.

⁹⁸² Jean-Louis de CORAIL, « Administration et sanction... », *op. cit.*, p. 118.

⁹⁸³ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1967, p. 238.

⁹⁸⁴ Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ?...*, *op. cit.*, p. 158.

⁹⁸⁵ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, La documentation française*, 1994, p. 35.

⁹⁸⁶ Ainsi, pour Jacques Mourgeon, « *est une sanction administrative et manifeste une répression administrative toute mesure individuelle émanant d'une autorité administrative juridictionnelle ou active, qui, par ses circonstances et indépendamment de la qualification qui lui est donnée par la loi, manifeste une intention de punir une personne considérée comme coupable pour s'être comportée d'une façon incompatible avec les exigences d'une mission poursuivie par une institution administrative* » (Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, *op. cit.*, p. 129-130).

s'orienter vers une définition plus restreinte, centrée sur les pouvoirs de l'administration⁹⁸⁷. Pour autant, « *le critère de la sanction fait encore l'objet de désaccords. Une partie de la doctrine considère qu'il faut prendre en compte l'intention de l'auteur de l'acte pour qualifier la décision prise de sanction, alors que le juge administratif décide qu'il y a sanction lorsque l'autorité administrative inflige une peine sanctionnant un manquement à une obligation prévue par la loi ou le règlement* »⁹⁸⁸. La section du rapport et des études du Conseil d'Etat a cependant eu l'occasion de livrer une définition opérationnelle de la sanction administrative qui, même si elle n'a pas de valeur juridique, permet de cerner la notion. Celle-ci est ainsi une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, qui inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements⁹⁸⁹. Ainsi, « *il en résulte que les sanctions infligées par des juridictions administratives (contraventions de grande voirie, amendes pour recours abusif) ne constituent pas des sanctions administratives* »⁹⁹⁰.

B. Le difficile bornage de la notion de sanction administrative

Deux notions voisines peuvent introduire un doute quant à la délimitation de la sanction administrative : la sanction contractuelle (1) et la police administrative (2).

1) Les sanctions contractuelles

227. Les sanctions contractuelles sont parfois assimilées à des sanctions administratives dès lors que l'on est dans le cadre de contrats administratifs et qu'elles sont infligées par l'administration. Leur principal point commun avec les sanctions administratives est que l'administration a le pouvoir « *de les appliquer avec privilège du préalable, sans recourir au juge* »⁹⁹¹. Si elles visent incontestablement au respect de la norme contractuelle, leur caractère répressif fait l'objet de doutes, ce qui aurait pour conséquence de les exclure du champ des sanctions administratives. Pour Jacques Mourgeon, « *il est douteux que l'on puisse attribuer un caractère répressif aux sanctions contractuelles* »⁹⁹². Pour autant, d'autres considèrent qu'elles ont en partie pour objet de « *réprimer des manquements contractuels* »⁹⁹³.

⁹⁸⁷ V. les travaux mettant en évidence une convergence européenne des définitions de la sanction administrative : Franck MODERNE, « La sanction administrative... », *op. cit.*, p. 483.

⁹⁸⁸ Marie-Thérèse VIEL, « Errements des sanctions administratives », *AJDA*, 2007, p. 1006. Voir aussi Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ?...*, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁸⁹ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁹⁰ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 35.

⁹⁹¹ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 20^{ème} éd., Manuel, LGDJ, 2012, n° 721.

⁹⁹² Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, *op. cit.*, p. 169-170.

⁹⁹³ André de LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, t. II, LGDJ, 1984, p. 102, cité par CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration...*, *op. cit.*, p. 37.

On distingue classiquement trois types de sanctions contractuelles en droit des contrats administratifs⁹⁹⁴ : les sanctions résolutoires par lesquelles l'administration peut décider de la résiliation pour faute du contrat, les sanctions pécuniaires et les sanctions coercitives ayant pour objet l'exécution en nature du contrat. Or, aucun de ces trois types de sanction n'a de caractère punitif, y compris les sanctions pécuniaires. En effet, les pénalités sont définies comme des « *dommages-intérêts forfaitaires stipulés dans le contrat en prévision de tel ou tel manquement du cocontractant à ses obligations* »⁹⁹⁵. Les pénalités ont un « *caractère réparateur* » et un « *un rôle dissuasif* »⁹⁹⁶ mais n'ont pas pour fonction de « punir » le cocontractant. Par conséquent, les sanctions contractuelles ne sont pas des sanctions administratives, d'autant plus si l'on s'en tient à la définition précitée donnée par le Conseil d'Etat. Pour autant, elles jouent un rôle important quant au respect des contrats administratifs.

2) La frontière floue entre police et sanction administratives

La ligne de partage entre les mesures de police et les sanctions administratives est classiquement abordée à travers leur but, considérant que les premières ont un but purement préventif de préservation de l'ordre public et que les secondes ont un but punitif.

228. Cette délimitation des deux notions est tout d'abord rendue difficile par le lien qui existe entre la police et les sanctions administratives. En effet, le pouvoir de sanction accompagne très souvent le pouvoir de police. Ainsi, certaines sanctions administratives « *semblent instituées et prononcées sur la base des pouvoirs de police reconnus aux autorités susceptibles de les édicter* »⁹⁹⁷. Plus précisément, « *même si ces deux notions doivent et peuvent être assez facilement distinguées dans certaines espèces, il est apparu, dans d'autres, qu'un pouvoir de police donne le droit, le cas échéant, de prononcer des sanctions* »⁹⁹⁸. L'exemple des installations classées pour la protection de l'environnement illustre cette hypothèse. Le préfet dispose d'un pouvoir de sanction afin d'assurer le respect des mesures de police spéciale qu'il institue⁹⁹⁹.

229. Il en résulte ensuite un certain enchevêtrement entre les deux notions. Pour Jacques Mourgeon, « *la ligne de partage entre les mesures constitutives et non constitutives de sanctions s'effectue en définitive au niveau de l'intention poursuivie par leur auteur* »¹⁰⁰⁰. Les mesures de police ayant un but préventif, elles ne pourraient être dotées d'une intention punitive. En revanche, si Etienne Picard admet qu'une mesure de police peut être

⁹⁹⁴ Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2010, p. 260.

⁹⁹⁵ André de LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVE, *Traité des contrats...*, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁹⁶ Eric POURCEL, « Sanctions – Exécution », *Jcl. Contrats et marchés publics*, fasc. 120, § 4.

⁹⁹⁷ Etienne PICARD, *La notion de police administrative*, thèse, droit, t. 1, LGDJ, Paris, 1984, p. 327.

⁹⁹⁸ Etienne PICARD, *ibidem*, p. 365.

⁹⁹⁹ Article L. 514-1 du code de l'environnement.

¹⁰⁰⁰ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, *op. cit.*, p. 128.

indépendante « *de toute intention répressive à l'encontre du responsable* »¹⁰⁰¹ du trouble à l'ordre public, le caractère préventif ou punitif de l'acte de l'administration n'est pas un critère valable de distinction¹⁰⁰². Ainsi, « *la doctrine a trop largement répété que l'une étant effectivement répressive, l'autre ne pouvait être que préventive* »¹⁰⁰³. Au contraire, une mesure de police peut avoir une dimension répressive. Pour Etienne Picard, « *toute norme individuelle, dès lors qu'elle impose une obligation et porte atteinte, (...), à une situation individuelle telle qu'elle existait dans un état antérieur du droit tend toujours plus ou moins à limiter une liberté, un droit ou une simple faculté ; ainsi, parce que l'on se place ici du point de vue de leurs destinataires, la fermeture d'un établissement, le retrait d'un permis de conduire, (...), apparaissent toujours plus ou moins répressifs, quelle que soit leur nature juridique effective* »¹⁰⁰⁴. Par exemple, la suspension du permis de conduire peut avoir, pour son destinataire une dimension punitive dans la mesure où elle limite partiellement, pour une durée déterminée, sa liberté d'aller et venir. Il en va de même pour un retrait d'agrément qui peut être un moyen de réprimer le non-respect de ses obligations par l'organe agréé ou pour un retrait d'autorisation. Certains de ces derniers « *ont un aspect répressif. Pris en considération du comportement de la personne, ils ont pour objet de punir celle qui a manqué aux obligations liées à l'agrément qui lui avait été accordé* »¹⁰⁰⁵. Par exemple, on ne saurait contester que le retrait de l'autorisation d'exploiter une installation classée prive l'exploitant de sa liberté d'entreprendre. De plus, une même mesure peut être qualifiée successivement de mesure de police ou de sanction administrative. Par exemple, l'article L. 3332-15 du code de la santé publique prévoit la fermeture temporaire des débits de boisson, soit à titre punitif suite au non-respect des lois et règlements – il s'agit alors d'une sanction administrative –, soit à titre préventif afin de préserver l'ordre public – il s'agit alors d'une mesure de police.

230. La frontière entre les mesures de police et les sanctions administratives est par conséquent difficile à définir, d'autant que la répression a, de façon générale, une fonction préventive à travers la dissuasion qu'elle exerce sur des comportements déviants. Le législateur a de plus rapproché le régime juridique de ces deux types de mesures. Ainsi, l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 a imposé le respect d'une procédure contradictoire aux sanctions administratives comme aux mesures de police¹⁰⁰⁶. Il n'en reste pas moins que, s'il est difficile de distinguer les deux notions, elles jouent toutes deux un rôle important pour assurer le respect des normes de droit public. Même si la dimension répressive des mesures de police peut être mise en doute, celles-ci ont pour fonction d'empêcher la perturbation de

¹⁰⁰¹ Etienne PICARD, *La notion de police administrative, op. cit.*, p. 341.

¹⁰⁰² Etienne PICARD, *ibidem*, p. 343 et s.

¹⁰⁰³ Etienne PICARD, *ibidem*, p. 343.

¹⁰⁰⁴ Etienne PICARD, *ibidem*, p. 344.

¹⁰⁰⁵ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, op. cit.*, p. 41.

¹⁰⁰⁶ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JORF n°88 du 13 avril 2000 p. 5646).

l'ordre public ou la violation de certaines normes générales telles que, par exemple, le principe de prévention en droit de l'environnement¹⁰⁰⁷.

II. Les moyens complémentaires de répression

La répression « administrative » ne détient pas le monopole de la répression du non-respect des normes de droit public. Nombre de ces dernières font aussi traditionnellement l'objet d'une incrimination pénale. Cela conduit donc le juge pénal à réprimer le non-respect de normes de droit public (**B**). Le juge administratif s'est lui-aussi vu attribuer un important pouvoir de répression qui, bien que limité à la protection du domaine public, mérite l'attention dans la mesure où il peut s'avérer particulièrement redoutable (**A**).

A. La protection du domaine public

« Après diverses vicissitudes historiques, le contentieux de la voirie devait (...) être distribué entre les deux ordres de juridiction »¹⁰⁰⁸. Si la répression des contraventions de voirie routière a été attribuée au juge judiciaire, celle des contraventions de grande voirie est demeurée de la compétence du juge administratif. Ces dernières sont constatées, poursuivies et réprimées par la voie du contentieux administratif. Ainsi, « la police de la conservation est sanctionnée par un régime pénal particulier, celui des contraventions de voirie. Toutefois ce régime n'est vraiment original que pour les contraventions de grande voirie »¹⁰⁰⁹. Nous limiterons donc notre analyse à ces dernières. Le régime juridique des contraventions de grande voirie présente de nombreux intérêts par rapport à d'autres régimes de répression, notamment à travers l'obligation qui est faite à l'administration de poursuivre les infractions (**1**). Pour autant, il faut aussi relativiser l'obligation de poursuivre. « L'opposer radicalement au principe pénal de l'opportunité des poursuites serait verser dans la caricature »¹⁰¹⁰ dans la mesure où cette obligation est rééquilibrée par plusieurs limites (**2**).

¹⁰⁰⁷ Les mesures de police adoptées en matière d'environnement ont toutes pour fonction d'assurer le respect du principe de prévention consacré sous forme de devoir par la Charte de l'environnement.

¹⁰⁰⁸ Philippe YOLKA, « Contraventions de grande voirie », *Jcl. Prop. publiques*, fasc. 64, 2004, § 1.

¹⁰⁰⁹ Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif : tome 2 – Droit administratif des biens*, 13^{ème} éd., Traités, LGDJ, Paris, 2008, p. 184.

¹⁰¹⁰ Philippe YOLKA, « Contraventions de grande voirie », *op. cit.*, § 79.

1) *L'intérêt répressif du régime juridique des contraventions de grande voirie*

231. Les contraventions de grande voirie résident « dans un fait pouvant compromettre la conservation du domaine public ou nuire à l'usage auquel il est légalement destiné »¹⁰¹¹. Leur objet est la protection du domaine public. Elles s'appliquent particulièrement aux atteintes portées aux dépendances du domaine public autres que la voirie routière. Ainsi sont-elles « instituées (...) en vue de la répression des manquements aux textes qui ont pour objet, pour les dépendances du domaine public n'appartenant pas à la voirie routière, la protection soit de l'intégrité ou de l'utilisation de ce domaine public, soit d'une servitude administrative »¹⁰¹². Le champ d'application des contraventions de grande voirie, bien que limité au domaine public non routier, est large. Ainsi s'appliquent-elles au domaine public maritime, fluvial, ferroviaire ou aérien¹⁰¹³. Cet instrument connaît un certain développement, notamment en matière de protection de l'environnement¹⁰¹⁴.

232. Le régime juridique des contraventions de grande voirie est largement exorbitant du droit commun¹⁰¹⁵. Elles présentent ainsi un certain nombre d'intérêts qui en font un instrument potentiellement efficace de répression. Le premier de ces intérêts est qu'elles n'impliquent pas la commission d'une faute. Un élément légal et un comportement matériel répréhensible suffisent à constituer un « délit » que l'on peut ainsi qualifier d'« objectif ». L'amende pourra être prononcée dès lors que les faits matériels seront constatés¹⁰¹⁶.

233. Le second et principal intérêt du régime juridique des contraventions de grande voirie est l'obligation de poursuivre pesant sur les autorités administratives compétentes¹⁰¹⁷. En dehors du cas où une autorité spécifique est désignée par les textes, c'est le préfet qui est compétent pour assurer les poursuites¹⁰¹⁸. De façon générale, il appartient à celui-ci de

¹⁰¹¹ Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, LGDJ, 1888, p. 603, cité par Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, Paris, 2008, p. 263.

¹⁰¹² Article L. 2132-2 du code général de la propriété des personnes publiques.

¹⁰¹³ V. Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, 7^{ème} éd., Cours, Montchrestien, 2012, p. 155 et s..

¹⁰¹⁴ La loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux (JORF n°90 du 15 avril 2006, p. 5682) a étendu cet instrument aux parcs naturels marins (L. 334-7 du code de l'environnement), au domaine public relevant du Conservatoire du Littoral (L. 322-10-1), aux parcs nationaux (L. 331-19-1) et aux réserves naturelles (L. 332-22-1).

¹⁰¹⁵ Elles restent cependant soumises aux principes régissant la matière pénale comme la légalité des incriminations et des peines (CE, 18 février 1955, *Société de découpage et démontage*, rec., p. 105), la rétroactivité de la loi pénale plus douce (CE, avis, 13 avril 1997, *Préfet de la Manche*, RFDA, 1997, p. 658), la règle *non bis in idem*, même si elles se cumulent avec les poursuites pénales (CE, 17 novembre 1965, *Agrelli*).

¹⁰¹⁶ CE, 9 février 1979, *Entreprise Pagès*, rec. p. 58 ; AJDA, 1979, p. 84, chron. Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE et Yves ROBINEAU.

¹⁰¹⁷ V. Philippe YOLKA, « Contraventions de grande voirie », *op. cit.*, n° 77 et s. ; Amavi KOUÉVI, « L'obligation de poursuivre en matière de contravention de grande voirie », AJDA, 2000, p. 393.

¹⁰¹⁸ V. l'art. L. 2132-21 du code général de la propriété des personnes publiques et l'art. L. 774-2 du code de la justice administrative. Le préfet notifie au contrevenant la copie du procès-verbal dans les 10 jours suivant le

poursuivre et il est tenu de saisir le juge administratif¹⁰¹⁹. Par ailleurs, « l'obligation de poursuite interdit également à l'administration de refuser, sans motifs légitimes, de déférer aux demandes de poursuite »¹⁰²⁰ émanant d'un administré¹⁰²¹. Le refus de poursuivre peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹⁰²² au terme duquel le juge administratif pourra enjoindre au préfet de faire constater la contravention¹⁰²³. En cas d'inertie du préfet, les particuliers ou les associations ayant constaté une atteinte au domaine public pourront ainsi déclencher la répression. Enfin, le juge administratif est en principe tenu de faire droit aux conclusions du préfet¹⁰²⁴. S'il « en résulte un caractère un peu mécanique de ce contentieux »¹⁰²⁵, cela en fait aussi un instrument particulièrement efficace.

234. Ensuite, si la peine d'amende prévue n'est pas très importante – il s'agit d'une contravention de 5^{ème} classe de 1500 euros¹⁰²⁶ –, le juge peut prononcer le paiement des frais d'établissement du procès-verbal. Le juge peut aussi ordonner la cessation d'une activité ou la remise en état des lieux. Surtout, le juge statue en même temps sur la réparation du dommage. Les contraventions de grande voirie n'ont en effet pas un rôle exclusivement répressif. Une action domaniale en réparation des dommages causés au domaine public peut y être couplée à la demande de l'administration¹⁰²⁷. Celle-ci est imprescriptible¹⁰²⁸. Le juge pourra ordonner la remise en état des lieux ou le versement de dommages et intérêts, de même qu'autoriser l'administration à procéder à certaines mesures aux frais et aux risques du contrevenant¹⁰²⁹.

In fine, le régime juridique de la contravention de grande voirie présente de nombreux avantages¹⁰³⁰. Pour autant, il demeure limité par certaines évolutions jurisprudentielles qui viennent contrebalancer l'obligation de poursuivre.

PV. L'acte de notification doit être adressé au Tribunal administratif et constitue l'équivalent d'une requête introductive d'instance.

¹⁰¹⁹ CE, 5 juillet 1993, *M. Moulin*, n° 123878.

¹⁰²⁰ Amavi KOUEVI, « L'obligation de poursuivre... », *op. cit.*, p. 393.

¹⁰²¹ CE, sect., 23 février 1979, *Association « Les Amis des chemins de ronde »*, rec., p. 75, RDP, 1979, p. 1157, note Marcel WALINE.

¹⁰²² CE, 25 mars 1977, *Fontaine*, rec., p. 1013. S'il est illégal, le refus du préfet sera de nature à engager la responsabilité de l'Etat (voir Philippe YOLKA, « Contraventions de grande voirie », *op. cit.*, n° 78).

¹⁰²³ CAA Nantes, 4 février 1998, *Veau*.

¹⁰²⁴ CE, 20 septembre 1991, *Huchet*, RDP, 1992, p. 1182 ; CE, 23 décembre 2010, *Ministre de l'écologie*, n° 306544, JCP A, 2011, n° 2044, note Philippe YOLKA ; *Droit adm.*, 2011, comm. 34, note Fabrice MELLERAY.

¹⁰²⁵ Philippe YOLKA, « Protection du domaine public et protection de l'ouvrage public : une conciliation délicate – note sur CE, 23 décembre 2010, *Min. Ecologie*, n° 306544 », JCP A, 2011, n° 2044.

¹⁰²⁶ Certaines peines sont plus élevées comme en matière de protection du domaine public fluvial. Les articles L. 2132-5 à 9 prévoient une amende pouvant aller jusqu'à 12 000 euros.

¹⁰²⁷ Le juge ne peut pas l'ordonner lorsqu'elle n'est pas demandée par l'administration (CE, 13 mai 1932, *Delavaud et Guéneuf*, rec., p. 491).

¹⁰²⁸ CE, 2 novembre 1966, *Société Poléna*, rec., p. 576. En revanche, l'action répressive se prescrit sous un an (article 9 du code de procédure pénale).

¹⁰²⁹ CE, 11 décembre 2009, *Port autonome de Paris*, n° 298773.

¹⁰³⁰ Sylvie CAUDAL-SIZARET, « Actualité des contraventions de grande voirie en matière de protection de l'environnement », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, p. 736. Il s'agit de « l'obligation de poursuivre pour la personne publique (par opposition à la règle de l'opportunité des poursuites applicable au Parquet) ; la double composante, répressive et réparatrice, de la contravention ; l'imprescriptibilité de l'action en réparation et l'inapplicabilité de l'amnistie à celle-ci ; la responsabilité objective du contrevenant ; la

2) Les limites de la répression des atteintes au domaine public

235. En premier lieu, la répression « est susceptible de frapper aussi bien les personnes morales, y compris de droit public, que les personnes physiques »¹⁰³¹. Pour autant, la question des « infractions » « *in house, c'est-à-dire commise entre personnes publiques* »¹⁰³² pose des difficultés particulières. Cette pratique ne pose juridiquement aucun problème dès lors que l'on considère traditionnellement que l'article L. 121-2 du code pénal ne trouve pas ici à s'appliquer, l'Etat et les collectivités demeurant pleinement responsables. Pour autant, l'Etat ne semble pas enclin à se sanctionner lui-même. Le « zèle des préfets »¹⁰³³ n'est pas tel qu'ils saisissent le juge administratif dans le but de faire condamner l'Etat, tout simplement parce qu'ils sont soumis au principe hiérarchique. Quoi qu'il en soit, cette hypothèse d'école risque, si le Conseil d'Etat le confirme, de ne plus se poser dans la mesure où le juge administratif vient de reconnaître l'applicabilité de l'article L. 121-2 du code pénal au contentieux des contraventions de grande voirie¹⁰³⁴. Il en résulte l'irresponsabilité pénale de l'Etat et des collectivités territoriales lorsque, pour ces dernières, les dégradations sont commises au titre d'une activité de service public insusceptible de délégation. Par conséquent, l'Etat peut détruire son propre domaine public sans recevoir de punition¹⁰³⁵. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a récemment jugé que lorsque la construction d'un ouvrage public sur le domaine public est constitutive d'une contravention de grande voirie, il n'appartient pas au juge administratif, mais au préfet, d'apprécier la possibilité de régulariser l'ouvrage public et d'évaluer si la démolition de l'ouvrage entraînerait une atteinte excessive à l'intérêt général¹⁰³⁶. La confrontation de ces deux composantes de l'intérêt général appartient donc au préfet qui pourra décider de ne pas engager de poursuites ou de se désister¹⁰³⁷. L'obligation de poursuite s'efface ici au profit d'une quasi opportunité confiée au préfet.

236. En second lieu, l'obligation de poursuivre n'est pas radicalement opposée au principe de l'opportunité des poursuites que connaît le droit pénal. L'obligation de poursuivre est

possibilité de cumul des amendes, ou encore, la possibilité d'obliger à une remise en état, avec une exécution d'office dans certains cas ».

¹⁰³¹ Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, Paris, 2008, p. 268.

¹⁰³² Selon l'expression de Philippe YOLKA, « Une extension discutable du champ de l'article 121-2 du code pénal », JCP A, 2011, n° 2190, p. 29.

¹⁰³³ Philippe YOLKA, « Protection du domaine public... », *op. cit.*, n° 2044.

¹⁰³⁴ CAA Lyon, 7 avril 2011, *Réseau ferré de France*, n° 09LY02914, note Philippe YOLKA, « Une extension discutable du champ de l'article 121-2 du code pénal », JCP A, 2011, n° 2190.

¹⁰³⁵ L'action domaniale en réparation reste cependant possible.

¹⁰³⁶ CE, 23 décembre 2010, *Ministre de l'écologie*, n° 306544, JCP A, 2011, n° 2044, note Philippe YOLKA ; *Droit adm.*, 2011, comm. 34, note Fabrice MELLERAY.

¹⁰³⁷ C'est de façon « contestable » (Philippe YOLKA, « Contraventions de grande voirie », *op. cit.*, n° 79) que le Conseil d'Etat a reconnu à l'administration la possibilité de se désister au cours de l'instance devant le juge administratif (CE, 22 mars 1978, *di Lena*, rec., p. 914).

principalement¹⁰³⁸ limitée par les autres intérêts généraux dont les autorités publiques ont la charge. Deux hypothèses doivent être distinguées : les inconvénients d'ordre économique et social que les sanctions entraîneraient¹⁰³⁹ et la préservation de l'ordre public¹⁰⁴⁰.

La première hypothèse révèle particulièrement bien la relativité de l'obligation de poursuivre. Dans l'arrêt *Comité de défense des sites de la forêt de Fouesnant*, une conserverie occupait le domaine public depuis une vingtaine d'années. Appliquant la théorie du bilan, le Conseil d'Etat a estimé que les inconvénients économiques et sociaux de la répression de cette occupation illégale étaient plus importants que l'intérêt qui s'attachait à la poursuite du contrevenant. Force est de constater que l'application du contrôle du bilan en pareille hypothèse s'apparente largement au principe de l'opportunité des poursuites que connaît le droit pénal. Face à une situation infractionnelle, les avantages et les inconvénients de la poursuite sont mis en balance.

La seconde hypothèse montre que le caractère répressif de la protection du domaine public peut facilement s'effacer au profit de la réparation des dommages occasionnés. Elle a reçu une application à propos du naufrage du pétrolier Erika¹⁰⁴¹. Le préfet du Finistère avait refusé de poursuivre les responsables de la pollution des côtes Bretonnes. Pour le Conseil d'Etat, si les autorités administratives ne peuvent s'y soustraire « *pour des raisons de simples convenances administratives* », l'obligation de poursuivre « *trouve sa limite dans les autres intérêts généraux dont elles ont la charge et, notamment, dans les nécessités de l'ordre public* ». Or, constituait un motif d'intérêt général le fait que la société Total s'était engagée à prendre en charge le traitement des déchets ainsi que les opérations de pompage de la cargaison de fuel transportée par le navire Erika et à contribuer au financement de la remise en état du littoral ; « *le préfet du Finistère doit être regardé comme ayant fondé sur un motif d'intérêt général sa décision (...) en estimant que la coopération avec la société Total devait être préservée pour assurer le traitement des conséquences du naufrage* »¹⁰⁴². Ainsi, dès lors que le contrevenant s'était engagé à réparer le dommage occasionné, il n'y avait pas lieu de poursuivre. Si les effets d'une telle appréciation permettent la protection du domaine public – l'action domaniale en réparation n'ayant plus lieu d'être –, la dimension symbolique de

¹⁰³⁸ Il faut y ajouter que l'existence d'un lien contractuel entre le contrevenant et l'administration fait obstacle aux poursuites. L'administration est tenue de mettre en œuvre la responsabilité contractuelle (CE, 30 mai 1986, *Société Saleg*, rec., p. 153).

¹⁰³⁹ CE, 6 février 1981, *Comité de défense des sites de la forêt de Fouesnant*, rec., p. 746.

¹⁰⁴⁰ CE, sect., 23 février 1979, *Association « Les Amis des chemins de ronde »*, rec., p. 75, RDP, 1979, p. 1157, note Marcel WALINE.

¹⁰⁴¹ CE, 30 septembre 2005, *M. Cacheux*, rec., p. 406 ; *Environnement*, nov. 2005, n° 74, obs. Pascal TROUILLY.

¹⁰⁴² Le simple contrôle de l'erreur manifeste a été critiqué. En effet, « *on peut penser que le juge aurait dû vérifier (...) que les actions amiables entreprises par l'administration permettraient bel et bien d'obtenir un résultat au moins équivalent à la mise en œuvre d'une potentielle contravention. (...) A l'évidence, la portée de l'obligation de poursuivre ne peut que sortir amoindrie d'une telle jurisprudence. (...) il paraît utile de se prémunir contre une possible tentation de l'administration, dans des hypothèses semblables, de préférer la recherche de compromis plutôt que celle d'une réparation en bonne et due forme* » (Sylvie CAUDAL-SIZARET, « Actualité des contraventions de grande voirie en matière de protection de l'environnement », *op. cit.*, p. 740).

l'action répressive est annihilée. Or, comme pour la première hypothèse, l'effet symbolique de l'action répressive pourraient être conservé sans pour autant porter atteinte à l'ordre public ou engendrer des inconvénients trop importants. En effet, dans les deux hypothèses, il pourrait être envisagé de ne pas exercer l'action domaniale tout en exerçant l'action répressive afin d'affirmer la désapprobation sociale qui lui est propre et qui assure en partie sa fonction dissuasive. Le cas de l'Erika pose par ailleurs question du point de vue du cumul des poursuites. Si les poursuites pénales ont été assez lentes, il semble qu'elles conduisent à de meilleurs résultats sur le plan répressif, les condamnations ayant été relativement importantes¹⁰⁴³.

B. Le recours au « droit pénal administratif »

237. Le « *droit pénal administratif* »¹⁰⁴⁴ est longtemps demeuré dans le silence du carrefour des disciplines juridiques. Depuis longtemps utilisé pour réprimer le non-respect des normes de droit public, il se définit comme « *l'ensemble des dispositions répressives annexées à des textes législatifs ou réglementaires organisant des secteurs particuliers de la vie sociale et demeurés hors du code pénal* »¹⁰⁴⁵. De nombreuses disciplines du droit public ont recours à ce type de dispositions répressives¹⁰⁴⁶. Cela est notamment le cas du droit de l'urbanisme et du droit de l'environnement dont la répression pénale est un des instruments cardinaux¹⁰⁴⁷. Il s'agit cependant d'un « *ensemble non homogène constitué également de sous-ensembles spécifiques* »¹⁰⁴⁸ distillés au gré des différents codes. Par exemple, le code de l'urbanisme et, jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 11 janvier 2012¹⁰⁴⁹, le code de l'environnement, ne comportent aucun livre disposé en début de code spécifiquement consacré aux sanctions. Les dispositions pénales sont ainsi disséminées tout au long de ce type de code¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴³ V. la décision de la Cour d'appel de Paris qui a conduit à la condamnation de Total, sur le plan pénal, à 375 000 euros d'amende (CA Paris, 30 mars 2010 ; *Dalloz*, 2010, p. 1008 et p. 2238, note Laurent NEYRET). Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation (Cass., crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938).

¹⁰⁴⁴ Selon l'expression de Pierre LASCOUMES (« De la sanction à l'injonction – Le "droit pénal administratif", comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », RSC, 1988, p. 46). L'expression « *droit administratif pénal* » renvoie quant à elle à la répression administrative (Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ?...*, *op. cit.*, p. 7).

¹⁰⁴⁵ Pierre LASCOUMES, « De la sanction à l'injonction... », RSC, 1988, p. 46.

¹⁰⁴⁶ Nous ne traiterons ici que de la répression pénale exercée à l'encontre des administrés. Sur la répression pénale exercée à l'encontre de certaines personnes publiques et à l'encontre des agents de l'administration, voir Jean-Charles FROMENT, « Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif », RDP, 2001, p. 555 ; Jean-Bernard AUBY, « Le mouvement de pénalisation de l'action publique », *Droit administratif*, 1997, p. 3.

¹⁰⁴⁷ V. Raymond LEOST, *Droit pénal de l'urbanisme*, Le Moniteur, 2001 ; Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, 2008.

¹⁰⁴⁸ Pierre LASCOUMES, « De la sanction à l'injonction... », *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁴⁹ Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement (articles L. 170-1 et s. ; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013).

¹⁰⁵⁰ V. par exemple les sanctions applicables aux constructions (L. 480-1 et s. du code de l'urbanisme).

238. Dans certains domaines, la répression pénale s'applique de façon concomitante avec les autres modes de répression déjà exposés. Ainsi, le droit public est doté d'un véritable « *bloc répressif* »¹⁰⁵¹ allant au-delà de la répression administrative et au sein duquel la répression pénale est un instrument important.

239. Le droit des installations classées pour la protection de l'environnement en offre une illustration. Ainsi, le dispositif de sanctions administratives prévues à l'article L. 514-1 du code de l'environnement¹⁰⁵² concernant l'inobservation des conditions imposées à l'exploitant est complété par plusieurs incriminations pénales portant sur les mêmes faits. L'article R. 514-4 3° du même code punit de 1500 euros d'amende le non-respect des prescriptions techniques imposées à une installation soumise à autorisation et l'article L. 514-11 punit de 75000 euros d'amende et de 6 mois d'emprisonnement le non-respect d'un arrêté de mise en demeure au terme du délai fixé¹⁰⁵³. Le dispositif est articulé autour de l'inspection des installations classées en charge du contrôle des exploitations. Si ces contrôles sont principalement organisés pour déclencher, le cas échéant, la procédure de sanction administrative, les inspecteurs sont aussi habilités à constater par procès-verbaux les infractions susvisées et celles relatives à la police de l'eau. Ils en ont d'ailleurs l'obligation en vertu de l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale qui fait obligation à tout fonctionnaire qui a connaissance d'un crime ou d'un délit d'en informer sans délai le procureur¹⁰⁵⁴.

Le domaine des installations classées donne un aperçu de la mise en œuvre de cet article par les agents de l'administration. Selon les statistiques de 2007, seuls 975 procès-verbaux ont été dressés par l'inspection des installations classées alors que leurs rapports d'inspection ont conduit à 2255 mises en demeure¹⁰⁵⁵. Or, les faits conduisant à une mise en demeure sont en général susceptibles de conduire à l'établissement d'un procès-verbal. La répression pénale n'est donc pas privilégiée par l'inspection des installations classées, celle-ci préférant largement la voie administrative. Comme le relève de façon générale Mireille Delmas-Marty, « *en réalité, l'administration ne transmet les dossiers au juge pénal que dans des hypothèses déterminées, pour lesquelles a priori la régulation a échoué* »¹⁰⁵⁶. Pierre Lascoumes explique quant à lui que le procès-verbal « *est conçu par les inspecteurs comme une quasi-sanction. (...) Au lieu d'être l'amorce d'une procédure sanctionnatrice, il est, au*

¹⁰⁵¹ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁵² Cet article devient, à compter du 1^{er} juillet 2013, l'article L. 171-8 du code de l'environnement.

¹⁰⁵³ Cet article devient l'article L. 173-2 du code de l'environnement à compter du 1^{er} juillet 2013.

¹⁰⁵⁴ « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ». Le procès-verbal doit être transmis sans délai au procureur (Trib. Corr. Nevers, 28 mai 1993, *Zinsch et a.* ; *Gaz. Pal.*, 16-17 mars 1994, p. 1 ; circulaire n° 98-72 du 18 juin 1998 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement).

¹⁰⁵⁵ Statistiques rapportées par David DEHARBE, *Les installations classées pour la protection de l'environnement*, Litec, Paris, 2007, p. 539.

¹⁰⁵⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Themis, PUF, Paris, 1992, p. 157.

contraire, fréquemment réinterprété en tant que clôture d'une séquence de régularisation administrative, l'officialisation d'un désaccord persistant »¹⁰⁵⁷.

Il reste que le fait de ne pas signaler au procureur de la république les infractions relevées lors des inspections est contraire à l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale¹⁰⁵⁸, lequel a pour principale fonction de garantir que l'opportunité des poursuites est exercée par le seul parquet et non par les agents en charge de la constatation des infractions. Cela revient finalement à transférer en partie la compétence du parquet quant à l'opportunité des poursuites aux inspecteurs des installations classées. Les procès-verbaux transmis au parquet ne reflètent donc qu'une partie des infractions susceptibles d'être relevées par les agents, lesquelles ne constituent elles-mêmes qu'une partie des infractions réellement commises. Le parquet ne choisissant de poursuivre qu'une partie des infractions qui lui sont rapportées, la réponse pénale ne peut qu'être particulièrement faible.

240. Enfin, le droit pénal, dès lors qu'il intervient dans le champ administratif, rencontre une autre difficulté. L'article 40 al. 2 du code de procédure pénale se heurte en effet à l'obligation d'obéissance hiérarchique pesant sur les fonctionnaires, faisant ainsi naître un véritable « *conflit de devoirs* »¹⁰⁵⁹. La jurisprudence, tant administrative que judiciaire, a cependant mis en avant que l'autorisation du supérieur hiérarchique n'est pas nécessaire¹⁰⁶⁰. Le fonctionnaire est simplement tenu à une obligation d'information de son supérieur. Il va de soi que sur le plan juridique, « *le préfet ne pourrait (...) sans se rendre théoriquement coupable de l'infraction d'entrave à la saisine de la justice (...), retenir volontairement dans le but d'empêcher la manifestation de la vérité, des informations de nature à permettre la condamnation d'un criminel ou d'un délinquant* »¹⁰⁶¹. Cependant, si l'autorisation du supérieur hiérarchique n'est pas requise, sa simple information peut avoir pour conséquence de priver le parquet de la connaissance des infractions constatées par les fonctionnaires les plus zélés, dès lors que leur supérieur hiérarchique aurait pu manifester un signe d'hostilité à l'égard de la répression pénale, plus éloignée de la culture de l'administration¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁷ Pierre LASCOUMES, *L'éco-pouvoir, La découverte*, 1994, p. 164.

¹⁰⁵⁸ Les statistiques exposées recensent cependant l'ensemble des procès-verbaux établis par l'inspection des installations classées. Parmi ces procès-verbaux, une partie concerne des contraventions et n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 40 al. 2. Cependant, l'observation des mises en demeure montre que l'immense majorité d'entre elles concernent des faits constitutifs de délits. Les faits contraventionnels donnent très rarement lieu à une mise en demeure.

¹⁰⁵⁹ Gérald CHALON, « L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique », *AJFP*, 2004, p. 27.

¹⁰⁶⁰ Gérald CHALON, *ibidem*, p. 27 : CE, 15 mars 1996, *Guignon*, n° 146326 ; Cass., crim., 19 septembre 2000, n° 99-83960.

¹⁰⁶¹ Benjamin BLANCHET, « La robe et l'olivier – Les rapports entre le procureur et le préfet », *RFDA*, 2010, p. 1191.

¹⁰⁶² Il faut y ajouter certaines difficultés. Ainsi, lorsque les administrations qui assurent le contrôle des activités polluantes « *décèlent des infractions, elles préfèrent généralement rechercher des solutions amiables ou appliquer des mesures de contrainte administratives. Au demeurant, leur méconnaissance du droit pénal risque de les conduire à dresser des procès-verbaux entachés de nullités ou difficilement exploitables* » (Guy CANIVET et Dominique GUIHAL, « Protection de l'environnement par le droit pénal... », *Dalloz*, 2004, p. 2730).

241. *In fine*, si la dimension punitive de la répression pénale peut jouer un rôle tout à fait complémentaire à celui de la répression administrative, l'utilisation de cette voie semble en porte-à-faux avec la culture de l'administration pour laquelle la voie pénale ne peut être utilisée qu'en dernier recours, dès lors que d'autres moyens de répression permettent une application réputée plus efficace et plus souple des normes du droit public. Pour autant, le renforcement des garanties procédurales applicables à la répression administrative a paradoxalement pour effet de la rapprocher de plus en plus de la répression pénale.

§2 – Le rapprochement des modes de répression des normes de droit public

Le rapprochement des répressions administrative et pénale est la conséquence de l'uniformisation des garanties procédurales qui leur sont applicables (I). Il en résulte le passage d'un rapport de complémentarité à un possible risque de concurrence des deux modes de répression des normes de droit public (II).

I. L'uniformisation des garanties procédurales

Les garanties qui s'appliquaient traditionnellement à la répression pénale ont peu à peu irrigué la répression administrative sous l'effet tant de l'interprétation des dispositions nationales (A) que de celle des dispositions européennes relatives au droit au procès équitable (B). Il en résulte une convergence des garanties applicables au bloc répressif du droit public.

A. Les garanties tirées de l'interprétation des dispositions nationales par les juges constitutionnel et administratif

242. « *Les jugements rendus par le prince seraient une source intarissable d'injustices et d'abus ; les courtisans extorqueraient, par leur importunité, ses jugements. Quelques empereurs romains eurent la fureur de juger ; nuls règnes n'étonnèrent plus l'univers par leurs injustices* »¹⁰⁶³. En dépit de ces objections formulées par Montesquieu, le Conseil constitutionnel a admis le principe même des sanctions administratives¹⁰⁶⁴, lesquelles s'étaient depuis longtemps largement développées dans les différentes branches de notre droit administratif. Cependant, la jurisprudence constitutionnelle a limité les effets de telles sanctions en précisant que « *la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute*

¹⁰⁶³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, partie I, livre VI, chap. V., Flammarion, 2008, p. 149.

¹⁰⁶⁴ CC, 30 décembre 1982, n° 82-155 DC ; RDP, 1983, p. 333, note Louis FAVOREU et surtout CC, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, § 6 ; RFDA, 1989, p. 671, note Bruno GENEVOIS.

privation de liberté »¹⁰⁶⁵. Elle en a aussi plus récemment limité le champ d'application. Dans sa décision *HADOPI*, le Conseil constitutionnel juge que lorsque la compétence reconnue à l'administration « *n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population* » et que l'exercice de ces pouvoirs de sanction peuvent « *conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement* », il est contraire à la Constitution de prévoir une procédure de sanction administrative, cela « *quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions* »¹⁰⁶⁶.

243. En dehors de ce cas de figure, le Conseil constitutionnel admet le recours aux sanctions administratives dès lors que celles-ci sont assorties « *par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »¹⁰⁶⁷. Le Conseil constitutionnel a pris le soin de préciser la plupart de ces mesures.

244. En premier lieu, le principe de légalité des délits et des peines – *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege* – s'applique aux sanctions administratives¹⁰⁶⁸. Simplement, l'exigence de légalité de l'incrimination s'applique de façon souple et se trouve satisfaite « *en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements* »¹⁰⁶⁹.

245. En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel a précisé l'application dans le temps des sanctions administratives. Ainsi, le principe de non-rétroactivité de la loi la plus sévère tiré de l'article 8 de la DDHC « *s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* »¹⁰⁷⁰. De même, le principe de l'application immédiate de la loi plus douce est consacré par la jurisprudence constitutionnelle¹⁰⁷¹ et semble pouvoir trouver application en matière de sanctions administratives. Ce principe est d'ailleurs appliqué par le Conseil d'Etat¹⁰⁷².

246. En troisième lieu, le principe de proportionnalité de la sanction s'applique de façon générale aux sanctions administratives¹⁰⁷³. Plus particulièrement, le non cumul des sanctions, *non bis in idem*, s'applique partiellement. Le cumul est en effet possible dans la mesure où « *le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le*

¹⁰⁶⁵ CC, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC ; *ibidem*.

¹⁰⁶⁶ CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI*, § 16 ; JCP G, 2010, p. 1531, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ariana MACAYA.

¹⁰⁶⁷ CC, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, § 6 ; RFDA, 1989, p. 671, note Bruno GENEVOIS.

¹⁰⁶⁸ CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 35 ; RDP, 1989, p. 429, note Louis FAVOREU.

¹⁰⁶⁹ CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 36 ; *ibidem*.

¹⁰⁷⁰ CC, 30 décembre 1982, n° 82-155 DC, § 33 ; RDP, 1983, p. 333, note Louis FAVOREU ; CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 35 ; *ibidem*.

¹⁰⁷¹ CC, 19 janvier 1981, n° 81-127 DC.

¹⁰⁷² CE, avis, 27 mai 1993, cité par le rapport annuel du Conseil d'Etat, 1993, p. 342.

¹⁰⁷³ CC, 30 décembre 1987, n° 87-237 DC ; RDP, 1989, p. 399, note Louis FAVOREU ; CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC ; *op. cit.* ; CC, 20 juillet 1993, n° 93-321 DC ; LPA, n° 121, 1993, p. 12, note Yves-Marie DOUBLET ; CC, 30 décembre 1997, n° 97-395 DC ; RFDC, 1998, p. 141, chron. Patrick GAIA et Loïc PHILIP.

plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹⁰⁷⁴. De plus, « une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale »¹⁰⁷⁵. En outre, « un même manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative »¹⁰⁷⁶, même si « le législateur y déroge fréquemment »¹⁰⁷⁷. Par ailleurs, le principe de proportionnalité peut conduire à rejeter le caractère automatique des sanctions. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il relevé, à plusieurs reprises, pour en admettre la constitutionnalité, l'absence de caractère automatique des sanctions¹⁰⁷⁸. Pour autant, « une sanction automatique, punissant une infraction suffisamment précise et simple dans sa définition, et d'un montant adapté à l'infraction, serait sans doute constitutionnelle »¹⁰⁷⁹.

247. En quatrième lieu, le principe des droits de la défense constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la république¹⁰⁸⁰ et un principe général du droit¹⁰⁸¹. Le Conseil d'Etat applique depuis longtemps les droits de la défense et le principe du contradictoire en matière administrative¹⁰⁸². Cela implique, au bénéfice de l'intéressé, une information sur l'engagement à son encontre d'une procédure de sanction, un droit à l'assistance d'un conseil et à la communication de son dossier, de même que la possibilité de s'expliquer sur les griefs qui lui sont reprochés.

248. En cinquième lieu, le Conseil constitutionnel applique aux sanctions administratives le respect de la présomption d'innocence reconnu à l'article 9 de la DDHC¹⁰⁸³. Ainsi, « en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ». Cependant, « à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »¹⁰⁸⁴.

249. En dernier lieu, la jurisprudence constitutionnelle commande que « toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant la juridiction administrative d'un recours de pleine juridiction »¹⁰⁸⁵. Le Conseil d'Etat¹⁰⁸⁶, tout comme la Cour européenne des droits de

¹⁰⁷⁴ CC, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, § 22 ; RFDA, 1989, p. 671, note Bruno GENEVOIS ; CC, 30 décembre 1997, n° 97-395 DC, § 41 ; *op. cit.*

¹⁰⁷⁵ CC, 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, § 15 ; AJDA, 1996, p. 692, chron. Olivier SCHRAMECK.

¹⁰⁷⁶ CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 30 ; *op. cit.*

¹⁰⁷⁷ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration...*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁷⁸ CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC ; *op. cit.* ; 25 février 1992 n° 92-307 DC ; RFDC, 1992, p. 311, note Patrick GAIA.

¹⁰⁷⁹ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration...*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁸⁰ CC, 2 décembre 1976, n° 76-70 DC ; RDP, 1978, p. 817, note Louis FAVOREU ; CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 29 ; RDP, 1989, p. 429, note Louis FAVOREU.

¹⁰⁸¹ CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et a.*, rec., p. 213 ; *Dalloz*, 1946, p. 158, note G. MORANGE.

¹⁰⁸² CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Tromprier Gravier*, rec., p. 133 ; RDP, 1944, p. 256, concl. CHENOT, note Gaston JEZE.

¹⁰⁸³ CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI* ; JCP G, 2010, p. 1531, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ariana MACAYA. Il en va de même pour le Conseil d'Etat (CE, 26 mai 1995, n° 140985 et 140986).

¹⁰⁸⁴ CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, § 17 ; *ibidem*.

¹⁰⁸⁵ CC, 25 février 1992, n° 92-307 DC, § 30 ; RFDC, 1992, p. 311, note Patrick GAIA.

¹⁰⁸⁶ CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, n° 274000, JCP G, 2009, n° 10087, note GRABARCZYK.

l'homme¹⁰⁸⁷, va dans le même sens. Un tel recours permet ainsi au juge de réformer la sanction en substituant à l'autorité administrative pour fixer la sanction. Le juge peut ainsi mettre en œuvre lui-même le principe de proportionnalité de la sanction. Le pouvoir du juge dans le cadre de l'exercice d'un recours de pleine juridiction est cependant limité par le principe de non aggravation de la sanction¹⁰⁸⁸. Ce dernier ne s'applique cependant que lorsque le droit de recours n'appartient qu'à la personne sanctionnée, ce qui n'est pas exemple pas le cas du contentieux des installations classées¹⁰⁸⁹.

B. L'application du droit au procès équitable au droit des sanctions administratives

250. L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme admet que le droit au procès équitable consacré à l'article 6 de la Convention ne s'oppose pas au principe même du recours à la répression administrative. En effet, « *l'article 6-1, s'il consacre le droit à un tribunal, n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les contestations (...) à des procédures se déroulant à chacun des stades devant des tribunaux conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs (...) ne satisfaisant pas sous tous les aspects à ces mêmes prescriptions* »¹⁰⁹⁰. Pour autant, l'article 6 est, sous certaines conditions, applicable aux sanctions administratives **(1)**. Le juge en module cependant les exigences **(2)**.

¹⁰⁸⁷ Cour EDH, 10 février 1983, *Albert et Lecompte c. Belgique*, § 29, Série A, n°58, p. 16 ; 21 février 1984, *Ozturk c. Allemagne*, Série A, n°73, p. 18 ; GACEDH, n° 25.

¹⁰⁸⁸ CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 31 ; RDP, 1989, p. 429, note Louis FAVOREU.

¹⁰⁸⁹ Voir Sylvie CAUDAL, « Les sanctions des atteintes au milieu... », in Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, op. cit., p. 117.

¹⁰⁹⁰ Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n° 6878/75 et n° 7238/75 ; GACEDH, n° 21.

1) *Les conditions de l'applicabilité de l'article 6 aux sanctions administratives*

251. En matière de sanctions administratives, l'article 6 est principalement applicable dans la mesure où celles-ci entrent dans le champ de la « matière pénale »¹⁰⁹¹. L'applicabilité de l'article 6 exige d'une part l'existence d'une « accusation », c'est-à-dire d'une « notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »¹⁰⁹².

252. D'autre part, l'applicabilité de l'article 6 est conditionnée par l'assimilation de la sanction en cause à la « matière pénale ». Pour autant, la « matière pénale » au sens de la jurisprudence de la Cour ne correspond pas exactement au droit pénal interne. Ainsi, la Cour « adopte de la "matière pénale" (...) une conception autonome, extensive et globalisante qui inclut les sanctions administratives *lato sensu* »¹⁰⁹³. Celle-ci a déterminé les critères de la matière pénale dans l'arrêt *Engel*¹⁰⁹⁴. Il s'agit de la qualification donnée par le droit interne, de la nature de l'infraction – c'est-à-dire la transgression d'une norme ayant un caractère à la fois dissuasif et répressif –, et le degré de sévérité de la sanction encourue. C'est ainsi que l'arrêt *Engel* engage « un mouvement de pénalisation qui voit une même norme ne pas appartenir à l'ensemble "droit pénal national" mais néanmoins relever de la "matière pénale" au sens de l'article 6 §1 »¹⁰⁹⁵, lequel conduira à appliquer l'article 6 à certaines sanctions administratives¹⁰⁹⁶. La Cour a ajouté à ces trois critères que la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal¹⁰⁹⁷ et que « cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale »¹⁰⁹⁸.

253. L'ensemble de cette jurisprudence a conduit la Cour à appliquer l'article 6 au permis à points¹⁰⁹⁹ ou à des sanctions administratives pécuniaires¹¹⁰⁰, lesquelles constituent l'essentiel des sanctions relevant de la matière pénale¹¹⁰¹. A titre subsidiaire, la Cour a aussi considéré, au

¹⁰⁹¹ Sur les critères de l'application de l'article 6 à la matière civile, voir Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., PUF, 2011, p. 377.

¹⁰⁹² Cour EDH, 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, A.35, § 42

¹⁰⁹³ Franck MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 413.

¹⁰⁹⁴ Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et a. c. Pays-Bas*, § 82, série A n° 22, GACEDH, n° 4.

¹⁰⁹⁵ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., *op. cit.*, p. 391.

¹⁰⁹⁶ Cour EDH, 21 février 1984, *Ozturk c. Allemagne*, série A, n° 73, p. 18 ; GACEDH, n° 25.

¹⁰⁹⁷ Cour EDH, 21 février 1984, *Ozturk c. Allemagne*, § 54, série A, n° 73, p. 18 ; GACEDH, n° 25.

¹⁰⁹⁸ Cour EDH, grande chambre, 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, § 86, n° 39665/98 et 40086/98 ; JCP G, 2004, n° 5, p. 181, chron. Frédéric SUDRE ; 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, § 47, série A, n° 284 ; LPA, n° 56, 1994, p. 21, note Jean-François FLAUSS.

¹⁰⁹⁹ Cour EDH, 23 septembre 1998, *Broniowski e c. France*, § 34, JCP, 1999, II, n° 10086, note Frédéric SUDRE.

¹¹⁰⁰ Cour EDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, série A, n° 284 ; LPA, n° 56, 1994, p. 21, note Jean-François FLAUSS.

¹¹⁰¹ Pascale IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », RFDA, 2010, p. 922.

titre de la « matière civile », que l'article 6 est applicable à certaines mesures de police telles que le retrait de l'autorisation d'exploiter une clinique¹¹⁰².

2) *La modulation des exigences applicables aux autorités administratives*

La Cour EDH adopte une approche globale du respect de l'article 6 (a). La réception de la jurisprudence de la Cour par le Conseil d'Etat est marquée par certaines incertitudes quant au champ d'application de l'article 6 (b) sans que cela n'empêche certaines exigences de l'article 6 de s'appliquer aux autorités administratives (c).

a) *L'appréciation globale du respect de l'article 6 par la Cour EDH*

254. La Cour EDH a adopté une approche globale quant à l'appréciation du respect de l'article 6. « *L'essentiel est que le recours à un juge permette ensuite de remplir pleinement leurs exigences* »¹¹⁰³. La Cour exige en effet, en dernier recours, l'intervention d'un organe judiciaire de pleine juridiction¹¹⁰⁴. En matière de sanctions administratives, la Cour veille avant tout à ce que la décision de sanction puisse être contestée devant une juridiction à même de connaître l'ensemble des faits et des questions de droit réglées par l'autorité administrative¹¹⁰⁵ et disposant du pouvoir de réformer en tout ou partie la décision administrative. Ainsi, « *il faut que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les exigences de l'article 6 par. 1 de la Convention (...) subisse le contrôle ultérieur d'un "organe judiciaire de pleine juridiction"* »¹¹⁰⁶, exigence à laquelle le Conseil d'Etat français a récemment répondu en prévoyant un recours de pleine juridiction pour l'ensemble des recours formés à l'encontre d'une sanction administrative¹¹⁰⁷.

255. Par ailleurs, l'approche globale adoptée par la Cour se manifeste par le fait que les garanties de l'article 6 « *ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur* » aux sanctions entrant dans le champ d'article 6 mais considérées comme non pénales en droit interne¹¹⁰⁸. Il faut distinguer la phase de la procédure de sanction qui se déroule devant l'autorité administrative de celle qui peut éventuellement être conduite devant le juge.

¹¹⁰² Cour EDH, 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, n° 6232/73 ; JDI, 2000, p. 120, note Marine EUDES.

¹¹⁰³ Pierre DELVOLVE, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », LPA, 17 sept. 2001, p. 21.

¹¹⁰⁴ Cour EDH, 10 février 1983, *Albert et Le compte c. Belgique*, § 29, série A n° 58 ; Cour EDH, 21 février 1984, *Ozturk c. Allemagne*, § 56, série A, n° 73, p. 18 ; GACEDH, n° 25.

¹¹⁰⁵ Cour EDH, 26 avril 1995, *Fischer c. Autriche*, n° 16922/90, série A, n° 312 ; JDI, 1996, p. 216, note Hervé ASCENCIO.

¹¹⁰⁶ Cour EDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, § 42, n° 15963/90, série A, n° 328 C ; AJDA, 1996, p. 376, chron. Jean-François FLAUSS.

¹¹⁰⁷ CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, n° 274000, JCP G, 2009, n° 10087, note GRABARCZYK.

¹¹⁰⁸ Cour EDH, grande chambre, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, § 43, GACEDH, n° 26.

L'article 6 s'applique pleinement dans la phase judiciaire. Pour autant, selon la Cour EDH, l'article ne se désintéresse pas « *des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement* »¹¹⁰⁹. Dès lors, certaines exigences de l'article 6 s'appliquent dès la phase administrative de la sanction.

b) *L'incertitude liée à la réception par le Conseil d'Etat de l'application de l'article 6 aux autorités administratives*

256. La question de l'applicabilité de l'article 6 à la phase administrative des procédures de sanction administrative a fait l'objet de nombreux débats devant le Conseil d'Etat. Initialement, le Conseil d'Etat limitait l'applicabilité de l'article 6 de la Convention EDH à la phase juridictionnelle des sanctions administratives¹¹¹⁰. Dans un second temps, mais faisant toujours une lecture erronée de la jurisprudence de Strasbourg, le Conseil d'Etat a accepté d'appliquer l'article 6 à certaines autorités administratives investies d'un pouvoir de sanction. Il a cherché à distinguer les autorités administratives qui, bien que n'étant pas des juridictions en droit interne, pouvaient cependant être considérées comme un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention EDH. Au terme de la jurisprudence *Didier*¹¹¹¹, le Conseil d'Etat abandonne donc le critère organique utilisé dans son avis de 1995¹¹¹² au profit de deux critères. Tout d'abord, l'autorité administrative « *doit être regardé(e) comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale* » au sens de l'article 6-1. Ce premier critère est conforme à la jurisprudence de Strasbourg. Ensuite, pour être soumise à certaines exigences de l'article 6,

¹¹⁰⁹ Cour EDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, § 36, série A, n° 275 ; JDI, 1995, p. 750, note Olivier de FROUVILLE. Dans le même sens : Cour EDH, 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*, n° 31827/96 ; JCP G, 2001, p. 1559, chron. Frédéric SUDRE.

¹¹¹⁰ CE, avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c. Auto-Industrie Méric*, n° 164008 : « *l'article 6 (de la Convention EDH) n'énonce, y compris dans son paragraphe 2, aucune règle ou principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions, et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé des sanctions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi* ».

¹¹¹¹ CE, 3 décembre 1999, *Didier*, RFDA, 2000, p. 584, concl. A. SEBAN : « *quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par l'article 69 de la loi (...), le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations (de la convention EDH) ; que, compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ; que, cependant - et alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre de sa décision* ». V. CE, 20 oct. 2000, *Sté Habib BankLtd*, AJDA, 2000, p. 1072.

¹¹¹² CE, avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c. Auto-Industrie Méric*, n° 164008.

l'autorité administrative doit pouvoir, « *eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme* »¹¹¹³, être considérée comme un tribunal au sens de l'article 6.

257. C'est ce second critère qui pose véritablement problème au regard de l'article 6 de la Convention EDH. Il résulte de la jurisprudence *Didier* que l'applicabilité de l'article 6 est principalement limitée à des autorités administratives indépendantes statuant en matière de sanction. Celles-ci peuvent être assimilées à un tribunal. En revanche, une autorité administrative classique, telle qu'« *une autorité unique investie d'un pouvoir de sanction, alors même que ses décisions porteraient sur la matière pénale au sens de l'article 6 §1 ne peut pas être qualifiée de tribunal* »¹¹¹⁴. Elle ne sera donc pas soumise au respect de l'article 6 de la Convention EDH. C'est précisément cela qui va à l'encontre de la logique de l'article 6 et de celle de la jurisprudence de la Cour EDH.

258. La position du Conseil d'Etat a fait l'objet de nombreuses interrogations doctrinales¹¹¹⁵, d'autant plus que les critères utilisés par le Conseil d'Etat – la nature, la composition et les attributions de l'organisme – n'ont pas conduit à l'établissement d'une catégorie juridique claire, permettant de lever l'incertitude relative au champ d'application de l'article 6¹¹¹⁶. La satisfaction de ces critères permet à un organisme d'entrer dans le champ d'application de l'article 6. Pour autant, la qualité de Tribunal « *n'est pas un critère d'applicabilité de l'article 6 mais est une question de fond* »¹¹¹⁷. En effet, la Cour EDH ne s'y réfère pas quand il s'agit de statuer sur l'applicabilité de l'article 6. Les logiques poursuivies par le Conseil d'Etat et par la Cour sont donc différentes. Alors que la Cour EDH considère que dès lors que l'on entre dans la matière pénale, il existe un droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal, le Conseil d'Etat considère qu'il y a un droit à ce que sa cause soit entendue – et par conséquent un droit à se voir appliquer les garanties du procès équitable – si l'on entre dans la matière pénale et si l'on se situe devant un organisme assimilable à un tribunal. Le Conseil vient donc ici ajouter un critère qui n'existe pas dans la jurisprudence de la Cour EDH, restreignant ainsi abusivement le champ d'application de l'article 6. De plus, la jurisprudence du Conseil d'Etat conduit au paradoxe selon lequel les autorités administratives classiques, devant lesquelles les garanties procédurales sont les moins importantes, notamment du fait de l'absence de collégialité, sont celles devant lesquelles ne devrait pas être appliqué l'article 6 et son lot de garanties¹¹¹⁸. Une évolution de la jurisprudence du

¹¹¹³ La nature de l'organisme renvoie à son statut d'indépendance et à son absence de soumission au principe hiérarchique. La composition renvoie à la collégialité de l'organisme et ses attributions renvoient au fait qu'il statue en droit.

¹¹¹⁴ Mattias GUYOMAR, « La sanction administrative », LPA, 12 janvier 2006, n° 9, p. 8.

¹¹¹⁵ Voir notamment Paule QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger », AJDA, 2004, p. 1060 ; Delphine COSTA, « L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », RFDA, 2005, p. 1174.

¹¹¹⁶ V. Martin COLLET, « Autorités de régulation et procès équitable – note sur CE, 27 octobre 2006, *Parent*, rec., p. 454 », AJDA, 2007, p. 80.

¹¹¹⁷ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 394.

¹¹¹⁸ Pascale IDOUX relève le même paradoxe lorsqu'elle explique que « *la condition de collégialité demeure, signifiant peut-être, selon une logique cause/conséquence inversée, qu'il est proscrit de confier certains*

Conseil d'Etat est donc nécessaire pour se conformer à la jurisprudence de la Cour EDH. Il semble néanmoins qu'une telle évolution soit timidement en train de se dessiner. Ainsi, le Conseil d'Etat a accepté de connaître d'un moyen tiré de la violation de l'article 6 dans le cadre d'une procédure administrative de répression fiscale¹¹¹⁹. L'article 6 semble donc en passe de se voir reconnaître une applicabilité partielle dans le cadre de procédures de sanctions conduites par des autorités administratives classiques.

259. *In fine*, le caractère de tribunal « est loin de constituer (...) le véritable critère de l'application (de l'article 6) »¹¹²⁰. Il s'agit bien davantage « d'empêcher que la phase précontentieuse permette d'empêcher l'application des règles du procès équitable à la phase contentieuse, cette dernière ne pouvant revenir, malgré la plénitude de juridiction du juge, sur certains éléments de la procédure antérieure »¹¹²¹.

c) *La modulation des exigences applicables à la phase administrative de la procédure*

260. Le Conseil d'Etat considère, depuis l'arrêt *Didier*, que durant la phase administrative de la procédure de sanction et dès lors que celle-ci peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction, il n'est pas nécessaire que la procédure suivie devant l'autorité administrative « soit en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6 »¹¹²² de la Convention EDH. Par conséquent, la jurisprudence du Conseil a distingué les exigences de l'article 6 applicables aux procédures administratives de celles qui ne le sont pas.

261. Deux exigences principales sont applicables aux procédures administratives. La première est celle de l'impartialité de l'autorité administrative¹¹²³. Cela a eu des conséquences variées, notamment sur les conditions de la participation du rapporteur au délibéré et sur la

pouvoirs répressifs à des autorités non collégiales ? » (Pascale IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », RFDA, 2010, p. 922).

¹¹¹⁹ CE, 27 février 2006, *Krempff*, n° 257964 ; CE, 11 décembre 2006, *Pessey*, n° 278806. La rédaction de ce dernier arrêt reste laconique : « les principes que rappellent (les stipulations de l'article 6) sont applicables à la contestation des pénalités fiscales, qui constituent des « accusations en matière pénale » au sens de ce texte, devant les juridictions compétentes, (...) ; qu'ainsi, en jugeant que les stipulations précitées « n'étant pas applicables aux procédures administratives », le moyen tiré de leur méconnaissance serait toujours inopérant pour contester une procédure d'imposition, la cour administrative d'appel de Nancy a entaché son arrêt d'erreur de droit ; que M. et Mme sont dès lors fondés, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de leur pourvoi, à en demander l'annulation ».

¹¹²⁰ Gweltaz EVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », AJDA, 2010, p. 531.

¹¹²¹ Gweltaz EVEILLARD, *ibidem*, p. 531.

¹¹²² CE, 3 décembre 1999, *Didier*, RFDA, 2000, p. 584, concl. A. SEBAN ; CE, 27 octobre 2006, *Parent*, rec., p. 454 ; AJDA, 2007, p. 80, note Martin COLLET : « compte tenu du fait que les décisions susceptibles d'être prises successivement par le conseil de discipline de la gestion financière puis par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers sont soumises au contrôle de pleine juridiction du Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant eux ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6, § 3, n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ».

¹¹²³ CE, 3 décembre 1999, *Didier*, *op. cit.*.

séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement¹¹²⁴. Pour autant, le Conseil d'Etat a jugé que l'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles et d'en assurer le respect n'était pas contraire à l'article 6¹¹²⁵. La seconde est constituée par les droits reconnus à la défense¹¹²⁶. Elle implique notamment la communication préalable des griefs et leur droit de produire des observations à leur propos, l'existence de temps pour se défendre, la possibilité de recourir ou non à l'assistance d'une personne de son choix et la possibilité d'une assistance gratuite par un interprète. La logique générale de la jurisprudence est que « *les prescriptions applicables dès la procédure administrative sont celles qui entraînent sur cette dernière des conséquences auxquelles le juge ne pourra remédier, car elles vicient de manière irrémédiable la décision contestée du point de vue de l'équité de la procédure* »¹¹²⁷.

262. Parmi les exigences qui ne sont pas applicables lors de la phase administrative de la procédure¹¹²⁸, il y a notamment la publicité des débats ou le droit à l'assistance gratuite d'un avocat. Si l'on comprend le souci du juge de ne pas juridictionnaliser la phase administrative, gardant à l'esprit le souci de préserver la facilité d'utilisation des sanctions administratives, il en résulte que le justiciable est contraint de s'adresser au juge afin de pouvoir bénéficier de l'ensemble des garanties procédurales.

263. *In fine*, la montée en puissance des garanties procédurales dans le domaine de la répression administrative n'est pas exempt d'incertitudes. Les difficultés de réception de la jurisprudence de la Cour EDH en témoignent tant celle-ci bouscule les catégories juridiques traditionnelles. Ainsi, « *l'ambiguïté du droit répressif administratif, aux confins du droit constitutionnel, du droit administratif et du droit pénal, qui relève à la fois du droit interne et du droit international conventionnel, et qui touche aux libertés des citoyens (...) explique pour partie le statut hybride qui est aujourd'hui le sien* »¹¹²⁹. Pour autant, le rapprochement des répressions pénale et administrative est suffisamment important pour susciter la concurrence. « *Dès lors que le Conseil constitutionnel a explicitement écarté le critère de l'existence d'un rapport de droit préalable entre l'autorité administrative et la personne visée par la sanction, il apparaît difficile de tracer une ligne claire qui séparerait ce qui doit relever de la sanction administrative et ce qui doit relever de la sanction pénale* »¹¹³⁰.

¹¹²⁴ V. Gweltaz EVEILLARD, « L'application de l'article 6... », *op. cit.*, p. 531

¹¹²⁵ CE, 30 juillet 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères réunis*, AJDA, 2004, p. 26, note A. LAGET-ANNAMAYER.

¹¹²⁶ CE, 27 octobre 2006, *Parent*, rec., p. 454 ; AJDA, 2007, p. 80, note M. Collet.

¹¹²⁷ Gweltaz EVEILLARD, « L'application de l'article 6... », *op. cit.*, p. 531.

¹¹²⁸ Voir Gweltaz EVEILLARD, *ibidem*, p. 531.

¹¹²⁹ Franck MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », *op. cit.*, p. 413.

¹¹³⁰ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration ...*, *op. cit.*, p. 70.

II. La concurrence des répressions administrative et pénale

Le rapprochement des garanties procédurales entre la répression administrative et la répression pénale a pour conséquence une redistribution du choix entre ces deux formes de répression. Ainsi, « *il est clair que les sanctions administratives perdront en efficacité, alors que les raisons d'efficacité sont un élément essentiel du choix des sanctions administratives* »¹¹³¹. Si les sanctions administratives perdent une part de leur efficacité théorique (A), la répression pénale conserve traditionnellement certains avantages (B).

A. La perte d'efficacité pratique des sanctions administratives

Il est admis que la montée en puissance des garanties procédurales de la répression administrative « *dépouille la sanction administrative de nombreux avantages pratiques* »¹¹³² (1). Elle conserve néanmoins certains avantages (2).

1) *Les facteurs d'affaiblissement des atouts traditionnels des sanctions administratives*

264. Les évolutions en cours conduisent à relativiser nombre des atouts traditionnels des sanctions administratives. Il est traditionnellement admis que la sanction administrative est dotée d'une efficacité pratique importante, principalement en raison du fait qu'elle peut intervenir sans l'intervention du juge, c'est-à-dire sans être entourée de l'ensemble des garanties qui accompagne les procédures juridictionnelles. Ainsi, Jacques Mourgeon considèrerait que « *pour l'efficacité de l'activité administrative, l'immixtion du juge judiciaire n'est pas souhaitable. A la limite, l'efficacité réclame même que l'exécution relève de la compétence exclusive de l'autorité administrative* »¹¹³³. Il va de soi que le développement des garanties procédurales en matière de sanction administrative a largement réduit cette efficacité pratique. La sanction administrative ne peut désormais être adoptée sans un respect minimal du principe du contradictoire et des droits de la défense. Mattias Guyomar estime par exemple qu'« *alors que c'était l'efficacité qui s'est trouvée à l'origine du besoin de sanction administrative, c'est aujourd'hui plus compliqué d'infliger des sanctions administratives que d'infliger des sanctions pénales. (...) infliger une sanction c'est plus délicat et je dirai plus risqué, par exemple pour l'autorité des marchés financiers que de rendre une ordonnance*

¹¹³¹ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 66.

¹¹³² Jacques-Henri ROBERT, « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 90.

¹¹³³ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1967, p. 210.

pénale. Il y a un luxe de procédures, de garanties à respecter, de chausse-trappes à éviter qu'on ne retrouve pas dans l'instruction pénale »¹¹³⁴.

265. Le second argument traditionnel en faveur de la sanction administrative est que celle-ci « *est à même de satisfaire à une exigence technique d'action* »¹¹³⁵. Celui-ci garde une force certaine. Pour autant, le juge administratif, qui intervient en dernier ressort, ne dispose pas d'une compétence technique particulière et la répression pénale est parallèlement en voie de spécialisation. C'est ainsi qu'ont été créés plusieurs pôles d'instruction spécialisés sur les questions de santé publique et d'environnement¹¹³⁶ susceptibles d'intervenir dans des matières faisant l'objet de sanctions administratives. De plus, si l'on reprend l'exemple des installations classées, une meilleure coopération pourrait facilement être organisée entre les pôles d'instruction et l'inspection des installations classées.

266. Enfin, depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, les sanctions administratives ont perdu le monopole de la sanction des personnes morales. Ces dernières sont désormais pénalement responsables. En outre, certains types de sanctions administratives ne frappent que les personnes morales et non les personnes physiques dont la seule responsabilité pénale est susceptible d'être engagée¹¹³⁷.

2) *Les irréductibles avantages des sanctions administratives*

267. Tout d'abord, « *le meilleur atout (que la sanction administrative) garde, (...), est son caractère préalable à la discussion, quand le législateur veut bien le conserver* »¹¹³⁸. Même si l'application du contradictoire aux sanctions administratives est venue introduire une dose de discussion préalablement à la sanction, les sanctions administratives bénéficient comme les autres actes administratifs du privilège du préalable et ont ainsi un caractère exécutoire. La majeure partie de la discussion interviendra devant le juge administratif après que la sanction a commencé à produire ses effets, sauf en cas de suspension de celle-ci au terme d'un recours en référé. S'il convient de garantir l'efficacité des référés, « *il ne paraît pas souhaitable de remettre en cause le caractère exécutoire des sanctions administratives* »¹¹³⁹.

268. Ensuite, la répression administrative s'avère généralement plus rapide que la répression pénale, en dépit des progrès effectués de ce point de vue en matière pénale¹¹⁴⁰. Pour

¹¹³⁴ Mattias GUYOMAR, « La sanction administrative », LPA, 12 janvier 2006, n° 9, p. 9.

¹¹³⁵ Jacques MOURGEON, *La répression administrative, op. cit.*, p. 217.

¹¹³⁶ Voir l'article 706-2 du code de procédure pénale.

¹¹³⁷ Cela est le cas lorsque l'exploitant d'une installation classée est une personne morale.

¹¹³⁸ Jacques-Henri ROBERT, « L'alternative entre les sanctions pénales ... », *op. cit.*, p. 90.

¹¹³⁹ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration ...*, *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁴⁰ V. Jacques-Henri ROBERT, « L'alternative entre les sanctions pénales ... », *op. cit.*, p. 91.

autant, encore faut-il que la réponse administrative soit effective, faute de quoi sa célérité demeurera purement fictive¹¹⁴¹.

269. Enfin, l'argument le plus sérieux en faveur des sanctions administratives est indéniablement sa capacité à effectuer une répression de masse. Ainsi, « *la sanction administrative est sans doute le seul moyen, dans des domaines comme l'impôt ou la sécurité routière, de faire face à une délinquance de masse* »¹¹⁴². L'exemple des sanctions administratives dans le domaine des installations classées pour la protection de l'environnement, envisagé plus loin, conduit cependant à relativiser ces avantages.

B. Les avantages de la répression pénale

270. En premier lieu, la répression pénale bénéficie d'une dimension symbolique dont la sanction administrative est dépourvue. La sanction administrative est bien souvent infligée dans la discrétion du fonctionnement de l'administration alors que « *le mode judiciaire est intimidant à cause du déshonneur qui s'attache à la comparution devant les tribunaux répressifs* »¹¹⁴³. Dans le cas des sanctions administratives, le manquement à la norme ne donnera parfois lieu à aucune sanction pour autant que celui-ci ait disparu à l'issue du délai de mise en demeure. Si cette dernière met en évidence un manquement, elle ne constitue pas une sanction. En revanche, la décision d'un tribunal répressif, même si elle ne prononce que des peines très légères aura le mérite de reconnaître et de déclarer coupable le responsable du manquement. L'effet symbolique de cette déclaration aura un effet dissuasif plus important qu'une simple mise en demeure perçue par le responsable comme un dernier avertissement sans conséquence.

271. En deuxième lieu, la nature des peines prononcées par les deux formes de répression, si elle reste différente, tend à se rapprocher. Sans remettre totalement en cause leur dimension punitive, certaines sanctions administratives ont parfois traditionnellement un objectif de retour à la conformité, comme l'illustre le domaine des installations classées, avant l'intervention de l'ordonnance du 11 janvier 2012¹¹⁴⁴. Les nouvelles générations de sanctions administratives se sont étoffées en prévoyant des peines d'amende¹¹⁴⁵. La répression pénale a

¹¹⁴¹ Voir notre propos sur l'existence de la sanction dans la section 2 du présent chapitre.

¹¹⁴² Jean-Marc SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 17.

¹¹⁴³ Jacques-Henri ROBERT, « Union et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA, n° spécial, 20 juin 1995, p. 77.

¹¹⁴⁴ Les trois types de sanctions prévues à l'article L. 514-1 du code de l'environnement en cas d'inobservation des conditions d'exploitation sont la consignation d'une somme d'argent, dans le but de réaliser les travaux permettant le retour à la conformité, l'exécution d'office des travaux nécessaires au retour à la conformité et la suspension du fonctionnement de l'installation jusqu'au retour à la conformité. Avant que l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 ne prévoie la possibilité d'infliger une amende à l'exploitant, aucune des sanctions prévues n'avait de caractère purement punitif.

¹¹⁴⁵ V. par exemple le futur article L. 171-8.-I. du code de l'environnement tel qu'il résulte de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 11 janvier 2012.

quant à elle conservé sa vocation punitive¹¹⁴⁶ tout en s'enrichissant de peines complémentaires « dont l'effet réparateur ou préventif est comparable à celui des sanctions administratives : incapacités professionnelles, fermeture d'établissement, déchéance de divers droit (...), obligation de remise en état des lieux »¹¹⁴⁷. Pour autant, le rapprochement de la nature des peines pose certaines difficultés au regard de la règle *non bis in idem* telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a en effet jugé que le cumul des peines est possible seulement dans la mesure où « le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹¹⁴⁸. Plus précisément, une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale¹¹⁴⁹. Cette règle n'avait que peu d'influence dès lors que les peines pénales et administratives étaient de nature différente. Les sanctions administratives prévoyant maintenant assez fréquemment des peines d'amende, le prononcé de celle-ci a pour conséquence de rendre impossible une condamnation pénale.

272. En dernier lieu, c'est essentiel, le mode judiciaire « est accessible aux victimes et donc moins soumis à des considérations politiques que le mode administratif »¹¹⁵⁰. Le juge pénal peut en effet être saisi directement, quelles que soient les considérations d'opportunité retenues par le parquet, à travers le mécanisme de la citation directe ou de la plainte avec constitution de partie civile¹¹⁵¹. Dès lors que la répression administrative ne confère aucune place directe aux victimes¹¹⁵², elle reste en général sujette à la discrétion de l'administration, ce qui donne davantage de prise aux considérations politiques. En effet, « les administrations, (...) sont, beaucoup plus que les magistrats, exposées au chantage au licenciement. Leurs choix de poursuites sont aussi plus aisément soupçonnés d'être inspirés par le favoritisme, ou accusés d'introduire des distorsions de concurrence »¹¹⁵³.

273. En définitive, le système répressif du droit public a recours à une variété de modes de répression. Néanmoins, les critères qui présidaient traditionnellement au choix entre la répression administrative et la répression pénale ont tendance à perdre de leur pertinence. La répression administrative s'est démocratisée grâce à l'amélioration des garanties procédurales mais son efficacité en a été affectée. Les spécificités respectives des peines administratives et pénales se sont elles aussi estompées. Alors que les deux formes de répression pouvaient auparavant facilement se cumuler sur le mode de la complémentarité, le risque est aujourd'hui

¹¹⁴⁶ Elle conserve le monopole de la privation de liberté.

¹¹⁴⁷ Jacques-Henri ROBERT, « L'alternative entre les sanctions pénales ... », *op. cit.*, p. 91. Voir Annie BEZIZ-AYACHE, « Les sanctions des atteintes au milieu : domaine public naturel et environnement : les sanctions pénales », in Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction, op. cit.*, p. 125.

¹¹⁴⁸ CC, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, § 22 ; RFDA, 1989, p. 671, note Bruno GENEVOIS ; CC, 30 décembre 1997, n° 97-395 DC, § 41 ; RFDC, 1998, p. 141, chron. Patrick GAIA et Loïc PHILIP.

¹¹⁴⁹ CC, 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, § 15 ; AJDA, 1996, p. 692, chron. Olivier SCHRAMECK.

¹¹⁵⁰ Jacques-Henri ROBERT, « Union et désunions des sanctions... », *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁵¹ Articles 85 et s. ; 389 et s. ; 550 et s. du code de procédure pénale.

¹¹⁵² La seule possibilité des victimes est de contester, devant le juge administratif, le refus du préfet d'adopter une sanction administrative. Seul le juge civil pourra ordonner la réparation des dommages.

¹¹⁵³ Guy CANIVET et Dominique GUIHAL, « Protection de l'environnement... », *op. cit.*, p. 2730.

celui de la concurrence des formes de répressions. Cela peut impliquer une concurrence stérile entre les deux formes de répression, chacune laissant réciproquement à l'autre le soin d'administrer une sanction au comportement déviant¹¹⁵⁴. Cette situation est par exemple fréquemment rencontrée en droit de l'environnement. Le parquet considère souvent qu'étant un droit de police, il fait en principe l'objet d'une répression administrative. D'un autre côté, l'administration utilise avec une grande prudence son pouvoir de sanction si bien que le niveau de répression demeure finalement assez modeste. L'applicabilité concurrente de deux systèmes de répression n'est ainsi pas nécessairement la garantie d'une répression globale exerçant un effet dissuasif propre à assurer le respect de la norme. Néanmoins, si l'organisation générale du système répressif exerce indirectement une influence sur l'effectivité de la norme, c'est bien davantage le caractère dissuasif de la sanction qui est de ce point de vue déterminant.

¹¹⁵⁴ Pour Guy CANIVET et Dominique GUIHAL, en ce qui concerne la protection de l'environnement, l'administration a généralement connaissance des activités illicites « *mais s'efforce surtout d'obtenir des régularisations. Quant aux autorités judiciaires, elles ne se rendent pas toujours compte qu'elles sont aussi concernées* » (Guy CANIVET et Dominique GUIHAL, *ibidem*, p. 2729). Sur les procédures de régularisation, v. *infra*, § 704 et s..

Section II : Les conditions du caractère dissuasif de la sanction

274. La sanction ne remplit sa fonction à l'intérieur du système juridique que si elle parvient à dissuader les violations de la norme du fait de comportements déviants. Ainsi, « *on attend, de la peur du gendarme et du juge, qu'elle suffise à maintenir dans les sentiers du Droit ceux qu'effleure la tentation de s'en écarter* »¹¹⁵⁵. La seule existence de sanctions en tant que normes juridiques secondaires exerce, sur le plan théorique, une fonction de prévention du non-respect de la norme. « *Le cas idéal de validité d'une norme juridique est réalisé si celle-ci ne vient absolument pas à application, parce que la représentation de la sanction qui interviendrait en cas de délit détermine tous les sujets soumis à l'ordre juridique à ne pas commettre ce délit* »¹¹⁵⁶. Dès lors, le droit répressif, dont le but est *a priori* de punir, a pour effet de dissuader, pour l'avenir, du non-respect de la norme. Ainsi, « *répressives dans leur effet, dans leur but, dans l'intention qui les anime, (les sanctions répressives) sont cependant préventives aux mêmes points de vue, puisqu'elles tendent à prévenir des infractions qui pourraient être ultérieurement commises* »¹¹⁵⁷.

275. Il ne s'agit pas ici d'évaluer de façon globale le niveau de dissuasion du droit administratif répressif existant. Chaque domaine présentant des caractéristiques particulières, le niveau de dissuasion est susceptible de variations selon le domaine envisagé. Il est probablement plus pertinent de faire ressortir, à travers l'étude d'un cas particulier, les conditions de dissuasion d'un système de répression administrative, lesquelles constituent, par ricochet, des conditions de l'effectivité de la norme. Le domaine des sanctions administratives en matière d'installations classées¹¹⁵⁸ se prête particulièrement bien à cet exercice¹¹⁵⁹, cela pour plusieurs raisons. S'il fut précurseur en ce qui concerne le pouvoir de répression confié à l'administration¹¹⁶⁰, il est resté à l'écart du mouvement à l'œuvre depuis les années soixante-dix consistant à dessaisir les autorités administratives classiques de leur pouvoir de répression au profit d'autorités administratives indépendantes. Ce déficit d'indépendance de l'autorité dotée du pouvoir de sanction explique partiellement le faible niveau de répression qui caractérise la matière. En effet, celui-ci a largement été souligné par la doctrine, le Conseil d'Etat ou le droit de l'Union européenne. Ainsi, le troisième considérant de la directive 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal précise que « *les*

¹¹⁵⁵ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 678.

¹¹⁵⁶ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 20.

¹¹⁵⁷ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1967, p. 162.

¹¹⁵⁸ Nous aborderons, en complément, les sanctions en matière de police de l'eau.

¹¹⁵⁹ Nous nous focaliserons ici sur les installations classées soumises au régime de l'autorisation. Plus précisément, sera principalement pris pour cadre de référence le non-respect des prescriptions imposées à ces installations soit au titre des lois et règlements, soit au titre de l'arrêté d'autorisation et réprimé par l'article L. 514-1 du code de l'environnement. Il ne s'agit donc pas du cas de défaut d'autorisation prévu à l'article L. 514-2 du même code (sur ce point, v. *infra*, § 704 et s.).

¹¹⁶⁰ V. Sylvie CAUDAL, « Les sanctions des atteintes au milieu : domaine public naturel et environnement : les sanctions administratives et fiscales », in Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 95 et s.

*« systèmes de sanction existants ne suffisent pas à garantir le respect absolu de la législation en matière de protection de l'environnement »*¹¹⁶¹. Le faible niveau de répression permet d'autant mieux d'en faire ressortir les dysfonctionnements et *in fine* les conditions de la dissuasion. En outre, il s'agit d'un domaine dans lequel l'Union européenne est intervenue sur le plan répressif¹¹⁶², notamment pour préserver la concurrence. Ainsi, de nombreuses dispositions du droit de l'Union européenne portent sur la répression. De façon générale en matière d'environnement et plus particulièrement en matière de pollution industrielle, le droit de l'Union impose aux Etats de faire respecter le droit de l'environnement¹¹⁶³ et de prévoir des sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* »¹¹⁶⁴.

276. Le caractère dissuasif des sanctions tient avant tout à l'intelligibilité des normes primaires et secondaires. En ce qui concerne les normes primaires, la sanction « *ne sera dissuasive que si la règle est formulée de façon assez claire pour que ceux qu'elle concerne sachent exactement ce qu'elle commande ou ce qu'elle interdit* »¹¹⁶⁵. En effet, « *on ne comprend pas la sanction quand on ne comprend pas la règle* »¹¹⁶⁶. En ce qui concerne les normes secondaires dont l'objet est d'assurer le respect des normes primaires, « *la sanction doit être connue de ceux qu'elle risque de frapper* »¹¹⁶⁷. « *La sanction devrait être dès le départ décrite, au même titre que les objectifs et les moyens de la mettre en œuvre, de façon qu'elle ait un caractère inéluctable, que l'on ait pas le sentiment que c'est l'autorité qui décide de sanctionner de façon discrétionnaire, par hasard* »¹¹⁶⁸.

Au-delà de ces prérequis, les conditions du caractère dissuasif de la sanction se manifestent à travers la qualité du dispositif de détection des violations de la norme (§1), l'intervention effective de la sanction (§2) de même que par la proportionnalité (§3).

¹¹⁶¹ Directive n° 2008/99/CE du Parlement et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (JOCE du 6 décembre 2008, L 328, p. 28). Le cinquième considérant ajoute que « *en vue de garantir une protection efficace de l'environnement, il est absolument nécessaire d'instaurer des sanctions plus dissuasives à l'égard des activités préjudiciables à l'environnement* ».

¹¹⁶² Sur la compétence de l'Union européenne dans ce domaine, v. CJCE 13 sept. 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, *Europe*, 2005, comm. 369, Denys SIMON.

¹¹⁶³ L'article 8, §1 de la directive n° 2010/75/UE du Parlement et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) (JOUE du 17 décembre 2010, L 334, p. 17) prévoit que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les conditions de l'autorisation soient respectées* ».

¹¹⁶⁴ V. l'article 23 de la directive n° 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (JOCE du 22 décembre 2000, L 327, p. 1) ; l'article 8, §1 de la directive n° 2005/35 du Parlement et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions (JOCE du 30 septembre 2005, L 255, p. 11) ; l'article 5 de la directive n° 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (*op. cit.*) et le paragraphe 42 du Préambule de la directive 2010/75/UE du Parlement et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) (JOUE du 17 décembre 2010, L 334, p. 17) qui dispose que « *les États membres établissent des règles concernant les sanctions à appliquer en cas de violation des dispositions nationales arrêtées en vertu de la présente directive et qu'ils veillent à ce qu'elles soient mises en œuvre. Il importe que ces sanctions soient effectives, proportionnées et dissuasives* ». V. aussi *supra*, § 25.

¹¹⁶⁵ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 680. V. Partie 2, titre 1^{er}.

¹¹⁶⁶ Thierry TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 139.

¹¹⁶⁷ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 680.

¹¹⁶⁸ Thierry TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction... », *op. cit.*, p. 139.

§1 – La qualité du dispositif de détection des violations de la norme

Une sanction n'est dissuasive que « *si elle est crédible, c'est-à-dire si elle a des chances sérieuses d'intervenir* »¹¹⁶⁹. Or, cette crédibilité dépend avant tout de la qualité du dispositif de détection des comportements non respectueux des normes. Le plus souvent, l'administration met en place un dispositif de contrôle. Par exemple, « *l'efficacité du mécanisme de prévention des pollutions des installations classées dépend de la fréquence et du sérieux des contrôles exercés par l'administration* »¹¹⁷⁰. La performance des dispositifs de contrôle dépend des moyens qui leur sont alloués (**I**). La détection des infractions pourra aussi être facilitée par l'ouverture du dispositif aux tiers alors dotés de la possibilité d'actionner une procédure de contrôle ou de sanction (**II**).

I. Les moyens du dispositif de détection

Si les moyens du dispositif de détection ne sont pas proportionnés au volume présumé des comportements déviants, « *la multiplication des délits dépasse les possibilités de l'appareil répressif, et augmente les chances d'impunité. (...). La peine encourue devient si aléatoire que l'effet dissuasif ne joue plus* »¹¹⁷¹. Le dispositif de détection fonctionnera donc d'autant mieux que les moyens juridiques (**A**), humains et stratégiques (**B**) mis à sa disposition seront adaptés à sa tâche.

A. Les moyens juridiques

277. La détection des comportements non respectueux de la législation sur les installations classées est essentiellement confiée à l'inspection des installations classées. Pour autant, l'administration est longtemps restée à l'écart de toute obligation juridique d'inspecter les installations classées¹¹⁷². Il en va aujourd'hui autrement, du moins pour les installations les plus dangereuses soumises à l'annexe I de la directive n° 2010/75/UE du 24 novembre 2010¹¹⁷³. L'article 23-4 al. 2 de cette directive prévoit en effet que « *l'intervalle entre deux*

¹¹⁶⁹ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 681.

¹¹⁷⁰ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 580.

¹¹⁷¹ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 682.

¹¹⁷² Les inspections étaient seulement régies par une recommandation européenne (recommandation n° 2001/331/CE du 4 avril 2001 prévoyant des critères minimaux applicables aux inspections environnementales dans les États membres (JOCE n° L 118 du 27 avril 2001)).

¹¹⁷³ Directive 2010/75/UE du Parlement et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution).

visites d'un site est basé sur une évaluation systématique des risques environnementaux que présentent les installations concernées et n'excède pas un an pour les installations présentant les risques les plus élevés et trois ans pour les installations présentant les risques les moins élevés ». Ainsi, « l'une des principales innovations de la directive 2010/75/UE est d'instituer une obligation d'inspection environnementale des installations qui en relèvent »¹¹⁷⁴.

278. Pour autant, l'inspection des installations classées est dotée de moyens juridiques conséquents. Tout d'abord, les inspecteurs disposent d'un droit de visite des installations dont l'entrave est sanctionnée sur le plan pénal¹¹⁷⁵. Ainsi, leur possibilité de visiter l'installation est très large¹¹⁷⁶. Ensuite, l'inspecteur dispose d'un pouvoir de saisie. Il peut, sous certaines conditions, emporter des documents¹¹⁷⁷ et obtenir les résultats des auto-contrôles effectués par l'exploitant en vertu de l'arrêté d'autorisation¹¹⁷⁸. A la demande du préfet, il peut ordonner des analyses à la charge de l'exploitant et réalisées par des laboratoires agréés¹¹⁷⁹. Enfin, en ce qui concerne l'information préalable de l'exploitant, les contrôles inopinés restent possibles¹¹⁸⁰ et sont mêmes obligatoires dans certains cas en vertu de l'article 23-5 de la directive 2010/75/UE¹¹⁸¹. En dehors des contrôles inopinés, l'inspecteur doit informer l'exploitant 48 heures avant sa visite¹¹⁸². Cette dernière disposition est récente. En effet, « le lobby agricole a fait adopter un amendement parlementaire qui impose à l'inspection, pour toutes les installations classées, d'informer l'exploitant quarante-huit heures avant la visite »¹¹⁸³. Il va de soi que cela est de nature à permettre à l'exploitant de se préparer au contrôle et conduit inévitablement à un risque de dissimulation des preuves.

B. Les moyens humains et stratégiques

279. Le considérant vingt-six de la directive n° 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles dispose que « les États membres devraient veiller à ce qu'un personnel suffisant, avec les compétences et les qualifications requises, soit disponible pour mener effectivement » les inspections environnementales. S'ils sont en augmentation

¹¹⁷⁴ Patrick THIEFFRY, « L'inexorable montée en puissance du droit de l'environnement industriel de l'Union européenne – La nouvelle directive sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution IPPC III », AJDA, 2011, p. 560.

¹¹⁷⁵ Article L. 514-12 du code de l'environnement (L. 173-4 tel qu'issu de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012). Voir par exemple Cass. Crim. 31 mars 1981, *Marion*, n° 80/94.398.

¹¹⁷⁶ Article L. 514-5 al. 2 du code de l'environnement (L. 171-1 et L. 171-2 tels qu'issus de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012).

¹¹⁷⁷ Article L. 514-5 du code de l'environnement (L. 171-3 tel qu'issu de l'ordonnance n° 2012-34).

¹¹⁷⁸ Article R. 512-28 du code de l'environnement.

¹¹⁷⁹ Article L. 512-3, L. 514-8 et R. 512-71 du code de l'environnement.

¹¹⁸⁰ L. 514-5 du code de l'environnement.

¹¹⁸¹ « Des inspections environnementales non programmées sont réalisées de manière à pouvoir examiner, dans les meilleurs délais et, le cas échéant, avant la délivrance, le réexamen ou l'actualisation d'une autorisation, les plaintes sérieuses et les cas graves d'accident, d'incident et d'infraction en rapport avec l'environnement ».

¹¹⁸² Article L. 514-5 al. 3 à 5 du code de l'environnement. L'exploitant dispose aussi de la possibilité d'être assisté d'une tierce personne et est informé des suites du contrôle

¹¹⁸³ David DEHARBE, *Les installations classées...*, op. cit., p. 312.

constante¹¹⁸⁴, « les effectifs de l'inspection des installations classées restent très insuffisants »¹¹⁸⁵. En 2010, l'inspection des installations classées disposait de 1197 « équivalent temps plein »¹¹⁸⁶. Or, en 2010 – avant la mise en place du régime de l'enregistrement –, 450 000 établissements étaient soumis à déclaration et 45 700 établissements à autorisation¹¹⁸⁷. La même année, « près de 24 400 visites d'inspection ont été réalisées »¹¹⁸⁸. Par conséquent, seuls 5 % des établissements ont, cette année-là, fait l'objet d'une visite d'inspection. Plus précisément, concernant les établissements faisant l'objet d'une simple déclaration, un rapport d'inspection de 2005 relevait que « les quelques 500 000 installations classées soumises à déclaration ne sont statistiquement susceptibles d'être inspectées qu'au mieux une fois par siècle, compte tenu des moyens actuels de l'inspection des installations classées »¹¹⁸⁹. En outre, les contrôles inopinés, mieux à même d'aboutir à la détection d'une infraction, s'élevaient en 2007 à 3648¹¹⁹⁰. Du côté de la police de l'eau, le bilan n'est pas meilleur. Le Conseil d'Etat relève ainsi que « les déclarations et autorisations faites au titre de la police de l'eau sont rarement contrôlées »¹¹⁹¹ et que les contrôles sur le terrain sont « notoirement insuffisants »¹¹⁹². Ainsi, « plus de 30 000 contrôles ont été effectués sur le terrain en 2008 – permettant de constater que 60 % seulement des activités et installations étaient conformes à la réglementation »¹¹⁹³. Pour le Conseil d'Etat, « un niveau si élevé de pourcentages de non-conformités conforte la thèse de l'inefficacité de la législation et des différentes polices de l'eau et oblige à se demander si l'État y consacre des moyens suffisants »¹¹⁹⁴. In fine, que ce soit en matière d'installations classées ou en matière de police de l'eau¹¹⁹⁵, le niveau des contrôles est relativement bas.

280. En outre, « les inspections sont très superficielles même pour les établissements Seveso, eu égard au manque évident de personnel »¹¹⁹⁶. Ce dernier est souvent occupé par des

¹¹⁸⁴ « Sur la période 1995-2010, le nombre d'inspecteurs a doublé, passant de 581 équivalents temps plein en 1995 à 1197 fin 2010 » (Laurent MICHEL, « Statistiques d'activité 2010 de l'inspection des installations classées (données provisoires au 25 février 2011) », in *Dossier de Presse*, Ministère en charge de l'écologie, 2011, p. 37).

¹¹⁸⁵ Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, Paris, 2008, p. 627.

¹¹⁸⁶ Laurent MICHEL, « Statistiques d'activité 2010... », *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁸⁷ Laurent MICHEL, *ibidem*, p. 37.

¹¹⁸⁸ Laurent MICHEL, *ibidem*, p. 40.

¹¹⁸⁹ MISSION D'AUDIT DE MODERNISATION, *Rapport sur le contrôle des installations classées soumises à déclaration, La documentation française*, avril 2006, p. 2.

¹¹⁹⁰ David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 538.

¹¹⁹¹ CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit, Rapport public 2010*, vol. 2, *La documentation française*, 2010, Paris, p. 218.

¹¹⁹² CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 220.

¹¹⁹³ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 219.

¹¹⁹⁴ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 219.

¹¹⁹⁵ L'inclusion des statistiques de la police de l'eau est ici pertinente dans la mesure où celle-ci est dans certains cas assurée par la police des installations classées (L ; 214-1 du code de l'environnement) et que les deux domaines ont recours à des techniques de détection très proches.

¹¹⁹⁶ David DEHARBE, « Autoriser le risque – Des fonctions de la police des installations classées », *Droit de l'environnement*, n° 141, 2006, p. 258.

tâches administratives ou par la mise en place d'incessantes réformes¹¹⁹⁷. Ainsi, dans la période qui a suivi l'accident d'AZF, les renforts d'effectifs « *ont été largement dépensés (...)* dans des dispositions réglementaires nouvelles »¹¹⁹⁸.

281. Ensuite, des stratégies de contrôle ont été mises en place pour faire face à la disproportion des moyens disponibles. Ainsi, « *chaque année, par une sorte d'effet de gestion de la rareté, le ministère (de l'environnement) définit les thèmes sur lesquels l'inspection devra engager une action prioritaire* »¹¹⁹⁹. Ces stratégies sont périodiquement établies par voie de circulaires adressées à l'ensemble des agents¹²⁰⁰.

282. De façon plus générale, la stratégie suivie consiste à recentrer l'action de l'inspection des installations classées sur les établissements les plus dangereux, c'est-à-dire essentiellement ceux qui sont soumis à autorisation. Pour ceux qui sont jugés les moins dangereux, mais qui représentent aussi l'immense majorité des installations, des contrôles périodiques sont parfois prévus en vertu de l'article L. 512-11 du code de l'environnement. Des laboratoires privés agréés par l'Etat interviennent dans ce cadre pour effectuer des vérifications techniques. Ce mécanisme a clairement pour objet de « *suppléer la faiblesse des effectifs de l'inspection des installations classées* »¹²⁰¹. C'est d'ailleurs la même philosophie qui a en partie servi de fondement à la création du nouveau régime de l'enregistrement¹²⁰². Celui-ci englobe pour l'essentiel des installations qui étaient soumises, auparavant, à autorisation. Or, comme le préconisait le rapport Barthelemy¹²⁰³, le contrôle de ces installations est effectué par des laboratoires agréés¹²⁰⁴ et non par l'inspection des installations classées. Au terme de cette réforme, la puissance de détection de l'inspection sera donc recentrée sur les installations soumises à autorisation. Cette stratégie est cependant critiquable à plusieurs égards. Tout d'abord, l'ensemble des établissements dont le contrôle est ainsi délaissé par l'inspection des installations classées, mis bout à bout, représente une part importante du volume global de pollution. Ensuite, cette situation peut susciter une situation d'inégalité. Les contrôles effectués par les laboratoires seront probablement moins poussés que ceux de l'inspection des installations classées. Enfin, ces contrôles sont effectués aux frais de l'exploitant quand ceux qui sont effectués par l'inspection sont gratuits.

¹¹⁹⁷ V. Julien BETAILLE, « *Les catastrophes et le droit : un jeu d'influences réciproques ?* », in Jean-Marc LAVIEILLE, Julien BETAILLE et Michel PRIEUR (dir.), *Les catastrophes écologiques et le droit*, op. cit., p. 481.

¹¹⁹⁸ Pierre CASTEL et Pierre CRENN, « Installations industrielles à risques : la réglementation française et son application », *Bulletin de Droit de l'Environnement Industriel*, n° spécial 2002, p. 17.

¹¹⁹⁹ Laurent FONBAUSTIER, « (L'efficacité de) la police administrative en matière environnementale », in Olivera BOSKOVIC (sous la dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, 2010, p. 122.

¹²⁰⁰ Voir, en matière de police de l'eau, la récente et très détaillée circulaire du 12 novembre 2010 relative à l'organisation et la pratique du contrôle par les services et établissements chargés de mission de police de l'eau et de la nature (NOR : DEVO1010770).

¹²⁰¹ Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, Paris, 2008, p. 629.

¹²⁰² V. Jean-Pierre BOIVIN, « Le régime de l'enregistrement des installations classées... Les fruits passeront-ils la promesse des fleurs ? », *AJDA*, 2010, p. 1073.

¹²⁰³ MISSION D'AUDIT DE MODERNISATION, *Rapport sur le contrôle des installations classées soumises à déclaration*, La documentation française, avril 2006, p. 2.

¹²⁰⁴ V. *infra*, § 641 ; 648.

In fine, si les moyens juridiques dont dispose l'inspection des installations classées paraissent adaptés, la faiblesse des moyens humains conduit à l'adoption de stratégies dont l'objet est avant tout la gestion des moyens disponibles. Une voie complémentaire semble pour autant insuffisamment explorée, celle de l'ouverture aux tiers du déclenchement du contrôle.

II. L'ouverture aux tiers du déclenchement du contrôle et de la sanction

*« Le constat est d'emblée négatif pour ce qui est du groupe social, exclu de toute participation à la mise en œuvre de la sanction administrative et de toute information sur l'existence même d'une telle sanction : à la différence des sanctions pénales à caractère public, la sanction administrative ne fait l'objet d'aucune publicité »*¹²⁰⁵. Si la publicité des sanctions administratives est beaucoup moins importante qu'en matière pénale, ce constat doit cependant être nuancé. La procédure administrative offre pour les tiers un accès indirect au déclenchement de la procédure (A). Pour autant, la place de la victime dans la répression administrative est particulièrement réduite (B).

A. L'accès indirect des tiers au déclenchement de la procédure

La maîtrise par un tiers du déclenchement de la procédure de sanction est essentielle afin d'assurer l'effectivité des sanctions, que ce soit au niveau du déclenchement d'un contrôle, d'une mise en demeure ou d'une mesure de sanction.

283. En premier lieu, la possibilité pour les tiers d'adresser une simple plainte à l'inspection des installations classées constitue pour cette dernière une aide précieuse¹²⁰⁶. Elle permet d'orienter l'action vers les situations les plus sensibles. Ainsi, *« l'inspection a traité environ 2 050 plaintes en 2010, dont 550 ont donné lieu à une inspection sur le site »*¹²⁰⁷. Il semble que cette pratique soit encouragée. Par exemple, certains services de l'inspection des installations classées ont mis à disposition du public un formulaire de plainte. Si les tiers n'ont que peu de

¹²⁰⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Themis, PUF, 1992, p. 134.

¹²⁰⁶ Il s'agit d'une procédure informelle qui n'est pas prévue par le code de l'environnement. Dans certains domaines, la possibilité pour les victimes de saisir les autorités en charge des sanctions est explicitement prévue en droit positif. En matière de concurrence, la Commission européenne peut recevoir des plaintes des particuliers en vertu de l'article 7 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (actuels articles 101 et 102 du TFUE) et les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent saisir l'autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 462-5 du code de commerce (v. aussi Marie-Chantal BOUTARD LABARDE, « Existe-t-il un droit à la procédure pour les victimes d'une pratique anticoncurrentielle ? », JCP, 1988, I, 3360).

¹²⁰⁷ INSPECTION DES INSTALLATIONS CLASSEES, « Bilan détaillé des actions nationales 2010 », Ministère en charge de l'écologie, 2010, p. 15.

visibilité sur la suite donnée à leurs plaintes, celles-ci contribuent à stimuler la détection des situations infractionnelles.

284. En deuxième lieu, les tiers doivent pouvoir, en cas d'inertie de l'administration, déclencher l'adoption d'une mise en demeure. Une telle démarche se révèle cependant plus difficile que la précédente compte tenu de la moindre publicité qui entoure l'action de l'inspection des installations classées. Si les rapports d'inspection sont, à l'inverse des procès-verbaux d'infraction, des documents administratifs communicables¹²⁰⁸, ils ne sont pas toujours rendus publics ou publiés. Cette situation pourrait cependant évoluer sous l'effet de l'article 23-6 de la directive 2010/75/UE qui prévoit que le rapport d'inspection est « *rendu disponible au public par l'autorité compétente* ». Cela « *risque d'alimenter les recours des tiers (victimes ou non) contre l'exploitant et l'autorité de police compétente en cas de carence fautive* »¹²⁰⁹. Au-delà d'être un « risque », cela est surtout de nature à améliorer la mise en œuvre de ses pouvoirs de sanction par le préfet. En effet, sur la base des rapports d'inspection constatant des infractions administratives, les tiers peuvent exercer un recours gracieux auprès du préfet sollicitant la mise en demeure de l'exploitant. Au terme de l'article L. 514-1 du code de l'environnement, le préfet est en situation de compétence liée dès lors que le rapport d'inspection a mis en évidence une infraction administrative¹²¹⁰. En cas de refus du préfet de mettre en demeure l'exploitant, le tiers pourra saisir la juridiction administrative d'un recours en annulation à l'encontre du refus, comme le lui permet l'article L. 514-6 du code de l'environnement. Statuant en tant que juge de pleine juridiction, le juge administratif pourra annuler le refus et adopter, en lieu et place du préfet, la mise en demeure¹²¹¹.

285. En troisième lieu, dans l'hypothèse où le préfet a adopté une mise en demeure mais qu'il n'a, au terme du délai fixé par la mise en demeure, adopté aucune sanction administrative, les tiers doivent pouvoir solliciter l'adoption d'une sanction. Pour cela, les tiers auront dû, au préalable, avoir connaissance de l'adoption d'une mise en demeure restée sans effets. Si celles-ci sont des documents administratifs communicables de plein droit¹²¹², elles ne font pas l'objet d'une publicité particulière, même si une circulaire recommande d'en informer les associations¹²¹³, sans que cela soit d'ailleurs vraiment mis en pratique. Une publication au journal officiel des mises en demeure pourrait combler ce manque et rendrait, de surcroît, publiques les infractions administratives constatées, renforçant par là même le

¹²⁰⁸ Avis de la CADA n° 20083258PN du 11 septembre 2008. De plus, la circonstance qu'un rapport administratif a été transmis à l'autorité judiciaire ne suffit pas à faire perdre à ce rapport son caractère de document administratif, ni à établir que sa communication porterait atteinte au déroulement de procédures engagées devant une juridiction (CE, 5 mai 2008, *Société anonyme Baudin Chateaufort*, n° 309518).

¹²⁰⁹ Patrick THIEFFRY, « L'inexorable montée en puissance du droit de l'environnement industriel de l'Union européenne... », AJDA, 2011, p. 561.

¹²¹⁰ CE, 15 février 1974, *Sieur Arnaud*, rec., p. 115. Il en va de même en ce qui concerne le nouvel article L. 171-7 tel qu'issu de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012.

¹²¹¹ Pour un exemple d'application de ce procédé en matière de police de l'eau, voir Sébastien DEGOMMIER, « L'obligation d'assurer la libre circulation des poissons migrateurs », note sur CAA Nantes, 26 novembre 2010, n° 09NT00920, AJDA, 2011, p. 33.

¹²¹² Avis de la CADA n° 200402229 du 22 janvier 2004, *Président du SMITCOM des Châtelets*.

¹²¹³ Circulaire n° 98-72 du 18 juin 1998 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, NOR : ATEP9870245C.

caractère dissuasif des sanctions. Ensuite, comme pour les mises en demeure, l'article L. 514-6 du code de l'environnement permet aux tiers de déférer devant la juridiction administrative le refus du préfet d'adopter une sanction administrative. Cela a pour conséquence que le principe de non-aggravation des sanctions énoncé par le Conseil constitutionnel n'est pas ici applicable, dès lors que le recours est ouvert en dehors du seul coupable de l'infraction. Cette voie de droit est cependant assez longue comparativement à la procédure de citation directe devant le juge pénal. De plus, la procédure pénale réserve, à la différence de la procédure administrative, une place aux victimes des infractions.

B. La place réduite de la victime dans la procédure de répression administrative

286. « *La sanction administrative ne s'accompagne jamais d'un dédommagement de la victime* »¹²¹⁴. En règle générale, la répression administrative a un objet exclusivement punitif et ne prévoit aucun cadre particulier pour assurer la réparation des dommages causés. En revanche, la saisine du juge civil est toujours possible, sous réserve des conditions de recevabilité. Ainsi, « *l'absence de sanction pénale (comme de sanction administrative) ne signifie pas l'absence de sanction en général. La plupart du temps, la justice civile peut prendre le relais et sanctionner la violation de n'importe quelle règle simplement prescrite à la demande d'une victime de cette violation* »¹²¹⁵.

En matière d'installations classées, un simple rapport d'inspection constatant une infraction administrative ou une mise en demeure pourra servir de base à l'établissement d'une faute. La victime sera alors en position d'engager la responsabilité civile de l'exploitant sur la base de l'article 1382 du code civil. Ainsi, l'action civile n'est subordonnée ni à des poursuites pénales, ni à des poursuites administratives. De telles actions ont été admises par plusieurs juridictions¹²¹⁶, y compris par la Cour de cassation¹²¹⁷, en matière d'installations classées. Pour autant, en matière d'environnement comme en matière d'urbanisme, ce type d'action reste assez rare¹²¹⁸.

287. *In fine*, le dispositif de détection des infractions administratives en matière d'installations classées demeure assez faible en raison de l'insuffisance de ses moyens et

¹²¹⁴ Mireille DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 135.

¹²¹⁵ Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, Paris, p. 84.

¹²¹⁶ TI Thionville, 26 déc. 2006, *France Nature Environnement c/ société LTM*, n° 11-0600289 ; CA Limoges, civ., 10 déc. 2009, *Sources et rivières du Limousin c/ SNC Alvéa*, n° 09/00026 ; Cass., 3^{ème} civ., 8 juin 2011, *Société Alvéa*, n° 10-15500 ; *Droit de l'environnement*, n° 193, 2011, p. 243.

¹²¹⁷ Cass., civ., 9 juin 2010, *Cray Valley*, n° 09-11.738. Voir la note de Rodophe MESA et Sébastien MARMIN, « L'action en indemnisation dirigée contre une ICPE par deux associations », *Droit de l'environnement*, 2010, n° 183, p. 340.

¹²¹⁸ V. Jean-Pierre LEBRETON, « Présentation générale », in *Etat de droit et urbanisme*, op. cit., p. 32.

d'une ouverture perfectible aux tiers. Au-delà, lorsque les infractions administratives sont relevées, l'intervention de la sanction n'est pas toujours assurée, ce qui limite le caractère dissuasif de la sanction et, par ricochet, l'effectivité.

§2 – L'intervention effective de la sanction

La crédibilité même de la sanction, et par conséquent son caractère dissuasif, dépend du degré de systémativité de son intervention. Une sanction est ainsi dite « effective »¹²¹⁹ si elle intervient réellement lorsqu'une infraction est commise.

Alors qu'il existe déjà un décalage entre les infractions administratives commises et celles qui sont effectivement détectées par l'administration, une certaine corrélation entre les infractions administratives détectées et l'intervention d'une sanction administrative est nécessaire. Contrairement à la répression pénale, la répression administrative offre en général au contrevenant la possibilité d'échapper à la sanction en régularisant sa situation. C'est l'objet même de la mise en demeure. Cet instrument permet donc une certaine marge d'impunité des infractions commises dès lors que le retour à la conformité a été obtenu. Il reste donc à examiner la corrélation entre les mises en demeure qui n'ont pas été suivies d'un retour à la conformité et l'intervention de sanctions administratives. En matière d'installations classées, cette corrélation semble s'être particulièrement distendue. Ainsi, « *pour être redoutables, (les sanctions administratives) n'en sont pas moins utilisées à dose homéopathique* »¹²²⁰.

La systémativité de la réponse administrative, condition du caractère dissuasif des sanctions, dépend en partie du degré de discrétion confié à l'autorité administrative en charge de la répression (I). En outre, une autorité dépourvue d'impartialité pourra avoir tendance à punir arbitrairement les uns tout en conférant une impunité aux autres (II).

I. Le degré de discrétion laissé à l'autorité répressive

Dans le domaine des installations classées, il existe à l'évidence « *un décalage entre l'arsenal renforcé des sanctions administratives à disposition des préfets et l'utilisation véritable qui en est faite* »¹²²¹. Ce décalage s'explique en partie par la grande marge d'appréciation conférée à l'autorité administrative quant à l'adoption de sanctions

¹²¹⁹ Le terme renvoie ici à l'autre sens du mot « effectif », c'est-à-dire à l'effectivité-état (v. *supra*, § 3).

¹²²⁰ David DEHARBE, *Les installations classées...*, Litec, Paris, 2007, p. 26.

¹²²¹ Laurent FONBAUSTIER, « (L'efficacité de) la police administrative en matière environnementale », in Olivera BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010, p. 122.

administratives (B), même si celle-ci est tenue de mettre en demeure l'exploitant d'une installation classée en cas de situation d'infraction administrative (A).

A. La systématique théorique de la mise en demeure

288. Au préalable, de brèves observations doivent être faites concernant le régime juridique de la mise en demeure en raison de son étanchéité vis-à-vis des garanties procédurales. Ainsi, l'édiction d'une mise en demeure n'est pas soumise à une procédure contradictoire telle que celle prévue à l'article 24 de la loi du 12 avril 2000¹²²² en raison de la compétence liée du préfet¹²²³. A peine d'illégalité, la mise en demeure doit être notifiée à l'exploitant¹²²⁴. De plus, la mise en demeure doit être motivée dès lors qu'il s'agit d'une mesure de police relevant de la loi du 11 juillet 1979¹²²⁵. Pour autant, cette obligation ne produit aucun effet contentieux. En raison de la compétence liée du préfet, le moyen tiré de l'insuffisante motivation de la mise en demeure est inopérant¹²²⁶. Par ailleurs, lorsque la poursuite de l'exploitation crée une situation de péril grave et imminent, l'irrégularité de la mise en demeure n'est pas de nature à affecter la sanction administrative subséquente¹²²⁷ et la nécessité de prendre des mesures urgentes pour préserver l'ordre public peut entraîner la dispense de mise en demeure préalable¹²²⁸.

289. Le principal intérêt du régime juridique de la mise en demeure est cependant son caractère systématique. En effet, il découle de l'article L. 514-1 du code de l'environnement¹²²⁹ – « *le préfet met en demeure* » - la compétence liée de ce dernier, dès lors qu'il a lui-même constaté ou que le rapport d'inspection a constaté l'inobservation des prescriptions de l'arrêté préfectoral¹²³⁰. Il en va de même concernant les pouvoirs du préfet en matière de police de l'eau fondés sur l'article L. 216-1 du code de l'environnement¹²³¹. La

¹²²² Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JORF n° 88 du 13 avril 2000 p. 5646).

¹²²³ CE, 9 juil. 2007, *Min. de l'écologie c. Société Terrena*, n° 288367 : BDEI, n° 11, 2007, p. 35, concl. Mattias GUYOMAR ; CE 30 janv. 1991, *Min. de l'équipement, du logement, des transports et de la mer c. Société Route et Ville*, n° 101639, rec., p. 672, *Droit adm.*, 1991, n° 109.

¹²²⁴ CAA Bordeaux, 8 mars 2010, n° 09BX00810.

¹²²⁵ CAA Lyon, 8 mars 1994, *Société Elf France*, n° 92LY00635, RJE, 1995, p. 164, note R. Schneider. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs (JORF du 12 juillet 1979 p. 1711).

¹²²⁶ CE, 12 janv. 2009, *Min. d'Etat, Ministre de l'écologie... c. Société Total France, Environnement*, n° 3, 2009, p. 50, note D. GILLIG.

¹²²⁷ CE, 14 nov. 2008, *Min. du développement durable c. Soferti*, AJDA, 2009, p. 325, note Philippe MOUKOKO.

¹²²⁸ CE, 31 mai 1989, *Min. de l'environnement c. Société corse de pyrotechnie Socopy et a.*, n° 76236 et 76500, rec., p. 801.

¹²²⁹ L'article L. 171-7 tel qu'issu de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 retient une formulation identique.

¹²³⁰ CE, 15 février 1974, *Sieur Arnaud*, rec., p. 115 ; CE, 5 juillet 2004, *Lescure*, n° 243801, AJDA 2005, p. 610, note François-Guy TREBULLE ; Cass. Crim., 21 février 2006, *Société Soferti*, n° 05-82.232 ; CE, 9 juillet 2007, *Min. de l'écologie c. Société Terrena*, n° 288367 : *op. cit.*

¹²³¹ CAA Nantes, 26 nov. 2010, *Union régionale de Bretagne-Maine-Normandie des fédérations pour la pêche et la protection du milieu aquatique et a.*, n° 09NT00920, *op. cit.*

mise en demeure doit par ailleurs être impérativement accompagnée d'un délai. C'est le cas en matière d'installations classées¹²³² comme en matière d'eau¹²³³. Le délai doit être proportionné en tenant compte des intérêts qui s'attachent à la fois à la protection de l'environnement et à la continuité de l'exploitation¹²³⁴. Il doit être raisonnable¹²³⁵ et est susceptible d'être réévalué par le juge administratif dans le cadre de ses pouvoirs de plein contentieux¹²³⁶. Si la systématique de la mise en demeure peut paraître excessive, nous avons déjà observé qu'elle ne fait finalement que laisser une seconde chance à l'exploitant dont l'installation fonctionne de façon irrégulière. Contrairement à la perception qui est la sienne au sein de l'administration, il ne s'agit aucunement d'une sanction mais d'un ultime avertissement avant la sanction administrative¹²³⁷. En outre, à l'inverse de ce qui a cours dans d'autres domaines, les mises en demeure ne font l'objet d'aucune publication au journal officiel, alors même que cette mesure est de nature à accroître le caractère préventif du système répressif.

290. La pratique montre cependant que l'édiction d'une mise en demeure consécutivement au fonctionnement irrégulier d'une installation n'a rien de systématique. Le Conseil d'Etat a mis en évidence, en matière de police de l'eau, domaine largement comparable à celui des installations classées, que « *sur les 40 % de contrôles effectués sur le terrain et donnant des résultats non conformes, 91 % débouchent d'après le ministère de l'Écologie sur un simple rappel à la réglementation et 8,5 % seulement sur une mise en demeure alors que l'article L. 216-1 du code de l'environnement en fait l'issue normale du contrôle en présence d'une non-conformité* »¹²³⁸. Alors que les infractions administratives détectées sont déjà loin de représenter les infractions administratives effectivement commises, plus de 90 % d'entre elles ne font l'objet d'aucune mise en demeure. L'impunité s'accroît encore un peu plus compte tenu du caractère aléatoire de l'intervention de sanctions administratives.

B. Le caractère aléatoire de la sanction administrative

Le régime juridique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées (1) explique en partie leur caractère aléatoire dans la pratique (2).

¹²³² CE, 4 déc. 1981, *Barthélemy*, n° 27650 ; CE, 14 novembre 2008, *Min. du développement durable c. Soferti*, *op. cit.*

¹²³³ CAA Nantes, 26 nov. 2010, *Union régionale de Bretagne-Maine-Normandie des fédérations pour la pêche et la protection du milieu aquatique et a.*, n° 09NT00920, *op. cit.*

¹²³⁴ CE, 14 nov. 2008, *Min. du développement durable c. Soferti*, *op. cit.*

¹²³⁵ CE, 12 janv. 2009, *Min. d'Etat, Min. de l'écologie... c. Société Total France*, n° 306194, *op. cit.*

¹²³⁶ CE, 14 novembre 2008, *Min. du développement durable c. Soferti*, *op. cit.*

¹²³⁷ Il faut ajouter qu'une mise en demeure ne peut pas fixer des prescriptions supplémentaires : CE, 12 janvier 2009, *Min. d'Etat, Min. de l'écologie... c. Société Total France, Environnement*, n° 3, 2009, p. 50, note David GILLIG.

¹²³⁸ CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit*, *op. cit.*, p. 221.

1) Le régime juridique des sanctions administratives

291. Tout d'abord, « l'acceptation de la sanction dépend (...) de la perception de sa légitimité. Or, la motivation participe à la légitimation de la décision »¹²³⁹, tout comme le respect du principe du contradictoire. Le Conseil d'Etat a pour autant considéré qu'il ressort des dispositions du code de l'environnement¹²⁴⁰ « qu'elles organisent une procédure contradictoire particulière applicable aux sanctions susceptibles d'être prises à l'encontre de l'exploitant (...) ; que les dispositions du premier alinéa de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, (...), ne sauraient dès lors être utilement invoquées à l'encontre d'un arrêté portant consignation d'une somme »¹²⁴¹. En revanche, l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs¹²⁴² s'applique aux décisions infligeant une sanction, y compris en matière d'installations classées. En outre, aucune limite de temps n'est fixée à l'intervention de la sanction, alors même que la célérité de la sanction est une des conditions de la dissuasion.

292. Cependant, le caractère aléatoire des sanctions administratives en matière d'installations classées s'explique bien davantage par le fait que le préfet dispose, pour la mise en œuvre de son pouvoir de sanction tenu de l'article L. 514-1 du code de l'environnement, d'une large marge d'appréciation. En effet, il « peut » sanctionner¹²⁴³. Le choix de sanctionner ou non, tout comme, le cas échéant, le choix de la sanction appropriée, relève de son pouvoir discrétionnaire¹²⁴⁴. Cela induit que « la mise en demeure n'emport(e) pas, par elle-même, application de l'une de ces sanctions »¹²⁴⁵. Il existe cependant une hypothèse de compétence liée quant à l'exercice du pouvoir de sanction, même si celle-ci est très récente. L'article 8.2 al. 2 la directive 2010/75/UE dispose en effet que « lorsque l'infraction aux conditions d'autorisation présente un danger direct pour la santé humaine ou risque de produire un important effet préjudiciable immédiat sur l'environnement, (...) l'exploitation de l'installation, (...) est suspendue ». Par conséquent, « il existe ici une

¹²³⁹ Guillaume GRISEL, « La sanction administrative », in Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, op. cit., p. 197.

¹²⁴⁰ « en application des dispositions de l'article L. 514-5 du code de l'environnement, ces installations sont soumises à un contrôle de l'inspection des installations classées dont les constats, (...) servent de fondement à la mise en demeure que le préfet est tenu d'adresser à l'exploitant, avant de prendre, le cas échéant, les mesures de consignation, (...) ; que si ces contrôles peuvent avoir lieu à tout moment, les inspecteurs des installations classées doivent informer l'exploitant quarante-huit heures avant la visite, sauf contrôle inopiné, et l'exploitant peut se faire assister d'une tierce personne ; qu'en vertu de ce même article, l'exploitant est informé par l'inspecteur des installations classées des suites du contrôle ; que l'inspecteur lui transmet une copie de son rapport de contrôle et que l'exploitant peut faire part au préfet de ses observations » (CE, 28 déc. 2009, *MEEDDAT c. Abbadie*, AJDA, 2010, p. 1152, note Laurence DESFONDS-FARJON)

¹²⁴¹ CE, 28 déc. 2009, *MEEDDAT c. Abbadie*, *ibidem*.

¹²⁴² Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (JORF du 12 juillet 1979 p. 1711).

¹²⁴³ Il en va de même pour l'article L. 171-7 tel qu'issu de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012.

¹²⁴⁴ CE, 16 nov. 1998, *Min. de l'environnement c. SA Compagnie des bases lubrifiantes*, rec., p. 411.

¹²⁴⁵ CE, 28 déc. 2009, *MEEDDAT c. Abbadie*, op. cit..

obligation pour l'autorité de police d'agir (compétence liée) sous peine de voir sa responsabilité de droit commun engagée en cas de dommage aux biens ou aux personnes »¹²⁴⁶.

293. L'exercice du pouvoir de sanction par le préfet s'exerce cependant sous le contrôle du juge administratif, lequel constitue la seule limite à la liberté dont dispose le préfet. Saisi d'une demande d'annulation de la sanction, ce dernier exerce un contrôle normal de l'adéquation de la sanction aux circonstances de fait¹²⁴⁷. Statuant en tant que juge de pleine juridiction, ce-dernier pourra prononcer lui-même une sanction¹²⁴⁸. Dans ce cadre, il aura la possibilité de réajuster la sanction aux circonstances de fait, soit en adoucissant la sanction, soit en l'aggravant¹²⁴⁹. En outre, la non-utilisation par le préfet de ses pouvoirs pour faire respecter par l'exploitant les prescriptions de l'arrêté d'autorisation est constitutive d'une faute simple susceptible d'engager la responsabilité de l'administration¹²⁵⁰.

2) *La pratique des sanctions administratives*

294. La pratique de la répression administrative en matière d'installations classées se révèle particulièrement aléatoire. En 2010, sur près de 500 000 installations classées, environ 3000 mises en demeure ont été établies. Elles ont donné lieu à environ 400 mesures de sanction administrative¹²⁵¹. Sous un angle optimiste, cela veut dire que plus de 86 % des mises en demeure ont atteint leur objectif de retour à la conformité. Dans cette hypothèse, l'exploitant a mis en conformité l'installation, ce qui a ainsi coupé court à toute mesure de sanction. Au contraire, cela peut aussi vouloir dire que le niveau des tolérances administratives¹²⁵² dans ce domaine est particulièrement important. Un rapport de la Cour des comptes fourni cependant des éléments plus intéressants. Ainsi, en matière de police de l'eau « 26 % des contrôles réalisés par les services de l'Etat donnent lieu à une réponse administrative ou pénale, mais seuls 1 % conduisent à une sanction. Ce taux, extrêmement faible, peut être comparé aux suites données à ses contrôles par l'inspection des installations classées pour

¹²⁴⁶ Patrick THIEFFRY, « L'inexorable montée en puissance du droit de l'environnement industriel de l'Union européenne... », AJDA, 2011, p. 560.

¹²⁴⁷ CE, 11 avril 1986, *Ugine-Kuhlman*, rec., p. 89 ; RJE, 1986, p. 282 : « compte tenu des nuisances causées par les dépôts aux eaux souterraines, le préfet du Haut-Rhin était fondé à mettre en demeure la société de prendre les mesures que prescrit l'arrêté » ; CE, Ass, 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, AJDA, 1991, p. 358, chron. Christine MAUGÜE et Rémy SCHWARTZ. « les faits commis par M. Le Cun étaient de nature à justifier légalement la sanction pécuniaire de un million de francs qui lui a été infligée par la décision attaquée ».

¹²⁴⁸ CE, 4 mai 1998, *Teallier*, n° 161336, rec., p. 191, RJE, 1999, p. 150, note SCHNEIDER.

¹²⁴⁹ Le principe de non aggravation de la sanction n'est pas applicable en la matière en raison de la large ouverture du recours à l'encontre des sanctions administratives, celle-ci allant au-delà du seul auteur de l'infraction (CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 31 ; RDP, 1989, p. 429, note Louis FAVOREU). Voir par ex. CAA Nancy, 9 janv. 2006, n° 04NC00704, *Environnement*, juin 2006, p. 25, note David GILLIG.

¹²⁵⁰ CE, 18 décembre 1987, *M. Reulet*, n° 68821.

¹²⁵¹ Laurent MICHEL, « Statistiques d'activité 2010... », *op. cit.*, p. 41. Ces statistiques incluent aussi les sanctions prévues au titre de l'article L. 514-2 du code de l'environnement.

¹²⁵² V. *infra*, § 714 et s..

l'environnement (ICPE) : 7 % se traduisent par une sanction administrative ou pénale »¹²⁵³. Qu'il s'agisse de 1 % en matière d'eau ou de 7 % en matière d'installations classées, la faiblesse du taux de réponse administrative laisse dubitatif notamment aux regards des objectifs européens de sanctions effectives et dissuasives, d'autant plus que ces chiffres comptabilisent les sanctions administratives et pénales. Il apparaît d'ailleurs que « *l'action de l'administration est parfois paralysée par des contingences locales dont les Parquets sont moins étroitement tributaires et auxquels les juges du siège sont étrangers. La faculté offerte aux victimes de mettre en mouvement l'action publique permet qu'une répression s'exerce sans que les fonctionnaires soient exposés* »¹²⁵⁴.

295. Le faible niveau de répression semble donc davantage s'expliquer les tolérances accordées par l'administration plutôt que par un taux important de retour à la conformité. Cette situation peut être mieux comprise en examinant l'(im)partialité de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction.

II. L'impartialité de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction

296. L'impartialité se définit traditionnellement comme l'« *absence de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue* »¹²⁵⁵. Un défaut d'impartialité est ainsi susceptible de perturber le système répressif. Soit il conduit à l'adoption systématique d'une sanction, quand bien même celle-ci ne serait pas justifiée, soit il conduit à un niveau de répression inférieur à ce qu'il devrait être. Dans ce dernier cas, l'impartialité de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction favorise le caractère dissuasif du système répressif. Le cas des installations classées pour la protection de l'environnement se révèle de nouveau intéressant. Le niveau de répression administrative y est globalement assez faible. Les tolérances administratives qui y sont pratiquées s'expliquent, au moins en partie, par la situation de conflit d'intérêts qui caractérise la position de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction, à savoir le préfet.

Tout d'abord, l'importance de l'impartialité de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction est démontrée, à travers le cas des installations classées, par le fait que les situations de conflit d'intérêts qui s'y sont développées nuisent au niveau de la répression administrative dans ce domaine (A). Ensuite, l'impartialité des autorités administratives constitue pourtant un principe juridique qui tend à être reconnu à tous les niveaux de l'ordre juridique (B). Enfin, le principal moyen de favoriser l'impartialité de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction est d'en assurer l'indépendance (C). La figure des autorités administratives indépendantes (AAI) constitue un instrument intéressant de ce point de vue qui pourrait être davantage mobilisée dans le domaine de l'environnement.

¹²⁵³ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2010, La documentation française*, 2010, p. 625.

¹²⁵⁴ Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 2^{ème} éd., Economica, 2000, p. 604.

¹²⁵⁵ Gérard CORNU, entrée « impartialité », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 468.

A. Les situations de conflit d'intérêts dans le domaine des installations classées

Avant de caractériser les situations de conflit d'intérêts qui se manifestent dans le domaine des installations classées (2), il faut mentionner le contexte de complaisance dans lequel les sanctions administratives sont mises en œuvre (1).

1) *Un contexte de complaisance*

La mise en œuvre du pouvoir de sanction reconnu au préfet est, en pratique, caractérisée par la conduite d'un jeu de négociation entre l'administration et l'exploitant de l'installation classée. La frontière entre la négociation et la complaisance est ici particulièrement ténue. Ce constat a été largement mis en évidence, que ce soit par la doctrine juridique, par la science politique ou par les préfets eux-mêmes.

297. En ce qui concerne la doctrine juridique, Alain Supiot a mis en évidence la place de la négociation en tant que mode de régulation dans le domaine des installations classées¹²⁵⁶. Cette négociation n'a pas pour objectif l'application du droit des installations classées mais la conciliation des intérêts et la préservation de la paix sociale. Ainsi, « *les agents de l'Administration doivent se garder de venir (entraver la croissance économique) en appliquant rigoureusement la législation tant que les dommages écologiques, causés par cette croissance, restent en deçà d'un certain niveau* »¹²⁵⁷. Dans cette optique, la sanction n'est plus la conséquence logique de la violation d'une norme mais est simplement utilisée comme un élément ultime de pression au service de la négociation. Ainsi, « *la mise en demeure adressée à l'exploitant d'une installation classée avant la décision de sanction, la procédure contradictoire préalable à la fermeture administrative d'un débit de boisson ouvrent le moment de la négociation. La sanction peut dans cette optique apparaître subsidiaire* »¹²⁵⁸. Ces marges de négociation ouvrent ainsi un large champ aux tolérances administratives.

298. Sur le plan de la science politique, Pierre Lascoumes a explicité de façon très approfondie ce phénomène de négociation. Ainsi, « *le mode de contrôle administratif développé par les DRIRE ne s'est absolument pas construit sur un mode autoritaire-répressif, mais de façon négociée* »¹²⁵⁹. « *Le principe d'action dominant des inspecteurs des installations classées est la régularisation. En effet, les négociations sur l'application de la réglementation*

¹²⁵⁶ Alain SUPIOT, « Recherche sur l'application des textes relatifs à la pollution de l'eau d'origine industrielle », JCP G, 1975, n° 2692, n° 11-12 ; 17 à 20.

¹²⁵⁷ Alain SUPIOT, *ibidem*, n° 6.

¹²⁵⁸ Guillaume GRISEL, « La sanction administrative », in Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, *op. cit.*, p. 209.

¹²⁵⁹ Pierre LASCOUMES, *L'éco-pouvoir, La découverte*, 1994, p. 153.

connaissent souvent d'amples développements, des phases contrastées et des détours : des visites, des courriers, des appels téléphoniques, des convocations, des mises en demeure verbales ou formelles, mais aussi des phases de silence, des abstentions, des dépassements de délai non suivis de réactions, etc. Dans les interactions entre DRIRE et administrés se succèdent des séquences de persuasion, de pression, de menace, de sanction, et des phases de retrait administratif, de non-agir »¹²⁶⁰. Il en résulte que « les instruments de sanction administrative et pénale dont dispose cette administration (...) ne sont déployés qu'avec la plus grande parcimonie »¹²⁶¹.

299. Tout cela pourrait demeurer l'apanage des analyses universitaires s'il n'était pas revendiqué par les acteurs de cette négociation eux-mêmes, un préfet parlant tantôt de « négociation », tantôt de « tolérance administrative »¹²⁶². Ainsi explique-t-on que certains exploitants abusent « délibérément, outrageusement des tolérances de l'administration, voire des insuffisantes capacités de contrôle »¹²⁶³, la sanction devenant alors « un moyen de forcer le dialogue »¹²⁶⁴, et non la conséquence du non-respect d'une mise en demeure.

300. Certes, la pratique de la négociation n'est pas, en matière de sanction, d'une extrême originalité¹²⁶⁵, mais il reste qu'elle soulève plusieurs questions sérieuses sur le plan juridique. En effet, la négociation est avant tout un rapport de force. En fonction de la puissance de négociation dont dispose un exploitant, notamment sur le plan économique et de l'emploi, la négociation peut conduire à d'importantes inégalités de traitement entre les entreprises. Outre l'observation de ce phénomène par Alain Supiot¹²⁶⁶, David Deharbe explique que « dans les faits la suspension d'un chenil en situation irrégulière ne posera pas le même cas de conscience que celle d'une installation employant 200 personnes »¹²⁶⁷. Une petite ou moyenne entreprise sera bien plus exposée « aux risques de suspension que l'industrie qui participe de façon substantielle et stratégique à un bassin d'emplois »¹²⁶⁸. Par conséquent, là où un exploitant « faible » sera sanctionné, un exploitant en situation de force ne le sera pas. La mise en œuvre différenciée du pouvoir de sanction, la complaisance qui s'exerce à l'égard de certains exploitants, conduit à des inégalités. Il faut d'ailleurs ajouter que cette situation nuit à la concurrence entre les entreprises qui exploitent des installations classées. Or, c'est justement l'homogénéité de la concurrence et le bon fonctionnement du marché commun qui

¹²⁶⁰ Pierre LASCOUMES, *ibidem*, p. 161.

¹²⁶¹ Pierre LASCOUMES, *ibidem*, p. 163.

¹²⁶² Le terme est employé par un ancien préfet : voir Jean-Paul FAUGERE, « La pratique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées », AJDA, 2001, spécial, p. 48.

¹²⁶³ Jean-Paul FAUGERE, « La pratique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées », AJDA, 2001, spécial, p. 48.

¹²⁶⁴ Jean-Paul FAUGERE, « La pratique des sanctions administratives... », *op. cit.*, p. 48.

¹²⁶⁵ Il existe des phénomènes similaires en matière d'urbanisme : CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, *op. cit.*, p. 115 ; GRIDAUH, *Etat de droit et urbanisme*, *op. cit.*, p. 19 ; 30.

¹²⁶⁶ Voir Alain SUPIOT, « Recherche sur l'application des textes... », *op. cit.*, n° 21 et s..

¹²⁶⁷ David DEHARBE, « Autoriser le risque – Des fonctions de la police des installations classées », *Droit de l'environnement*, n° 141, 2006, p. 258.

¹²⁶⁸ David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 317.

ont fondé l'ensemble du droit de l'environnement de l'Union européenne¹²⁶⁹. On a d'abord harmonisé les législations nationales par l'adoption de directives sectorielles. A partir des années 2000, l'accent a été mis sur les « normes secondaires » afin d'uniformiser aussi l'application du droit de l'environnement, en témoignent les directives sur la responsabilité environnementale¹²⁷⁰, sur la protection pénale de l'environnement ou les dispositions sur l'inspection environnementale de la directive 2010/75/UE. Cet effort sur le plan « législatif » peut ainsi être considérablement contrebalancé par le défaut d'impartialité de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction.

2) Caractérisation des conflits d'intérêts

301. Sur un plan général, le préfet, autorité titulaire du pouvoir de sanction dans le domaine des installations classées, se trouve en situation de conflit d'intérêt en raison de la contrariété des missions qu'il doit assurer. D'un côté, le rôle du préfet et de ses services est évidemment de favoriser, du moins de ne pas pénaliser, le développement économique local. De l'autre, le préfet est l'autorité de police spéciale en matière d'installations classées et en assure la sanction. Or, ces deux impératifs sont potentiellement fortement antagonistes l'un par rapport à l'autre. Il pourra être rétorqué que cette situation ne constitue absolument pas un conflit d'intérêt, le préfet ayant pour mission de « concilier » ces différents objectifs. Cependant, en pratique, force est de constater qu'entre les mains du préfet la balance penche souvent du même côté. Le faible nombre de sanctions a été mis en évidence, mais au-delà, une étude plus qualitative du rôle du préfet montre la faible volonté de sanctionner les atteintes à l'environnement. Ainsi, pour Pierre Lascoumes, « *la longue histoire de la politique de contrôle des risques industriels, l'ampleur des pouvoirs attribués à l'administration pourraient laisser supposer des activités de surveillance tatillonnes et une rigueur systématique dans l'application du droit. Tous les éléments sont là, en effet, pour produire de tels effets, à une exception près : la volonté politique* »¹²⁷¹. Il faut y ajouter que le préfet, compte tenu de son pouvoir discrétionnaire, peut quasiment librement laisser dormant son pouvoir de sanction dans le domaine des installations classées. Un tel schéma institutionnel conduit à ce que « *les exemples de laxisme et d'arbitraire, ayant parfois abouti à des accidents graves et des violations chroniques du droit, ne manquent pas* »¹²⁷².

302. Sur un plan plus particulier, le préfet, c'est-à-dire l'Etat, se trouve parfois au centre d'un conflit d'intérêt lorsque sont en cause des installations classées qui sont la propriété

¹²⁶⁹ Les premières directives dans ce domaine avaient ainsi pour base l'article 100 du traité CE sur l'harmonisation des législations et l'article 235 autorisait l'intervention de la communauté lorsque le fonctionnement du marché commun était en cause (V. Patrick THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 5).

¹²⁷⁰ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

¹²⁷¹ Pierre LASCOUMES, *L'éco-pouvoir*, op. cit., p. 138.

¹²⁷² Pierre LASCOUMES, *ibidem*, p. 139.

d'entreprises, sinon publiques, du moins dans lesquelles l'Etat détient une partie du capital. Cela est notamment le cas d'entreprises comme *Electricité de France* (EDF) ou AREVA. Prenons l'exemple de l'industriel AREVA. De nombreuses installations qu'il gère entrent dans le champ de la police des installations classées. Certaines sont contrôlées par l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), laquelle est une autorité administrative indépendante¹²⁷³. Pour autant, cela ne couvre pas l'ensemble des hypothèses possibles. De nombreux contrôles sont effectués par l'inspection des installations classées, laquelle est placée sous l'autorité du préfet. De plus, AREVA, comme EDF, possède de nombreuses installations classées qui ne relèvent pas de l'autorité de l'ASN mais de celle des préfets. Or, parallèlement, l'Etat est aussi actionnaire d'AREVA¹²⁷⁴, tout comme d'*Electricité de France* dont la situation est comparable. Cela a d'ailleurs parfois pu donner lieu à des dérives très nettes¹²⁷⁵. Cette situation n'est pas satisfaisante dans la mesure où d'un côté, l'Etat-actionnaire assure le développement de ces entreprises et de l'autre, le pouvoir exécutif a la charge d'un pouvoir de sanction qui peut entraver ce développement. En pareille circonstance, il est difficile de considérer que le pouvoir exécutif est parfaitement impartial, alors même que l'impartialité tend à devenir un principe juridique qui s'applique, au-delà des juridictions, aux autorités administratives.

B. L'impartialité de l'administration : un principe juridique en construction

303. L'impartialité est aujourd'hui un principe juridique qui tend à s'imposer y compris à l'égard du pouvoir exécutif. Tout d'abord, l'impartialité de l'administration est aujourd'hui considérée en France comme un principe général du droit¹²⁷⁶. En outre, l'impartialité est une exigence qui découle de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH. Il faut insister ici sur la notion d'impartialité objective qui implique que l'on puisse exclure, sur la base des

¹²⁷³ Voir Pierre BRINGUIER, « Brèves observations sur le principe d'indépendance dans le domaine nucléaire », *Environnement*, 2011, étude 1.

¹²⁷⁴ L'Etat détient environ 10 % du capital d'AREVA. Il faut y ajouter les 73 % détenus par le Commissariat à l'Energie Atomique (CEA).

¹²⁷⁵ Les conséquences de ces conflits d'intérêt sur l'effectivité de la répression administrative ont pu être constatées dans certaines régions. Par exemple, en Limousin, un rapport d'inspection des installations liées à l'exploitation passée de mines d'uranium par AREVA élaboré par un inspecteur des installations classées a, sous la pression du préfet, été transformé en simple note administrative. Malgré les irrégularités relevées par le rapport, aucune mise en demeure n'a été adoptée, contrairement à ce qu'impose le code de l'environnement en pareille hypothèse. Entre temps, le préfet avait organisé une réunion avec AREVA afin d'envisager ensemble l'avenir de ce rapport d'inspection, cela en dehors de toute procédure administrative. C'est en raison de la présence d'une association au sein du CODERST (Conseil de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques) que ces informations ont pu être rendues publiques.

¹²⁷⁶ CE, sect., 20 juin 1958, *Louis*, rec., p. 368 ; CONSEIL D'ETAT, *Les autorités administratives indépendantes - Rapport public 2001, La documentation française*, 2001, p. 381. Cela n'est cependant pas vraiment admis par une partie de la doctrine. Sur ce point, voir l'exposé d'Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles – Communications électroniques, Energie et Postes*, thèse, droit, Bordeaux, 2008, p. 120.

garanties offertes par une institution, tout doute légitime sur sa partialité¹²⁷⁷. Or, il faut rappeler que l'article 6 de la Convention EDH est susceptible d'être appliqué au pouvoir exécutif, dans les circonstances identifiées précédemment.

304. En outre, en droit de l'Union européenne, il existe, indirectement, une exigence d'impartialité de l'exécutif¹²⁷⁸. En effet, dans le domaine du droit de la concurrence, la Cour de Luxembourg veille à la sauvegarde de l'égalité des chances entre opérateurs. Logiquement, cet objectif « *revient à interdire le cumul des fonctions d'opérateur et de régulateur* »¹²⁷⁹. Ainsi, « *toute entreprise qui est à la fois opérateur et qui réglemente un marché se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, donc dans une position partielle* »¹²⁸⁰. Pour autant, « *aucun texte ne détermine à partir de quel moment l'exécutif n'est plus impartial sur un marché* »¹²⁸¹. Cependant, pour Hubert Delzangles, il convient « *d'adopter une position pragmatique et d'avancer que l'Etat n'est pas impartial s'il dispose d'une partie du capital d'une entreprise agissant sur le marché concerné, de sièges dans le conseil d'administration, de la possibilité de nommer ses dirigeants ou d'influencer sa politique commerciale* »¹²⁸². Les exemples d'AREVA et d'EDF ont permis d'illustrer cette situation, compte tenu de la présence de l'Etat au capital de ces deux entreprises. *In fine*, dans ce type de situation, dès lors que l'Etat ne se retire pas du capital de ces entreprises, il convient néanmoins d'assurer le respect du principe d'impartialité. De ce point de vue, l'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction peut être un moyen d'assurer son impartialité.

C. L'indépendance au service de l'impartialité

Le principal moyen d'assurer l'impartialité d'une institution est, du moins en ce qui concerne l'impartialité objective, d'assurer son indépendance. Ainsi, même si « *l'indépendance ne suffit pas à réaliser l'impartialité* », notamment subjective, « *il faut être indépendant pour être en mesure d'être impartial* »¹²⁸³. L'indépendance, si elle n'est pas une garantie absolument d'impartialité, permet du moins d'assurer l'impartialité objective de l'institution, cette dernière étant définie par Hubert Delangles comme « *l'apparence externe*

¹²⁷⁷ « *Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* » (Cour EDH, 1er octobre 1982, *Piersack*, §30, Série A, n° 53).

¹²⁷⁸ V. Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation...*, *op. cit.*, p. 124 et s.

¹²⁷⁹ Hubert DELZANGLES, *ibidem*, p. 126.

¹²⁸⁰ Hubert DELZANGLES, *ibidem*, p. 169.

¹²⁸¹ Hubert DELZANGLES, *ibidem*, p. 163.

¹²⁸² Hubert DELZANGLES, *ibidem*, p. 170.

¹²⁸³ Pierre ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, p. 151. Si l'indépendance peut être considérée comme un préalable à l'impartialité, elle n'en est pas pour autant suffisante. En effet, « *on peut être indépendant des pouvoirs publics et s'avérer tout à fait partial* » (*ibidem*).

de celui qui est censé ne pas favoriser l'un au détriment de l'autre »¹²⁸⁴. D'ailleurs, sur le plan empirique, on a pu constater que dans la plupart des pays d'Europe continentale, « *le choix de l'indépendance de l'autorité a (...) été le moyen de parvenir à une régulation impartiale* »¹²⁸⁵.

D'une part, le principal outil juridique qui permet d'assurer l'indépendance d'une autorité administrative, et par conséquent une partie importante de son impartialité, est le statut d'autorité administrative indépendante (1). D'autre part, la situation qui a été décrite dans le domaine de l'environnement justifie la création d'une AAI dans le but d'assurer une meilleure impartialité dans l'exercice du pouvoir de sanction (2).

1) Les autorités administratives indépendantes, un instrument au service de l'impartialité

305. Le statut d'autorité administrative indépendante permet d'assurer l'indépendance indispensable à un pouvoir qui se voit contraint d'agir de façon impartiale. Ainsi, les autorités administratives indépendantes « *ont en commun, selon une définition couramment admise (...), d'agir au nom de l'État sans être subordonnées au Gouvernement et de bénéficier, pour le bon exercice de leurs missions, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie, sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est par le juge* »¹²⁸⁶. Ainsi, leur principale caractéristique est qu'elles sont soustraites au pouvoir hiérarchique ou de tutelle traditionnellement à l'œuvre en matière administrative. Elles sont dotées d'une indépendance organique et fonctionnelle¹²⁸⁷. En outre, « *une autorité indépendante est distincte des pouvoirs législatif et réglementaire qui fixent les règles essentielles et donc plus légitime vis-à-vis des opérateurs qu'elle contrôle* »¹²⁸⁸. Ainsi, « *la première des fonctions des autorités administratives indépendantes est de casser des chaînes d'intérêts interférents, en plaçant ceux sur lesquels on veut veiller à l'écart des hiérarchies administratives ordinaires* »¹²⁸⁹. Elles permettent donc en principe de limiter fortement le risque de conflit d'intérêts du type de ceux qui ont été décrits précédemment.

306. En outre, même s'il convient de les prendre au sérieux, les problèmes de légitimité démocratique qui affectent les AAI ne sont pas insurmontables. En effet, les AAI ne s'insèrent pas facilement dans l'organisation des institutions de la V^{ème} république¹²⁹⁰. Sur le plan constitutionnel, une AAI « *ne peut être indépendante puisque la Constitution place*

¹²⁸⁴ Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation...*, *op. cit.*, p. 122.

¹²⁸⁵ Hubert DELZANGLES, *ibidem*, p. 122.

¹²⁸⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 257.

¹²⁸⁷ V. Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP G, 1986, n° 3254, n° 15 à 17.

¹²⁸⁸ Jean-Marc SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 18.

¹²⁸⁹ Jean-Bernard AUBY, « Remarques terminales », RFDA, 2010, p. 932.

¹²⁹⁰ Sur cette question, v. plus largement Catherine TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », RDP, 1990, p. 153.

l'administration sous l'autorité du gouvernement »¹²⁹¹. L'anomalie réside dans le fait qu'elles sont un « *segment de l'exécutif, mais bénéficiant d'un statut d'indépendance* »¹²⁹². Cet aspect a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de parlementaires. Si « *les AAI sont une offense aux schémas ordinaires de la démocratie représentative* », « *cela ne peut être admis que sur la base d'un cheminement intellectuel qui assume les limites indiscutables de la démocratie représentative et retient l'idée selon laquelle les AAI disposent de ce que Pierre Rosanvallon appelle une légitimité d'impartialité* »¹²⁹³. Or, la légitimité des AAI résulte d'abord de leur statut d'indépendance¹²⁹⁴. Elles bénéficient ainsi « *d'un plus grand crédit que l'administration classique dépendant du pouvoir hiérarchique et chargée de l'application d'une règle qu'elle a peu ou prou édictée* »¹²⁹⁵. Pour autant, l'impartialité ne peut pas « *être considérée comme un acquis historique. Elle doit être construite et validée en permanence. La légitimité par impartialité est donc sans cesse à conquérir. Si l'impartialité peut être fonctionnellement présumée, cela signifie qu'elle doit faire effectivement ses preuves pour être établie. (...) La mise à l'épreuve de l'institution est consubstantielle à sa nature même* »¹²⁹⁶. Pour Pierre Rosanvallon, afin de demeurer légitime, l'institution doit être soumise à des épreuves de validation. Or, les AAI sont déjà largement soumises à ce type d'épreuve¹²⁹⁷. Le législateur exerce ainsi un contrôle à travers leur création, la possibilité de les supprimer et la détermination de leur budget. Les AAI rendent par ailleurs compte au Parlement à travers un rapport annuel. En ce qui concerne le contrôle exercé par le juge, « *globalement, les AAI sont astreintes à un contrôle comparable à celui exercé à l'égard des autorités administratives ordinaires* »¹²⁹⁸. En matière de sanction, il a été vu que plusieurs exigences de l'article 6 de la Convention EDH leur étaient applicables. Enfin, le gouvernement est responsable de leur activité devant le Parlement¹²⁹⁹, ce qui est justifié par le respect de l'article 15 de la DDHC selon lequel « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Pour autant, « *le rôle de l'exécutif ne peut rester que discret, modeste et limité* »¹³⁰⁰. A défaut, c'est leur indépendance qui serait remise en cause. *In fine*, dès lors que leur contrôle est assuré, le statut d'AAI ne présente d'inconvénient majeur sur le plan démocratique, d'autant moins qu'il est à même de mettre fin à des situations inévitables, voire préjudiciables, comme cela est le cas dans le domaine de l'environnement.

¹²⁹¹ Aude ROUYERE, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », RFDA, 2010, p. 889-890.

¹²⁹² Jean-Bernard AUBY, « Remarques terminales », RFDA, 2010, p. 931.

¹²⁹³ Jean-Bernard AUBY, « La façon de comprendre les AAI », JCP G, 2010, n° 1260, p. 2371.

¹²⁹⁴ En ce sens, voir CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration...*, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁹⁵ Jean-Marc SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français », *op. cit.*, p. 18.

¹²⁹⁶ Pierre ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, p. 152-153.

¹²⁹⁷ Sur le contrôle des AAI, v. Jean-Louis AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », RFDA, 2010, p. 881 et s ;

¹²⁹⁸ Jean-Louis AUTIN, « Le devenir des autorités... », *op. cit.*, p. 881 ; Martin COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, thèse, droit, LGDJ, 2003.

¹²⁹⁹ CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC ; RDP, 1989, p. 399, note Louis FAVOREU.

¹³⁰⁰ Jean-Louis AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 882.

2) Pour la création d'une nouvelle AAI dans le domaine de l'environnement

307. Jusqu'ici, la répression administrative en matière d'installations classées est restée à l'écart des velléités du législateur tendant à créer des AAI¹³⁰¹. Depuis son émergence au début du XIX^{ème} siècle, le droit des installations classées est resté l'apanage du préfet, parfaite illustration du principe de subordination hiérarchique qui caractérise les autorités administratives classiques. Même si la prolifération des AAI est critiquée, des raisons solides tendent à justifier la création d'une nouvelle AAI dans le domaine de l'environnement¹³⁰². Les AAI « trouvent leur fondement ou leur justification première dans la garantie de l'impartialité de l'intervention de l'Etat dans certains domaines jugés sensibles, comme des domaines touchant aux libertés fondamentales ou des domaines économiques »¹³⁰³. Or, le domaine de l'environnement rassemble l'ensemble de ces justifications. En effet, depuis 2005, la Charte de l'environnement a constitutionnalisé des droits fondamentaux dans le domaine de l'environnement. De plus, la protection de l'environnement est intimement liée au domaine économique et il a été démontré qu'il s'agit d'un domaine dans lequel l'intervention de l'Etat se doit d'être impartiale.

308. Notre proposition consiste à créer une nouvelle autorité administrative indépendante¹³⁰⁴. Cette autorité n'aurait pas de rôle réglementaire. En effet, lorsqu'un pouvoir réglementaire et un pouvoir de sanction sont confiés à des AAI, celles-ci « offrent le flanc à la même critique que celle qui est adressée à l'administration puisqu'elles peuvent être juge et partie »¹³⁰⁵. Outre des missions relatives à la réparation du préjudice écologique pur qui seront exposées dans le chapitre suivant, la répression administrative comme le déclenchement de la répression pénale serait confiée à cette nouvelle autorité. Cela permettrait ainsi d'unifier les deux modes de répression et par conséquent de mieux les coordonner. Cette autorité couvrirait par ailleurs l'ensemble des polices de l'environnement. En ce qui concerne la répression administrative, elle serait, comme le préfet actuellement, compétente pour prononcer les sanctions. Dans ce cadre, son action serait alimentée par l'inspection des installations classées et les agents de l'office national de l'eau (ONEMA), placés sous sa tutelle. En ce qui concerne

¹³⁰¹ Néanmoins, il existe des AAI ayant un pouvoir de sanction dans d'autres secteurs de la protection de l'environnement. Cela est le cas de l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires et de l'autorité de sûreté nucléaire (ASN) : v. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., n° 405 et 1003.

¹³⁰² Afin de privilégier la simplicité de l'exposé, il est ici fait référence à la création d'une autorité administrative indépendante. Pour autant, les développements à suivre conduiront à opter pour le statut d'autorité publique indépendante, lequel permet à cette autorité d'être dotée de la personnalité morale (v. *infra*, § 418).

¹³⁰³ Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, op. cit., p. 171.

¹³⁰⁴ Une proposition semblable pourrait être faite en matière d'urbanisme (voir par exemple Hugues PERINET-MARQUET, « L'inefficacité des sanctions en droit de l'urbanisme », *Dalloz*, 1991, p. 46).

¹³⁰⁵ Jacques QUASTANA, « La sanction administrative est-elle encore une décision de l'administration ? », *AJDA*, n° spécial, 20 oct. 2001, p. 144. Cela éviterait qu'elle ne reproduise le fonctionnement de l'inspection des installations classées, laquelle, par l'intermédiaire du préfet, cumule « quatre pouvoirs, théoriquement autonomes, celui de fixer les normes, celui d'en surveiller l'application, celui de sanctionner les violations, enfin celui d'expert technique » (Pierre LASCOURMES, *L'éco-pouvoir*, op. cit., p. 140).

le déclenchement de la répression pénale, cette nouvelle AAI pourrait jouer le rôle d'un parquet spécialisé en matière d'environnement et serait compétente pour toutes les infractions pénales environnementales. Il va de soi que celui-ci ne serait pas placé sous l'autorité du ministère de la justice. Les compétences de l'autorité de sûreté nucléaire en matière de sanction lui seraient elles-aussi transférées. En outre, le statut de cette nouvelle AAI bénéficierait aussi de garanties particulières. Tout d'abord, ses membres pourraient être des magistrats administratifs et judiciaires en détachement nommés par le Conseil supérieur de la magistrature et par le vice-président du Conseil d'Etat afin de ne pas confier ce pouvoir à l'exécutif.

In fine, le bénéfice attendu de la création de cette autorité est qu'elle mette fin aux conflits d'intérêts qui peuvent exister en la matière, ce qui aurait très probablement pour effet un accroissement de la répression en matière d'environnement et, par ricochet, de l'effectivité, dans le respect l'exigence de proportionnalité de la sanction.

§3 – La proportionnalité de la sanction

« *C'est un grand mal, parmi nous, de faire subir la même peine à celui qui vole sur un grand chemin, et à celui qui vole et assassine. Il est visible que, pour la sûreté publique, il faudrait mettre quelque différence dans la peine* »¹³⁰⁶. L'exigence de proportionnalité de la sanction formulée ici par Montesquieu est aujourd'hui largement reconnue en droit répressif, comme en témoigne la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le bénéfice escompté de la proportionnalité de la sanction est double. Elle permet d'éviter une sanction arbitraire, manifestement trop lourde par rapport à la faute commise. « *Pour que la sanction soit dissuasive, il n'est pas nécessaire qu'elle soit, dans l'absolu, d'une exceptionnelle rigueur, il est indispensable, par contre, qu'elle soit adaptée à la mentalité, au mode de vie, aux préoccupations de ceux qu'elle entend dissuader, de telle sorte qu'elle apporte dans leur existence une perturbation qu'ils ont tout intérêt à éviter* »¹³⁰⁷. Ensuite, la proportionnalité permet à l'inverse d'éviter une sanction trop faible par rapport à la faute commise.

Au-delà du contrôle du juge qui s'assure de l'adéquation de la sanction, l'autorité répressive ne pourra adopter une sanction proportionnée que si elle dispose des bons outils juridiques. L'éventail des sanctions doit être suffisamment large afin qu'un choix adapté soit possible. Le domaine des installations classées montre l'importance de la gradation des sanctions tant celle-ci est insuffisante en la matière (I). Pour autant, certaines voies peuvent être explorées afin d'améliorer cette gradation (II).

¹³⁰⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., 1^{ère} Partie, livre VI, chap. XVI, p. 163.

¹³⁰⁷ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », op. cit., p. 682.

I. L'insuffisance de la gradation des sanctions

L'article L. 514-1 du code de l'environnement prévoit plusieurs mesures différentes en cas d'inobservation des conditions imposées à l'exploitant (A). Pour autant, en pratique, cette gradation des sanctions se révèle insuffisante et conduit à une faible répression (B).

A. Les sanctions de l'article L. 514-1 du code de l'environnement

309. Tout d'abord, en cas d'inobservation des conditions d'exploitation, la première sanction administrative possible est la consignation entre les mains d'un comptable public d'une somme d'argent répondant du montant des travaux à réaliser ou des mesures à mettre en œuvre. En cas de recours à l'encontre de la sanction, le juge apprécie la proportionnalité du montant de la consignation¹³⁰⁸. Pour cela, le juge ne prend pas en compte les capacités financières de l'exploitant¹³⁰⁹, ce qui peut poser problème en cas d'insolvabilité de ce-dernier. Dès lors que les travaux ont été réalisés, la somme consignée sera restituée à l'exploitant. Il en résulte le caractère faiblement punitif de la consignation¹³¹⁰, celle-ci s'apparentant davantage à une mesure indirecte d'exécution forcée. Cependant, si l'exploitant ne réalise pas les travaux, la somme reste acquise par l'Etat.

310. Ensuite, l'administration peut procéder à l'exécution d'office aux frais de l'exploitant des mesures prescrites. Le préfet définit par arrêté le contenu des mesures à réaliser et désigne l'entreprise en charge de leur exécution. Là encore, cette mesure n'a pas de caractère punitif mais s'apparente davantage à une voie d'exécution. Elle n'est que peu utilisée en raison d'un régime juridique particulièrement risqué. En effet, l'administration agit à ses risques et périls et engage sa responsabilité si sa décision est par la suite annulée¹³¹¹.

311. Enfin, le préfet peut suspendre le fonctionnement de l'installation. Cette mesure rare est précédée d'une consultation du CODERST¹³¹². La suspension ne sera levée qu'à compter du jour où l'exploitant aura mis son exploitation en conformité. Dans les cas extrêmes d'inobservation des conditions d'exploitation, l'administration pourra, au-delà des mesures prévues à l'article L. 514-1, solliciter la fermeture de l'exploitation. Celle-ci est prévue seulement en cas de fonctionnement sans autorisation, mais si l'administration peut démontrer une modification notable des conditions d'exploitation ayant dû faire l'objet d'une nouvelle

¹³⁰⁸ CAA Bordeaux, 9 octobre 2006, *Min. de l'écologie.... c. Société Sacocso*, n° 03BX01726.

¹³⁰⁹ CAA Paris, 6 novembre 1998, *M. Dodu*, n° 97P01612.

¹³¹⁰ Le Conseil d'Etat a jugé qu'une mesure de consignation n'a pas la nature d'une « *punition tendant à empêcher la répétition des agissements qu'elle vise* » (CE, sect., 28 juillet 1999, *GIE Mum-Perrier-Jouët*, AJDA, 1999, p. 835, chron. Fombeur et Guyomar, p. 783).

¹³¹¹ CE, 27 février 1903, *Zimmerman* ; Sirey, 1905, III, p. 17, note Maurice HAURIOU.

¹³¹² Conseil Départemental de l'Environnement et des Risques Technologiques.

autorisation, elle pourra alors utiliser une mesure de fermeture¹³¹³. Pour autant, en dépit de cette subtilité juridique, la gradation des mesures de sanctions à la disposition du préfet reste trop faible.

B. Les conséquences pratiques de la faible gradation des sanctions

312. En pratique, « *la procédure de travaux d'office n'est guère utilisée par l'administration qui se trouve contrainte d'y avancer les sommes afférentes à la réalisation des études ou des mesures techniques. Au contraire, la procédure de consignation est privilégiée alors que la suspension est exceptionnelle ; la suspension sera retenue en présence d'un exploitant refusant obstinément la mise aux normes ou lorsqu'un danger grave menace le voisinage* »¹³¹⁴. Ainsi, en 2007, les 2693 arrêtés de mise en demeure ont donné lieu à 279 consignations, 23 exécutions d'office et 141 suspensions¹³¹⁵.

313. Il en résulte que « *le choix se résume à l'alternative entre la consignation et la suspension* »¹³¹⁶. D'un côté, la consignation est privilégiée mais n'a pas de dimension punitive et de l'autre, la suspension, de nature à contraindre l'exploitant à respecter ses obligations, a des conséquences trop lourdes pour être fréquemment utilisée. Ainsi, « *la lourdeur même de la peine en rend le prononcé exceptionnel* »¹³¹⁷. « *La pratique révèle néanmoins que certaines de ces sanctions font en réalité l'objet de négociations et que les préfets hésitent, on peut comprendre pourquoi, à les utiliser, notamment pour les plus lourdes d'entre elles, en raison de leurs implications économiques et sociales* »¹³¹⁸. Par conséquent, la faible gradation des sanctions rend leur maniement particulièrement mal aisé et peut favoriser l'impunité. Une faute de faible importance ne sera pratiquement jamais sanctionnée car aucune sanction parmi celles que propose le code de l'environnement ne lui est proportionnée.

314. En outre, les mesures prévues à l'article L. 514-1 ne sont pas susceptibles de variation. Le quantum de la sanction ne peut être ajusté à la faute, à la différence d'une peine d'amende prononcée par le juge pénal. Or, « *l'effet dissuasif suppose que le candidat à la délinquance, comparant le bénéfice qu'il peut attendre de l'acte illicite et le risque auquel il s'expose, conclue que celui-ci l'emporte, et choisisse de s'abstenir* »¹³¹⁹. Pour autant, cela ne peut fonctionner que dans une société relativement égalitaire dans laquelle les auteurs des infractions ont des moyens relativement comparables. Montesquieu s'interrogeait déjà sur cet

¹³¹³ David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 319-320.

¹³¹⁴ David DEHARBE, *ibidem*, p. 316.

¹³¹⁵ Statistiques rapportées par David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 539.

¹³¹⁶ Jean-Paul FAUGERE, « La pratique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées », AJDA, 2001, spécial, p. 49.

¹³¹⁷ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 682.

¹³¹⁸ Laurent FONBAUSTIER, « (L'efficacité de) la police administrative... », *op. cit.*, p. 122.

¹³¹⁹ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 678.

aspect : « *les peines pécuniaires ne peuvent-elles pas se proportionner aux fortunes ?* »¹³²⁰. Cela est évidemment indispensable. Pour une faute équivalente, l'effet dissuasif d'une sanction ne sera pas le même si l'auteur de l'infraction est une PME ou une société multinationale. Ainsi, « *l'amende, elle, n'est dissuasive que si son montant est adapté aux ressources du délinquant potentiel* »¹³²¹. Or, l'article L. 514-1 du code de l'environnement ne prévoit aucune adaptation de la sanction en fonction des moyens de son auteur. De plus, en matière de concurrence – mais il en va de même en matière d'environnement – « *certaines opérateurs intègrent aujourd'hui dans leur prix de vente, par avance, le montant des sanctions du Conseil de la concurrence* »¹³²². La violation de la norme donne tout simplement lieu à un calcul de rentabilité¹³²³. Dans ce type de cas, pour des grands groupes industriels, la sanction sera davantage sociale que juridique ou pécuniaire. L'atteinte à leur image peut avoir un effet dissuasif, à condition que la sanction fasse l'objet d'une publicité suffisante. De ce point de vue, force est de constater que la médiatisation d'un procès pénal, comme par exemple celui de l'ERIKA, contraste avec la discrétion de la répression administrative.

II. Les voies possibles de la gradation des sanctions

Le problème de l'insuffisante gradation des sanctions pourrait tout d'abord être dépassé par le possible cumul avec la répression pénale. Si celle-ci offre des peines différentes et complémentaires, elle ne semble pas beaucoup plus dissuasive que la répression administrative (A). Il conviendrait donc d'étoffer l'éventail des sanctions administratives (B).

A. La faiblesse de la répression pénale

315. La faiblesse de la répression pénale en matière d'environnement a été largement mise en évidence ces dernières années¹³²⁴. Le Conseil d'Etat a notamment mis en lumière la faiblesse de la répression pénale dans le domaine de l'eau. Ainsi, « *la faiblesse de la police administrative de l'eau n'est pas compensée par la vigueur de la répression pénale. L'indulgence de cette dernière s'ajoutant en l'état actuel du droit et de la jurisprudence à celle des sanctions administratives, il faut inverser cette situation* »¹³²⁵. Sur le plan de la constatation des infractions, pour les polices de l'eau et de la pêche, le résultat est en moyenne

¹³²⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., 1^{ère} Partie, livre VI, chap. XVIII, p. 165.

¹³²¹ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », op. cit., p. 683.

¹³²² Thierry TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction... », op. cit., p. 135.

¹³²³ V. Bernard RUDDEN et Philippe JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », RIDC, 1986, p. 1015.

¹³²⁴ V. notamment le rapport conjoint des INSPECTIONS GENERALES DES MINISTERES DE L'INTERIEUR, DE LA JUSTICE, DE L'EQUIPEMENT, DE L'ECOLOGIE ET DE L'AGRICULTURE, *Renforcement et structuration des polices de l'environnement*, février 2005.

¹³²⁵ CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit*, op. cit., p. 227.

« un procès-verbal par an et par agent »¹³²⁶. Sur le plan des poursuites, « 13 % seulement des affaires poursuivables sont en Île-de-France passées devant un juge en 2003 »¹³²⁷. Ensuite, « lorsqu'il est donné suite aux procès-verbaux, (...), les amendes prononcées sont peu dissuasives au regard des avantages économiques que les auteurs de l'infraction peuvent en retirer : 1 062 € en moyenne pour les délits, 394 € pour les contraventions »¹³²⁸. In fine, les montants des condamnations « ne paraissent pas suffisants pour exercer la moindre dissuasion »¹³²⁹.

316. Dans l'attente d'une réforme du droit des sanctions administratives dans ce domaine, et « eu égard à la double faiblesse des contrôles administratifs et des sanctions pénales, il est peut-être nécessaire de passer par une phase intermédiaire suffisamment longue de plus forte répression pénale pour acclimater auprès des acteurs économiques et de l'opinion publique l'idée que les infractions à l'eau et à l'environnement sont à considérer comme graves »¹³³⁰.

B. Vers de nouveaux types de sanctions

La gradation des sanctions administratives implique la création de nouveaux types de sanctions administratives **(1)**. Pour autant, le recours au droit pénal ne doit pas être disqualifié. Celui-ci permet notamment de favoriser l'exécution des sanctions administratives **(2)**.

1) Etoffer les sanctions administratives

Comme l'exprime le Conseil d'Etat concernant la police de l'eau, « il est envisageable d'augmenter le nombre des sanctions administratives (amendes et astreintes, régularisation, remise des lieux en état, fermeture d'établissement...) pour réprimer les infractions ne se traduisant par aucun dommage écologique »¹³³¹.

317. Tout d'abord, avant même le prononcé d'une sanction administrative, la mise en demeure pourrait être accompagnée d'une astreinte, comme cela existe déjà en matière

¹³²⁶ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 222.

¹³²⁷ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 228.

¹³²⁸ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2010, La documentation française*, 2010, p. 626.

¹³²⁹ CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit, op. cit.*, p. 229. L'administration américaine utilise des méthodes beaucoup plus radicales (v. Hervé MORIN, *Les Etats-Unis placardent sur le Net la liste des criminels de l'écologie en fuite*, *Le Monde*, 5 août 2009). V. notamment www.epa.gov/fugitives.

¹³³⁰ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 226.

¹³³¹ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 226.

d'affichage publicitaire¹³³². Le futur article L. 171-7 du code de l'environnement¹³³³ prévoit le recours à l'astreinte mais seulement après l'adoption d'une sanction administrative.

318. Ensuite, Montesquieu énonçait déjà : « *suivons la nature, qui a donné aux hommes la honte comme leur fléau ; et que la plus grande partie de la peine soit l'infamie de la souffrir* »¹³³⁴. Accroître la publicité des sanctions administratives ne pourrait que renforcer leur caractère dissuasif, notamment pour les grands groupes veillant particulièrement à leur image. Comme en matière pénale, les sanctions pourraient faire l'objet d'une publicité dans des revues spécialisées ou grand public.

319. Enfin, doter l'autorité répressive de la possibilité d'infliger des amendes, même réduites, est particulièrement important. La souplesse de l'amende permet potentiellement à l'administration, en ajustant son montant, d'offrir une réponse quasi-systématique aux infractions administratives. En effet, de la systématisme de la réponse dépendra le caractère dissuasif du dispositif dans son ensemble. Le futur article L. 171-8 II. 4° du code de l'environnement¹³³⁵ prévoit cette possibilité. Pour autant sa rédaction ne nous semble pas de nature à améliorer la systématisme de la réponse. Cette possibilité est en effet placée après les sanctions classiques. Il ne faudrait donc pas que cela soit interprété par les autorités répressives comme une sanction ne devant intervenir qu'en dernier recours. Au contraire, l'amende est un moyen, pour l'administration, de réprimer aussi les fautes les moins importantes et de diminuer ainsi l'impunité¹³³⁶.

2) Veiller à l'exécution des sanctions administratives

320. Le dernier facteur de dissuasion du système répressif est la bonne exécution des sanctions. Etoffer l'éventail des sanctions administratives n'aurait ainsi aucun sens sans que l'exécution des sanctions ne soit assurée. Suite à une sanction restée sans effet, le préfet peut adopter une autre sanction administrative sans mise en demeure préalable¹³³⁷.

321. Cependant, l'exécution des sanctions est surtout assurée par une correctionnalisation, tout comme le respect de la mise en demeure¹³³⁸. Par exemple, l'article L. 514-11-I du code de

¹³³² Articles L. 581-27 à L. 581-30 du code de l'environnement. Pour un exemple d'application efficace de ce dispositif, voir TA Orléans, 25 mai 2010, *Société SOPA*, n° 0801916 ; AJDA, 2011, p. 1088, concl. Jérôme Francfort.

¹³³³ Issu de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013.

¹³³⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., 1^{ère} Partie, livre VI, chap. 12, p. 156.

¹³³⁵ Issu de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012, entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2013. L'autorité répressive peut « *ordonner le paiement d'une amende au plus égale à 15 000 €* ».

¹³³⁶ Conformément à la jurisprudence constitutionnelle, le prononcé d'une amende au titre des sanctions administrative rendra cependant impossible une condamnation par le juge pénal.

¹³³⁷ CAA Nantes, 10 octobre 1990, *M. Bernard Goupil*, n° 89NT00984 ; CAA Nancy, 2 avr. 1992, *Société Comptoirs Français des Pétroles du Nord*, n° 90NC00399).

¹³³⁸ L'article L. 514-11-II du code de l'environnement punit de 6 mois d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le non-respect d'une mise en demeure. Le délit est constitué dès lors qu'une mise en demeure a été adoptée par le préfet et que le délai imparti pour la respecter est dépassé.

l'environnement punit le non-respect d'une mesure de suspension de 2 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Le recours à la répression pénale est ici de nature à assurer l'exécution des sanctions, pour autant que des poursuites soient effectivement déclenchées. La Cour EDH y veille tout particulièrement. Ainsi, l'inexécution pendant plus de dix ans d'une décision de justice ordonnant l'arrêt de l'exploitation d'une usine est constitutive d'une violation de l'article 6 de la Convention, laquelle est imputable aux autorités nationales. La Cour estime en outre, à propos de l'impact négatif sur les emplois au niveau local de l'exécution immédiate de la décision de justice, que si « *une telle motivation d'ordre social peut constituer un motif valable pour différer l'exécution* », c'est à la seule condition que le délai soit utilisé pour « *résoudre le problème posé par l'implantation actuelle de l'usine* »¹³³⁹.

¹³³⁹ Cour EDH, 3 mai 2011, *Apanasewicz c. Pologne*, n° 6854/07 ; JDI, 2012, p. 1078, note Paul TAVERNIER.

CONCLUSION

La répression constitue, en tant que sanction, une condition de l'effectivité de la norme, essentiellement parce qu'elle vise à assurer le respect, par les personnes privées, des normes de droit public. Néanmoins, sa capacité d'influencer l'effectivité dépend indirectement de son organisation générale et directement du caractère dissuasif des sanctions qui sont prononcées.

322. En premier lieu, sur le plan de l'organisation générale du système répressif du droit public, ce dernier souffre d'un éclatement de son régime juridique, produit d'une sédimentation historique. Ainsi, « *si l'on s'accorde à considérer que la notion de "système" implique un certain degré d'élaboration et d'organisation de l'objet concerné (...), force est d'observer que la multiplication des réglementations hétérogènes instituant des sanctions administratives n'est pas constitutive d'un tel système et que par conséquent il n'existe pas en France de "système administratif pénal"* »¹³⁴⁰. Ainsi, on a-t-on pu affirmer que « *le système n'a pas de cohérence* »¹³⁴¹. Pour autant, sous l'impulsion de la jurisprudence s'amorce « *une théorie du pouvoir de sanction administrative* »¹³⁴². L'article 6 de la Convention EDH suscite toujours des espaces d'incertitude mais, conjugué à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, il produit un effet de rapprochement des répressions pénales et administratives, de sorte que leur différenciation initiale tend à s'estomper. Pour autant, ces deux formes de répression ne sont pas toujours coordonnées. « *Le principe d'indépendance des différents réseaux de sanctions aboutit à une simple juxtaposition de réseaux* »¹³⁴³. Par exemple, en matière d'installations classées, répressions administrative et pénale s'exercent concomitamment sans véritable coordination. Dans une certaine mesure, l'organisation générale du système répressif est susceptible d'influencer, indirectement, l'effectivité de la norme.

323. En second lieu, c'est la le plus important, le caractère dissuasif de la sanction n'est pas toujours assuré, ce qui limite d'autant sa capacité à influencer l'effectivité de la norme. La répression dans le domaine des installations classées illustre le fait que les conditions de la dissuasion sont multiples, suscitant autant de marges potentielles d'impunité. Celles-ci se déclinent successivement à travers : la possibilité que l'infraction administrative commise ne soit pas détectée ; la possibilité de régulariser la situation dans le délai imparti par la mise en demeure ; la possibilité de bénéficier de l'indulgence de l'autorité répressive et de celles que la sanction soit annulée par le juge ou tout simplement non exécutée. Ce champ des possibles a pour conséquence que la capacité d'imputation de l'autorité répressive, c'est-à-dire « *la connexion entre une certaine conduite, le délit, et une sanction* »¹³⁴⁴, peut être altérée à de

¹³⁴⁰ Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? ...*, op. cit., p. 12.

¹³⁴¹ Pierre DELVOLLE, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », LPA, 17 sept. 2001, p. 28.

¹³⁴² Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? ...*, op. cit., p. 12.

¹³⁴³ François OST et de Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? ...*, op. cit., p. 244.

¹³⁴⁴ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 90.

multiples reprises, nuisant ainsi au caractère dissuasif de l'ensemble et à l'effectivité de la norme.

Le système répressif ne concerne cependant pas l'Etat. Or, dans un Etat de droit, nombreuses sont les normes qui visent à contraindre la puissance publique. Dans ce domaine, seuls des moyens détournés de sanction, dont ce n'est pas le rôle premier, permettent d'assurer le respect des normes de droit public.

CHAPITRE II : LA SANCTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

324. La sanction des normes de droit public ne se limite pas à la répression des comportements déviants des administrés. La puissance publique est elle-aussi soumise au droit. Par conséquent, le non-respect des normes du droit public par la puissance publique donne lieu à des sanctions. Cependant, ces sanctions ne sont pas de nature répressive. Elles interviennent par des voies indirectes à travers l'invalidation des normes édictées par la puissance publique et par l'engagement de sa responsabilité. Cependant, ces voies exercent, sans que cela soit leur objet principal, la même fonction que la répression. Elles contribuent en principe au respect et à l'effectivité de la norme.

325. En premier lieu, l'ensemble des procédés d'invalidation, à l'occasion desquels l'absence de validité de la norme est mise en évidence, constitue une sanction de l'auteur de la norme invalide. L'invalidité de la norme peut conduire à son annulation mais elle peut aussi simplement se limiter au constat de l'invalidité. La qualification de « sanction » affectée à ce type de procédés a fait l'objet de débats autour de la question des nullités¹³⁴⁵, entendues au sens large. L'argument principal en défaveur de cette qualification est que « *la nullité n'est pas un mal pour la personne qui n'aurait pas satisfait à une condition requise pour sa validité* »¹³⁴⁶. Hart montre ainsi que la nullité « *ne fait que remettre les parties ou le législateur dans l'état dans lequel ils se seraient trouvés s'ils n'avaient pas conclu le contrat ou adopté la loi* »¹³⁴⁷. Pour autant, l'invalidation d'une loi porte un coup d'arrêt à la volonté d'action de la puissance publique. En effet, « *Hart ne voit pas que dans certains cas les nullités comportent des conséquences désagréables parce qu'elles frustrent les attentes de celui ou de ceux qui comptent sur la validité de l'acte pour satisfaire leurs désirs, frustration qui peut être aussi grave que l'infliction d'une peine* »¹³⁴⁸. Cette frustration est valable aussi bien pour le législateur que pour la puissance publique en général. Au-delà, l'invalidation entraîne un certain nombre d'inconvénients assimilables à des sanctions, principalement à travers l'obligation de recommencer l'élaboration et l'adoption de la norme. Philippe Jestaz a par ailleurs montré, à travers ce qu'il a dénommé le « tarif », que la sanction peut être conçue de façon large. Ainsi, « *une décision de principe suffit à constituer le tarif caractéristique du phénomène juridique. (...) L'imperium a ici caractère postiche, seule compte la jurisdictio, en l'espèce la constatation du manquement* »¹³⁴⁹. Ainsi, la simple mise en évidence de l'invalidité de la norme constitue une sanction¹³⁵⁰, notamment dans la conception

¹³⁴⁵ Voir notamment Charles-Albert MORAND, « La sanction », in APD, t. 35, 1990, p. 306.

¹³⁴⁶ Charles-Albert MORAND, « La sanction », *op. cit.*, p. 306.

¹³⁴⁷ Charles-Albert MORAND, *ibidem*, p. 307.

¹³⁴⁸ Charles-Albert MORAND, *ibidem*, p. 307.

¹³⁴⁹ Philippe JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Daloz*, chron., 1986, p. 202-203.

¹³⁵⁰ On retrouve une analyse comparable, transposable au droit interne, dans le champ du droit international. Ainsi, le Professeur Andrew T. Guzman défend une théorie rationaliste des sanctions en droit international. Dans son modèle « reputational », celui-ci distingue les sanctions directes des sanctions « reputational » (Andrew T. GUZMAN, « International Law : A Compliance Based Theory », *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n° 47, 2001). Les sanctions directes sont celles prévues par le droit international. En

fonctionnelle que nous avons retenue de la sanction. Par conséquent, l'invalidation constitue une sanction de la puissance publique et à ce titre elle est susceptible de contribuer au respect et à l'effectivité de la norme.

326. En second lieu, la fonction de sanction de l'invalidation est d'autant plus importante que le constat de l'invalidité d'une norme peut déboucher sur une autre sanction : l'engagement de la responsabilité de la puissance publique. C'est principalement en cela que la responsabilité peut être assimilée à une sanction de la norme violée. En effet, dans les cas où l'invalidité de la norme est constitutive d'une « faute », les mécanismes de responsabilité fondés sur cette faute auront en partie pour fonction de sanctionner le non-respect des normes supérieures¹³⁵¹. Ainsi, « *sanction, réparation, prévention ou... réparation, sanction, prévention. Telles sont les fins assignées à tout système de responsabilité* »¹³⁵². « *Organisant les conséquences de la violation des obligations juridiques, la responsabilité se trouve non seulement liée au fonctionnement efficace de l'ordre juridique tout entier, mais également à l'administration de la sanction* »¹³⁵³. Par conséquent, la responsabilité joue un rôle important dans la sanction de la puissance publique. Elle est de ce fait susceptible de contribuer au respect et à l'effectivité de la norme.

327. Le caractère de « sanction » de l'invalidation et de la responsabilité semble donc acquis, de même que leur contribution théorique à l'effectivité de la norme. Cependant, contrairement à celles qui frappent les personnes privées, les sanctions qui touchent la puissance publique n'ont en général aucun caractère répressif. Elles n'ont pas pour fonction de refléter une « désapprobation » de la société à l'égard des violations de la norme commises par la puissance publique. Par conséquent, on peut se demander, alors même que l'invalidation et la responsabilité n'ont pas de caractère répressif, dans quelle mesure ces procédés participent au respect et à l'effectivité des normes de droit public. En effet, si l'invalidation et la sanction contribuent en principe à l'effectivité, il ne s'agit pas de leur fonction principale.

L'invalidation de la norme apparaît ainsi comme une sanction relative (**Section I**) et la responsabilité de la puissance publique demeure, du fait des conditions auxquelles elle est soumise, une sanction aléatoire (**Section II**).

revanche, les sanctions « reputational » résultent du tort fait à la réputation des Etats lorsque la violation d'une norme de droit international est constatée publiquement. Ne résultant pas de textes juridiques, elles ont largement été sous-estimées. Pour autant, elles viennent aujourd'hui s'ajouter, voire dans certains cas supplanter les sanctions directes, comme par exemple dans le cadre des procédures de non-respect. Pour Guzman, les Etats agissent de façon rationnelle et cherchent à éviter l'atteinte à leur réputation au terme d'une analyse coût-avantage de la violation sur le plan de leur réputation.

¹³⁵¹ Les mécanismes de responsabilité objective, sans faute, ne jouent pas de rôle direct sur le plan de la validité de la norme. En revanche, la responsabilité du fait des lois incite à anticiper les éventuels effets indésirables des lois.

¹³⁵² Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 551.

¹³⁵³ Pierre-Marie DUPUY, « Responsabilité », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *op. cit.*, p. 1342.

Section I : L'invalidation de la norme, une sanction relative

L'invalidation d'une norme est une sanction. Elle engendre globalement des conséquences importantes et désagréables pour l'auteur de la norme non-valide. L'étude de ses conséquences permet d'esquisser une évaluation de l'importance du rôle joué par l'invalidation de la norme inférieure sur le plan du respect et de l'effectivité de la norme supérieure.

Plusieurs éléments montrent que l'invalidation de la norme reste une sanction relative, compte tenu des limites qui l'affectent. Dans la mesure où la norme inférieure est nécessaire au fonctionnement de l'ordre juridique¹³⁵⁴, le principal point commun des différents niveaux d'invalidation de la norme est de rendre nécessaire l'adoption d'une nouvelle norme, en remplacement de la norme invalidée. Cependant, les autres conséquences s'attachant à l'invalidation varient et peuvent parfois se révéler assez faibles, notamment lorsque l'invalidité de la norme est mise en évidence au niveau international¹³⁵⁵ (§1). La portée de l'invalidation de la norme tend à s'effriter sous l'effet de l'absence d'automaticité entre l'invalidité et l'invalidation. Autrement dit, le non-respect de la norme reste parfois sans conséquences (§2).

§1 – Une invalidation aux conséquences variables

Les conséquences qui s'attachent à l'invalidation de la norme varient selon le degré d'intégration de l'ordre juridique. Aux niveaux international et européens, les conséquences de l'invalidation des normes internes sont traditionnellement modérées mais elles tendent à se renforcer (I). Au niveau interne, les conséquences de l'invalidation sont plus importantes mais elles tendent aujourd'hui à se nuancer (II).

I. L'affermissement de conséquences traditionnellement modérées aux niveaux international et européens

Si les conséquences de l'invalidation sont, aux niveaux international et européens, traditionnellement faibles (A), on assiste aujourd'hui à leur affermissement (B).

¹³⁵⁴ Soit que la norme supérieure exige l'adoption d'une telle norme d'application, soit que la volonté politique l'exige.

¹³⁵⁵ Il convient ici d'inclure l'étude de l'invalidation aux niveaux international et européens dans la mesure où celle-ci est susceptible d'affecter une norme de droit interne.

A. Des conséquences traditionnellement modérées

Au niveau international (1), comme aux niveaux européens (2), les conséquences de l'invalidation sont théoriquement faibles.

1) Au niveau international

328. Dès lors que l'on envisage les rapports entre les normes internationales et les ordres juridiques internes¹³⁵⁶, en cas de contradiction entre une norme internationale et une norme interne – ou une situation de fait –, les procédures internationales juridictionnelles et quasi-juridictionnelles ne donneront lieu qu'à un simple constat du non-respect de la norme internationale, que ce soit par une norme interne ou une situation de fait. Pour ce qui est de procédures quasi-juridictionnelles, les organes qui en ont la charge se bornent à constater publiquement le non-respect de la norme internationale, en accompagnant éventuellement ce constat de recommandations ou de propositions de sanctions dans le cadre des conférences des Parties. En revanche, ce type de constat n'aura aucun effet direct dans l'ordre juridique interne.

329. En ce qui concerne les procédures juridictionnelles, essentiellement devant la Cour internationale de justice, leur objet principal est la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat ayant commis un fait illicite. Si la mise en évidence de l'illicéité du fait étatique est une étape indispensable, ce n'est *a priori* pas l'objet principal de la procédure, davantage tournée vers la réparation des dommages. Si « toute décision juridictionnelle internationale définitive (...) est revêtue de l'autorité de la chose jugée »¹³⁵⁷ et si les Parties ont l'obligation de l'exécuter¹³⁵⁸, les conséquences des décisions juridictionnelles restent relatives dans la mesure où le juge international ne peut évidemment pas annuler lui-même une norme de droit interne.

¹³⁵⁶ En ce qui concerne, les rapports entre les normes de l'ordre juridique international, la logique de l'inopposabilité l'emporte largement sur celle de la nullité, compte tenu de la très faible hiérarchisation de cet ordre juridique. Si l'on excepte les cas de vice de consentement (v. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, n° 267 et s.), la nullité d'une convention internationale n'interviendra qu'en cas d'illicéité de l'objet du traité. Au terme de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général » (v. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *ibidem*, n° 274 et s.). La nullité d'un traité implique que celui-ci n'a pas de force juridique (article 69 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). En dehors de ces hypothèses de nullité, la confrontation entre deux normes internationales conduira à constater l'inopposabilité ponctuelle de l'une des deux normes. L'ensemble des normes – autres que celles qui relèvent du *jus cogens* – étant placées sur un même plan, aucune ne peut primer sur l'autre et engendrer une invalidation.

¹³⁵⁷ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 473.

¹³⁵⁸ CIJ, avis, 13 juillet 1954, *Effet de jugements du TANU accordant indemnité*, rec., 1954, p. 47.

De plus, le droit international ne reconnaît pas explicitement les indemnités punitives – non compensatoires – même si celles-ci sont présentes dans la pratique internationale¹³⁵⁹.

2) Aux niveaux européens

330. Comme pour le juge international, les conséquences de l'invalidation prononcée par la Cour EDH sont en principe assez modestes¹³⁶⁰. Ses arrêts sont purement déclaratoires. « *La Cour ne peut, ni annuler, ni modifier la mesure ou la décision litigieuse* »¹³⁶¹. En principe, elle ne peut pas davantage ordonner aux Etats l'adoption de certaines mesures. Chaque arrêt indique s'il y a eu violation ou non de la Convention. Le cas échéant, la Cour sera donc implicitement amenée à prononcer l'invalidité de normes internes, même si « *l'arrêt Marckx a dû atténuer le caractère déclaratoire en précisant que le principe de sécurité juridique dispense l'Etat de remettre en cause des actes ou des situations juridiques antérieures au prononcé de l'arrêt* »¹³⁶².

331. En ce qui concerne le juge de l'Union européenne, le contenu intrinsèque des arrêts en manquement de la Cour de justice de Luxembourg n'est *a priori* pas très éloigné de celui du juge international. Le respect de l'autonomie des ordres juridiques nationaux implique que les arrêts en constatation de manquement n'ont qu'un effet déclaratoire à l'égard des Etats-membres. Par conséquent, seules les autorités nationales peuvent tirer les conséquences de ces arrêts dans leur ordre juridique et la Cour de justice « *ne peut ordonner à l'Etat de prendre des mesures déterminées* »¹³⁶³. Par exemple, elle ne peut en aucun cas prononcer l'annulation de la disposition nationale contraire au droit de l'Union¹³⁶⁴. Ainsi ne peut-elle pas énoncer « *les mesures concrètes qu'il incomberait aux autorités nationales de prendre pour assurer l'exécution de l'arrêt* »¹³⁶⁵. Dès lors, les pouvoirs de la Cour sont théoriquement limités.

¹³⁵⁹ V. Christian J. TAMS, « Les obligations de l'Etat responsable : le lien manquant ? », in Pierre-Marie DUPUY (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Pedone, 2003, p. 86 et s. « *Une telle reconnaissance existe chaque fois qu'un tribunal attribue une indemnité manifestement disproportionnée par rapport à la perte réellement subie* » (p. 89).

¹³⁶⁰ La Cour EDH peut cependant, sur le plan de la responsabilité, accorder une « satisfaction équitable » (v. article 41 de la Convention EDH ; Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 442).

¹³⁶¹ Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 4^{ème} éd., Manuel, LGDJ, 2010, p. 440.

¹³⁶² Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 165. Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, série A, n° 31 ; GACEDH, n° 51. Néanmoins, en vertu de l'article 46 de la Convention EDH, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe contrôle l'exécution des arrêts de la Cour EDH. Il adopte notamment des résolutions qui sont rendues publiques.

¹³⁶³ Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Manuel, LGDJ, 2010, p. 1091.

¹³⁶⁴ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, 6/60, rec. p. 1145.

¹³⁶⁵ Denys SIMON, *Recours en constatation de manquement, Effets de la constatation du manquement, Procédures spécifiques*, Fasc. 381, 03. 2002, Jcl. Europe, n° 6.

B. Un affermissement des conséquences de l'invalidation

L'affermissement des conséquences de l'invalidation se manifeste aussi bien aux niveaux international (1) qu'euro-péens (2), même si son degré varie d'un ordre juridique à un autre.

1) *Au niveau international*

332. Les conséquences de l'invalidation d'une norme au niveau international engendrent des conséquences indirectes mais néanmoins importantes. Pour Philippe Jestaz, « *le tarif existe dès qu'il y a possibilité d'intervention judiciaire, dès qu'un juge a la possibilité de dire* »¹³⁶⁶. Le principal résultat des procédures quasi-juridictionnelles – telles que celles conduites devant le Comité des droits de l'homme¹³⁶⁷ ou devant le Comité du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus¹³⁶⁸ – est la constatation du non-respect de la norme internationale. Ce type de sanction n'est en général pas recensé, certainement à tort. En effet, Andrew Guzman a développé une théorie rationaliste des sanctions internationales focalisée sur celles qui sont liées à la réputation des Etats¹³⁶⁹. Il distingue ainsi les sanctions directes des sanctions « *reputational* ». Les sanctions directes sont celles prévues par le droit international, comme les contre-mesures ou celles qui sont infligées par l'ONU. En revanche, les sanctions « *reputational* » résultent du tort fait à la réputation des Etats lorsque la violation d'une norme de droit internationale est constatée publiquement, ce qui est le cas des procédures juridictionnelles et quasi-juridictionnelles. Ne résultant pas de textes juridiques, elles ont largement été sous-estimées. Pour autant, elles viennent aujourd'hui s'ajouter, voire dans certains cas supplanter, les sanctions directes, comme par exemple dans le cadre des procédures de non-respect. Pour Andrew Guzman, les Etats agissent de façon rationnelle et cherchent à éviter l'atteinte à leur réputation au terme d'une analyse coût-avantage de la violation sur le plan de leur réputation. De façon générale, « *all countries will want to preserve a reputation for honoring their commitments* »¹³⁷⁰ et les Etats sont ainsi incités à respecter leurs engagements internationaux.

333. En outre, la responsabilité internationale, si elle a bien pour objet la réparation du dommage, est fortement tournée vers la préservation de la « *légalité* » internationale. Ainsi,

¹³⁶⁶ Philippe JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », Dalloz, chron., 1986, p. 203.

¹³⁶⁷ V. Frédéric SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, 10^{ème} éd., PUF, 2011, p. 839 et s.

¹³⁶⁸ V. Veit KOESTER, « Le comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus : panorama des procédures et de la jurisprudence », REDE, 2007, p. 251.

¹³⁶⁹ Andrew T. GUZMAN, « International Law : A Compliance Based Theory », UC Berkeley Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n° 47, 2001.

¹³⁷⁰ Andrew T. GUZMAN, *ibidem*, p. 28. Notre traduction : « *tous les pays voudront préserver une réputation montrant qu'ils honorent leurs engagements* ».

« l'obligation de réparer apparaît comme la sanction ordinaire de la violation du droit »¹³⁷¹ international. Ainsi, l'invalidité et l'obligation de réparer sont intimement liées. La commission d'un fait illicite par l'Etat, lequel peut résulter d'une norme non valide, entraîne l'obligation de réparer ses conséquences dommageables¹³⁷². Dans le dispositif de sa décision, le juge international va, avant d'ordonner la réparation du dommage, constater la violation par l'Etat d'une norme internationale. En principe, le juge international ne peut aller au-delà d'un simple constat d'invalidité. Cependant, il est arrivé que la CIJ ordonne à l'Etat l'adoption de certaines mesures dans le cadre de la satisfaction, comme dans l'arrêt du 14 février 2002¹³⁷³ par lequel la Cour a ordonné l'annulation par la Belgique d'un mandat. Pour autant, « en de telles circonstances, la Cour désigne l'objectif à atteindre en laissant à l'Etat concerné le soin de choisir les voies internes les plus appropriées »¹³⁷⁴.

334. Par ailleurs, la Commission du droit international (CDI) a suscité la création d'un régime de responsabilité aggravée propre à différencier les conséquences de la violation des normes impératives de celles des autres normes de droit international. Ainsi est-il mis à la charge des Etats tiers certaines obligations particulières à l'égard de l'Etat auteur de la violation d'une norme de *jus cogens*¹³⁷⁵. En principe, cette différenciation conduit à renforcer les conséquences du non-respect de certaines normes internationales considérées comme supérieures. Pour autant, le projet de la CDI n'aggrave pas ces conséquences à l'égard de l'Etat responsable. « Le contenu précis, ou l'application, du devoir de réparation de l'Etat responsable sera bien sûr affecté par la gravité de la violation et des effets produits. Cependant, il s'agit là seulement d'une gradation qui peut se traduire par une simple application des règles courantes concernant la réparation de toutes les violations, qu'elles soient ordinaires ou sérieuses »¹³⁷⁶. Ainsi, « les violations graves d'obligations issues de normes impératives, telles que définies à l'article 40 du projet, n'imposent, en l'état actuel du droit international, aucune obligation juridique particulière à l'Etat responsable »¹³⁷⁷. Si cette dernière évolution reste inachevée, il semble que les conséquences de l'invalidation dans les ordres juridiques européens soient plus importantes, notamment au sein de l'Union européenne.

¹³⁷¹ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 509. Pierre-Marie DUPUY, « Responsabilité et légalité », in SFDI, *La responsabilité dans le système international*, 1990, Pedone, 1991, p. 263.

¹³⁷² CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire de l'usine de Chorzow*, rec., série A, n° 13, p. 29.

¹³⁷³ CIJ, 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, rec., 2002, p. 3.

¹³⁷⁴ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 562.

¹³⁷⁵ Voir les articles 40 et 41 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (résolution n° 56/83 du 12 décembre 2001 par laquelle l'assemblée générale des Nations Unies prend note de ces articles). V. Pierre-Marie DUPUY (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Pedone, 2003.

¹³⁷⁶ Christian J. TAMS, « Les obligations de l'Etat responsable : le lien manquant ? », *op. cit.*, p. 80-81.

¹³⁷⁷ Christian J. TAMS, *ibidem*, p. 102.

2) Aux niveaux européens

Au niveau des deux ordres juridiques européens, les conséquences de l'invalidation de la norme sont à certains égards plus importantes qu'en droit international.

335. En ce qui concerne en premier lieu la Cour EDH, on a pu constater que bien souvent, le seul constat de la violation suffit à produire l'effet d'une sanction de l'auteur de l'invalidité. Ainsi, « *l'atteinte au prestige national qu'elle implique dépasse les responsables de la mesure condamnée* »¹³⁷⁸ - on retrouve ici les sanctions « *reputational* » –, de par la médiatisation des décisions de la Cour et par la dimension symbolique d'une stigmatisation par cette institution garante de la protection des droits de l'homme¹³⁷⁹. Par exemple, « *la prudence des parlementaires, et du gouvernement, face à la perspective d'une loi interdisant le voile intégral dans l'espace public, traduit la manière dont une éventuelle sanction de la Cour de Strasbourg constitue une épée de Damoclès suspendue sur la tête du législateur* »¹³⁸⁰. Les juges de Strasbourg ont entendu améliorer encore la portée de leurs décisions en prenant l'initiative d'indiquer à l'Etat auteur de la violation des mesures individuelles et/ou générales. Traditionnellement, cette prérogative appartenait au Comité des ministres, mais « *désormais, il peut arriver que l'arrêt précise les mesures à prendre : d'abord exceptionnelle, cette pratique est de plus en plus fréquente, dès lors que les juges sont persuadés que les moyens mis en œuvre par l'Etat ne sont pas de nature à atteindre le résultat voulu par l'arrêt* »¹³⁸¹. De plus, la technique des arrêts pilotes¹³⁸² permet à la Cour d'indiquer le type de mesures à prendre et de suspendre le traitement d'autres affaires semblables en attendant l'adoption de ces mesures au niveau national, suggérant ainsi « *une forte tendance à l'objectivation du contentieux européen* »¹³⁸³. La Cour espère alors que l'Etat modifie son droit interne avant même le prononcé de l'invalidation, tout simplement en suivant le « mode d'emploi » ainsi délivré. En dépit de la modulation opérée par l'arrêt *Marckx*, la Cour se montre ainsi de plus en plus intrusive au niveau interne, s'assurant ainsi que les invalidités qu'elle constate contribuent, par leur fonction dissuasive, au respect de la Convention EDH, et donc à son effectivité. En France, la Cour de cassation a d'ailleurs jugé que « *les Etats adhérents à cette*

¹³⁷⁸ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 684.

¹³⁷⁹ Pour une évaluation des réactions des autorités normatives françaises aux décisions de la Cour, voir Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 170.

¹³⁸⁰ Bertrand MATHIEU, *Propos introductifs*, in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2011, p. 117.

¹³⁸¹ Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 444. Voir par exemple Cour EDH, 24 avril 1990, *Krüslin et Huvig c/ France*, Série A, n° 176-A ; RUDH, 1990, p. 185, note Gérard COHEN-JONATHAN ; GACEDH, n° 5.

¹³⁸² Cour EDH, grande chambre, 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne* (principal et satisfaction équitable) ; JDI, 2005, p. 544, note Paul TAVERNIER ; 28 septembre 2005, *Broniowski c. Pologne* (radiation du rôle) ; RDP, 2005, p. 758 et 2006, p. 791, obs. Frédéric SUDRE.

¹³⁸³ Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 167.

Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »¹³⁸⁴.

336. En second lieu, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, les auteurs des traités ont eux-mêmes renforcé les conséquences de la constatation d'un manquement par la CJUE. En vertu de l'article 260 TFUE al. 1, consécutivement à la constatation d'un manquement, l'« État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour »¹³⁸⁵. Cela implique, selon les cas, « de ne plus appliquer les dispositions nationales incompatibles ; de les supprimer, d'adopter les mesures nationales qui s'imposent »¹³⁸⁶. En pratique, la Cour exerce un pouvoir d'orientation. Ainsi, il existe une « tendance sensible du juge communautaire à s'affranchir - au moins partiellement - des contraintes excessives que lui imposerait le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. C'est ainsi que la Cour de justice a admis que l'obligation incombant à l'État membre concerné puisse être "concrétisée" par la Commission dans l'avis motivé ou dans la requête introductive d'instance, et que l'État membre soit sanctionné s'il n'adopte pas les mesures préconisées par la Commission, ce qui revient à faire produire à l'arrêt de manquement une obligation d'adopter des mesures déterminées »¹³⁸⁷. Dès lors que l'avis motivé ou la requête introductive de la Commission le prévoit, « obligation est faite à l'Etat d'éliminer toutes les conséquences, tant passées que futures, du manquement constaté »¹³⁸⁸. La Cour a en effet affirmé très tôt que l'objectif du recours en manquement est « d'aboutir à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées et futures »¹³⁸⁹, ce qui peut même conduire la Cour à suggérer une *restitutio in integrum* dans les motifs de l'arrêt en manquement¹³⁹⁰.

337. Au-delà de l'interprétation de la Cour de justice, les auteurs des traités ont prévu une voie d'exécution des arrêts en manquement comportant des sanctions pécuniaires¹³⁹¹, dépassant ainsi ce que connaît habituellement le droit international. La Cour peut ainsi imposer le paiement d'une somme forfaitaire et d'une astreinte, lesquelles « visent toutes les deux ce même objectif tendant à assurer l'exécution la plus rapide possible de l'arrêt »¹³⁹². Le prononcé de sanctions pécuniaires par la Cour au terme de la procédure de manquement sur manquement¹³⁹³ a un effet dissuasif général. Leur dimension dissuasive est d'autant plus forte

¹³⁸⁴ Cass, Ass. plénière, 15 avril 2011, n° 589, 590, 591 et 592.

¹³⁸⁵ Ex article 228 TCE.

¹³⁸⁶ Joël RIDEAU, *Droit institutionnel...*, op. cit., p. 1091.

¹³⁸⁷ Denys SIMON, op. cit., Fasc. 381, 03. 2002, Jcl. Europe, n° 7, à propos de l'arrêt CJCE, 12 juillet 1973, *Commission c. Allemagne*, 70/72, rec., p. 813.

¹³⁸⁸ Joël MOLINIER et Jaroslaw LOTARSKI, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2010, p. 162.

¹³⁸⁹ CJCE, 12 juillet 1973, *Commission c. Allemagne*, 70/72, rec., p. 813.

¹³⁹⁰ V. Julien BETAÏLLE, « L'action en manquement au droit de l'Union européenne et l'irréversibilité », in Dominique AUDRERIE et Christian GRELLOIS (dir.), *Patrimoine et biodiversité*, PU Bordeaux, 2011, p. 87.

¹³⁹¹ V. *supra*, § 102 et s.

¹³⁹² Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 1092.

¹³⁹³ Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, des sanctions pécuniaires peuvent être prononcées par la Cour dès le premier arrêt en manquement dans les cas où l'Etat-membre a manqué à son obligation de

que les montants déterminés par la Cour sont élevés. Or, depuis l'arrêt *Commission contre France* du 12 juillet 2005, la Cour s'est accordé le droit d'infliger à l'Etat-membre le paiement d'une somme forfaitaire et d'une astreinte, ce qu'une lecture littérale du traité ne permettait pas¹³⁹⁴. De plus, si la décision concernant le montant de ces sanctions revient à la Cour¹³⁹⁵, la proposition en est faite par la Commission. Le but de celle-ci est explicitement d'assurer « *l'application effective* » du droit de l'Union¹³⁹⁶. A cette fin, les critères utilisés par la Commission sont la gravité de l'infraction, sa durée et la nécessité d'assurer l'effet dissuasif de la sanction. L'objectif de ce dispositif est donc bien d'assurer le respect des normes de l'Union.

338. S'il est difficile, compte tenu de l'importance du nombre d'arrêts en manquement rendus par la Cour chaque année¹³⁹⁷, d'affirmer que ce dispositif est pleinement dissuasif, il est, dans le paysage du droit supra-étatique, celui qui donne aux constats d'invalidité les conséquences les plus importantes.

A contrario de l'affermissement des conséquences de l'invalidation que l'on observe en droit international et européens, le niveau interne connaît une modération des conséquences de l'invalidation.

II. La modération de conséquences traditionnellement fortes : l'invalidation au niveau interne

L'ordre juridique interne étant fortement intégré, les conséquences des décisions d'invalidation prononcées par les juridictions sont traditionnellement fortes. Il s'agit de s'assurer que l'ordre juridique soit purgé de normes non valides. Cependant, les conséquences des invalidations sont fréquemment jugées excessives, portant atteinte à la stabilité des situations juridiques – *in fine* à la sécurité juridique –, ou à la volonté du législateur. Juges constitutionnel (A) ou administratif (B) portent ainsi une attention grandissante aux conséquences de leurs décisions.

communiquer des mesures de transposition d'une directive. La Commission peut ainsi « *indiquer le montant d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à payer par cet Etat* » (art. 260 § 3 TFUE).

¹³⁹⁴ V. *supra*, § 106 : CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, C-304/02, rec., I, p. 6263 ; RDUE, 2005, p. 646, note Edouard DIRRIG. Ainsi, « *selon une interprétation abusive de l'article 228 du Traité CE, la Cour a déclaré que "ou" pouvait aussi vouloir dire "et" !* » (Joël RIDEAU, « *Ordre juridique de l'Union européenne* », fasc. 190, JCl. Europe Traité, 2006, n° 54).

¹³⁹⁵ La Cour ne se considère pas liée par les propositions de la Commission (CJCE, 25 novembre 2003, *Commission c. Espagne*, C-278/01, rec., p. I-14141 ; Europe, n° 1, 2004, p. 14, note F. MARIATTE).

¹³⁹⁶ Cette formule est répétée à plusieurs reprises par la Commission dans sa communication sur la « *mise en œuvre de l'article 228 du traité CE* » (SEC(2005) 1658, n° 4 et 6 ; JO L 126 du 7 juin 2007 ; mis à jour par la communication SEC(2010) 923/3 sur la mise en œuvre de l'article 260 TFUE).

¹³⁹⁷ Notons cependant que « *dans de nombreux cas, les Etats mettent fin à leur manquement pendant la procédure précontentieuse ou après l'avis motivé* » (Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 1074).

A. Les conséquences de l'invalidation prononcée par le juge constitutionnel

339. L'article 62 de la Constitution confère aux déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel des conséquences radicales. Ainsi, dans le cadre du contrôle *a priori*, la déclaration d'inconstitutionnalité entraîne l'impossibilité de promulguer et de mettre en application la loi. Dans le cadre de la QPC, une telle déclaration induit l'abrogation des dispositions inconstitutionnelles. Cependant, soucieux de la stabilité des situations juridiques, le Constituant de 2008 a pris le soin d'accorder au Conseil constitutionnel la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses décisions¹³⁹⁸. Ainsi l'abrogation peut-elle prendre effet à une date ultérieure fixée par le Conseil¹³⁹⁹. De plus, au terme de l'article 62 al. 2, « *le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* », lui laissant ainsi toute liberté pour ajuster l'effet rétroactif de sa décision¹⁴⁰⁰.

340. L'autorité conférée aux décisions du Conseil constitutionnel est elle-aussi radicale, le Conseil étant l'interprète de la norme suprême de l'ordre juridique interne. Au terme de l'article 62 al. 3 de la Constitution, « *les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Ainsi « *lestées d'une autorité absolue, elles ont un caractère définitif et irrévocable et ne sauraient être remises en cause par quiconque. Assorties d'une force obligatoire, elles s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics comme à ceux qui les contrôlent* »¹⁴⁰¹. Dotées de l'autorité de la chose jugée¹⁴⁰², les décisions du Conseil produisent un effet *erga omnes* et doivent être respectées par toute personne. Une même autorité s'attache aussi « *aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et constituent le fondement même* »¹⁴⁰³.

¹³⁹⁸ V., notamment sur les perspectives de droit comparé, Didier RIBES, « La portée des décisions du Conseil constitutionnel », in Jean-Baptiste PERRIER, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PU Aix-Marseille, 2011, p. 284.

¹³⁹⁹ Voir par exemple CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, § 10 (AJDA, 2012, p. 260, ét. Bénédicte DELAUNAY) à propos de la mise en oeuvre par le législateur de l'article 7 de la Charte de l'environnement : « *l'abrogation immédiate des dispositions déclarées contraires à la Constitution aurait des conséquences manifestement excessives ; que, par suite, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2013 la date d'abrogation de ces dispositions* ».

¹⁴⁰⁰ V. Damien CONNIL, « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », RFDA, 2011, p. 742 ; Xavier MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », RFDA, 2011, p. 761 ; Sara BRIMO, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », RDP, 2011, p. 1189.

¹⁴⁰¹ Jacques MEUNIER, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 694.

¹⁴⁰² CC, 20 juillet 1988, n° 88-244 DC ; AJDA, 1988, p. 752, note Patrick WACHSMANN.

¹⁴⁰³ CC, 16 janvier 1962, n° 62-18 L ; Sirey, 1963, p. 303, note Léo HAMON ; 16 janvier 1982, n° 81-132 DC ; AJDA, 1982, p. 209, note Jean RIVERO.

341. L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel ne pose, en pratique, pas de réelles difficultés. Les conséquences de l'invalidation d'une loi par le Conseil constitutionnel sont potentiellement lourdes pour le législateur dès lors que celui-ci maintient sa volonté politique. L'invalidation implique en effet la nécessité de redémarrer le processus législatif. Il en résulte que « *le souci de prévenir une décision d'inconstitutionnalité prend une place qui croît avec les développements de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (...). La crainte d'encourir, de la part du Conseil, une censure qui condamnerait la réforme envisagée, ou qui obligerait à remettre l'ouvrage sur le chantier, devient une des composantes de la préparation du texte* »¹⁴⁰⁴. Il arrive cependant que l'autorité des décisions du Conseil soit contournée par la réunion à Versailles du pouvoir constituant¹⁴⁰⁵. Celui-ci pourra tout simplement, à la majorité des trois cinquièmes, modifier la Constitution et ainsi annihiler l'invalidation originelle. Sur le plan strictement juridique, cette attitude ne pose aucune difficulté. Il en va de même pour les critiques récurrentes émanant de la classe politique¹⁴⁰⁶.

342. La soumission des juges aux décisions du Conseil constitutionnel n'est elle-aussi pas parfaite. Si les décisions du Conseil ont pu entraîner des revirements de jurisprudence du Conseil d'Etat¹⁴⁰⁷ et si la Cour de Cassation opère globalement « *une application régulière des décisions du Conseil constitutionnel* »¹⁴⁰⁸, quelques divergences demeurent entre la jurisprudence du Conseil et celle des juridictions suprêmes¹⁴⁰⁹. Selon le secrétaire général du Conseil constitutionnel, les juridictions adoptent une conception restrictive de l'autorité des décisions du Conseil. Ainsi, « *le Conseil d'Etat et la Cour de cassation se conforment à la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans la limite de l'objet et de la cause juridique de la décision rendue par ce dernier. Ils ne s'estiment juridiquement pas liés par ses décisions et, en tout état de cause, pas liés par sa jurisprudence* »¹⁴¹⁰. L'absence de hiérarchie entre les cours suprêmes et le Conseil constitutionnel « *se traduit par une caractéristique fondamentale du système français de contrôle de constitutionnalité : il n'existe pas de sanction du non-respect de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel par les autres juges* »¹⁴¹¹. Ainsi, contrairement à l'arrêt en manquement au niveau européen, les décisions du Conseil ne font pas l'objet d'une voie d'exécution permettant de contraindre les pouvoirs publics¹⁴¹². Enfin,

¹⁴⁰⁴ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 679.

¹⁴⁰⁵ V. Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 165.

¹⁴⁰⁶ V. par ex. l'intervention du député Urvoas et le débat qui suit (Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2011, p. 157 et s.).

¹⁴⁰⁷ CE, Ass., 20 décembre 1985, *SA Ets Outters*, D., 1986, p. 283, note Louis FAVOREU.

¹⁴⁰⁸ Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 174.

¹⁴⁰⁹ Par exemple à propos de la portée d'une décision de rejet : CC, 26 juin 1969, n° 69-55 L ; JCP G, 1969, n° 2290 bis, note Michèle VOISSET ; CE, 27 février 1970, *Commune de Bozas*, rec., p. 139 ; AJDA, 1970, p. 222, chron. Renaud de DENOIX de SAINT-MARC et Daniel LABETOUILLE. Voir Marc GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *L'autorité...*, op. cit., p. 124.

¹⁴¹⁰ Marc GUILLAUME, *ibidem*, p. 122.

¹⁴¹¹ Marc GUILLAUME, *ibidem*, p. 122.

¹⁴¹² V. Valérie BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 : contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, thèse, droit, LGDJ, 2005, p. 210 et s..

l'enchevêtrement des ordres juridiques interne, européen et international – déjà abordé – implique qu'une décision de Conseil constitutionnel reste toujours à la merci d'une contradiction par une juridiction internationale. Comme l'a lui-même affirmé le Conseil, l'autorité de ses décisions « *ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir les engagements européens sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution* »¹⁴¹³.

B. Les conséquences de l'invalidation prononcée par le juge administratif

L'invalidation prononcée par le juge administratif peut revêtir plusieurs formes, lui conférant ainsi un minimum de gradation. Tout d'abord, les actes entachés d'un vice d'une gravité exceptionnelle seront frappés d'« inexistence » par le juge administratif. Cette sanction est un « *instrument du juge administratif permettant de sanctionner un défaut particulièrement grave qui entacherait des actes unilatéraux mais aussi des contrats ou même des décisions de justice* »¹⁴¹⁴. L'acte est en général considéré comme « *nul et non avenue* », le juge considérant que le vice est tellement grave que l'acte n'existe pas réellement¹⁴¹⁵. L'inexistence est cependant assez rare. L'annulation de l'acte reste ainsi la sanction de droit commun des actes administratifs. Elle est « *en principe la sanction de l'illégalité d'une décision* »¹⁴¹⁶, dès lors que le vice affectant l'acte est substantiel. Il convient à ce titre d'en appréhender les effets (1) afin de comprendre en quoi elle peut être assimilée à une sanction. Si elle vise à préserver la validité de la norme, ses effets, parfois jugés excessifs, tendent à être limités en vue de préserver la stabilité des situations juridiques (2). Cette tendance conduit néanmoins à s'interroger sur l'accomplissement de sa fonction de sanction de l'invalidité des normes (3).

1) Les effets de l'annulation

343. Les décisions du juge administratif bénéficient de l'autorité de la chose jugée et ne peuvent dès lors être remises en cause en dehors de l'exercice des voies de recours. Cette autorité est absolue en ce qui concerne plus particulièrement les décisions d'annulation pour

¹⁴¹³ CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, § 13 ; Dalloz, 2010, p. 1321, note Anne LEVADE.

¹⁴¹⁴ Sandrine BIAGINI-GIRARD, *L'inexistence en droit administratif - Contribution à l'étude de la fonction des nullités*, thèse, droit, L'Harmattan, 2010, p. 19.

¹⁴¹⁵ Jean WALINE, *Droit administratif*, 23^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2010, n° 429. Dans les cas d'inexistence, le délai de recours est perpétuel.

¹⁴¹⁶ Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2008, p. 30.

excès de pouvoir¹⁴¹⁷. Elles ont un effet *erga omnes* qui dépasse le simple cadre des Parties¹⁴¹⁸, et ce en raison du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. Au-delà du schéma classique opposant annulation de l'acte et rejet de la requête, le juge administratif peut être amené à déterminer, dans les motifs de sa décision, les mesures que l'administration est tenue de prendre en raison de l'omission que comporte l'acte¹⁴¹⁹.

344. Les principaux effets de l'annulation, mais aussi ceux qui posent le plus de difficultés, proviennent du caractère rétroactif de l'annulation¹⁴²⁰, affirmé en 1925 dans l'arrêt *Rodière*¹⁴²¹. Ainsi, l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé. Le juge « *sanctionne une illégalité qui entache l'acte depuis son édicition : pour l'effacer et assurer ainsi l'apurement de l'ordonnancement juridique, il est indispensable de considérer que l'acte en cause n'est jamais intervenu* »¹⁴²². La rétroactivité de l'annulation constitue dès lors la principale raison qui permet de considérer l'annulation comme une sanction. Celle-ci emporte essentiellement deux conséquences.

345. La première conséquence de la rétroactivité est que l'administration sera, dans certaines circonstances, amenée à remplacer, pour l'avenir, la décision annulée. Même si l'annulation implique la résurrection automatique de l'acte antérieur auquel l'acte annulé avait succédé¹⁴²³, cette situation a de bonnes chances de se révéler inadaptée. De plus, le remplacement de la décision est parfois obligatoire¹⁴²⁴. Dans ce cas, l'administration est à nouveau saisie de plein droit¹⁴²⁵. La nouvelle décision doit être adoptée sur la base de la situation de droit et de fait existant à la date de cette nouvelle décision. Elle peut avoir un contenu identique ; mais dans le cas où l'annulation a résulté d'une illégalité interne, l'administration devra en principe, pour ne pas violer la chose jugée, utiliser une autre base légale, cette fois-ci valide¹⁴²⁶.

¹⁴¹⁷ V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2008, n° 1198 et s..

¹⁴¹⁸ V. René CHAPUS, *ibidem*, n° 1208.

¹⁴¹⁹ CE, ass., 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, rec., p. 303 ; AJDA, 2001, p. 1046, chron. Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN ; *Europe*, 2001, n° 4, p. 20, note Paul CASSIA. Il s'agit d'une annulation « en tant que ne pas ». Le juge indique clairement que l'annulation partielle d'un acte administratif comporte l'obligation d'adopter des mesures déterminées.

¹⁴²⁰ V. Jean RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968, p. 15.

¹⁴²¹ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, rec., p. 1066, RDP, 1926, p. 32, concl. CAHEN-SALVADOR. Il existe cependant certaines dérogations à la rétroactivité de l'annulation (V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, n° 1256 et s.).

¹⁴²² Bertrand SEILLER, « Acte administratif – II. Régime », Répertoire cont. admif. Dalloz, 2010, p. 73.

¹⁴²³ CE, sect., 4 novembre 1994, *Al Joujo*, AJDA, 1995, p. 231, concl. Ronny ABRAHAM.

¹⁴²⁴ V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, n° 1220 et s..

¹⁴²⁵ Par exemple en matière de permis de construire, CE, 19 janvier 1977, *Société française des verreries champenoises, Droit adm.*, 1977, n° 57.

¹⁴²⁶ En matière de refus de permis de construire, il résulte de l'article L. 600-2 du code de l'urbanisme que l'administration devra instruire la nouvelle demande de permis de construire sur la base des dispositions antérieures à la date d'intervention de la décision annulée.

346. La seconde conséquence de la rétroactivité est que l'administration sera amenée à réviser des situations engendrées par l'acte avant son invalidation par le juge¹⁴²⁷. L'administration peut ainsi être contrainte de retirer certaines décisions. Cependant, « *cette obligation ne peut être concrétisée que si son exécution ne se heurte pas au respect dû à des décisions ayant conféré des droits à leurs bénéficiaires étant devenues (faute de recours) définitives* »¹⁴²⁸, et ce en vertu de la jurisprudence *Dame Cachet*¹⁴²⁹. En ce qui concerne les actes réglementaires, leur annulation n'a pas, par principe, pour conséquence la disparition des actes pris sur leur fondement. Ainsi, un arrêté pris sur le fondement d'un décret préalablement annulé « *est devenu définitif en l'absence de tout recours formé à son encontre dans les délais légaux* »¹⁴³⁰ et ne saurait donc être lui-même annulé. Le Conseil d'Etat fait ici prévaloir, « *en toute circonstance, le principe du respect des droits acquis sur l'autorité de la chose jugée* »¹⁴³¹. Il en résulte que les décisions d'application d'un règlement qui ont conféré des droits « *sont maintenues et doivent être respectées, bien qu'elles se trouvent privées de base légale* »¹⁴³². Dans cette hypothèse, l'illégalité de l'acte d'application ne sera pas sanctionnée, le juge considérant que cette sanction de l'administration aurait des effets excessifs sur les tiers. Une solution similaire a été retenue concernant les actes non réglementaires. Ainsi, les décisions affectées par l'annulation de tels actes ne peuvent être révisées par l'administration que si elles ne sont pas des décisions définitives ayant conféré des droits¹⁴³³. En revanche, l'administration a l'obligation de réviser les décisions qui sont affectées par la même illégalité que celle qui a entaché la décision non réglementaire, à condition que les décisions en cause forment un ensemble coordonné¹⁴³⁴.

347. Enfin, la rétroactivité de l'annulation aura pour effet de rendre possible, dans certaines conditions, les annulations par voie de conséquence d'une autre décision liée à la décision annulée. De façon générale, celles-ci ne sont possibles que dans les cas où le juge est saisi de conclusions en ce sens ou s'il est saisi d'un recours exercé dans le délai à l'encontre de cette décision¹⁴³⁵. L'annulation par voie de conséquence est notamment possible lorsque la seconde décision est un « *acte d'application* » de la décision annulée. Par exemple, l'annulation de la déclaration d'utilité publique entraîne celle des arrêtés de cessibilité¹⁴³⁶ et l'annulation de la

¹⁴²⁷ V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 1239 et s. ; David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, thèse, droit, LGDJ, 2002, p. 344 et s.

¹⁴²⁸ V. René CHAPUS, *ibidem*, n° 1245, p. 1129.

¹⁴²⁹ CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, rec., p. 790, RDP, 1922, p. 552, concl. RIVET.

¹⁴³⁰ CE, 3 décembre 1954, *Caussidéry*, rec., p. 640 ; *Dalloz*, 1955, p. 204, note Prosper WEIL ; v. aussi CE, sect., 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, rec., p. 245, concl. HENRY.

¹⁴³¹ David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours...*, op. cit., p. 346.

¹⁴³² René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 1246, p. 1129.

¹⁴³³ CE, sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, rec., p. 346, AJDA, 1997, p. 952, chron. GIRARDOT et RAYNAUD.

¹⁴³⁴ CE, sect., 26 janvier 1934, *Glon*, rec., p. 134 : « *en raison de la connexité qui existe nécessairement entre les différents actes individuels fixant l'ancienneté des agents d'un même cadre, (...) il incombait à l'administration de réformer aussi, alors même qu'ils n'avaient fait l'objet d'aucun recours dans le délai légal, les arrêtés comportant la même erreur de droit que celle qui a entraîné l'annulation de l'arrêté attaqué* ».

¹⁴³⁵ De façon générale, v. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 1251 et s..

¹⁴³⁶ CE, 5 janvier 1979, *Consorts Geerssen*, DA, 1979, n° 63.

décision arrêtant le projet de POS entraîne celle de l'arrêté d'approbation du plan¹⁴³⁷. Pour autant, là encore, le souci de préserver la sécurité juridique et les « droits acquis » a conduit le juge à limiter les effets de l'annulation, notamment en matière d'urbanisme.

2) *Les inconvénients de la limitation des effets de l'annulation : illustrations en matière d'urbanisme et d'environnement*

La logique générale de la jurisprudence du Conseil est que si l'annulation sanctionne une illégalité, cette sanction ne doit pas inégalement se retourner contre les administrés. Le souci de préserver la stabilité des situations juridiques nées d'actes illégaux est donc parfaitement légitime sur le plan de la sécurité juridique. Pour autant, ce même souci ne conduit-il pas parfois à réduire la sanction de l'illégalité et *in fine* à limiter l'effectivité de la norme ? A plusieurs égards, les conséquences de l'annulation ont été jugées excessives et l'on a entendu les modérer. Plusieurs exemples, en matière d'environnement (a), comme en matière d'urbanisme (b), permettent de s'en convaincre.

a) *La modulation des effets de l'annulation en matière d'environnement*

348. Tout d'abord, la jurisprudence *AC !*¹⁴³⁸ a consacré la possibilité de moduler « à titre exceptionnel », les effets de l'annulation dans le temps. Ainsi, dans le cas où l'annulation rétroactive aurait des conséquences manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence, le juge peut décider de ne prononcer l'annulation qu'à partir d'une date qu'il détermine. Prévue par la décision du juge, elle ne prendra effet que plus tard.

349. L'évaluation de cette innovation jurisprudentielle se révèle ambivalente. On a ainsi pu, à juste titre, penser que la décision *AC !* a « le grand mérite de rendre au juge de l'excès de pouvoir toute latitude pour faire respecter le principe de légalité »¹⁴³⁹. Moins inquiet des conséquences négatives de sa décision, « le juge aura en effet certainement moins de réticence à annuler certains actes illégaux car il pourra mieux en maîtriser les conséquences »¹⁴⁴⁰. Pour autant, le caractère exceptionnel de l'utilisation de la modulation limite son bénéfice sur ce plan.

350. Mais surtout, « le plein respect du principe de légalité et la finesse d'utilisation de la modulation ne doivent toutefois pas cacher le fait que l'annulation pourra désormais n'être,

¹⁴³⁷ CE, 24 juillet 1987, *Commune de Génissac*, rec., p. 284.

¹⁴³⁸ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec., p. 97, concl. DEVYS, AJDA, 2004, p. 1183, chron. LANDAIS et LENICA.

¹⁴³⁹ Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », chron., AJDA, 2004, p. 1186.

¹⁴⁴⁰ Olivier DUBOS et Fabrice MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Droit administratif*, 2004, étude n° 15, p. 14.

dans ces cas exceptionnels, que purement platonique »¹⁴⁴¹. Là est tout le paradoxe sur le plan de la préservation de la légalité/validité des normes. Si la modulation autorise plus de liberté au juge pour prononcer l'annulation, celle-ci n'a, dans ces cas-là, que très peu l'allure d'une sanction de l'invalidité. L'auteur de la norme invalidée sera moins pénalisé dans la mesure où celle-ci demeurera en vigueur durant un certain délai, le temps pour lui d'adopter une nouvelle norme. Si le vide juridique suscité par la rétroactivité de l'annulation pose des difficultés réelles, il constitue aussi une sanction de l'invalidité de la norme qui s'amenuise avec la jurisprudence *AC !*. L'annulation devient alors « platonique »¹⁴⁴².

351. Cela est d'autant plus délicat que l'Etat ne joue pas nécessairement le jeu, tel que l'illustre la décision *CRII GEN* du 24 juillet 2009¹⁴⁴³. Après avoir constaté, dans la même logique que la décision *Commune d'Annecy*¹⁴⁴⁴, l'incompétence du pouvoir réglementaire pour adopter certaines dispositions relatives à l'information et à la participation du public en matière d'environnement, le Conseil d'Etat fait application de la jurisprudence *AC !* dans un cas jusque-là inédit. En effet, la modulation est justifiée par l'exigence constitutionnelle de transposition des directives¹⁴⁴⁵, la France ayant déjà fait l'objet d'un arrêt en manquement. Afin d'éviter à la France une seconde condamnation –motif habilement glissé derrière une exigence constitutionnelle –, le Conseil module l'annulation des décrets en cause et laisse un an à l'Etat pour opérer les mises en conformité nécessaires. Ce délai a-t-il été mis à profit par l'Etat pour adopter les dispositions législatives qu'implique l'article 7 de la Charte de l'environnement ? Le cas échéant, on pourrait aisément en déduire que la modulation ne porte pas atteinte à l'incitation à agir produite par l'annulation. Malheureusement, il n'en est rien. Au 30 juin 2010, aucune disposition législative n'était intervenue pour assurer la conformité du code de l'environnement à la Charte de l'environnement en matière d'OGM. La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, intervenue quelques jours après ce délai, et déjà gloutonne de plus de 250 articles, n'a pas non plus régularisé cette situation.

352. Si la modulation remplit son office en évitant certaines conséquences dommageables liées à la rétroactivité, cet exemple permet de douter de sa capacité à préserver le rôle de sanction habituellement joué par l'annulation. Il ne s'agit pas ici de déduire de cet exemple qu'une annulation pure et simple aurait été plus efficace, mais simplement de constater que la seconde chance laissée au législateur par la modulation n'a pas été saisie à temps par ce

¹⁴⁴¹ Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, « La modulation des effets... », *op. cit.*, p. 1187.

¹⁴⁴² Gilles GODFRIN, « Annulation platonique », *Constr.-urb.*, 2010, répère 3, à propos de l'application de la jurisprudence *AC !* en matière d'urbanisme.

¹⁴⁴³ CE, 24 juillet 2009, *CRII GEN*, RFDA, 2009, p. 963, concl. E. GEFFRAY.

¹⁴⁴⁴ CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, RFDA, 2008, p. 1147, concl. Yann AGUILA.

¹⁴⁴⁵ « que les dispositions du décret attaqué entachées d'incompétence avaient pour objet de transposer d'autres obligations résultant de la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 ; que leur annulation immédiate serait ainsi de nature à méconnaître l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires et à entraîner des conséquences manifestement excessives ; que, dès lors, afin de permettre au gouvernement de prendre les initiatives nécessaires pour remédier à l'irrégularité constatée, il y a lieu de ne prononcer l'annulation des dispositions du décret attaqué mentionnées ci-dessus qu'à compter du 30 juin 2010 ».

dernier. Une ordonnance du 5 janvier 2012 est finalement intervenue¹⁴⁴⁶, soit plus de 18 mois après la date fixée par le Conseil d'Etat.

b) Les conséquences de l'annulation d'un plan d'urbanisme

353. Un autre inconvénient de la limitation des effets de l'annulation se manifeste en matière de planification locale de l'urbanisme. En droit administratif général, l'annulation d'un acte administratif réglementaire a pour effet de remettre en vigueur celui auquel il s'est substitué. En matière d'urbanisme, le Conseil d'Etat avait pu considérer, selon nous à juste titre, qu'il valait mieux, en cas d'annulation d'un POS, revenir à l'application du règlement national d'urbanisme¹⁴⁴⁷. En 1994 puis en 2000, le législateur a cependant souhaité revenir à la solution de droit commun. Ainsi, l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme dispose que l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un plan local d'urbanisme ou d'un POS a pour effet de remettre en vigueur le plan immédiatement antérieur. En cas d'annulation partielle du plan, le retour aux dispositions antérieures est subordonné à leur compatibilité avec les dispositions du plan qui n'ont pas été annulées, afin d'éviter que les deux plans ne soient incompatibles entre eux¹⁴⁴⁸, mais deux documents d'urbanisme coexistent, rendant moins lisibles les règles locales d'urbanisme. Dans le cas où le document remis en vigueur est lui-même illégal, l'administration ne peut en faire application, sauf si l'illégalité est couverte par l'article L. 600-1 du code¹⁴⁴⁹. Dans le cas contraire, l'administration devra appliquer le document d'urbanisme encore antérieur ou, en son absence, le règlement national d'urbanisme (RNU)¹⁴⁵⁰. Avec l'adoption de l'article L. 121-8, le législateur a souhaité limiter les conséquences de l'annulation d'un plan d'urbanisme pour les élus locaux. En effet, la solution antérieure, consistant à revenir au règlement national d'urbanisme, avait pour effet de priver les élus locaux du pouvoir de planification. Le législateur a clairement choisi de préserver la décentralisation, mais au prix de deux inconvénients.

354. Le plus évident est que l'article L. 121-8 a pour effet de remettre en vigueur un plan très souvent obsolète et inadapté¹⁴⁵¹, ce qui ne manque pas de poser des difficultés pratiques, même si « *l'annulation du POS ou du PLU pour vice de fond oblige la commune à réviser le*

¹⁴⁴⁶ Ordonnance n° 2012-8 du 5 janvier 2012 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des pollutions et des risques (JORF du 6 janvier 2012, p. 238).

¹⁴⁴⁷ CE, 25 novembre 1991, *Association des amis de Saint-Palais-sur-mer*, rec., p. 408, AJDA, 1992, p. 166, chron. MAUGÛE et SCHWARTZ. La même solution prévalait en cas de déclaration d'illégalité d'un POS : CE, sect., 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*, rec., p. 148 ; RDI, 1990, p. 481, note Yves GAUDEMET et Daniel LABETOUILLE ; RFDA, 1991, p. 149, note H. TOUTEE.

¹⁴⁴⁸ CE, 13 novembre 2002, *SA foncière Paris Neuilly*, BJD, 2002, p. 422, concl. I. de SILVA.

¹⁴⁴⁹ V. *supra*, § 168.

¹⁴⁵⁰ CE, avis, 9 mai 2005, *M. Marangio*, rec., p. 195, BJD, 2005, p. 162, concl. E. GLASER ; TA Nice, 31 mai 2001, *Botasso*, n° 97856.

¹⁴⁵¹ Le juge administratif se refuse jusque-là à moduler les effets de l'annulation des plans d'urbanisme (CAA Lyon, 29 juin 2010, *Payerne et autres*, AJDA, 2010, p. 2104, chron. C. Vinet), considérant que les conséquences du retour à un POS de 1978 ne sont pas « *manifestement excessives* », notamment en raison de la possibilité de la Commune de surseoir à statuer.

POS ou le PLU immédiatement antérieur et redevenu applicable »¹⁴⁵². A l'inverse, le retour au RNU présente l'avantage de la souplesse compte tenu du caractère permissif de nombre de ses dispositions. En outre, un tel retour dispose d'une dimension symbolique assimilable à une sanction à l'égard des élus locaux, justement parce que cela les prive de leur pouvoir de planification.

355. En outre, en ce qui concerne les effets de l'annulation d'un plan d'urbanisme à l'égard des autorisations d'urbanisme délivrées sous son empire, ils ont été eux-aussi limités. La jurisprudence *Commune de Courbevoie* a été étendue aux cas d'annulation¹⁴⁵³. Le requérant contestant la légalité d'un permis de construire doit *in fine* soulever le moyen tiré de l'incompatibilité du permis avec l'ancien plan ainsi remis en vigueur¹⁴⁵⁴.

3) Pour une revalorisation de la fonction de sanction de l'annulation

356. L'origine des difficultés liées à la rétroactivité de l'annulation est intimement liée à l'une des règles fondamentales du droit public¹⁴⁵⁵, le caractère « exécutoire » des décisions administratives, selon la terminologie de Maurice Hauriou. Il en résulte que les recours formés à leur encontre n'ont en principe pas de caractère suspensif. Par conséquent, l'annulation aura nécessairement un caractère rétroactif. Or, « en raison du "privilège du préalable" ou, plus exactement, du privilège de la décision unilatérale, l'acte administratif modifie, dès son édicton, l'ordonnement juridique »¹⁴⁵⁶. L'acte administratif va ainsi susciter certaines situations juridiques dont la stabilité sera nécessairement mise en jeu à l'occasion d'un recours. Ainsi, plus la période courant entre l'entrée en vigueur de l'acte et sa validation ou son invalidation par le juge est longue, plus les inconvénients suscités par la rétroactivité à l'égard de la sécurité juridique seront grands. En outre, la longueur de cette période favorise les stratégies du fait accompli. L'encombrement des juridictions administratives « fait que la nullité d'un acte administratif illégal intervient souvent plusieurs années après la requête. Les conséquences d'un tel retard sont évidentes. L'immeuble objet du permis ou le bâtiment soumis à préemption sont déjà construits ou aménagés. (...). La nullité ne peut donc déboucher que sur une action indemnitaire qui, en toute hypothèse, n'est qu'un pis-aller »¹⁴⁵⁷. La destruction de l'immeuble « se révèle impossible économiquement et socialement. Dans nombre de cas, l'annulation n'apporte au requérant qu'une satisfaction de

¹⁴⁵² Philippe BOULISSET et Sandrine ZARLI, « Les conséquences de l'annulation du PLU ou du POS pour la commune », AJDA, 2011, p. 1062.

¹⁴⁵³ V. *supra*, § 168 et s.

¹⁴⁵⁴ CE, 16 novembre 2009, *Société Les Résidences de Cavalière*, n° 308623 ; AJDA, 2010, p. 454, concl. Anne COURREGES ; RDI, 2010, p. 115, Pierre SOLER-COUTEAUX.

¹⁴⁵⁵ CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, rec., p. 257, AJDA, 1982, p. 657, concl. BIANCARELLI ; codifié à l'article L. 4 du CJA.

¹⁴⁵⁶ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 368.

¹⁴⁵⁷ Hugues PERINET-MARQUET, « L'inefficacité des sanctions en droit de l'urbanisme », Dalloz, 1991, p. 41.

principe : celle de s'entendre donner raison contre l'administration. Ce n'est pas rien ; mais c'est peu »¹⁴⁵⁸. En outre, « *un fonctionnaire peut ne pas hésiter à accorder une autorisation illégale, assuré que, lorsque l'annulation interviendra, il aura, depuis longtemps, été appelé à un autre poste* »¹⁴⁵⁹.

357. Par conséquent, la véritable solution aux inconvénients de la rétroactivité ne se situe probablement pas du côté de la limitation des conséquences de l'annulation mais plutôt du côté du désengorgement des juridictions administratives et « *d'une plus grande souplesse dans l'octroi de la suspension* »¹⁴⁶⁰ dans le cadre des procédures de référé¹⁴⁶¹.

358. En outre, il convient *a minima* de renforcer la dimension symbolique de la constatation par le juge de l'invalidité d'une norme. Si ses conséquences peuvent être modérées dans un souci d'équité à l'égard des administrés, l'invalidation d'une norme doit demeurer une sanction du non-respect de la norme supérieure. Il pourrait ainsi être envisagé de confier au juge de l'excès de pouvoir la possibilité d'imposer à l'administration le paiement d'une somme forfaitaire, à l'instar de l'arrêt en constatation de manquement, au moins dans les cas où l'illégalité a été commise par une collectivité territoriale.

359. En définitive, les apparences montrent que du degré d'intégration de l'ordre juridique dépendent les conséquences de l'invalidation de la norme. Pour autant, les conséquences de l'invalidation au niveau international, particulièrement au niveau européen, tendent nettement à se renforcer alors qu'au niveau national, on tente de modérer ses conséquences au point de se demander si l'invalidation de la norme remplit complètement son rôle de sanction dans l'ordre juridique. Ce questionnement s'impose d'autant plus qu'à chacun des niveaux évoqués, certaines invalidités restent dépourvues de sanction.

§2 – Une invalidation sans conséquences : illustration à partir des normes procédurales en matière d'environnement

360. Le caractère dissuasif d'une sanction dépend en partie de son caractère systématique. Si elle doit impérativement être graduée, elle doit avant tout exister en réponse à chaque violation de la norme. Autrement dit, à l'invalidation de la norme doit correspondre certaines conséquences négatives. Or, que ce soit dans les ordres juridiques internationaux ou dans les ordres juridiques internes, tout non-respect de la norme ne coïncide pas nécessairement avec

¹⁴⁵⁸ Jean WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, n° 646.

¹⁴⁵⁹ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 683.

¹⁴⁶⁰ Jean WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, n° 646.

¹⁴⁶¹ V. *infra*, § 862 et s..

des conséquences négatives, notamment lorsqu'il s'agit d'assurer le respect de certaines règles de nature procédurale¹⁴⁶².

Pourtant, en matière d'environnement ou d'urbanisme, comme dans de nombreuses autres matières, les règles procédurales sont d'une particulière importance. En effet, les règles liées à l'information, à la participation ou à l'évaluation environnementale sont consacrées au plus haut niveau des ordres juridiques et elles sont aussi le corrélat de règles ou de principes de fond en ce qu'elles en conditionnent l'efficacité. Le principe 10 de la Déclaration de Rio illustre par exemple parfaitement ce lien en précisant que « *la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés...* ».

Le découplage entre l'invalidation et ses conséquences se retrouve au niveau international (I). Cependant, c'est notamment à travers l'action du juge administratif que l'on peut le mieux se rendre compte de l'ensemble des techniques développées pour éviter de prononcer l'annulation d'une norme non valide (II).

I. Le découplage entre l'invalidation et la sanction au niveau international : l'affaire des usines de pâte à papier

Le découplage entre l'invalidation et la sanction est loin d'être systématique. Pour autant, l'exemple de l'affaire des usines de pâte à papier montre qu'il dépasse les frontières de l'ordre juridique interne. Dans cette affaire, en dépit du lien qui unissait les obligations procédurales et substantielles (A), le juge international a minimisé les conséquences de la violation des obligations procédurales (B).

A. Le lien entre les obligations procédurales et substantielles

361. En droit international, la conséquence normale de la violation d'une obligation primaire est l'engagement de la responsabilité de l'Etat¹⁴⁶³. Dans l'affaire des usines de pâte à papier¹⁴⁶⁴, l'Uruguay n'a pas respecté plusieurs obligations primaires de nature procédurale. La CIJ a d'ailleurs conclu à sa responsabilité. Pour autant, le découplage entre l'invalidation et ses conséquences se situe au niveau des conséquences de l'engagement de la responsabilité. La Cour constate bel et bien le fait illicite mais considère *in fine* que ce simple constat

¹⁴⁶² « *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la soeur jumelle de la liberté* » expliquait Rudolf Von Jhering pour souligner l'importance de ce type de règles (*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^{ème} éd., t. III, Paris, Marescq, 1877, p. 158).

¹⁴⁶³ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, n° 469.

¹⁴⁶⁴ CIJ, 20 avril 2011, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, RJE, 2010, p. 605, note Jochen SOHNLE ; RGDIP, 2011, p. 39, note Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS.

constitue une satisfaction adéquate. La violation imputable à l'Uruguay n'a pas pour cet Etat d'autre conséquence.

362. Le différend qui a opposé l'Argentine à l'Uruguay concernait la construction d'usines de pâte à papier sur le fleuve transfrontalier *Uruguay*. Un traité international portant « statut » du fleuve *Uruguay* et unissant les deux Etats, prévoyait, en plus d'obligations de fond, plusieurs obligations procédurales¹⁴⁶⁵. Trois d'entre elles, à savoir les obligations d'information, de notification et de négociation, ont été violées par l'Uruguay. Avant d'envisager les conséquences juridiques de ces violations, il convient d'en décrire le contenu. Les Etats ont tout d'abord l'obligation d'informer une commission transfrontalière avant de délivrer des autorisations d'exploitation d'installations industrielles le long du fleuve. Cette obligation, de nature clairement procédurale, est directement liée au fond puisqu'elle « *a pour objet de déterminer sommairement si le projet peut causer un préjudice sensible à l'autre partie* »¹⁴⁶⁶, notamment sur l'environnement. Ensuite, les Etats ont l'obligation de notifier à l'autre Etat un certain nombre d'information. Parmi elles figure l'étude d'impact, de sorte que l'obligation de notification « *doit permettre aux parties d'évaluer l'impact du projet sur le fleuve* »¹⁴⁶⁷. Là encore, cette obligation procédurale, si elle n'est pas respectée, a des conséquences importantes sur le fond puisque c'est elle qui permet à l'autre partie d'évaluer de façon adéquate l'impact sur l'environnement. Enfin, il pèse sur les Etats une obligation de négocier au sein de la commission transfrontalière. S'il est vrai que celle-ci n'impose pas une obligation d'arriver à un accord, l'issue du projet industriel dépend en partie de ces négociations. Leur résultat conditionne directement la conduite à son terme du projet, et donc l'état de l'environnement transfrontalier. De façon plus générale, on ne saurait contester qu'en matière d'environnement, « *la procédure est finalisée, devient une fonction au service de l'obligation de fond visant à éviter un dommage à l'environnement* »¹⁴⁶⁸.

363. Ce lien entre les obligations procédurales et la protection de l'environnement n'est que très peu pris en compte par la Cour. Pour elle, « *il existe certes un lien fonctionnel, relatif à la prévention, entre les deux catégories d'obligations prévues par le statut de 1975, mais ce lien n'empêche pas que les Etats parties soient appelés à répondre séparément des unes et des autres* »¹⁴⁶⁹. Or, si ce lien fonctionnel n'impose pas un examen conjoint des deux types d'obligations, on ne saurait ignorer l'impact sur le fond de la violation d'obligations procédurales. On ne peut en effet que stigmatiser l'« *étanchéité artificielle* »¹⁴⁷⁰ établie par la CIJ entre ces deux types d'obligations.

¹⁴⁶⁵ § 102 et s. de l'arrêt.

¹⁴⁶⁶ Jochen SOHNLE, « L'affaire des usines de pâte à papier de la CIJ du 20 avril 2010 : un mode d'emploi pour violer des obligations procédurales sans peine », RJE, 2010, p. 611.

¹⁴⁶⁷ Jochen SOHNLE, *ibidem*, RJE, 2010, p. 611.

¹⁴⁶⁸ Jochen SOHNLE, « L'affaire des usines de pâte à papier... », RJE, 2010, p. 620.

¹⁴⁶⁹ § 79 de l'arrêt.

¹⁴⁷⁰ Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « La Cour internationale de justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay) », RGDIP, 2011, p. 45.

B. La minimisation de la portée des obligations procédurales

364. Si la Cour constate bien la violation par l'Uruguay de ses obligations procédurales, elle n'en tire cependant aucune conséquence dans le cadre de la réparation du préjudice subi par l'Argentine. La Cour se limite ainsi à considérer « *que la constatation du comportement illicite de l'Uruguay en ce qui concerne ses obligations de nature procédurale constitue en elle-même une mesure de satisfaction pour l'Argentine* »¹⁴⁷¹. Elle rappelle par ailleurs que « *dans les cas où la restitution est matériellement impossible ou emporte une charge hors de proportion avec l'avantage qui en dériverait, la réparation prend alors la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction, voire de l'indemnisation et de la satisfaction* »¹⁴⁷². Elle considère en l'espèce que compte tenu du fait qu'il n'y a pas eu de violation des obligations de fond, il n'y a pas lieu d'ordonner la *restitutio*, c'est-à-dire le démantèlement de l'usine¹⁴⁷³.

365. La Cour choisit donc de passer d'un extrême à l'autre en se limitant à considérer le constat du fait illicite comme une satisfaction suffisante. Pourtant, le droit international n'est pas de ce point de vue dépourvu d'instruments. Afin de sanctionner davantage les obligations procédurales, la Cour aurait pu choisir d'ordonner l'indemnisation du préjudice juridique et/ou moral de l'Argentine. Il en résulte pour certains la désagréable impression que « *le droit est fabriqué à partir d'une solution politique préconçue* »¹⁴⁷⁴ et surtout une « *disproportion entre la gravité de la violation, affectant le dispositif central du Statut d'un côté, et la faiblesse de la sanction de l'autre* »¹⁴⁷⁵. La sanction du traité en cause en ressort, comme son effectivité, relative.

II. Le découplage entre l'invalidation et la sanction dans l'ordre juridique interne

366. Dans l'ordre juridique interne, le juge administratif, comme le juge constitutionnel, est parfois amené à découpler l'invalidation de ses conséquences logiques. Le droit constitutionnel présente cependant certaines spécificités. Le juge constitutionnel ne contrôle « que » la loi. Il ne contrôle pas la pratique de la Constitution par les pouvoirs publics. Le Conseil constitutionnel reste impuissant à sanctionner certaines pratiques dont on pourrait penser qu'elles sont contraires à la Constitution. Il en va par exemple ainsi lorsque le Président adresse une lettre aux Parlementaires¹⁴⁷⁶. Au-delà, « *une différence majeure est (...) apparue entre le droit constitutionnel et la plupart des branches du droit : lorsque, en droit*

¹⁴⁷¹ § 269 de l'arrêt.

¹⁴⁷² § 273 de l'arrêt.

¹⁴⁷³ § 275 de l'arrêt.

¹⁴⁷⁴ Jochen SOHNLE, « L'affaire des usines de pâte à papier... », RJE, 2010, p. 622.

¹⁴⁷⁵ Jochen SOHNLE, *ibidem*, p. 617.

¹⁴⁷⁶ Voir l'analyse de Didier MAUS in « Nicolas Sarkozy a-t-il pris ses aises avec la Constitution ? », *Le Monde*, 4 août 2011.

de l'environnement par exemple, des administrés ou des administrations n'appliquent pas des lois ou des règlements sur la pollution, personne, à ma connaissance, ne prétend qu'en violant les règles de droit ils les modifient (mais certaines violations peuvent ne donner lieu à aucune sanction). En revanche, les jeux sur la norme constitutionnelle sont beaucoup plus sophistiqués puisque l'on prétend bien souvent que quand les gouvernants appliquent la constitution dans un sens contraire à celui qui est manifestement le sien, ils créent la norme constitutionnelle »¹⁴⁷⁷. La question de la sanction des violations de la norme constitutionnelle est alors sans objet.

367. Le contentieux administratif connaît de nombreuses techniques permettant de découpler le non-respect de la norme de sa sanction logique. Il en va ainsi de la théorie du fonctionnaire de fait « *qui tient pour légales les décisions prises par un fonctionnaire illégalement en fonction* »¹⁴⁷⁸. Les réserves d'interprétation et autres interprétations neutralisantes permettent aussi d'éviter la sanction d'une norme invalide en précisant les conditions dans lesquelles l'interprétation de la norme inférieure est conforme à la norme supérieure. Cette technique est utilisée tant par le juge constitutionnel que par le juge administratif. Enfin, le juge reconnaît un certain « *droit à l'erreur* »¹⁴⁷⁹ au profit de l'administration à travers les techniques de la substitution de motif¹⁴⁸⁰ et de la substitution de base légale¹⁴⁸¹. Cependant, ces procédés « *par lesquels le juge évite de prononcer une annulation le plus souvent inutile au regard des circonstances, déjouent la critique par leurs justifications théoriques respectives. (...) Aucun habillage conceptuel ne fonde en revanche la décision parfois prise par le juge de ne tirer aucune conséquence d'une illégalité explicitement constatée. Bien qu'indéniable et inexcusable, le vice est néanmoins neutralisé et l'annulation évitée* »¹⁴⁸². Cela est précisément le cas de la théorie jurisprudentielle des formalités substantielles (**B**). Le législateur utilise lui-aussi le même type de procédé à travers les validations préétablies (**A**).

¹⁴⁷⁷ Marie-Anne COHENDET, « Le système des variables déterminantes », *op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁷⁸ Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », AJDA, 2004, p. 963.

¹⁴⁷⁹ Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », AJDA, 2004, p. 963.

¹⁴⁸⁰ Le juge peut écarter les motifs illégaux (CE, Ass., 12 janvier 1968, *Dame Perrot*, rec., p. 39, AJDA, 1968, p. 179, concl. KAHN) et substituer le bon motif à celui utilisé par l'administration. Dans ce dernier cas, c'est le juge lui-même qui va introduire le nouveau motif. Les conditions de la substitution de motif ont été assouplies par la jurisprudence *Hallal* (CE, 6 février 2004, *Madame Hallal*, rec., p. 48 ; AJDA, 2004, p. 436, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS). L'administration peut désormais suggérer au juge la correction du motif et proposer un nouveau motif. La substitution ne sera cependant possible que si le juge recueille les observations du requérant, s'assure que l'administration aurait, à la date à laquelle elle a pris la décision contestée, pris une décision identique si elle avait été fondée sur ce nouveau motif, et qu'il s'assure que la substitution ainsi opérée ne prive pas l'intéressé d'une garantie essentielle.

¹⁴⁸¹ La substitution de base légale n'est possible que sous certaines conditions : l'administration dispose du même pouvoir d'appréciation en appliquant le nouveau fondement (CE, 7 juillet 1976, *Epoux Arnaud*, rec., p. 1069) ; l'intéressé a disposé des garanties conférées par le nouveau fondement (CE, 18 décembre 2002, *Préfet de la Seine-Saint-Denis c. Büyükcökak*, *Droit adm.*, 2003, n° 38) ; la nouvelle disposition a une portée équivalente (CE, 11 juin 1993, *Société Landrieu*, rec., p. 173 ; LPA, 1994, n° 78, p. 39, note Vincent LE COQ).

¹⁴⁸² Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », AJDA, 2004, p. 963.

A. Le recours du législateur aux « validations préétablies »

368. La validation d'actes administratifs par le législateur n'est pas un procédé nouveau. Le législateur intervient régulièrement, par voie de « validation législative », pour censurer une décision juridictionnelle avant ou après que le juge ne se prononce définitivement. Si ce procédé peut paraître choquant sur le plan de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juridictions, il est désormais fortement encadré par le Conseil constitutionnel¹⁴⁸³ et est marqué par une « *nécessité pratique* »¹⁴⁸⁴ visant, là aussi, à éviter certaines conséquences négatives de la rétroactivité de l'annulation.

369. La nouveauté réside davantage dans l'utilisation de plus en plus fréquente de ce que Bertrand Seiller dénomme les « *validations préétablies* »¹⁴⁸⁵. Contrairement aux validations législatives « classiques », celles-ci interviennent avant l'adoption d'actes réglementaires d'application. Elles témoignent à notre sens particulièrement bien de la volonté de plus en plus prégnante de neutraliser les conséquences du non-respect de certaines obligations, illustrant au passage la schizophrénie du législateur. Celui-ci impose à l'administration certaines contraintes procédurales tout en neutralisant, par avance, le non-respect de ces obligations sur le plan contentieux. Il valide ainsi *a priori* certaines irrégularités qui pourraient être commises en rendant impossible leur invocation devant le juge administratif. Ainsi, l'absence de sanction de ces obligations ne résulte pas d'une omission du législateur mais de sa volonté explicite à travers ce « *mécanisme de validation a priori et automatique des illégalités* »¹⁴⁸⁶.

370. De nombreux exemples de validation préétablie se retrouvent dans le champ du droit de l'environnement et de l'urbanisme. Ainsi, l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme¹⁴⁸⁷ neutralise certains vices de forme ou de procédure. Ceux-ci ne peuvent plus être invoqués dans le cadre de l'exception d'illégalité au-delà d'un délai de 6 mois. Par conséquent, cet article « *revient en fait à favoriser la pérennité d'actes administratifs illégaux* »¹⁴⁸⁸. Il « *prive en réalité les justiciables d'une part essentielle de leur argumentation et réduit singulièrement les chances de succès de leur recours* »¹⁴⁸⁹. La démocratie administrative est particulièrement touchée par le développement de ce procédé. L'article L. 11-1-1 du code de l'expropriation « *revient à interdire toute contestation de la légalité externe des déclarations de projet* »¹⁴⁹⁰, alors que ces déclarations jouent un rôle important dans le cadre du respect

¹⁴⁸³ CC, 22 juillet 1980, n° 80-119 DC, AJDA, 1980, note Guy CARCASSONNE ; RDP, 1980, p. 1658, note Louis FAVOREU.

¹⁴⁸⁴ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., Manuel, Litec, 2009, p. 435.

¹⁴⁸⁵ Bertrand SEILLER, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », AJDA, 2005, p. 2384.

¹⁴⁸⁶ Bertrand SEILLER, *ibidem*, p. 2384.

¹⁴⁸⁷ V. *supra*, § 168.

¹⁴⁸⁸ Bertrand SEILLER, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *op. cit.*, p. 2384.

¹⁴⁸⁹ Bertrand SEILLER, *ibidem*, p. 2384.

¹⁴⁹⁰ Bertrand SEILLER, *ibidem*, p. 2384.

d'obligations internationales découlant de la Convention d'Aarhus¹⁴⁹¹. En effet, au terme de cet article, « *les vices qui affecteraient la légalité externe de cette déclaration sont sans incidence sur la légalité de la déclaration d'utilité publique* »¹⁴⁹². En outre, l'article L. 121-14 du code de l'environnement dispose qu'« *aucune irrégularité au regard des dispositions du présent chapitre ne peut être invoquée lorsque l'acte par lequel la Commission nationale du débat public a renoncé à organiser un débat public ou l'acte mentionné à l'article L. 121-13 est devenu définitif* ». Il en résulte que les conditions d'ouverture et de déroulement du débat public ne peuvent être contestées devant le juge administratif, alors même qu'il s'agit là de conditions de réalisation du droit à la participation du public reconnu par l'article 7 de la Charte de l'environnement et par la Convention d'Aarhus. Le Conseil d'Etat considère de surcroît que les décisions de la CNDP portant sur les modalités du débat public ne sont pas des décisions faisant grief¹⁴⁹³.

In fine, l'ensemble de ces dispositifs législatifs a pour objet de neutraliser certaines obligations procédurales que le législateur a lui-même créées. « *Incapable de remédier à l'emballage normatif auquel il contribue activement, le législateur n'a d'autre solution que de poser des normes dont il atténue d'emblée la portée contraignante. Plutôt que de réduire la masse des dispositions pesant sur les autorités administratives en matière d'aménagement et d'urbanisme et de faire strictement respecter celles qui méritent d'être maintenues, il continue à la grossir mais tolère qu'elles soient enfreintes* »¹⁴⁹⁴. Au-delà de ce constat, certaines dispositions ont pour objet de concrétiser certains droits ou principes reconnus au niveau international et/ou constitutionnel. La validation préalable est alors un moyen de contourner l'obligation de respecter ces normes supérieures, aussi longtemps qu'un juge international ou constitutionnel n'aura pas déjoué cette subtilité. Il reste pour l'heure que « *la validation préalable se révèle un dangereux instrument d'affaiblissement du principe de légalité* »¹⁴⁹⁵.

B. La théorie jurisprudentielle des formalités substantielles

371. On admet généralement que « *le vice de procédure résulte a priori de toute irrégularité affectant le processus d'élaboration d'une décision administrative*

¹⁴⁹¹ V. Julien BETAÏLLE, « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », RJE, 2010, p. 197.

¹⁴⁹² En outre, « *lorsque l'opération est déclarée d'utilité publique, la légalité de la déclaration de projet mentionnée à l'alinéa précédent ne peut être contestée que par voie d'exception à l'occasion d'un recours dirigé contre la déclaration d'utilité publique* ».

¹⁴⁹³ CE, 25 avril 2004, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame des Landes*, AJDA, obs. Bénédicte DELAUNAY, 2004, p. 2100.

¹⁴⁹⁴ Bertrand SEILLER, « Les validations préalables, stade ultime du dérèglement normatif », *op. cit.*, p. 2384.

¹⁴⁹⁵ Bertrand SEILLER, *ibidem*, p. 2384.

unilatérale »¹⁴⁹⁶. Sur le plan théorique, « *toute irrégularité, fût-elle simplement de forme ou de procédure, fût-elle sans incidence directe sur le contenu de la décision contestée, apparaît comme susceptible d'entraîner l'annulation de cette décision* »¹⁴⁹⁷. Derrière ces apparences simples, le juge administratif utilise en réalité plusieurs techniques lui permettant d'assouplir les contraintes procédurales. La plus problématique d'entre elles est la théorie des formalités substantielles¹⁴⁹⁸. Cette technique classique¹⁴⁹⁹ conduit le juge, dans un premier temps, à constater le non-respect d'une formalité. Dans un second temps, il qualifie l'irrégularité commise de non substantielle et en déduit que celle-ci n'entraîne pas l'annulation de l'acte, brisant ainsi le couple entre le respect de la norme et l'annulation¹⁵⁰⁰.

372. D'origine jurisprudentielle, cette théorie est aujourd'hui utilisée par le législateur. Outre l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme qui prévoit explicitement que le non-respect de ses modalités n'affecte pas la légalité des documents d'urbanisme¹⁵⁰¹, l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit prévoit que « *lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision* »¹⁵⁰². Cet article vient ainsi entériner la théorie des formalités substantielles. Interprétant cette disposition, le Conseil d'Etat a même fait de la théorie des formalités substantielles un principe général du droit dans son arrêt d'assemblée *Danthony et a.* du 23 décembre 2011¹⁵⁰³. Ainsi, selon les termes de cette décision, les dispositions de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 « *énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une*

¹⁴⁹⁶ René HOSTIOU, « Nature et progrès du contrôle exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions administratives complexes : le contentieux de la déclaration d'utilité publique en droit français », LPA, 27 juin 2001, n° 127, p. 9.

¹⁴⁹⁷ René HOSTIOU, *ibidem*, p. 9.

¹⁴⁹⁸ Sur les formalités impossibles, l'urgence et les circonstances exceptionnelles, voir Bertrand SEILLER, « Acte administratif – II. Régime », *Rép. cont. admif. Dalloz*, 2010, p. 32 et s..

¹⁴⁹⁹ Elle est par exemple utilisée en matière de marchés publics, de fonction publique, de permis de conduire, de contrats administratifs, de collectivités territoriales ou encore en droit de l'environnement et en droit de l'urbanisme.

¹⁵⁰⁰ Le juge constitutionnel a lui aussi recours à cette théorie. Elle conduit à ce que certains vices de procédure n'entraînent pas l'inconstitutionnalité de la loi. V. David DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 2001, p. 406 et s..

¹⁵⁰¹ Pour une illustration récente, v. CE, 8 octobre 2012, *Commune d'Illats*, n° 338760.

¹⁵⁰² Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 (JORF n°0115 du 18 mai 2011 p. 8537).

¹⁵⁰³ CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et a.* ; JCP A, 2012, n° 2089, note Camille BROUELLE ; *Droit adm.*, 2012, comm. 22, note Fabrice MELLERAY ; RFDA, 2012, p. 423, étude René HOSTIOU ; AJDA, 2012, p. 1609, trib. Bertrand SEILLER. V. aussi CE, 29 juin 2012, *Association Promouvoir*, n° 335771 ; AJDA, 2012, p. 1957, note Bernard PACTEAU.

garantie ». Le Conseil d'Etat englobe ainsi l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 dans un principe général du droit explicité *a posteriori*, ce qui présente l'avantage « *de lui permettre de ré-écrire ce texte en se substituant ainsi, sans le dire, au législateur* »¹⁵⁰⁴. Au delà de cette question, la décision *Danthony* a le mérite de clarifier les critères permettant d'apprécier le caractère substantiel d'une formalité. Celle-ci n'est pas substantielle si sa violation n'a pas eu d'influence sur le sens de la décision administrative ou si elle n'a pas privé les intéressés d'une garantie. Le champ d'application de ce principe dépasse largement le champ de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011. Il vaut pour les consultations préalables obligatoires comme facultatives mais surtout pour toute forme d'irrégularité procédurale¹⁵⁰⁵.

373. Néanmoins, la théorie des formalités substantielles n'est absolument pas nouvelle et il n'est pas certain que la décision *Danthony* infléchisse les méthodes du juge administratif. Raymond Odent expliquait déjà en 1977, dans des termes très proches de ceux utilisés par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Danthony*, qu'« *une formalité est réputée substantielle ou bien si elle peut avoir une influence sur le sens de la décision à prendre ou bien si elle constitue une garantie pour les intéressés* »¹⁵⁰⁶. Pour Bertrand Seiller, « *le juge administratif transpose, à la légalité externe, la logique de l'erreur manifeste d'appréciation qu'il utilise dans le contrôle de la légalité interne. Il existe un contrôle restreint de la légalité externe, que l'arrêt Danthony officialise enfin* »¹⁵⁰⁷. En outre, selon René Hostiou, « *l'arrêt Danthony, qui se situe en réalité dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, n'a donc pas l'importance que d'aucuns pourraient lui prêter* »¹⁵⁰⁸.

374. La théorie des formalités substantielles repose sur une interprétation finaliste de la norme. Ainsi, « *pragmatique et peu favorable à un formalisme rigide, (le juge) préfère s'assurer que l'objectif en vue duquel a été imposée la règle méconnue a bien été atteint malgré la maladresse commise* »¹⁵⁰⁹. Pour autant, le juge décide seul des formalités qui sont « non substantielles ». « *Parfois, la neutralisation du vice repose sur une analyse précise de son incidence sur la phase de la procédure concernée* », mais il s'agit aussi souvent d'une simple affirmation du juge¹⁵¹⁰. Si la volonté de celui-ci est d'éviter un formalisme inutile, cette technique pose des problèmes plus sérieux lorsque ces formalités ont pour objet de concrétiser

¹⁵⁰⁴ René HOSTIOU, « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif – Au sujet de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011, des principes généraux du droit et du vice de procédure », RFDA, 2012, p. 423.

¹⁵⁰⁵ En ce sens, v. Fabrice MELLERAY, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure – note sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et a.* », *Droit administratif*, 2012, comm. 22.

¹⁵⁰⁶ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, (1977), réimp., Dalloz, 2007, vol. 2, p. 432, cité par Camille BROUELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif – note sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et a.* », JCP A, 2012, n° 2089. V. aussi Daniel LABETOULLE, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, Dalloz, Paris, 2009, p. 479.

¹⁵⁰⁷ Bertrand SEILLER, « L'illégalité externe, commode bouc émissaire », AJDA, 2012, p. 1609.

¹⁵⁰⁸ René HOSTIOU, « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif – Au sujet de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011, des principes généraux du droit et du vice de procédure », RFDA, 2012, p. 423.

¹⁵⁰⁹ Bertrand SEILLER, « Acte administratif – II. Régime », *op. cit.*, p. 31.

¹⁵¹⁰ Bertrand SEILLER, *ibidem*, p.31.

la jouissance de droits fondamentaux ou d'assurer l'application de principes constitutionnels. Cela est précisément le cas en matière de procédures environnementales. L'étude d'impact est le pendant du devoir de prévention constitutionnalisé à l'article 3 de la Charte de l'environnement alors que l'enquête publique permet la concrétisation du droit à la participation du public reconnu à l'article 7 de la même Charte. Or, le juge administratif utilise largement la théorie des formalités substantielles dans ces deux domaines. Il convient dès lors d'en exposer les manifestations concrètes (1) avant d'en adopter une approche critique (2).

1) *Les manifestations concrètes de la théorie en matière d'étude d'impact environnemental et d'enquête publique*

375. En premier lieu, l'étude d'impact environnemental¹⁵¹¹ est une procédure d'aide à la décision administrative qui permet de s'assurer par avance que le projet susceptible d'être autorisé ne portera pas atteinte à l'environnement. C'est en cela que cette procédure met en œuvre le devoir de prévention constitutionnalisé à l'article 3 de la Charte de l'environnement. En outre, en tant qu'élément d'information du public, elle permet la mise en œuvre de l'article 7 de cette Charte. Or, la théorie des formalités substantielles a largement proliféré dans ce domaine. Le Conseil d'Etat a récemment précisé que « *les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative* »¹⁵¹². Si cette position prend en compte l'information du public, elle semble ignorer le rôle de l'étude d'impact quant à la mise en œuvre du devoir de prévention. Par exemple, ne constitue pas une irrégularité substantielle l'absence d'évaluation de l'importance de l'impact d'un remblai sur l'écoulement des eaux et sur d'éventuelles crues¹⁵¹³, alors même que de tels remblais peuvent porter atteinte à la biodiversité aquatique et accroître l'impact des inondations. Si pour le Conseil d'Etat de telles insuffisances n'ont pas « *privé le public de la possibilité de présenter utilement des observations* », celui-ci n'apprécie en rien leurs impact en terme de prévention, objet même de l'étude. De même, le Conseil d'Etat a pu juger, dans le cas d'un projet de porcherie dont chacun connaît les impacts sur le milieu aquatique, que « *l'absence d'étude sur l'analyse de la qualité des eaux ne revêt pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère substantiel dès lors que l'étude et le rapport précisent qu'il n'existe pas de nappe phréatique et que les eaux superficielles ne sont pas exploitées pour la consommation* »¹⁵¹⁴. Là encore, l'influence de ces irrégularités sur l'état écologique des eaux superficielles n'est pas prise en considération. En outre, les insuffisances de l'étude d'impact relatives à la présence de

¹⁵¹¹ Articles L. 122-1 et s. du code de l'environnement.

¹⁵¹² CE, 14 octobre 2011, *Société Ocreal*, n° 323257.

¹⁵¹³ CE, 28 juil. 2004, *Assoc. 901 déf. des habitants d'Allassac*, RJE, 2005, p. 367, chron. Michel PRIEUR.

¹⁵¹⁴ CAA Bordeaux, 6 novembre 2003, *M. André Z*, RJE, 2005, p. 369, chron. Michel PRIEUR.

« cistudes »¹⁵¹⁵ ne constituent pas, dans les circonstances de l'espèce, un vice de procédure de nature à entacher la légalité de la décision¹⁵¹⁶, alors même que la cistude est une espèce protégée et que l'étude d'impact doit évaluer les impacts du projet sur ces espèces, conformément à la directive 85/337/CEE. De plus, le fait que tous les éléments de l'étude d'impact de la modification d'une centrale nucléaire n'aient pas fait l'objet d'indications quantitatives ne constitue pas une irrégularité substantielle¹⁵¹⁷, alors même que la dangerosité de ce type d'activité aurait pu justifier une plus grande sévérité du juge. Enfin, la seule circonstance qu'une étude d'impact n'ait pas figuré dans le dossier joint à la demande du permis de construire ne suffit pas à faire regarder comme remplie la condition tenant à l'absence d'étude d'impact¹⁵¹⁸, alors même que l'adjonction au dossier permet l'information du public.

376. En second lieu, l'enquête publique est une procédure d'information et de participation du public¹⁵¹⁹ qui permet de concrétiser l'article 7 de la Charte de l'environnement, de même que le droit de propriété¹⁵²⁰. Davantage même qu'en matière d'étude d'impact, le juge administratif a largement recours à la théorie des formalités substantielles dans ce domaine. En ce qui concerne tout d'abord l'affichage de l'avis d'enquête publique, la jurisprudence apparaît frappée d'une importante incohérence. Ainsi, en cas d'absence d'affichage dans le voisinage de l'installation projetée, le juge considère qu'il ne s'agit pas d'une irrégularité substantielle¹⁵²¹. Au contraire, dans le cas où l'affichage a été limité à la mairie alors que la modification du POS portait sur un périmètre de 151 hectares, l'irrégularité emporte l'annulation de l'acte¹⁵²². Il y a donc « absence de parallélisme dans les deux cas, selon que le juge entend sauver l'acte attaqué ou, au contraire, censurer celui-ci »¹⁵²³. Dès lors, « ce mode de raisonnement "orienté" est, en définitive, quelque peu elliptique, le juge administratif préférant le plus souvent l'affirmation à la démonstration »¹⁵²⁴. Dans d'autres cas, le juge administratif tire argument du fait qu'il y a eu une forte participation du public à l'enquête pour en déduire que « le fait que les formalités d'affichage n'aient pas été effectuées sur les lieux mêmes de l'installation projetée » ne constitue pas une irrégularité substantielle de nature à entraîner l'annulation de l'acte¹⁵²⁵, alors même qu'« il ne faisait aucun doute en

¹⁵¹⁵ La cistude est une variété de tortue aquatique.

¹⁵¹⁶ CAA Bordeaux, 22 mars 2007, *Assoc. syndicale autorisée d'irrigation de l'Aubin*, n° 03BX00547.

¹⁵¹⁷ CE, 28 juil. 2004, *CRILAN*, RFDA, 2004, p. 1040 ; RJE, 2005, p. 371, chron. Michel PRIEUR.

¹⁵¹⁸ CE, réf., 13 juil. 2007, *Synd. intercom. pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères*, n° 294603, AJDA, 2007, p. 2210.

¹⁵¹⁹ Article L. 123-1 et s. du code de l'environnement.

¹⁵²⁰ CC, 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, *loi SRU*, § 15 ; RFDC, 2001, p. 85, chron. Nathalie JACQUINOT, Alain PARIENTE, Loïc PHILIP, Didier RIBES et Michel VERPEAUX.

¹⁵²¹ CE, 19 novembre 2004, *SARL Centrale des carrières*, RJE, 2006, p. 82, chron. René HOSTIOU et Jean-Claude HELIN ; CAA Bordeaux, 8 septembre 2008, *EARL Groussin*, Environnement, 2009, comm. 4.

¹⁵²² CAA Marseille, 10 novembre 2004, *Commune d'Avignon*, n° 00MA02347, RJE, 2006, p. 81, chron. René HOSTIOU et Jean-Claude HELIN.

¹⁵²³ René HOSTIOU, note sur CAA Marseille, 10 novembre 2004, *Commune d'Avignon*, *ibidem*, p. 82.

¹⁵²⁴ René HOSTIOU, *ibidem*, p. 83.

¹⁵²⁵ CAA Bordeaux, 8 septembre 2008, *EARL Z*, RJE, 2010, p. 142, chron. René HOSTIOU et Jean-Claude HELIN.

l'espèce que la publicité avait été incomplète »¹⁵²⁶ et qu'un affichage régulier aurait pu être de nature à permettre la participation d'autres personnes à l'enquête. En outre, une irrégularité n'a pas la même portée selon que celle-ci a pénalisé le public ou les élus locaux. Ainsi, l'avis publié moins de huit jours avant l'ouverture de l'enquête, dans certaines communes, n'est pas de nature à vicier la légalité de la décision d'autorisation dès lors que ces retards de publicité n'ont pas eu pour effet de réduire le nombre de personnes susceptibles de participer à l'enquête¹⁵²⁷. En revanche, l'omission de l'information de l'ouverture de l'enquête à plusieurs maires de communes concernées vicie la procédure¹⁵²⁸. Par ailleurs, le juge considère que le non-respect de la durée légale de l'enquête fixée à un mois ne constitue pas une irrégularité substantielle¹⁵²⁹. Il en va de même en ce qui concerne le fait que le commissaire-enquêteur ait organisé une réunion, uniquement avec les élus locaux, après la clôture de l'enquête, mais antérieurement à la remise de son avis¹⁵³⁰. En pareil cas, on peut se demander dans quelle mesure le juge a pu s'assurer que les élus n'ont pas influencé le commissaire-enquêteur au détriment du public. Enfin, alors que l'incompétence de l'auteur de l'acte est un moyen d'ordre public qui conduit logiquement à l'annulation, le Conseil d'Etat a jugé qu'un tel vice ne constitue pas une irrégularité substantielle¹⁵³¹.

2) *Les inconvénients de la théorie des formalités substantielles*

La théorie des formalités substantielles, si elle a pour but de ne pas faire subir aux actes de l'administration une trop grande insécurité juridique, n'en est pas moins déroutante sur le plan théorique. Elle limite la sanction de certaines obligations procédurales et ainsi leur effectivité. On peut ainsi se demander « *à quoi servent des contraintes dont le respect ne peut quasiment plus être vérifié* »¹⁵³². Certaines formalités sont certainement superflues et il ne s'agit pas pour nous de rejeter cette théorie dans son principe même. Cependant, les exemples de l'enquête publique et de l'étude d'impact mettent cette théorie en question.

377. Tout d'abord, on peut se demander si cette théorie ne remet pas en cause le respect de certaines normes ou principes de rang supérieur, constitutionnel ou conventionnel. Nous avons montré le lien qui existe entre la prévention des atteintes à l'environnement, exigence de rang constitutionnel, et l'étude d'impact, de même que les inconvénients, sur ce plan, de la jurisprudence administrative. Dès lors que le juge administratif ne s'assure pas toujours que

¹⁵²⁶ Jean-Claude HELIN, note sur CAA Bordeaux, 8 septembre 2008, *EARL Z*, *ibidem*, p. 142.

¹⁵²⁷ CE, 11 octobre 1989, *Association Sauvegarde de Machemont et ses environs*, n° 44681.

¹⁵²⁸ TA Nice, 10 mai 1989, *M. Bricaud*, n° 474/89/11.

¹⁵²⁹ CAA Nancy, 26 novembre 2009, *M. Laurent*, n° 08NC01363.

¹⁵³⁰ CAA Bordeaux, 8 septembre 2008, *EARL Z*, n° 06BX01509, RJE, 2010, p. 142, chron. René HOSTIOU et Jean-Claude HELIN.

¹⁵³¹ CE, 17 juillet 2009, *Commune de Grenoble, Communauté d'agglomération Grenoble-Alpes-Métropole*, n° 301615, RJE, 2010, p. 136, chron. René HOSTIOU et Jean-Claude HELIN. En l'espèce le maire avait prescrit l'ouverture de l'enquête à la place du Président de la communauté d'agglomération.

¹⁵³² Bertrand SEILLER, « Acte administratif – II. Régime », *op. cit.*, p. 31. Dans le même sens, v. Bertrand SEILLER, « L'illégalité externe, commode bouc émissaire », *AJDA*, 2012, p. 1609.

les irrégularités commises n'ont pas eu pour effet de réduire le caractère préventif de cette procédure, le devoir de prévention qui pèse sur les pétitionnaires et sur l'administration n'en est-il pas altéré ? De même, les fluctuations du juge administratif à l'égard de la portée d'irrégularités relatives à l'affichage de l'avis d'enquête mettent en cause des normes supérieures. Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus y porte en effet une attention particulière en en faisant une condition du respect de l'article 6 de la Convention¹⁵³³. Cette position est justifiée par le fait qu'une publicité large de l'enquête est une condition de l'effectivité de la participation du public. Or, en France, cette publicité est encore aujourd'hui minimale, se limitant à des modalités d'affichage et à une publication dans deux journaux locaux. Chacun s'accorde à dire que les enquêtes publiques se déroulent trop souvent « sans public »¹⁵³⁴. Elles sont pourtant une condition de la jouissance du droit de propriété et du droit à la participation. Or, la jurisprudence du Conseil d'Etat est loin d'en assurer l'effectivité, sous-estimant peut-être l'importance de ces procédures et leur lien indissociable avec la décision au fond. Il n'est cependant pas certain que la jurisprudence du Conseil d'Etat ne soit pas amenée à évoluer, non seulement en raison de la valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement, mais aussi en raison des termes de la jurisprudence *Danthony*. En effet, il suffirait que le juge administratif considère une irrégularité commise en matière d'étude d'impact ou d'enquête publique comme la privation d'une « garantie » pour les intéressés pour que cette irrégularité soit considérée comme substantielle¹⁵³⁵ et ainsi susceptible d'entraîner l'annulation de la décision.

378. En outre, il faut s'interroger sur l'impact du cumul d'irrégularités non substantielles. Plusieurs d'entre elles, touchant par exemple à plusieurs rubriques de l'étude d'impact, ne constituent-elles pas au moins une irrégularité substantielle de nature à entraîner l'annulation de l'acte administratif ? Ne montrent-elles pas, envisagées globalement, que le pétitionnaire n'a pas réalisé l'étude dans les conditions de sérieux et de sincérité requises ?

379. De plus, l'utilisation de cette théorie peut conduire à dénaturer une procédure toute entière. C'est ce que tend à montrer René Hostiou à l'égard de la déclaration d'utilité publique (DUP). Ainsi, l'irrégularité est « *présentée comme non substantielle au cas où elle n'a eu aucune influence sur le contenu de la décision émise ou si elle n'a en rien altéré les garanties attachées à cette formalité (...). Mais cette explication simpliste n'est pas totalement*

¹⁵³³ V. Julien BETAÏLLE, « Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus », *AJDA*, 2010, p. 2083.

¹⁵³⁴ Cécile BLATRIX, *Des enquêtes publiques sans public ?*, Mémoire DEA, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 1994 ; « Vers une démocratie participative ? Le cas de l'enquête publique », in Jacques CHEVALLIER (dir.), *La gouvernementabilité*, CURAPP, PUF, 1996, p. 299.

¹⁵³⁵ Dans une décision du 25 juin 2012, postérieure à l'arrêt *Danthony*, le Conseil d'Etat fait le lien entre la qualité de l'étude de danger et l'information du public, sans toutefois se référer à la Charte de l'environnement : « *Considérant, en premier lieu, que les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude de dangers ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative* » (CE, 25 juin 2012, *Collectif Antinucléaire 13 et a.* n° 346395).

éclairante »¹⁵³⁶. « La signification et la portée (de cette explication) diffèrent selon qu'il s'agit pour le juge d'annuler ou, au contraire, de valider l'acte attaqué »¹⁵³⁷. On bascule ainsi, à l'instar du contrôle du bilan, dans un contrôle de l'opportunité de l'opération, sous couvert de contrôle de la légalité externe¹⁵³⁸. Parfois hésitant à annuler sur le fond une DUP, le juge peut, compte tenu de la liberté qu'il s'octroie dans le cadre de l'appréciation du caractère substantiel d'une irrégularité et de la règle de l'économie de moyens, retenir un moyen de légalité externe pour annuler une DUP. Au delà, Bertrand Seiller explique que « le Conseil d'Etat préfère lui-même parfois fonder une annulation sur la violation d'un vice de procédure plutôt que sur l'atteinte à un principe de fond. Il s'évite ainsi des prises de position délicates »¹⁵³⁹. « Présenté classiquement comme un strict contrôle de régularité juridique des actes de l'administration, l'examen exercé (sur la DUP) par le juge relève à bien des égards, de la logique de l'arbitrage et conduit fréquemment le juge à confronter non pas des normes mais des valeurs et à se comporter de la sorte en "administrateur" »¹⁵⁴⁰. René Hostiou explique ainsi que la mise en balance des intérêts ne se limite pas au contrôle du bilan mais qu'il s'étend, grâce à la liberté conférée par la théorie des formalités substantielles, au contrôle de la légalité interne. Le rôle du juge passe donc d'un contrôle objectif du respect de la légalité par un acte administratif à un arbitrage des intérêts en présence. La théorie des formalités substantielles a ainsi permis de s'éloigner du rôle initial de l'invalidation : assurer le respect des normes.

380. En définitive, si les conséquences de l'invalidation tendent à se renforcer au niveau international, elles semblent en revanche s'affaiblir au niveau interne. L'annulation est parfois perçue comme inutile, voire néfaste, par le juge administratif. Ce dernier est en effet confronté à l'alternative entre l'annulation et la validation. La gradation des sanctions possibles est encore trop faible pour que le juge puisse sanctionner chaque violation de la norme, en particulier lorsqu'il s'agit d'obligations procédurales jugées secondaires. Il se peut ainsi que « le juge écarte toute sanction ! La loi lui en confère souvent le pouvoir, renonçant ainsi à une part de son effectivité »¹⁵⁴¹. Les obligations procédurales, pour une large part assimilables aux normes secondaires décrites par Hart, jouent pourtant un rôle déterminant dans le système juridique, singulièrement pour assurer l'effectivité, c'est-à-dire la réalisation des normes primaires.

381. Plusieurs mesures pourraient cependant être envisagées pour remédier à cette situation. La plus « simple » serait tout d'abord de conférer aux décisions du juge la

¹⁵³⁶ René HOSTIOU, « Nature et progrès du contrôle... », LPA, 27 juin 2001, n° 127, p. 10.

¹⁵³⁷ René HOSTIOU, *ibidem*, p. 10.

¹⁵³⁸ Sur le contrôle de la légalité externe des DUP, v. *infra*, § 781.

¹⁵³⁹ Bertrand SEILLER, « L'illégalité externe, commode bouc émissaire », AJDA, 2012, p. 1609. Dans le même sens, v. René HOSTIOU, « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif... », *op. cit.*, p. 423.

¹⁵⁴⁰ René HOSTIOU, *ibidem*, p. 8.

¹⁵⁴¹ Christian ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *op. cit.*, p. 222-223.

dimension « punitive » qui lui fait actuellement défaut. Ainsi, chez les Grecs, dans la procédure « *Graphès Para Nomon* », c'est-à-dire une action en justice dans l'intérêt de la loi, « *la sanction allait de la simple annulation du décret à une amende* »¹⁵⁴². Dans les hypothèses qui ne donnent actuellement lieu à aucune sanction, le juge pourrait ainsi infliger une amende sans nécessairement prononcer l'annulation, dès lors que celle-ci se révélerait inutile. Cela permettrait d'améliorer la dissuasion et la prévention des violations de la norme. Au-delà, remédier plus profondément aux problèmes posés par les effets de l'invalidation de la norme implique de limiter au maximum la nécessité de recourir à la rétroactivité de l'annulation. En effet, « *l'acte annulé ne peut pas toujours être réduit à néant comme l'exigerait le principe de la rétroactivité de l'annulation (...). L'acte annulé est intervenu effectivement, il a bel et bien existé jusqu'à son annulation : cette vérité de fait l'emporte chaque jour davantage sur la vérité de droit selon laquelle un acte nul ne peut produire aucun effet. (...) il y a une tendance très nette dans la jurisprudence comme dans la pratique à accepter des annulations purement platoniques qui se réduisent à une censure morale de l'administration* »¹⁵⁴³. Il est possible d'affirmer à la suite de Prosper Weil que « *cela est extrêmement grave : il ne sert à rien d'affirmer solennellement que l'annulation efface rétroactivement l'acte illégal avec toutes ses conséquences alors qu'en fait cet anéantissement rétroactif est bien souvent impossible. (...) Si l'évolution actuelle se poursuit, le jour arrivera où l'on ne pourra plus l'utiliser que dans le vide, sans efficacité pratique, pour le seul plaisir d'une censure doctrinale de l'administration. (...) Ce jour-là, le recours pour excès de pouvoir aura perdu sa raison d'être, son objet n'étant pas de proclamer la légalité in abstracto, dans un pur souci d'esthétique, mais bien de la réaliser concrètement* »¹⁵⁴⁴. Près de soixante années après, nous n'en sommes peut-être pas encore à ce stade, mais l'évolution décrite par Weil s'est largement confirmée à travers la jurisprudence *AC!*. Si celle-ci tend à limiter les inconvénients de la rétroactivité, elle n'assure pas au recours pour excès de pouvoir la possibilité de jouer le rôle qui est le sien pour assurer le caractère obligatoire des normes de droit public et, *in fine*, leur effectivité. Les véritables réponses au problème de la rétroactivité se situent davantage du côté des procédures de référé¹⁵⁴⁵ et de la célérité de la justice administrative.

¹⁵⁴² Anne-Charlène BEZZINA, « La participation du public à la législation », *Jurisdoctoria*, 2010, p. 146.

¹⁵⁴³ Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Jouve et Cie éditeurs, Paris, 1952, p. 8.

¹⁵⁴⁴ Prosper WEIL, *ibidem*, p. 9.

¹⁵⁴⁵ V. *infra*, § 862 et s..

Section II : L'engagement de la responsabilité, une sanction aléatoire

382. « *La responsabilité est susceptible de remplir une pluralité de fonctions* »¹⁵⁴⁶. Sa fonction première est la réparation. Pour autant, simultanément, « *la responsabilité constitue une sanction (...) de sorte que l'obligation de réparer ses fautes est envisagée par le législateur comme un moyen d'éviter ces infractions* »¹⁵⁴⁷. En droit privé, selon Geneviève Viney, « *la responsabilité civile joue également un rôle préventif réel lorsqu'elle sanctionne les atteintes aux droits de la personnalité ou à certains intérêts collectifs, professionnels ou non, matériels ou moraux, dont certaines associations prennent aujourd'hui de plus en plus efficacement la défense* »¹⁵⁴⁸. Il en va de même en ce qui concerne la responsabilité de la puissance publique. A travers sa fonction de sanction, la responsabilité de la puissance publique tend à favoriser le respect de la norme par les collectivités publiques. *In fine*, la responsabilité publique constitue une condition de l'effectivité de la norme.

383. Pour autant, tous les types de responsabilité ne contribuent pas au même niveau à l'effectivité de la norme. Ainsi, dans le cas de la responsabilité objective pure, c'est-à-dire la responsabilité sans faute, « *l'obligation de réparer ne suppose pas la violation d'un devoir, la commission d'un acte illicite. L'effet juridique ne constitue dès lors pas une sanction* »¹⁵⁴⁹. Seule l'obligation de réparer est dans ce cas effective. En revanche, « *dans le cadre de la responsabilité pour faute (...), la fonction sanctionnatrice (...) sera placée au premier plan* »¹⁵⁵⁰. Or, la responsabilité pour faute constitue le droit commun du droit de la responsabilité de la puissance publique¹⁵⁵¹.

384. Cela ne suffit cependant pas à faire de la responsabilité publique un vecteur puissant de sanction. Compte tenu de ses limites intrinsèques et de ses conditions d'engagement, la responsabilité n'est qu'un instrument aléatoire de sanction de la puissance publique.

Il convient donc d'envisager dans un premier temps en quoi la responsabilité est un instrument de sanction de la puissance publique (§1) avant d'aborder le caractère aléatoire de cet instrument de sanction (§2).

¹⁵⁴⁶ Danièle LOCHAK, « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », in Jacques CHEVALLIER et al., *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 286.

¹⁵⁴⁷ Danièle LOCHAK, *ibidem*, p. 286.

¹⁵⁴⁸ Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008, p. 88.

¹⁵⁴⁹ Charles-Albert MORAND, « La sanction », in APD, t. 35, 1990, p. 306.

¹⁵⁵⁰ Michel PAILLET, *La responsabilité administrative*, Cours, Dalloz, Paris, 1996, p. 30.

¹⁵⁵¹ CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque – Rapport public 2005, La documentation française*, 2005, p. 232.

§1 – Un instrument de sanction de la puissance publique

385. La fonction de sanction traditionnellement attribuée à la responsabilité de la puissance publique passe principalement par le rôle central qu'y occupe la faute¹⁵⁵². Entendue comme « *le manquement à une obligation préexistante* »¹⁵⁵³, la faute peut stigmatiser le non-respect d'une obligation juridique et ainsi, dès lors que son identification est complétée par la satisfaction des autres conditions d'engagement de la responsabilité, conduire à la sanction indirecte du non-respect de cette obligation. Même si les mécanismes de responsabilité objective se sont largement développés, ceux-ci « *ne permettent en aucune façon de faire l'économie de la responsabilité pour faute* »¹⁵⁵⁴, justement parce que seule cette dernière induit la sanction d'une obligation juridique. Pour autant, il s'agit d'une notion « *fuyante et multiforme* »¹⁵⁵⁵ et le juge administratif en a fait « *l'instrument d'une politique jurisprudentielle visant notamment à éviter tout engagement par trop systématique de la responsabilité de la puissance publique* »¹⁵⁵⁶.

386. Au-delà, toutes les fautes ne contribuent pas nécessairement au respect de la norme. Seules les fautes qui stigmatisent le non-respect d'une obligation juridique assurent cette fonction de sanction. Cela est évidemment le cas des fautes constituées par la violation d'une norme, par exemple le cas d'une « *illégalité fautive* ». Pour autant, « *les liens entre illégalité et faute ne sont pas absolus en ce que de nombreuses fautes ne résultent que d'un fait ou d'un agissement matériel et non d'une décision illégale* »¹⁵⁵⁷. Ainsi, certaines carences, inactions ou abstentions, dès lors que celles-ci sont liées à la non-exécution d'une obligation juridique, contribuent elles-aussi à la sanction de cette obligation juridique. A l'inverse, des maladresses, des défauts d'organisation, une information défectueuse délivrée par l'administration, des promesses non tenues ou des défauts de surveillance, s'ils sont bien constitutifs d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique, ne sont le plus souvent pas liés directement à une obligation juridique. Cette distinction n'est pas absolue et reste fondamentalement poreuse, d'autant plus que les fautes qui viennent d'être énumérées, si elles ne contribuent pas directement au respect de la norme, peuvent influencer son effectivité en ce que leur stigmatisation favorise le bon fonctionnement du service public dans son ensemble.

Si l'on s'en tient ici aux cas où la responsabilité permet de renforcer le respect de la norme, on peut distinguer les cas où l'engagement de la responsabilité peut constituer une

¹⁵⁵² Sur l'histoire du lien entre la responsabilité et la faute, voir Geneviève VINEY, « La responsabilité », APD, n° 22, 1977, p. 280 et s..

¹⁵⁵³ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{ème} éd., t. II, LGDJ, 1949, n° 913. Sur les caractères de la faute, v. Jean-François COUZINET, « La notion de faute lourde administrative », RDP, 1977, pp. 288-289.

¹⁵⁵⁴ François OST, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et Société*, 1995, p. 288.

¹⁵⁵⁵ Christophe GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1998, p. 107.

¹⁵⁵⁶ Christophe GUETTIER, *ibidem*, p. 107.

¹⁵⁵⁷ Benoît DELAUNAY, *La faute de l'administration*, thèse, droit, LGDJ, 2007, p. 146.

sanction de la violation – active – d'une norme (I) de ceux où l'engagement de la responsabilité permet de sanctionner l'absence d'application – passive – d'une norme (II).

I. La sanction de la violation de la norme

Si la responsabilité est aujourd'hui un instrument de sanction de la violation des normes, c'est parce qu'à tous les niveaux, ou presque, des ordres juridiques, se sont développés des mécanismes de responsabilité fondés sur l'invalidité d'une norme au regard d'une autre ou sur la contrariété d'un fait à une norme. Il en va ainsi pour les normes internationales et européennes (A) comme pour la plupart des normes internes (B).

A. La violation des normes internationales et européennes

La sanction du non-respect des obligations internationales par le juge est inhérente à l'ordre juridique international et elle s'opère traditionnellement par le jeu de la responsabilité. Le juge de l'Union européenne a lui aussi développé des systèmes de responsabilité centrés sur la violation de la norme par les Etats ou par l'Union européenne (1). Cela a influencé le juge national qui a, à son tour, reconnu le principe de la responsabilité de l'Etat du fait de la violation des normes internationales et européennes (2). Chacun de ces mécanismes concourt au respect et à l'effectivité des normes internationales et européennes.

1) La responsabilité devant les juges international et européen

387. En ce qui concerne en premier lieu le juge international, il est clair qu'« *au-delà de la réparation, la mise en œuvre de la responsabilité vise aussi à la restauration de la légalité internationale* »¹⁵⁵⁸. On a ainsi pu souligner l'importance du « *rôle de la responsabilité dans les conditions générales d'application du droit international, ou, si l'on préfère, de respect de la légalité internationale* »¹⁵⁵⁹. Le droit commun de la responsabilité internationale est centré sur la notion de « fait illicite ». Ainsi, il résulte de la codification du droit international de la responsabilité que « *tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale* »¹⁵⁶⁰. La reconnaissance de la responsabilité de l'Etat implique

¹⁵⁵⁸ Pierre-Marie DUPUY, « Responsabilité et légalité », in SFDI, *La responsabilité dans le système international*, Pedone, 1991, p. 273.

¹⁵⁵⁹ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 553.

¹⁵⁶⁰ Article 1^{er}, résolution n° 56/83 du 12 décembre 2001 par laquelle l'assemblée générale des Nations Unies prend note des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite présentés par la Commission du droit international.

traditionnellement un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage, même si la codification du droit international a largement minimisé l'importance du dommage.

Le fait générateur de la responsabilité est constitué par le fait illicite imputé à un sujet de droit international. Le fait illicite peut résulter de la contrariété d'une norme interne à la norme internationale ou d'une situation de pur fait contraire au droit international. L'engagement de la responsabilité vient donc sanctionner le non-respect de la norme internationale. Cette « infraction internationale » doit cependant pouvoir être imputée à un sujet de droit international¹⁵⁶¹.

Le dommage est en principe indispensable à l'engagement de la responsabilité internationale, mais plusieurs éléments contribuent à limiter sa place en droit international, révélant ainsi un peu plus la fonction de sanction de ce type de responsabilité. Tout d'abord, au-delà du dommage matériel ou moral, celui-ci peut être constitué par un simple « *préjudice juridique* »¹⁵⁶². Or, il n'est constitué « *que par l'atteinte à un droit subjectif de l'Etat victime* »¹⁵⁶³. La violation de la norme constitue donc en elle-même un préjudice. Ensuite, l'article 1^{er} de la codification du droit de la responsabilité internationale ne fait pas référence au dommage. Le fait illicite est suffisant pour engager la responsabilité internationale. Ainsi, « *peu importe les conséquences d'une violation du droit international, celui-ci doit être respecté et tout manquement engage la responsabilité de son auteur, les conséquences de celle-ci variant selon que le fait internationalement illicite a ou non causé un dommage et en fonction de la nature de la norme violée* »¹⁵⁶⁴. In fine, la responsabilité internationale est largement tournée vers la légalité internationale. Pour autant, en pratique, cet instrument n'est que peu utilisé, notamment en matière d'environnement¹⁵⁶⁵.

388. En second lieu, le juge de l'Union européenne, reconnaît le principe de la responsabilité des Etats-membres du fait de la violation du droit de l'Union. Son principe est

¹⁵⁶¹ Les ONG ou les entreprises multinationales ne sont pas des sujets de droit international et sont donc irresponsables en droit international. En principe, « *on ne peut donc pas leur imputer des faits illicites internationaux, même si, matériellement, leur comportement équivaut à la violation d'une norme internationale* » (Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 531). L'imputabilité à l'égard de l'Etat se limite aux actes qui peuvent être considérés comme ayant été accomplis par un organe de l'Etat (v. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *ibidem*, p. 533 et s.). Cependant, même si les personnes ayant violé le droit international n'ont pas agi pour le compte de l'Etat, le fait illicite peut être imputé à l'Etat si ce dernier résulte « *d'un défaut de prévention, d'une insuffisance de contrôle, d'une négligence, bref d'un défaut de diligence de la part des organes de l'Etat* » (Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *ibidem*, p. 540).

¹⁵⁶² B. STERN, « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats », AFDI, 2001, p. 3.

¹⁵⁶³ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 545. Pour Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, le dommage semble cependant indispensable car « *sans dommage, pas d'atteinte à un droit subjectif, et sans atteinte à un droit, pas d'intérêt juridique à l'action en responsabilité* » (Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *ibidem*, p. 542). Cette observation doit être nuancée dans la mesure où le droit subjectif peut être de nature procédurale et ne pas engendrer de dommage matériel.

¹⁵⁶⁴ Alain PELLET, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite suite – et fin ? », AFDI, 2002, p. 3.

¹⁵⁶⁵ Pierre-Marie DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement... », *op. cit.*, p. 893.

admis depuis le début des années quatre-vingt-dix¹⁵⁶⁶. Ce type de responsabilité est mis en œuvre par le juge national. Elle est elle-aussi centrée sur la sanction du non-respect de la norme dès lors qu'elle suppose une violation, suffisamment caractérisée cependant, du droit de l'Union¹⁵⁶⁷. Cette violation peut résulter d'une norme nationale contraire au droit de l'Union mais aussi de l'inaction de l'Etat¹⁵⁶⁸. En outre, elle peut provenir aussi bien du législateur, du pouvoir exécutif, des entités infra-étatiques¹⁵⁶⁹ que des juges nationaux¹⁵⁷⁰. L'existence d'un arrêt en constatation de manquement facilitera la preuve de la violation du droit de l'Union. A défaut, c'est le juge national qui devra établir cette violation. Cependant, l'existence d'une marge d'appréciation au profit de l'Etat peut conduire à limiter la responsabilité de l'Etat. Celle-ci sera alors engagée seulement si la violation du droit de l'Union est particulièrement grave¹⁵⁷¹. De plus, la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que si le droit de l'Union attribue des droits au profit des particuliers, si ces droits peuvent être identifiés sur la base des dispositions du droit de l'Union et s'il existe un lien de causalité entre la violation imputable à l'Etat et le dommage subi par les particuliers. Ces conditions, notamment celle tenant à l'atteinte à des « droits » attribués aux particuliers, peuvent cependant conduire à un affaiblissement de la portée de ce type de responsabilité¹⁵⁷². Néanmoins, la jurisprudence européenne a conduit le juge national à admettre la responsabilité de l'Etat du fait de la violation des normes internationales et européennes dans des conditions relativement plus souples.

2) La responsabilité de l'Etat pour violation du droit international devant le juge national

389. La jurisprudence européenne a largement influencé le droit français de la responsabilité. Le Conseil d'Etat a ainsi admis la responsabilité de l'Etat du fait de la mauvaise transposition du droit de l'Union par des décisions ministérielles¹⁵⁷³. Pour autant, on se limitait alors à considérer que la contrariété avec le droit international résultait des actes

¹⁵⁶⁶ CJCE, 12 janvier 1976, *Russo*, aff. 69/75, rec., p. 45 ; 19 novembre 1991, *Franovich et Bonifaci*, C-6/90 et C-9/90, rec., p. I-5357 ; RTDE, 1993, p. 81, chron. Enrico TRAVERSA.

¹⁵⁶⁷ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, rec., p. I-1029 ; JDI, 1997, p. 488, note Denys SIMON. V. Anne RIGAUX, « L'arrêt "Brasserie du Pêcheur – Factortame III" : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », *Europe*, mai 1996, p. 1.

¹⁵⁶⁸ CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer et a.*, C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à C-190/94, rec., p. I-4845. Cela implique que ce type de responsabilité répond aussi à l'hypothèse d'absence d'application de la norme.

¹⁵⁶⁹ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, C-302/97, rec., p. I-3099 ; RTDH, n° 43, 2000, chron. Frédéric SUDRE.

¹⁵⁷⁰ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, rec., p. I-10239 ; AJDA, 2004, p. 315, chron. Jean-Marc BELORGEY, Stéphane GERVASONI et Christian LAMBERT. V. Denys SIMON, « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », *Europe*, novembre 2003, p. 3.

¹⁵⁷¹ Sur l'appréciation de cette gravité, v. Joël RIDEAU, *Droit institutionnel...*, *op. cit.*, p. 1102.

¹⁵⁷² V. Julien BETAILLE, « L'action en manquement au droit de l'Union européenne et l'irréversibilité », in Dominique AUDRERIE et Christian GRELLOIS, *Patrimoine et biodiversité*, PU Bordeaux, 2011, p. 104.

¹⁵⁷³ CE, Ass., 28 février 1992, *Rothmans et Philip Morris* ; AJDA, 1992, p. 329, chron. Christine MAUGUE et Rémy SCHWARTZ ; RFDA, 1992, p. 425, note Louis DUBOUIS.

d'application de la loi¹⁵⁷⁴. C'est seulement en 2007, avec la jurisprudence *Gardedieu*, que le juge administratif a admis la responsabilité de l'Etat du fait des lois contraires aux engagements internationaux de la France¹⁵⁷⁵, après que plusieurs tribunaux administratifs ont retenu des interprétations divergentes¹⁵⁷⁶. Dès lors, « *la responsabilité de l'Etat du fait des lois est susceptible d'être engagée (...) en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France* ». Le principe même de ce nouveau mécanisme de responsabilité ne posait pas de difficulté particulière tant la conjonction de la règle de droit international *pacta sunt servanda*, de la primauté du droit de l'Union européenne et de l'article 55 de la Constitution implique l'obligation de réparer le préjudice né de la méconnaissance d'une règle de droit international ou de l'Union européenne¹⁵⁷⁷.

390. D'importantes difficultés ont cependant été soulevées à propos de la place de la faute dans ce nouveau régime de responsabilité. Cette question n'est pas sans importance au regard du rôle de ce régime de responsabilité vis-à-vis du respect des normes de droit international. Avant la jurisprudence *Gardedieu*, René Chapus avait tout d'abord pu considérer qu'il y avait ici matière à reconnaître une responsabilité pour faute en raison de l'impossibilité de la soumettre aux conditions restrictives de la responsabilité fondée sur le principe d'égalité devant les charges publiques¹⁵⁷⁸. Ce fondement présente « *le double avantage de la cohérence et de la simplicité* »¹⁵⁷⁹ et permet d'éviter les conditions de préjudice grave et spécial. Pour autant, en l'absence d'habilitation expresse, constitutionnelle ou internationale, en ce sens, elle n'a pas été retenue par le Commissaire du gouvernement Luc Derepas. Ce dernier n'a pourtant pas proposé au Conseil d'Etat de retenir l'hypothèse d'une responsabilité sans faute fondée sur la rupture d'égalité, le considérant, tout comme Camille Broyelle, inadapté¹⁵⁸⁰. Cela a donc conduit Luc Derepas à rejeter ces deux hypothèses, optant alors pour la création d'un régime juridique « *sui generis* ». L'arrêt du Conseil d'Etat n'a pas dissipé l'incertitude. Au terme de cette décision, la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée « *en*

¹⁵⁷⁴ CE, 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco*, rec., p. 78 ; AJDA, 1992, p. 210, concl. Martine LAROQUE, obs. Pierre BON et Philippe TERNEYRE ; RFDA 1992, p. 425, note Louis DUBOUIS.

¹⁵⁷⁵ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522, rec., p. 78 ; AJDA, 2007, p. 585, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, ibid., p. 1097, trib. Paul CASSIA ; RFDA, 2007, p. 361, concl. Luc DEREPAS ; JCP A, 2007, n° 2083, note Camille BROUELLE ; RTD Civ., 2007, p. 297, obs. Jean-Pierre MARGUENAUD.

¹⁵⁷⁶ TA Paris, 7 mai 2004, *Assoc. France Nature Environnement*, RFDA, 2004, p. 1193, concl. Meslay, AJDA, 2004, p. 1878, note E. Saulnier-Cassia (rejet de la faute législative) ; TA Clermont-Ferrand, 23 septembre 2004, *SA Fontanille*, AJDA, 2005, p. 385, note C. Weisse-Marchal (reconnaissance de la faute législative).

¹⁵⁷⁷ V. Luc DEREPAS, « La responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux – conclusions sur CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu* », RFDA, 2007, p. 361.

¹⁵⁷⁸ René CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1381.

¹⁵⁷⁹ Luc DEREPAS, « La responsabilité du fait des lois... », RFDA, 2007, p. 361.

¹⁵⁸⁰ La rupture d'égalité devant les charges publiques n'est pas le fondement de la responsabilité du fait des lois notamment parce que tous les destinataires de la loi sont victimes de son inconvencionnalité. Pour Camille Broyelle, il ne s'agit que d'un « *fondement artificiel* » (Camille BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, thèse, droit, LGDJ, 2003, p. 23). Le véritable fondement serait la volonté du législateur de réparer les conséquences de l'application de la loi, que ce soit dans le cas de la jurisprudence *La Fleurette* ou dans le cas de l'inconvencionnalité de la loi (Camille BROUELLE, *ibidem*, p. 12).

raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ». Ainsi, « la formulation retenue par l'Assemblée ne permet pas de distinguer nettement le terrain de responsabilité qu'elle a souhaité retenir »¹⁵⁸¹. Il s'agit à l'évidence pour le Conseil d'Etat « de ne pas offusquer la susceptibilité du législateur »¹⁵⁸² et de respecter la séparation des pouvoirs¹⁵⁸³. Cette position a pu apparaître « discutable »¹⁵⁸⁴. En effet, « la méconnaissance d'une obligation est généralement considérée comme constitutive d'une faute. Mais l'arrêt se garde bien d'employer un tel terme et c'est évidemment voulu »¹⁵⁸⁵.

391. Même si la faute est un marqueur de la fonction de sanction de la responsabilité, ces flottements jurisprudentiels et doctrinaux¹⁵⁸⁶ n'ont finalement que peu d'importance. On pourrait en effet considérer, comme Fabrice Melleray, qu'il s'agit d'« une responsabilité pour faute où ne manque que le mot "faute" »¹⁵⁸⁷. Si l'on se concentre sur l'essentiel, il reste objectivement que la responsabilité de l'Etat est ici engagée à raison de la contrariété de la loi avec une norme internationale et que l'Etat doit supporter la charge, symbolique et financière, de la réparation du préjudice causé. La jurisprudence *Gardedieu* a donc pour effet, au moins au plan symbolique, de sanctionner le non-respect des normes internationales. Maryse Deguegue considère d'ailleurs que la suppression des immunités de la loi a permis « de mieux sanctionner les violations du droit communautaire qui causent des dommages aux administrés »¹⁵⁸⁸. Il en va partiellement de même des autres mécanismes de responsabilité pour faute qui sanctionnent le non-respect des normes de droit interne.

B. La violation des normes internes

La responsabilité de la puissance publique permet partiellement de sanctionner la violation des normes internes. Si la responsabilité du fait de la violation des normes

¹⁵⁸¹ Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, « Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité – CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu* », AJDA, 2007, p. 585.

¹⁵⁸² Maryse DEGUERGUE, « Droit européen et responsabilité de l'Etat français », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., p. 634.

¹⁵⁸³ Pierre BON, « L'arrêt La Fleurette aujourd'hui », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, p. 199.

¹⁵⁸⁴ Paul CASSIA, « La décision *Gardedieu* est-elle suffisamment intelligible ? », AJDA, 2007, p. 1097.

¹⁵⁸⁵ Pierre BON, « L'arrêt La Fleurette aujourd'hui », op. cit., p. 199.

¹⁵⁸⁶ Il faut à ce titre signaler la riche argumentation de Camille Broycelle en faveur d'un régime de responsabilité sans faute (Camille BROYELLE, « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi non conventionnelle : une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'Etat législateur – CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu* », JCP A, 2007, n° 2083).

¹⁵⁸⁷ Fabrice MELLERAY, « Les arrêts GIE AXA COURTAGE et GARDEDIEU remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques ? », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo – Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 499.

¹⁵⁸⁸ Maryse DEGUERGUE, « Droit européen et responsabilité de l'Etat français », op. cit., p. 627.

constitutionnelles n'existe pas en droit français (1), la responsabilité du fait de la violation des normes infra-constitutionnelles est largement admise (2), tels que l'illustrent les domaines de l'environnement et de l'urbanisme (3).

1) *L'absence de responsabilité du fait de la violation des normes constitutionnelles*

392. Il n'existe pas, en droit français, de responsabilité de la puissance publique du fait de la violation des normes constitutionnelles. Si le recul de l'immunité de la loi sur le plan de sa conventionnalité a progressé sous l'impulsion des juges européens, il n'en va paradoxalement pas de même sur le plan de sa constitutionnalité. A titre de comparaison, l'ordre juridique de l'Union européenne connaît un régime de responsabilité du fait des actes généraux, dont certains peuvent être comparés à des « lois européennes », contraires aux traités, lesquels ont été assimilés à des normes constitutionnelles par la Cour de justice¹⁵⁸⁹.

393. Cette lacune de l'ordre juridique interne s'explique largement par le fait que jusqu'à l'entrée en vigueur de la QPC, l'inconstitutionnalité de la loi ne pouvait être constatée qu'avant son entrée en vigueur, c'est-à-dire avant qu'elle n'ait été susceptible de produire un dommage matériel ou moral. Le seul régime de responsabilité qui avait pu être envisagé par le juge administratif était celui de la responsabilité fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁵⁹⁰. On pouvait, avant 2008, considérer à juste titre que « *dans la mesure où le système français de justice constitutionnelle est principalement un système a priori, il est difficile d'imaginer, (...), des dommages causés par la loi déclarée par la suite inconstitutionnelle de telle sorte qu'une responsabilité pour faute du législateur serait alors envisageable : en principe, la loi déclarée inconstitutionnelle n'a pas encore été promulguée de telle sorte qu'elle n'a pu causer aucun dommage* »¹⁵⁹¹. L'hypothèse d'une responsabilité du fait d'une loi contraire à la Constitution était alors prisonnière du monopole du juge constitutionnel sur le contrôle de constitutionnalité et de l'étroitesse de sa saisine. Pour autant, même avant 2008, une loi pouvait, en l'absence d'exercice du contrôle *a priori*, demeurer inconstitutionnelle après son entrée en vigueur et produire de ce fait un dommage.

394. La réforme constitutionnelle de 2008 et l'entrée en vigueur de la QPC en 2010 ouvre désormais de nouveaux horizons. L'inconstitutionnalité de la loi peut désormais être constatée après son entrée en vigueur, après que cette loi a pu produire un dommage. Le développement d'une nouvelle branche de la responsabilité du fait des lois, contraires à la Constitution, est donc désormais envisageable. Elle serait d'ailleurs de nature à renforcer les sanctions qui pèsent sur le législateur à raison d'une inconstitutionnalité qui, nous l'avons vu, demeurent assez faibles en l'état du droit positif.

¹⁵⁸⁹ V. Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 935.

¹⁵⁹⁰ CAA Paris, 8 octobre 2003, *Demaret*, AJDA, 2004, p. 277.

¹⁵⁹¹ Pierre BON, « L'arrêt La Fleurette aujourd'hui », *op. cit.*, p. 197.

La reconnaissance d'une telle hypothèse par le juge administratif semble cependant, compte tenu de sa timidité dans l'hypothèse de la jurisprudence *Gardedieu*, demeurer un horizon lointain.

2) *L'admission large – mais incomplète – de la responsabilité du fait de la violation des normes infra-constitutionnelles*

395. Conférer une dimension de sanction à la responsabilité suppose que la violation de la norme constitue une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique. L'histoire doctrinale et jurisprudentielle de la relation entre la faute et l'illégalité n'est pas nécessairement univoque¹⁵⁹². Le Doyen Delbez avait ainsi pu avancer la position « *selon laquelle seules les illégalités d'une certaine gravité constitueraient des fautes du service public* »¹⁵⁹³. La doctrine classique considérait alors que certains vices de forme ne constituaient pas des illégalités suffisamment graves pour être constitutives d'une faute simple de service¹⁵⁹⁴. Selon cette position, il existait des illégalités vénielles qui, par définition, entraînaient l'annulation, mais qui étaient insusceptibles de constituer une faute simple¹⁵⁹⁵. Pour autant, l'histoire de la jurisprudence montre, à quelques exceptions près, que toutes les illégalités sont fautives¹⁵⁹⁶. Jean-Claude Hélin a démontré cela dès 1969. Selon lui, la frontière de la faute simple n'est pas le caractère véniel de l'illégalité commise, mais l'illégalité elle-même en tant que vice de nature à entraîner l'annulation¹⁵⁹⁷. Ainsi, « *aucune des illégalités sanctionnées par l'annulation ne peut être considérée comme une illégalité vénielle insusceptible d'atteindre le seuil de gravité nécessaire pour constituer une faute simple de service* »¹⁵⁹⁸. Dès lors, tout vice susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte peut être constitutif d'une faute simple de nature à engager la responsabilité de l'administration.

396. Le lien entre l'illégalité et la faute¹⁵⁹⁹ a été entériné par la jurisprudence administrative en 1973 avec la décision *Ville de Paris c. Driancourt*¹⁶⁰⁰. Benoît Delaunay a ensuite pu mettre

¹⁵⁹² V. Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, thèse, droit, LGDJ, 1994, p. 185 à 195.

¹⁵⁹³ Maryse DEGUERGUE, *ibidem*, p. 186.

¹⁵⁹⁴ Louis DELBEZ, « *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité* », RDP, 1932, p. 463 et s..

¹⁵⁹⁵ V. Jean-Claude HELIN, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, thèse, droit, Nantes, 1969, p. 144.

¹⁵⁹⁶ V. Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine*, *op. cit.*, p. 186 et s..

¹⁵⁹⁷ Jean-Claude HELIN, *Faute de service et préjudice...*, *op. cit.*, p. 88 ; 145 ; 168 et s..

¹⁵⁹⁸ Jean-Claude HELIN, *ibidem*, p. 125.

¹⁵⁹⁹ Il s'agit en principe de fautes de service. Sur la distinction avec la faute personnelle des agents de l'administration, v. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 1001.

¹⁶⁰⁰ CE, sect., 16 janvier 1973, *Ville de Paris c. Driancourt*, rec., p. 78. Voir à ce propos les développements de Benoît Delaunay qui tendent à montrer le caractère très relatif de la nouveauté de la solution retenue dans cet arrêt (Benoît DELAUNAY, *La faute de l'administration*, thèse, droit, LGDJ, 2007, p. 150 et s.). En outre, l'absence d'illégalité entraîne automatiquement l'absence de faute CE, sect., 26 juin 1970, *Bartoli*, rec., p. 442.

en évidence qu'il existe une relation causale entre l'illégalité et la faute¹⁶⁰¹. Il résulte de cette relation que « *l'illégalité est ici doublement sanctionnée : par l'annulation et, lorsqu'il y a eu un dommage spécial, par la mise en jeu de la responsabilité de l'administration* »¹⁶⁰². La fonction de sanction de la responsabilité administrative apparaît ici avec éclat.

397. Cependant, la correspondance entre l'illégalité et la faute a pour conséquence que la responsabilité – tout comme l'annulation – ne sanctionne pas la violation des formalités non substantielles. En effet, dès lors que l'illégalité se définit comme « *vice de nature à entraîner l'annulation de l'acte* »¹⁶⁰³ et que la frontière de la faute est l'annulation, la violation d'une formalité non-substantielle, qui n'est pas une illégalité¹⁶⁰⁴, ne constitue pas une faute de l'administration. Prosper Weil avait ainsi affirmé que la violation des formalités non-substantielles « *n'entraîne ni l'annulation ni la responsabilité* »¹⁶⁰⁵ et il ne semble pas que cela ait évolué depuis lors¹⁶⁰⁶. Cette situation est parfaitement logique dans la mesure où il y aurait en effet un paradoxe à considérer qu'une irrégularité non-substantielle ne peut entraîner l'annulation mais qu'elle peut en revanche entraîner la faute. Pour autant, le caractère non-substantiel de l'irrégularité commise n'en fait pas moins une violation de la norme. Or, ce type d'irrégularité est doublement privé de sanction : sur le plan de l'annulation comme sur le plan de la responsabilité.

Si l'« *on conçoit difficilement qu'un vice entachant l'instrumentum de l'acte puisse causer un préjudice* »¹⁶⁰⁷, on peut cependant évoquer certains exemples qui peuvent susciter le doute quant à l'incapacité d'une violation d'une formalité non-substantielle d'engendrer un préjudice. Ainsi, nous avons vu que la jurisprudence administrative relative à l'étude d'impact environnementale constitue un terrain d'élection de la théorie des formalités substantielles et que celle-ci ignore le rôle de cette procédure quant à la réalisation du devoir de prévention constitutionnalisé par la Charte de l'environnement. A titre d'exemple, il a pu être jugé que l'absence d'étude relative à l'analyse de la qualité des eaux concernant un projet de porcherie n'est pas une irrégularité substantielle¹⁶⁰⁸. Or, nul ne peut aujourd'hui contester l'importance de ce type d'étude pour évaluer et prévenir les atteintes aux milieux aquatiques générés par les porcheries. Encore faudrait-il, il est vrai, et nous y reviendrons, que le préjudice écologique pur soit reconnu par le juge administratif. D'une façon plus générale, il n'est pas exclu que le juge administratif soit amené à admettre la réparation du préjudice né de la violation de certaines formalités aujourd'hui considérées comme non-substantielles, compte

¹⁶⁰¹ Benoît DELAUNAY, *La faute de l'administration*, thèse, droit, LGDJ, 2007, p. 161.

¹⁶⁰² Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 197.

¹⁶⁰³ Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN et Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2008, p. 201.

¹⁶⁰⁴ En revanche, « *même les illégalités de pure forme sont jugées fautives* » (Benoît DELAUNAY, *La faute...*, *op. cit.*, p. 155 ; CE, 20 déc. 1946, *Société des grands magasins de nouveauté*, rec., p. 317).

¹⁶⁰⁵ Prosper WEIL, *Les conséquences...*, *op. cit.*, p. 256.

¹⁶⁰⁶ A notre connaissance, en ce qui concerne les procédures d'enquête publique et d'étude d'impact – terrains d'élection de la théorie des formalités substantielles – aucune décision jurisprudentielle n'est de nature à contredire cette affirmation.

¹⁶⁰⁷ Jean-Claude HELIN, *Faute de service et préjudice...*, thèse, droit, Nantes, 1969, p. 257.

¹⁶⁰⁸ CAA Bordeaux, 6 novembre 2003, *M. André Z*, *op. cit.*.

tenu de son exigence croissante à l'égard de l'administration, même si cela suppose que le juge de l'excès de pouvoir requalifie ces irrégularités comme des irrégularités substantielles. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause la frontière de la faute mise en évidence par Jean-Claude Hélin mais de mettre de nouveau en avant l'usage parfois abusif que fait le juge administratif de la théorie des formalités substantielles.

3) L'illégalité fautive en matière d'environnement et d'urbanisme

398. Exception faite de la question des formalités non-substantielles, l'efficacité de la correspondance entre l'illégalité et la faute peut être illustrée par des exemples jurisprudentiels en matière d'environnement et d'urbanisme. Ainsi, la délivrance irrégulière d'une autorisation d'exploiter une installation classée engage la responsabilité de l'administration¹⁶⁰⁹. Ainsi, « *la faute simple suffit à engager la responsabilité de l'Etat s'agissant de la mise en œuvre de la police des ICPE en tant qu'elle laisse à l'administration le temps de mûrir ses décisions et ne comporte pas de difficultés d'application particulières* »¹⁶¹⁰. Dans une telle hypothèse, il nous semble que l'engagement de la responsabilité de l'administration aura davantage d'effet dissuasif que l'annulation de sa décision, dans la mesure où l'annulation pénalise principalement l'exploitant, alors que la responsabilité va peser sur les finances de l'administration.

L'illégalité fautive trouve aussi application en matière de sanctions administratives. Ainsi, « *tant la violation de la loi que l'erreur sur les motifs de droit ou de fait ou encore l'absence de proportionnalité entre les faits reprochés et la sanction choisie constituent des fautes* »¹⁶¹¹. Par exemple, la fermeture illégale d'une installation classée peut entraîner la responsabilité de l'administration et l'exploitant peut demander réparation du préjudice subi¹⁶¹².

399. En matière d'urbanisme, l'octroi illégal d'un permis de construire, tout comme son refus¹⁶¹³, est constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration¹⁶¹⁴, notamment si le permis ne prévoit pas certaines prescriptions relatives aux risques naturels¹⁶¹⁵. En outre, dans la même hypothèse, la méconnaissance des règles relatives à la protection de l'environnement peut être à l'origine d'un préjudice moral pour les associations agréées de

¹⁶⁰⁹ CE, 26 novembre 1975, *Dugenest*, RJE, 1977, p. 58.

¹⁶¹⁰ David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 456.

¹⁶¹¹ Maryse DEGUERGUE, « Sanctions administratives et responsabilité », *AJDA*, n° spécial, 20 oct. 2001, p. 86.

¹⁶¹² CE, 14 janvier 1994, *Société Spéchinor*, n° 125195, RJE, 1995, p. 166, note R. SCHNEIDER.

¹⁶¹³ CE, 30 mars 1966, *Ravinetto*, rec., p. 247 ; CE, 21 juillet 1989, *Cocorel*, LPA, 31 oct. 1990, p. 13, chron. J.-B. AUBY.

¹⁶¹⁴ CE, 10 décembre 1983, *Moreau*, rec., p. 288.

¹⁶¹⁵ CE, 2 octobre 2002, *Ministre de l'équipement, des transports et du logement*, n° 232720, rec., p. 924, BJDU, 2002, p. 309, concl. I. Da SILVA.

protection de l'environnement¹⁶¹⁶. Même si la responsabilité pour faute des collectivités territoriales en matière d'urbanisme peut être atténuée par le partage de responsabilité, voire par la reconnaissance de la faute de la victime¹⁶¹⁷, il n'en reste pas moins une menace concrète de sanction à l'égard des collectivités territoriales susceptible de peser lourdement sur leur budget.

400. Il en résulte que la correspondance entre l'illégalité et la faute a pour effet de faire peser sur l'administration la menace d'une sanction venant s'ajouter à l'annulation de ses décisions. Pour autant, « *la faute de service n'est pas seulement constituée par la commission d'une illégalité. En effet, la mission de l'administration ne se limite pas à la prise de décision modifiant l'ordonnement juridique* »¹⁶¹⁸, la faute peut aussi résulter de l'inaction de l'administration.

II. La sanction de l'absence d'application de la norme

Au-delà des mécanismes de responsabilité qui sanctionnent la faute consécutive à la violation d'une norme, la responsabilité peut sanctionner le défaut d'application d'une norme. Cela est particulièrement le cas lorsque la responsabilité de la puissance publique est engagée du fait du défaut de contrôle du respect d'une norme et du fait de la carence de la puissance publique, c'est-à-dire du fait de l'« *inaction ou abstention consistant à ne pas prendre une disposition dont le besoin se fait sentir* »¹⁶¹⁹.

La responsabilité de l'administration du fait des activités de contrôle est soumise à un régime particulier, celui de la faute lourde. Nous aurons plus loin l'occasion d'expliquer pourquoi cela prive ce mécanisme de ses potentialités. La responsabilité de l'Etat du fait de son inaction est reconnue par les droits international et européen¹⁶²⁰. En revanche, au niveau interne, la responsabilité de la puissance publique du fait de son inaction à l'égard de l'application des normes constitutionnelles n'existe pas (A). Au contraire, le juge administratif a, de longue date, reconnu la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat du fait de la carence fautive dans l'exercice du pouvoir réglementaire (B) et de la carence fautive dans l'exercice des pouvoirs de police administrative (C).

¹⁶¹⁶ CAA Marseille, 14 avril 2011, *Commune de Moustiers Sainte-Marie*, n° 09MA01897.

¹⁶¹⁷ Par exemple lorsque le permis de construire a été sollicité dans une zone à risque (v. Florence NICOU, *Du contentieux administratif de l'urbanisme*, op. cit., p. 146-147).

¹⁶¹⁸ Christophe GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1998, p. 141.

¹⁶¹⁹ Gérard CORNU, Entrée « carence », in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 134.

¹⁶²⁰ La plupart des mécanismes de responsabilité internationale et européenne que nous avons déjà abordés couvrent les hypothèses d'inaction de l'Etat. En droit international, l'absence de transcription en droit interne d'une norme internationale peut être considérée comme un fait illicite.

A. L'absence de mécanisme de carence fautive du pouvoir législatif

401. Tout comme il n'existe pas de régime de responsabilité du fait des lois contraires à la Constitution¹⁶²¹, il n'existe pas plus de régime de responsabilité du fait de l'absence de mise en œuvre législative des dispositions constitutionnelles.

Quelques exemples tirés de la Charte de l'environnement, norme constitutionnelle la plus récente consacrant de nouveaux droits fondamentaux, permettent d'illustrer des hypothèses d'inaction du législateur. Il nous semble en effet que le législateur n'a pas tiré toutes les conséquences de la Charte de l'environnement, ou alors avec un certain retard. L'article 7 de cette Charte, qui consacre les droits à l'information et à la participation du public, fait l'objet de plusieurs inactions législatives alors même que la nature procédurale de ces droits implique nécessairement une action du législateur et que celle-ci est suggérée par cette disposition elle-même à travers la mention « *dans les conditions et les limites définies par la loi* ». La situation actuelle n'est en effet pas satisfaisante. Le Conseil constitutionnel exerce, en raison de ce renvoi au législateur, un contrôle restreint de cet article. De plus, il n'a pas encore précisé les conditions procédurales d'application de ces droits¹⁶²². Le droit à la participation du public est longtemps resté totalement inappliqué en ce qui concerne l'élaboration des décrets « *ayant une incidence sur l'environnement* ». Ce n'est qu'en 2010 que le législateur est intervenu dans ce domaine à travers l'article 244 de la loi du 12 juillet 2010¹⁶²³. Or, cet article, codifié aux articles L. 120-1 et s. du code de l'environnement, dispose d'un champ d'application restrictif au regard de la Charte de l'environnement¹⁶²⁴. En outre, l'article 16 de la loi du 17 mai 2011¹⁶²⁵, s'il prévoit une consultation du public en matière d'actes administratifs réglementaires, ne systématise absolument pas cette consultation. Par ailleurs, une interprétation extensive du droit à l'information aurait pu conduire le législateur à organiser les modalités d'une expertise pluraliste et contradictoire en matière

¹⁶²¹ En dépit des balbutiements de la jurisprudence administrative sur ce point (v. implicitement CE, 17 décembre 2010, n° 343752, concl. Mattias GUYOMAR ; Mathieu DISANT, « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi inconstitutionnelle – Prologomènes et perspectives », RFDA, 2012, p. 1181).

¹⁶²² CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC ; AJDA, 2012, p. 260, ét. Bénédicte DELAUNAY. Ainsi, le Conseil précise que « *ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative n'assurent la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause* », sans définir les modalités que doit prendre la participation du public. Le Conseil précise en outre qu'« *il est loisible au législateur de définir des modalités de mise en œuvre du principe de participation qui diffèrent selon qu'elles s'appliquent aux actes réglementaires ou aux autres décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* » (CC, 27 juillet 2012, n° 2012-269 QPC, *Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et a.* ; JCP G, 2012, p. 1590, chron. Bertrand MATHIEU).

¹⁶²³ Loi n° 2011-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n° 0160 du 13 juillet 2010, p. 12905.

¹⁶²⁴ Cet article limite son champ d'application aux décisions ayant une « *incidence directe et significative sur l'environnement* ». V. Gérard MONEDIAIRE, « La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics en matière d'environnement », RJE, n° spécial, 2010, p. 225 ; *infra*, § 549 et s..

¹⁶²⁵ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n°0115 du 18 mai 2011, p. 8537.

d'environnement ¹⁶²⁶ . Enfin, d'autres hypothèses d'inapplication de dispositions constitutionnelles par le législateur pourraient être mises au jour, notamment en ce qui concerne la protection de la santé prévue à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, ou encore concernant la mise en œuvre du devoir de réparation des atteintes à l'environnement prévu à l'article 4 de la Charte de l'environnement.

Cependant, la création d'un recours en responsabilité du fait de la carence fautive du législateur peut sembler prématurée. Outre qu'elle implique une profonde réforme du rôle du Conseil constitutionnel, elle nous semble devoir être précédée par la création d'un recours en inconstitutionnalité par omission, tel que nous aurons l'occasion de le développer plus loin¹⁶²⁷.

B. La carence fautive dans l'exercice du pouvoir réglementaire

402. La jurisprudence administrative a de longue date retenu la responsabilité de l'Etat en raison de la carence fautive résultant de l'absence ou du retard d'adoption d'actes administratifs réglementaires¹⁶²⁸. La responsabilité de l'administration fut notamment retenue en raison du report de six mois de l'adoption de décisions individuelles d'exécution¹⁶²⁹. Puis, la sanction de ce type de retard a, dans le cadre du contentieux de l'annulation, été étendue aux actes réglementaires nécessaires à l'application de la loi¹⁶³⁰. Le juge de la responsabilité a ensuite retenu la responsabilité de l'Etat en raison d'un retard de treize ans dans l'adoption d'un règlement d'application d'un décret avec l'arrêt *Dame Veuve Renard*¹⁶³¹. La sanction de ces retards a été étendue aux règlements d'application des lois, notamment avec l'arrêt *France Nature Environnement* intervenu dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir le 28 juillet 2000¹⁶³². Le Conseil d'Etat a ainsi affirmé l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire d'exécution des lois sur la base de l'article 21 de la Constitution. Ainsi, « *l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application*

¹⁶²⁶ V. nos développements collectifs in Dominique BOURG et al., *Pour une 6^{ème} République écologique*, Odile Jacob, 2011, p. 144.

¹⁶²⁷ V. *infra*, § 611 et 612 ; v. aussi *ibidem*, p. 154 à 156.

¹⁶²⁸ V. Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine...*, *op. cit.*, p. 198. L'auteur cite l'arrêt *Lemercier* (CE, 21 septembre 1827, rec., p. 503) comme étant le premier à considérer que cette carence peut ouvrir droit à indemnité.

¹⁶²⁹ CE, 6 juillet 1934, *Société Van Outryve*, rec., p. 787 ; RDP, 1934, p. 629, concl. RIVET.

¹⁶³⁰ CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, rec., p. 475 ; *Dalloz*, 1963, p. 606, note Jean-Marie AUBY. V. *infra*, § 614 et s..

¹⁶³¹ CE, Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des finances c. Dame veuve Renard*, rec., p. 590 ; AJDA, 1964, p. 723.

¹⁶³² V. Clotilde DEFFIGIER, « L'obligation pour le gouvernement de prendre les règlements d'application de la loi littoral (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*) », RFDA, 2003, p. 116.

de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle »¹⁶³³.

Pour autant, le retard, c'est-à-dire le « *manquement objectif à une obligation générale de diligence* »¹⁶³⁴, n'est pas en lui-même illégal ou fautif¹⁶³⁵. Le délai pour adopter un acte réglementaire d'application est en général jugé raisonnable s'il ne dépasse pas un an¹⁶³⁶. C'est d'abord s'il dépasse un certain délai que ce retard sera jugé déraisonnable et qu'il impliquera l'illégalité ou la faute. Au-delà, un certain nombre de faits justificatifs pourront écarter le caractère déraisonnable de ce délai. Il en va par exemple ainsi de difficultés particulières d'élaboration¹⁶³⁷, d'un changement de gouvernement ou de l'annonce d'une modification du texte législatif de base¹⁶³⁸. En outre, « *la question se posera certainement de savoir dans quelle mesure le nombre astronomique de décrets d'application qu'une loi prévoit ne constituera pas une excuse absolutoire du retard à les prendre* »¹⁶³⁹. Par exemple, la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement prévoit près de 250 décrets d'application et l'on peut comprendre que ce travail donne lieu à un échelonnement du travail réglementaire.

En outre, la sanction de ce retard ne pourra intervenir que dans le respect des engagements internationaux, c'est-à-dire dans la mesure où ceux-ci ne s'opposent pas à leur adoption¹⁶⁴⁰. Surtout, la sanction de l'obligation d'édicter les règlements d'application ne pourra intervenir que si cette obligation est elle-même établie¹⁶⁴¹.

C. La carence fautive dans l'exercice des pouvoirs de police administrative : illustrations en matière d'environnement et d'urbanisme

Ce type de carence fautive peut résulter aussi bien du défaut d'édiction de mesures de police réglementant une activité (1) que du défaut de contrôles ou de sanctions (2). Dans les

¹⁶³³ CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, rec., p. 322, RFDA, 2003, p. 116, note Clothilde DEFFIGIER.

¹⁶³⁴ Maryse DEGUERGUE, « Promesses, renseignements, retards », *Rép. Resp. Puiss. Publ.*, Dalloz, juin 2011, n° 64.

¹⁶³⁵ Sur la relation entre le retard et la responsabilité administrative, voir Gaultier MARTIN, « La responsabilité de la puissance publique pour retard », LPA, 1999, n° 174, p. 4 et 176, p. 4. Le retard peut, de façon générale, être constitutif d'une faute simple.

¹⁶³⁶ Maryse DEGUERGUE, « Promesses, renseignements, retards », *op. cit.*, n° 89.

¹⁶³⁷ CE, 30 décembre 2009, *Dpt de la Seine Saint Denis*, AJDA, 2010, p. 389, note Paul CASSIA.

¹⁶³⁸ CE, 3 octobre 1997, *ANAFE*, rec., p. 327.

¹⁶³⁹ Maryse DEGUERGUE, « Promesses, renseignements, retards », *op. cit.*, n° 92.

¹⁶⁴⁰ CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, *op. cit.*.

¹⁶⁴¹ V. *infra*, § 614 et s. ; Jean-Marie AUBY, « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », JCP, 1953, I., n° 1080 ; M. GUIBAL, « Le retard des textes d'application des lois », RDP, 1974, p. 1039 ; Jean-Marie BRETON, « L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois », RDP, 1993, p. 1756 ; Bertrand SEILLER, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », AJDA, 2004, p. 761.

deux cas, l'engagement de la responsabilité de l'administration favorise l'effectivité parce qu'elle oblige l'administration à agir pour mettre en oeuvre les normes supérieures.

1) *Le défaut d'édition de mesures de police réglementant une activité*

403. L'obligation d'édicter des mesures de police, indispensables pour faire cesser un péril grave, résulte de la jurisprudence *Doublet* du 23 octobre 1959¹⁶⁴². Il s'agissait en l'espèce du refus d'un maire d'adopter un arrêté de réglementation du camping. Le défaut d'édition de mesures de police peut ainsi conduire à l'engagement de la responsabilité de l'administration¹⁶⁴³. En matière de police, « *la jurisprudence a plutôt tendance à se contenter d'une faute simple relativement à la vie juridique de la police, mais à exiger une faute lourde quant à ses interventions sur le terrain* »¹⁶⁴⁴.

Ce type de responsabilité concourt, comme le précédent, à l'effectivité des normes supérieures en favorisant l'adoption des normes inférieures nécessaires à leur mise en œuvre. Ces dernières concourent à la mise en œuvre de normes supérieures. Par exemple, le juge administratif a pu retenir la carence de l'administration du fait du retard dans la délimitation d'une zone exposée à des risques naturels¹⁶⁴⁵. De même, constitue une faute « *l'absence de réglementation* » en ce qui concerne l'émission de bruits, odeurs et poussières d'une installation classées¹⁶⁴⁶. Dans ces deux cas, le défaut d'édition de ces mesures a compromis l'effectivité du principe de prévention traditionnellement reconnu en droit de l'environnement. Le rôle de la carence fautive dans l'exercice des pouvoirs de police administrative au regard de l'effectivité de la norme est cependant encore plus net en matière de contrôles et de sanctions.

2) *Le défaut de contrôles et de sanctions*

404. L'inefficacité des mesures de police dans la préservation de l'ordre public n'est pas, en elle-même, fautive¹⁶⁴⁷. Pour autant, le défaut de contrôle ou de sanction peut constituer une

¹⁶⁴² CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, rec., p. 540, RDP, 1959, p. 1295, concl. A. BERNARD.

¹⁶⁴³ Par exemple en raison du retard dans la délivrance d'un permis de construire (CE, 15 décembre 1971, *Société Le Val d'Oise*, rec., p. 775).

¹⁶⁴⁴ Arnaud DE LAJARTRE, « Les responsabilités administratives et les catastrophes naturelles », in Jean-Marc LAVIEILLE, Julien BETAILLE et Michel PRIEUR, *Les catastrophes écologiques et le droit – échecs du droit, appels au droit*, op. cit., p. 457. En ce sens, voir CE, 25 mars 1966, *Société "Les films Marceau"*, rec., p. 240 ; AJDA, 1966, p. 254, concl. RIGAUD.

¹⁶⁴⁵ CE, 27 juillet 1979, *Blanc*, rec., p. 352.

¹⁶⁴⁶ CAA Paris, 29 décembre 1992, *Assoc. de défense de la qualité de la vie à Bondy*, n° 91PA00556).

¹⁶⁴⁷ CE, 6 mai 1991, *Société Automobiles Citroën*, RDP, 1991, p. 1447.

faute de nature à engager la responsabilité de l'administration¹⁶⁴⁸. Cette voie se révèle même particulièrement efficace. En droit des installations classées, la jurisprudence est abondante et marque la volonté du juge de rappeler à l'administration sa mission d'application de cette police administrative. Ainsi, un ensemble de décisions retient la responsabilité de l'administration en raison de son inaction à faire cesser, par l'inutilisation de ses pouvoirs de contrôle et de sanction, une situation irrégulière. Ainsi, si « *le préfet (...) conserve le choix des moyens à employer pour assurer l'exécution de la loi* », il est « *tenu, en l'absence de circonstances exceptionnelles, de prendre les mesures adéquates pour mettre fin à une situation irrégulière* »¹⁶⁴⁹, sous peine de voir la responsabilité de l'Etat engagée. Il en va de même lorsque le préfet s'abstient d'intervenir et laisse « *se poursuivre l'exploitation dans des conditions non conformes aux prescriptions de l'arrêté d'autorisation* »¹⁶⁵⁰, ou lorsqu'il « *n'a pas utilisé ses pouvoirs pour faire respecter par (une société) les prescriptions de l'arrêté préfectoral* »¹⁶⁵¹.

Comme l'exprime Michel Prieur, il s'agit d'« *une mesure particulièrement utile pour contraindre le service chargé du contrôle des installations classées d'assurer avec toute la vigilance souhaitée un contrôle rigoureux sur les pollutions* »¹⁶⁵². Le juge administratif ne s'y trompe pas et il a maintes fois confirmé ce mouvement jurisprudentiel¹⁶⁵³. La voie de la responsabilité administrative a même été utilisée par une entreprise privée face à l'incapacité de l'administration à faire respecter la police des installations classées à l'égard d'une entreprise concurrente fonctionnant durablement sans autorisation¹⁶⁵⁴.

Plus précisément, la faute de l'administration a été retenue dans le cas d'un refus illégal de mettre en demeure un exploitant¹⁶⁵⁵. Il en va de même, et cela nous semble devoir être souligné compte tenu de la pratique des services de l'Etat dans ce domaine, lorsque le préfet privilégie le dialogue avec l'exploitant au détriment de la mise en œuvre des sanctions administratives¹⁶⁵⁶. Ainsi, l'absence d'adoption de sanction administrative par le préfet peut

¹⁶⁴⁸ Même si sa sanction se fait principalement par la voie pénale, et non par la voie administrative, le droit de l'urbanisme n'est pas en retrait par rapport à cette jurisprudence. Ainsi, est fautive la carence du fait du retard pour dresser un procès-verbal d'une infraction au code de l'urbanisme (CE, 21 octobre 1983, *Ministre de l'environnement et du cadre de vie c. M. et Mme Guedeu*, rec., p. 424, AJDA, 1984, p. 47, obs. J. CHAPUISAT ; CE, 10 juillet 2006, *Consorts Sabban*, n° 267943, BJD, 2006, p. 460, concl. Emmanuelle PRADA BORDENAVE, obs. J.-C. B.).

¹⁶⁴⁹ CE, 22 mars 1978, *Brelivet*, RJE, 1981, p. 45.

¹⁶⁵⁰ CE, 11 juillet 1986, *Ministre de l'environnement c. Michallon*, n° 61719.

¹⁶⁵¹ CE, 18 décembre 1987, *Reulet*, n° 68821.

¹⁶⁵² Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2006, p. 1077.

¹⁶⁵³ CE, 5 juillet 2004, *Lescure*, n° 243801, *Environnement*, 2004, comm. 119, note David GILLIG ; AJDA, 2005, p. 610, note François-Guy TREBULLE ; CAA Versailles, 8 mars 2006, *Commune de Taverny*, n° 03VE04692, AJDA, 2007, p. 2266, note Marie-Françoise DELHOSTE.

¹⁶⁵⁴ TA Nice, 16 mai 2000, *SARL DKP c. Préfecture des Alpes-Maritimes*, n° 96-3649, cité par David DEHARBE, *Les installations classées...*, op. cit., p. 454.

¹⁶⁵⁵ CE, 15 février 1974, *Sieur Arnaud*, n° 87119, rec., p. 115.

¹⁶⁵⁶ CAA Nancy, 22 octobre 2007, *M. et Mme Didier X*, n° 06NC00161, *Environnement*, n° 1, 2008, p. 30, note D. GILLIG.

être constitutive d'une faute¹⁶⁵⁷. Une association peut ainsi, à condition de faire valoir un préjudice, engager une action en ce sens en cas d'inertie de l'administration.

405. Une affaire est particulièrement emblématique du rôle que peuvent jouer les mécanismes de responsabilité du fait des activités de police. Il s'agit de l'affaire des algues vertes bretonnes qui a vu la responsabilité de l'Etat retenue par le juge administratif en raison, outre de divers retards de transposition de directives européennes, de la mauvaise application en Bretagne de la législation sur les installations classées¹⁶⁵⁸. Outre des régularisations illégales, c'est l'insuffisance des contrôles des installations agricoles qui a fondé la carence fautive de l'Etat¹⁶⁵⁹. Ainsi, « *il ne s'agit plus simplement de poser des règles plus ou moins bien respectées par leurs destinataires, mais d'analyser de quelle façon l'Etat, garant de ces règles, exerce effectivement ses compétences pour donner sa pleine effectivité à un dispositif normatif destiné à garantir la qualité des eaux* »¹⁶⁶⁰. L'Etat est ainsi « *sommé d'appliquer les normes qu'il a lui-même produites* »¹⁶⁶¹.

406. *In fine*, en dépit de l'absence de faute du législateur relativement au respect et à la mise en œuvre de la Constitution, la faute permet, sous une forme ou sous une autre, à presque tous les niveaux des ordres juridiques, de sanctionner la violation de la norme supérieure ou son défaut d'application. Par conséquent, la responsabilité publique, lorsqu'elle est fondée sur la faute, dispose incontestablement d'un rôle de sanction qui favorise l'effectivité de la norme de droit public. Pour autant, ce rôle demeure limité, que ce soit en raison de limites classiques relatives aux conditions d'engagement de la responsabilité ou du fait de limites inhérentes au caractère public de la responsabilité.

§2 – Le caractère aléatoire de la fonction de sanction de la responsabilité publique

Compte tenu de l'« *élargissement progressif des hypothèses de responsabilité de l'administration* »¹⁶⁶² et des progrès accomplis depuis l'irresponsabilité de principe dont jouissait le Roi et depuis l'arrêt *Blanco*, il pourrait sembler incongru d'affirmer le caractère

¹⁶⁵⁷ On rappellera cependant que le préfet dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des pouvoirs de sanction administrative en matière d'installations classées.

¹⁶⁵⁸ CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, *Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, ... c. Association Halte aux marées vertes et a.*, n° 07NT03775 ; AJDA, 2010, p. 903, note Agathe VAN LANG.

¹⁶⁵⁹ Des carences identiques avaient déjà conduit au même résultat dans une autre affaire jugée une dizaine d'années plus tôt (TA Rennes, 2 mai 2001, *Société Suez-Lyonnaise des eaux*, AJDA, 2001, p. 593, concl. J.-F. Coënt).

¹⁶⁶⁰ Philippe BILLET, « Themis v. Ulva sp. Variations juridiques sur les algues vertes », BDEI, déc. 2010, suppl., p. 32.

¹⁶⁶¹ Agathe VAN LANG, « Le juge administratif, l'Etat et les algues vertes – CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, *Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer c. Association Halte aux marées vertes et autres*, n° 07NT03775 », AJDA, 2010, p. 903.

¹⁶⁶² Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., p. 183.

aléatoire de la responsabilité publique. Il ne s'agit cependant ici que de mettre en évidence les limites de la fonction de sanction de la responsabilité. La fonction de sanction de la responsabilité est tout d'abord limitée aux hypothèses de responsabilité pour faute. Mais, elle l'est aussi sous l'effet des conditions classiques de la responsabilité (I). Enfin, d'autres limites sont inhérentes à la responsabilité publique, justement en raison de son caractère public, par opposition à la responsabilité privée (II).

I. Les limites relatives aux conditions d'engagement de la responsabilité : illustration en droit de l'environnement

Les conditions d'engagement de la responsabilité publique fondée sur la faute sont en règle générale l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur – la faute – et le préjudice. D'une façon générale, la responsabilité publique ne pourra réellement avoir un effet de sanction que si la responsabilité est effectivement engagée, c'est-à-dire si l'ensemble de ses conditions d'engagement sont réunies, même si la simple reconnaissance de la faute a évidemment un effet symbolique. Par exemple, « *l'illégalité entraîne l'automaticité de la faute mais non celle de la responsabilité* »¹⁶⁶³. Par exemple, « *la faute peut ne pas causer de préjudice* »¹⁶⁶⁴ même si, paradoxalement, « *la gravité du préjudice peut ne pas être indifférente à la reconnaissance d'une faute* »¹⁶⁶⁵, tout comme la gravité de la faute peut ne pas être indifférente à la reconnaissance d'un préjudice comme l'a montré l'exemple du contentieux des algues vertes.

L'évolution générale de l'appréciation du lien de causalité et du préjudice est globalement favorable à un élargissement de la responsabilité. Ainsi, « *les notions de dommage réparable et de lien de causalité entre ce dernier et le fait générateur de responsabilité sont appréhendées de façon suffisamment large pour aboutir, d'une part, à la généralisation de la responsabilité de la puissance publique et à la marginalisation des secteurs d'irresponsabilité, d'autre part, à l'admission d'un droit à réparation étendu* »¹⁶⁶⁶. Pour autant, le droit de l'environnement est de nature à faire ressortir le rôle de ces conditions d'engagement au regard de la fonction de sanction de la responsabilité. Dans cette matière comme de façon générale, le lien de causalité et le préjudice peuvent faire figure de variable d'ajustement à la disposition du juge. La responsabilité peut ainsi être modulée par la rigueur de l'appréciation de la causalité (A) ou par la limitation des préjudices indemnisables, comme l'illustre le cas du préjudice écologique pur (B).

¹⁶⁶³ Benoît DELAUNAY, *La faute de l'administration*, thèse, droit, LGDJ, 2007, p. 154.

¹⁶⁶⁴ Benoît DELAUNAY, *ibidem*, p. 324.

¹⁶⁶⁵ Benoît DELAUNAY, *ibidem*, p. 325.

¹⁶⁶⁶ Maryse DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », AJDA, 1995, p. 211.

A. La modulation de la responsabilité par l'appréciation de la causalité

La causalité est une condition indispensable à l'engagement de la responsabilité. Par conséquent, de son appréciation dépendra l'existence de la sanction inhérente à l'engagement de la responsabilité pour faute. L'appréciation de la causalité a donc une influence indirecte sur l'effectivité. Or, si la causalité réelle est susceptible de degrés, la causalité juridique ne l'est pas. L'existence du lien de causalité est reconnue ou non, sans autre alternative. Le juge administratif s'oriente classiquement vers une théorie de la causalité assez restrictive (1), ce qui lui permet de limiter les cas d'engagement de la responsabilité de l'Etat. En outre, les théories de la causalité sont particulièrement inadaptées à certaines causalités réelles telles que celles qui se manifestent en matière d'environnement (2).

1) *La préférence du juge administratif pour une théorie restrictive de la causalité*

407. Il existe plusieurs théories de la causalité juridique¹⁶⁶⁷. Les deux principales sont celles de la causalité adéquate et de l'équivalence des conditions. La première consiste à ne retenir que les fautes qui ont une vocation particulière à provoquer le dommage. Ainsi, « *la réalisation d'un dommage est attribuée à celui des faits dont on peut estimer, d'après l'expérience que l'on a du "cours normal des choses", qu'il avait une vocation particulière à provoquer ce dommage* »¹⁶⁶⁸. L'appréciation du « cours normal des choses » est évidemment marquée par la subjectivité et cette théorie conduit à écarter toutes les causes secondaires.

La seconde, celle de l'équivalence des conditions, conduit à retenir tous les facteurs qui ont été nécessaires à la réalisation du dommage. Elle est donc beaucoup moins sélective et permet de responsabiliser un ensemble d'acteurs plutôt que d'en stigmatiser un seul. Or, l'évolution contemporaine des processus de décision fait apparaître de plus en plus d'acteurs – expert, administration, élu, public – de même qu'une multiplication des échelons de décision – international, européen, étatique, décentralisé. La théorie de la causalité adéquate se situe donc aujourd'hui en rupture avec la réalité de la complexité de la prise de décision¹⁶⁶⁹. Pour autant, le juge administratif y reste particulièrement attaché¹⁶⁷⁰, même si certaines

¹⁶⁶⁷ V. Maryse DEGUERGE, « Causalité et imputabilité », *Jcl. Adm.*, fasc. 830, 2000, n° 15 et s..

¹⁶⁶⁸ René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 1245.

¹⁶⁶⁹ Le juge administratif applique ainsi la causalité adéquate en droit de l'urbanisme (CE, 21 juin 2006, *Gantois*, n° 278118, *BJDU*, 2006, p. 284, concl. Jacques-Henri STAHL, obs. Jean-Claude BONICHOT), alors même qu'il s'agit d'un droit décentralisé et marqué par une technicité faisant intervenir de nombreux experts. Il y apprécie avec rigueur le lien de causalité (Marcel SOUSSE, « Classement de terrains en zone constructible dans un espace remarquable », *Environnement*, 2010, comm. 9).

¹⁶⁷⁰ V. Maryse DEGUERGE, « Causalité et imputabilité », *Jcl. Adm.*, fasc. 830, 2000, n° 21 et s..

décisions du juge administratif tendent à accepter simultanément le recours à ces deux théories de la causalité, favorisant ainsi la responsabilité *in solidum*¹⁶⁷¹.

2) *L'inadaptation des théories de la causalité juridique aux causalités environnementales*

408. En matière d'environnement, la théorie de la causalité adéquate « *a parfois entraîné des positions extrêmement restrictives de la part du juge* »¹⁶⁷². Cette position est compréhensible dans la mesure où retenir une causalité trop faible présente un risque évident d'arbitraire à l'égard de personnes qui n'auraient participé que de façon indirecte à la production du dommage.

Un certain nombre de réalités propres au domaine de l'environnement conduisent à ne pas retenir de lien de causalité dans ce domaine¹⁶⁷³. La première est celle du temps propre aux systèmes biologiques. Les conséquences d'une faute peuvent, dans ce domaine, ne produire de dommages que plusieurs années ou plusieurs décennies plus tard. Cela est par exemple le cas en matière de pollution des eaux souterraines ou, à un niveau plus large, des changements climatiques. Or, si un long délai s'écoule entre le fait générateur et le dommage, « *il y a des chances que, très raisonnablement, l'existence d'une relation directe de causalité soit niée* »¹⁶⁷⁴. En outre, ce domaine est marqué par les incertitudes scientifiques, lesquelles « *s'accommodent mal de la théorie juridique de la causalité adéquate* »¹⁶⁷⁵, alors même qu'une fois dissipées, elles peuvent révéler d'importants dommages. Cette situation n'est d'ailleurs pas propre à l'environnement et se fait ressentir de façon prégnante en matière de santé. De plus, les pollutions sont par nature « *diffuses, tardives ou insidieuses (...). Il y a inévitablement un lien de causalité indirecte en matière de dommage de pollution qui empêche toute réparation et aboutit à un véritable déni de justice* »¹⁶⁷⁶. Alors que les relations éco-systémiques sont par nature complexes, la causalité juridique est limitée dans son appréhension de la complexité. Or, cette complexité rend nécessaire l'admission d'une forme de causalité indirecte. Par ailleurs, en matière de gouvernance territoriale des risques naturels, les chaînes causales sont souvent très complexes. Ainsi, certains considèrent que « *l'Etat*

¹⁶⁷¹ V. Hafida BELRHADI-BERNARD, « Quand l'obligation *in solidum* des coauteurs progresse en droit administratif », AJDA, 2011, p. 119. On retrouve cependant aussi l'obligation *in solidum* en matière d'urbanisme (v. Jacques MOREAU, « Responsabilité administrative et sécurité publique », AJDA, 20 juil. 1999, n° spécial, p. 96, à propos de la catastrophe du Grand-Bornan.

¹⁶⁷² Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle et atteintes environnementales*, thèse, droit, dact., Nantes, 2007, p. 569.

¹⁶⁷³ V. Suzanne GALAND-CARVAL, « La causalité », in Geneviève VINEY (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruylant, 2006, p. 71.

¹⁶⁷⁴ René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 1246.

¹⁶⁷⁵ Maryse DEGUERGUE, « Le sens de la responsabilité environnementale », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo – Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 580.

¹⁶⁷⁶ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., op. cit., p. 1064.

*devrait être redevable des erreurs stratégiques répétées, au moins par abstention fautive dans ses activités normatives et de services publics »*¹⁶⁷⁷.

Il reste qu'une appréciation restrictive de la causalité peut conduire à nier la responsabilité de personnes qui ont, même de façon indirecte, participé à la réalisation d'un dommage à l'environnement. Cette situation n'est ni satisfaisante à l'égard de la fonction réparatrice de la responsabilité, ni à l'égard de sa fonction de sanction. Le juge administratif a cependant déjà montré sa capacité à faire évoluer sa jurisprudence pour prendre en considération ce type d'inconvénients, par exemple en matière de santé publique¹⁶⁷⁸. Il reste cependant que si l'assouplissement du lien de causalité a été effectué en matière de santé publique, « *de telles potentialités n'ont pas encore été révélées par le juge en cas d'atteintes environnementales. Pourtant, l'incertitude semble requérir, dans certains cas, une appréciation lâche du lien de causalité* »¹⁶⁷⁹. De plus, s'il n'a pas hésité à user de cet instrument en matière d'aide sociale, de travaux publics ou de service public hospitalier¹⁶⁸⁰, le juge administratif n'a pas institué de présomption de faute en matière d'environnement, alors même que la réalité des causalités dans ce domaine pourrait en faire un terrain privilégié d'élection.

La difficulté d'établir un lien de causalité en matière d'environnement semble cependant commencer à être prise en compte par le juge administratif, au moins par les juges du fond. Un exemple en est fourni par l'affaire des algues vertes. Alors que cette pollution diffuse est *a priori* davantage imputable aux agriculteurs qu'à l'action de l'Etat, la Cour administrative d'appel de Nantes a pu relever que la pollution « *n'aurait pas revêtu son ampleur actuelle si les normes communautaires et internes sus énumérées avaient fait l'objet d'une application immédiate et stricte* »¹⁶⁸¹ alors qu'« *une interprétation exigeante de la causalité adéquate conduirait plutôt à rattacher directement à l'activité d'élevage hors sol la dégradation de la qualité de l'eau* »¹⁶⁸². En outre, l'assouplissement du lien de causalité en matière d'environnement pourrait bien venir, une fois de plus, de la jurisprudence du juge de l'Union européenne qui en a récemment ouvert la porte¹⁶⁸³. Un tel assouplissement aurait pour effet, en facilitant son engagement, de renforcer la fonction de sanction de la responsabilité. Il en va de même en ce qui concerne l'admission des préjudices indemnisables.

¹⁶⁷⁷ Arnaud DE LAJARTRE, « Les responsabilités administratives... », *op. cit.*, p. 455.

¹⁶⁷⁸ V. Benoît DELAUNAY, *La faute de l'administration*, *op. cit.*, p. 332 et s..

¹⁶⁷⁹ Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, *op. cit.*, p. 569.

¹⁶⁸⁰ V. René CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1457 et s. ; Jacques MOREAU, « Les présomptions de faute en droit administratif de la responsabilité - Comètes ou nébuleuses ? », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 687.

¹⁶⁸¹ CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, *Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer c. Association Halte aux marées vertes et autres*, n° 07NT03775, AJDA, 2010, p. 900, note Agathe VAN LANG.

¹⁶⁸² Agathe VAN LANG, « Le juge administratif, l'Etat et les algues vertes... », *op. cit.*, p. 907.

¹⁶⁸³ CJUE, 9 mars 2010, *ERG e. a. c. Ministero dello Sviluppo economico e. a.*, C-378/08, RJE, 2010, p. 503, note Pascale STEICHEN.

B. Le dommage sans le préjudice : l'exemple de la négation du « préjudice » écologique pur

La jurisprudence administrative n'a eu de cesse d'étendre le champ des préjudices réparables, par exemple en acceptant d'indemniser la douleur morale¹⁶⁸⁴. Ainsi, le juge administratif « *s'est efforcé d'interpréter (la notion de préjudice) dans un sens plutôt extensif* »¹⁶⁸⁵. D'une façon générale, cette extension renforce nécessairement la portée des mécanismes de responsabilité, et par conséquent l'effet de leur fonction de sanction. Il existe en effet une certaine corrélation entre l'intensité de la sanction induite par la responsabilité et le niveau du préjudice réparable.

Cela se manifeste particulièrement en matière d'environnement en raison de la spécificité des préjudices induit par les atteintes à l'environnement. Sur le plan théorique, l'absence de reconnaissance de certains préjudices aboutit à affaiblir l'effet sanction de la responsabilité. Le cas du préjudice écologique pur en fournit un exemple. Si l'existence du dommage écologique est un fait objectif, le préjudice qui en résulte n'est cependant pas reconnu¹⁶⁸⁶. Il convient donc d'envisager les raisons de l'incapacité du droit de la responsabilité administrative à appréhender ce type de préjudice (1) avant de voir comment il pourrait être reconnu et ainsi donner lieu à une réparation du dommage écologique pur (2). Plus largement, la voie du « préjudice juridique » utilisé en droit international pourrait être explorée afin d'admettre plus largement la responsabilité (3).

1) Les raisons de l'inadaptation des conditions classiques de la responsabilité à la reconnaissance du préjudice écologique pur

409. Le premier obstacle à la réparation des atteintes à l'environnement tient à la notion de préjudice, seul à ouvrir droit à réparation. Il se distingue du dommage. Ainsi, « *le dommage est un fait brut originaire, objectif, facilement identifiable qui peut n'atteindre personne et peut être considéré indépendamment de ses incidences sur les individus. (...) Le préjudice en revanche est une notion juridique. Résultante directe du dommage, il en désigne les effets sur les personnes atteintes, et comme tel, a une dimension fondamentalement subjective* »¹⁶⁸⁷. Le préjudice est donc un dommage qui se répercute sur une personne juridique. Ainsi, il « *ne se conçoit donc qu'au travers d'une personne lésée, au détriment de laquelle un équilibre a été*

¹⁶⁸⁴ CE, Ass, 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c. Consorts Letisserand*, rec., p. 661, Dalloz, 1962, p. 34, concl. HEUMANN.

¹⁶⁸⁵ Christophe GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1998, p. 151.

¹⁶⁸⁶ Ce n'est pas le seul cas où un dommage n'est pas constitutif d'un préjudice. V. Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, thèse, droit, dact., Paris, p. 190 (ouvrage par ailleurs publié chez L'Harmattan, 2008).

¹⁶⁸⁷ Isabelle POIROT-MAZERES, « La notion de préjudice en droit administratif français », RDP, 1997, p. 521.

rompu »¹⁶⁸⁸. Or, le dommage écologique dit « pur » se définit traditionnellement comme « *tout dommage causé directement au milieu pris en tant que tel indépendamment de ses répercussions sur les personnes et les biens* »¹⁶⁸⁹. Il est donc *a priori* intrinsèquement déconnecté d'une personne juridique. Si la certitude de l'existence de cette catégorie de dommage ne fait pas de doute, sa transformation en « préjudice » pose des problèmes juridiques sérieux¹⁶⁹⁰.

Ensuite, le « *critère pertinent qui ouvre le droit à l'indemnisation est l'existence d'un préjudice* »¹⁶⁹¹. Pour autant, le juge administratif refuse l'indemnisation de certains préjudices en cas de situations précaires¹⁶⁹² ou illégitimes¹⁶⁹³. Or, le juge a tendance à considérer certains préjudices résultant d'un dommage écologique comme illégitimes¹⁶⁹⁴.

Par ailleurs, pour être indemnisé, le préjudice doit évidemment être imputable au service public, ce qui implique certaines causes d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité¹⁶⁹⁵.

410. Le préjudice doit surtout être direct, personnel et certain. L'exigence d'un préjudice direct¹⁶⁹⁶ renvoie au débat sur la causalité. Même si le juge admet les chaînes causales, « *si les faits qui se sont interposés ont un lien trop aléatoire avec la cause initiale, le caractère direct du préjudice sera écarté* »¹⁶⁹⁷. La reconnaissance du caractère direct du préjudice est donc particulièrement difficile en matière d'environnement compte tenu de la complexité des milieux écologiques. En outre, le dommage doit être certain¹⁶⁹⁸ de sorte que le dommage éventuel n'ouvre pas droit à réparation. En revanche, le juge indemnise le préjudice futur, dès lors que celui-ci est certain, ainsi que la perte de chance. Cependant, que ce soit pour le préjudice présent, futur ou résultant d'une perte de chance, l'incertitude scientifique caractéristique de l'environnement constitue un obstacle de taille. Enfin et surtout, le préjudice doit être personnel. « *Le droit à indemnité appartient à la victime du dommage et c'est à ce titre qu'il est personnel* »¹⁶⁹⁹. Or, en matière d'environnement, le préjudice est très souvent collectif. Cela ne fait pas obstacle à leur caractère personnel mais implique que la personne juridique demandant réparation puisse se prévaloir d'un intérêt collectif environnemental. C'est le cas des associations de protection de l'environnement. Cependant,

¹⁶⁸⁸ Isabelle POIROT-MAZERES, *ibidem*, p. 522.

¹⁶⁸⁹ Francis CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, thèse, droit, LGDJ, 1981, p. 293.

¹⁶⁹⁰ V. *infra*, § 415 et s..

¹⁶⁹¹ François SENERS, « Préjudices réparables », *Rep. resp. puis. publ.*, Dalloz, 2007, n° 166.

¹⁶⁹² Par exemple en cas de risque accepté par la victime.

¹⁶⁹³ V. François SENERS, *ibidem*, n° 169.

¹⁶⁹⁴ V. François SENERS, *ibidem*, n° 191.

¹⁶⁹⁵ Il s'agit de la force majeure, du cas fortuit, du fait du tiers et de la faute de la victime (CE, 27 avril 1917, *Doublet*, rec., p. 334) (v. René CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1415 et s.).

¹⁶⁹⁶ CE, 3 novembre 1933, *Bastien*, rec., p. 1007.

¹⁶⁹⁷ François SENERS, « Préjudices réparables », *op. cit.*, n° 210.

¹⁶⁹⁸ CE, 11 nov. 1904, *Lhoste*, rec., p. 707 ; CE, 21 fév. 2000, *Vogel*, *D.A.*, 2000, n° 145, obs. P.F..

¹⁶⁹⁹ François SENERS, « Préjudices réparables », *op. cit.*, n° 195.

ces associations ne peuvent obtenir la réparation que des préjudices matériels et moraux¹⁷⁰⁰. Une partie du préjudice résultant des atteintes à l'environnement peut ainsi être réparé. Le juge accepte ainsi, comme dans l'affaire des algues vertes, d'indemniser le préjudice moral résultant de l'atteinte à l'objet statutaire de l'association. Le préjudice strictement matériel de l'association peut aussi être indemnisé, comme par exemple celui correspondant aux frais d'alevinage d'une association de pêche¹⁷⁰¹. Pour autant, « *cet état de fait permet la prise en compte par le droit de la responsabilité administrative de nombreux préjudices consécutifs à des atteintes environnementales. Il ne permet toutefois pas d'appréhender le dommage causé à l'environnement en tant que tel* »¹⁷⁰². En pratique, les requérants se limitent souvent à demander l'indemnisation des préjudices matériels et moraux. Par conséquent, lorsque le juge accède à leurs demandes, l'ensemble des dommages causés ne sont pas inclus dans le préjudice réparé, réduisant alors l'effet de sanction de la responsabilité. *In fine*, « *le dommage écologique pur est rarement à la fois certain, direct et personnel* »¹⁷⁰³. En effet, « *le droit traite des dommages certains et personnels ; l'écologie présente des préjudices incertains et collectifs* »¹⁷⁰⁴.

2) Vers la réparation du préjudice écologique pur

Le dommage écologique pur est une « *réalité négligée* »¹⁷⁰⁵ par le juge administratif qui conduit à la négation du préjudice écologique pur (a). Il convient donc d'envisager les différents problèmes soulevés par la réparation d'un tel préjudice (b) avant de proposer la mise en place d'une autorité publique indépendante (c).

a) La négation du « préjudice écologique pur »

411. La réparation du « *dommage écologique pur* » par le juge administratif implique nécessairement la reconnaissance d'un « préjudice » correspondant à ce dommage. On a pu recenser le flottement du vocabulaire qui entoure cette question¹⁷⁰⁶. Cela appelle donc certaines précisions. A la suite de la thèse de Francis Caballero, on admet généralement que le dommage écologique est constitué par « *tout dommage causé directement au milieu pris en*

¹⁷⁰⁰ CE, 3 avr. 1936, *Sudre* ; DP., 1936, III, p.57, note Marcel WALINE ; CE, Ass, 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c. Consorts Letisserand*, rec., p. 661, *Dalloz*, 1962, p. 34, concl. HEUMANN ; v. F. SENERS, *op. cit.*, n° 36.

¹⁷⁰¹ CE 12 juill. 1969, *Ville de Saint-Quentin et autres*, rec., p. 383.

¹⁷⁰² Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁷⁰³ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 3^{ème} éd., Thémis, PUF, 2011, p. 272.

¹⁷⁰⁴ François OST, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et Société*, 1995, p. 302.

¹⁷⁰⁵ Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, *op. cit.*, p. 285.

¹⁷⁰⁶ Voir Maryse DEGUERGUE, « Le sens de la responsabilité environnementale », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo – Terres du droit*, *Dalloz*, 2009, p. 577 et s..

tant que tel ». C'est le dommage écologique « pur »¹⁷⁰⁷. Ce type de définition permet ainsi « d'exclure les dommages causés aux personnes et aux biens, qui sont déjà réparables »¹⁷⁰⁸ à travers la réparation du préjudice moral ou du préjudice matériel. La notion de dommage écologique pur rend objectivement compte d'une atteinte à l'environnement, et non directement aux personnes. C'est en cela que son appréciation subjective en tant que préjudice pose problème. Le préjudice étant les effets du dommage sur une personne juridique, il est difficile de reconnaître en tant que préjudice un dommage qui ne se répercute pas directement sur des personnes juridiques. Or, l'existence d'un préjudice est une condition nécessaire de l'ouverture d'un droit à réparation pour le juge administratif. Pour autant, nous y reviendrons, le dommage écologique pur a des répercussions sur les personnes, même si elles sont souvent indirectes. A ce stade, il nous semble que cette distinction entre le dommage et le préjudice constitue la première raison théorique pour laquelle la réparation des atteintes à l'environnement en tant que tel continue d'être mise en échec par les juges en droit commun de la responsabilité publique¹⁷⁰⁹.

412. En droit de la responsabilité administrative, « le principe reste celui d'une absence d'intégration du dommage écologique dans le chef des préjudices réparables »¹⁷¹⁰. Ainsi, dans une décision *Ville de Saint-Quentin*, le juge administratif a explicitement exclu la « perte de richesse biologique » des préjudices réparables¹⁷¹¹. Une association de pêche « ne peut obtenir réparation de l'atteinte à un intérêt général qui ne lui est pas personnel »¹⁷¹². Comme il l'a fait il y a une cinquantaine d'années à propos de la douleur morale, le juge administratif est cependant susceptible d'évoluer. Ainsi, en 2002, la Cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas rejeté, par principe, la réparation du préjudice écologique¹⁷¹³. L'exclusion du préjudice écologique a simplement résulté de l'absence de caractère irréversible des dommages¹⁷¹⁴. A l'occasion d'une décision de la Cour administrative d'appel de Lyon en 2009, certains commentateurs ont considéré que le juge administratif avait accepté l'indemnisation du préjudice « purement écologique »¹⁷¹⁵. En l'espèce, une collectivité territoriale avait procédé à des travaux dans un cours d'eau sans respecter les prescriptions qui lui avait été fixées par l'autorisation délivrée au titre de la police de l'eau. Cela avait eu comme conséquence écologique l'assèchement prolongé de la rivière avec une destruction de frayères à saumon et la mort de jeunes saumons. Dans un premier temps, il est vrai que le juge de Lyon met en évidence un dommage écologique pur lorsqu'il considère que « les travaux, (...) »

¹⁷⁰⁷ Sur le dommage écologique, v. Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 270.

¹⁷⁰⁸ Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, *op. cit.*, p. 313.

¹⁷⁰⁹ La directive n° 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale reconnaît le « dommage environnemental » mais elle se traduit par un régime de police administrative. Elle pourrait cependant influencer le droit commun de la responsabilité, v. Olivier FUCHS, *ibidem*, p. 495.

¹⁷¹⁰ Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, *op. cit.*, p. 316.

¹⁷¹¹ CE, 12 juil. 1969, *Ville de Saint-Quentin et a.*, rec., p. 383 ; v. Olivier FUCHS, *ibidem*, p. 317.

¹⁷¹² François SENERS, « Préjudices réparables », *op. cit.*, n° 202.

¹⁷¹³ CAA Bordeaux, 26 novembre 2002, *Office national des forêts*, n° 00BX02392.

¹⁷¹⁴ V. Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, *op. cit.*, p. 322.

¹⁷¹⁵ Camille VINET, « Indemnisation des associations agréées de protection de la nature et de l'environnement au titre d'un préjudice écologique – note sur CAA Lyon, 23 avril 2009, *Association Club mouche saumon Allier*, n° 07LY02634 », *AJDA*, 2009, p. 1429.

ont entraîné, outre la mortalité directe de 15 jeunes saumons, le colmatage par enfouissement des ovules déposées dans les frayères et à terme un déficit de reproduction ; que par suite, alors que le seuil de conservation de l'espèce est difficilement maintenu, un dommage écologique est ainsi constitué ». Pour autant, comme nous l'avons expliqué, la reconnaissance d'un dommage écologique pur n'implique pas nécessairement l'indemnisation du préjudice écologique pur. Le commentateur, membre de la juridiction lyonnaise, semble totalement faire l'impasse sur cette distinction. Pourtant, force est de constater que le juge de Lyon ne répare en rien le préjudice écologique pur. Selon les termes de l'arrêt, « *considérant que l'association requérante œuvre depuis de nombreuses années, conformément à ses statuts, à la reconstitution des espèces de poissons migrateurs, et en particulier du saumon atlantique ; qu'il ressort en particulier des pièces du dossier qu'outre l'activité de ses membres, elle a apporté un concours financier aux travaux d'aménagement d'une passe à poissons sur un affluent de l'Allier conduits au titre d'un contrat de rivière ; qu'elle a également apporté un concours financier à la salmoniculture de Chanteuges (...); que, dès lors, au regard du dommage écologique susdécrit portant atteinte aux intérêts collectifs qu'elle s'est donnée pour objet de défendre, l'association Club Mouche Saumon Allier justifie d'un préjudice propre dont elle est fondée à demander réparation sur le fondement de l'article L. 142-2 du code de l'environnement* ». Le juge fait certes le lien entre le « dommage écologique » et l'intérêt collectif de l'association pour en déduire l'existence d'un préjudice propre. Cependant, au stade de l'évaluation du préjudice, la Cour considère que le préjudice « *doit être évalué, en tenant compte de l'étendue des désordres causés au milieu aquatique, et par référence au coût des opérations de réintroduction du saumon atlantique et notamment au coût de production d'ovules en salmoniculture* ». Le juge ne fait en aucune façon référence à un « préjudice écologique ». L'évaluation du préjudice correspond pour une part à la réparation du préjudice matériel. L'autre part, celle qui « *tient compte de l'étendue des désordres causés au milieu aquatique* », semble davantage correspondre à l'indemnisation du préjudice moral de l'association. L'arrêt ne précise en effet pas s'il s'agit du préjudice écologique. Quelle que soit l'interprétation de cette confusion terminologique, il nous semble donc qu'en l'état actuel du droit positif, il n'est pas abusif de prétendre que le juge administratif ne reconnaît pas le préjudice écologique pur, même s'il est bien obligé d'admettre l'existence du dommage écologique, celui-ci étant de nature objective. En revanche, la tendance du juge administratif à compenser cette lacune par l'indemnisation du préjudice moral des associations est très nette, comme l'a montré l'affaire des algues vertes¹⁷¹⁶.

413. Plusieurs facteurs sont cependant de nature à faire évoluer cette situation. Tout d'abord, le Conseil d'Etat a affirmé, à l'occasion de son rapport sur l'eau, que « *le préjudice indemnisable ne se limite pas aux préjudices matériels et moraux, directs ou indirects, causés aux intérêts collectifs que les associations ont pour objet de défendre mais s'étend aux*

¹⁷¹⁶ V. Agathe VAN LANG, « Le juge administratif, l'Etat et les algues vertes... », AJDA, 2010, p. 908.

préjudices découlant des atteintes à l'environnement lésant ces mêmes intérêts »¹⁷¹⁷, contrairement à l'état actuel de la jurisprudence administrative. Ensuite, par le biais de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, « *la consécration d'un droit substantiel de chacun à l'environnement permet à la règle de droit positif d'appréhender les dommages écologiques purs* »¹⁷¹⁸ et l'article 4 selon lequel toute personne doit « *contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement* » doit être compris comme « *la reconnaissance du dommage écologique pur* »¹⁷¹⁹. Le droit de l'Union européenne va aussi dans ce sens¹⁷²⁰.

414. Enfin, la reconnaissance du préjudice écologique par le juge judiciaire pourrait inciter le juge administratif à faire évoluer sa jurisprudence. Dans l'affaire de l'Erika, la Cour d'appel de Paris a distingué trois types de préjudices : les préjudices matériels, les préjudices moraux et le préjudice environnemental. Ce dernier est entendu comme « *une atteinte aux intérêts actifs patrimoniaux non marchands, réparable par équivalent monétaire* »¹⁷²¹. La Cour de cassation a quant à elle défini le préjudice « écologique » comme « *l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement* »¹⁷²². Il a été reconnu au bénéfice des collectivités territoriales et des associations, ce qui n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés.

b) Les difficultés soulevées par la reconnaissance du préjudice écologique pur

415. Les difficultés soulevées par la reconnaissance du préjudice écologique pur ne nous semblent pour la plupart pas insurmontables. La première d'entre elles est constituée par le passage du « dommage » écologique pur au « préjudice » écologique pur. Un dommage ne peut en effet constituer un préjudice que s'il a des répercussions directes sur les personnes. Or, le dommage écologique pur, tel que précédemment défini, semble intrinsèquement n'avoir de répercussions que sur les milieux naturels eux-mêmes, et non sur les personnes. Pour certains auteurs, la réparation du préjudice écologique pur impliquerait donc de résoudre la question de la qualité de sujet de droit dont pourrait bénéficier la nature¹⁷²³. Même si la

¹⁷¹⁷ CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit*, Rap. Public., vol. 2, *La doc. française*, 2010, Paris, p. 234.

¹⁷¹⁸ Marta TORRE-SCHAUB, « *Quelques réflexions sur le dommage écologique pur – Quelles responsabilités ? L'approche par les droits fondamentaux* », in *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, LexisNexis, 2011, p. 560. V. Olivier FUCHS, *op. cit.*, p. 461 et s..

¹⁷¹⁹ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 274.

¹⁷²⁰ V. la directive n° 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale (*op. cit.*).

¹⁷²¹ CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/0227 ; Vincent REBEYROL, « *Où en est la réparation du préjudice écologique ?* », D., 2010, p. 1804 ; Laurent NEYRET, « *L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale* », D., 2010, p. 2682 : v. aussi Agathe VAN LANG, « *Affaire de l'Erika : la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire* », AJDA, 2008, p. 934.

¹⁷²² Cass., crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

¹⁷²³ Christian CALFAYAN, « *Préjudice environnemental et moral d'une association de protection de l'environnement* », *Revue Lamy Droit Civil*, 2009, n° 63, p. 17 ; Maryse DEGUERGUE, « *Le sens de la responsabilité environnementale* », *op. cit.*, p. 575.

reconnaissance de la qualité de sujet de droit à la nature n'est pas impossible, c'est une voie particulièrement controversée¹⁷²⁴. Au surplus, il ne nous semble pas nécessaire d'aller dans cette voie pour reconnaître le préjudice écologique pur. En effet, la répercussion des atteintes aux milieux naturels sur les personnes est déjà clairement établie au plus haut niveau de l'ordre juridique interne à travers le Préambule de la Charte constitutionnelle de l'environnement. Ainsi, les premières dispositions de ce texte précisent que « *les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ; que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel* ». La position qui consiste à considérer que le dommage écologique pur est insusceptible de constituer un préjudice revient à considérer que les atteintes à l'environnement n'ont pas d'effets sur les personnes et en outre à contredire la Charte de l'environnement. De plus, on sait que pour qu'un préjudice soit reconnu, le dommage doit constituer une « *atteinte à des attributs fondamentaux de la personne, à des prérogatives que lui reconnaît le Droit et qui lui appartiennent en propre* »¹⁷²⁵. Or, l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement reconnaît à chacun le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à la santé. Une atteinte à l'environnement constitue bien une atteinte à une prérogative reconnue à chacun par le Droit. Il nous semble donc que la reconnaissance du préjudice écologique pur s'impose, dans son principe, au juge administratif. La Charte de l'environnement lui en fournit les fondements nécessaires.

Cependant, il lui appartiendrait de moduler l'indemnisation de ce préjudice en la soumettant à certaines conditions. En effet, « *pour qu'un préjudice soit reconnu, il faut que le dommage se soit répercuté sur la personne, dans son corps, ses biens, sa réputation ou son honneur, qu'il ait affecté sa situation ou son activité* »¹⁷²⁶. Si le dommage écologique se répercute globalement sur la situation des personnes, cette répercussion n'est pas toujours directe. Afin d'éviter de réduire à néant les possibilités de reconnaissance d'un tel préjudice, il conviendrait probablement de ne pas apprécier cette relation de façon trop rigide. En effet, dans l'absolu, tout dommage écologique a des conséquences pour les personnes. Les conditions d'indemnisation, qui restent à déterminer¹⁷²⁷, doivent donc permettre d'établir une situation équilibrée rendant possible, en pratique, la réparation du préjudice écologique, sans pour autant interpréter cette notion de façon trop extensive, celle-ci étant potentiellement sans borne.

416. La seconde difficulté soulevée par la réparation du préjudice écologique est celle de son évaluation monétaire. La réparation en nature doit certes être privilégiée, mais en matière

¹⁷²⁴ Sur cette question, v. *infra*, § 736.

¹⁷²⁵ Isabelle POIROT-MAZERES, « La notion de préjudice... », RDP, 1997, p. 537.

¹⁷²⁶ Isabelle POIROT-MAZERES, *ibidem*, p. 534.

¹⁷²⁷ Le travail doctrinal mené par la doctrine privatiste devrait apporter les premières réponses. Est ainsi à l'étude un critère de significativité du préjudice (v. Aude-Solveig EPSTEIN, « Présentation de la nomenclature des préjudices réparables en cas d'atteintes à l'environnement », *VertigO*, Hors série n° 8, octobre 2010 ; Laurent NEYRET et Gilles J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices pour atteintes à l'environnement*, LGDJ, 2012 ; Laurent NEYRET et Gilles J. MARTIN, « De la nomenclature des préjudices environnementaux », JCP G, 2012, n° 567).

d'environnement, celle-ci atteint très rapidement ses limites, un milieu naturel étant par nature unique et très difficilement reproductible ailleurs¹⁷²⁸. Il importe donc de monétariser le préjudice écologique. Par le passé, les difficultés d'évaluation pécuniaire du préjudice ont parfois été à l'origine du refus du Conseil d'Etat de réparer certains préjudices comme les souffrances morales et physiques¹⁷²⁹. Pour autant, il a su évoluer¹⁷³⁰ et l'évaluation monétaire du préjudice écologique ne constitue pas « *un obstacle insurmontable* »¹⁷³¹. Le juge judiciaire s'y est d'ailleurs déjà risqué dans l'affaire de l'Erika et il est tout à fait probable que la pratique contribuera à améliorer les méthodes d'évaluation proposées par les économistes¹⁷³².

417. La troisième difficulté, la plus sérieuse, consiste à identifier les victimes du préjudice écologique pur. Le dommage écologique pur se répercute de façon globale sur les personnes, physiques ou morales. Cela fait de ce dommage un préjudice. La cour d'appel de Paris a ainsi jugé, dans l'affaire de l'Erika, que « *l'homme ne peut être appréhendé isolément de son milieu naturel* » et en a déduit qu'« *il découle de cette interdépendance que toute atteinte non négligeable au milieu naturel constitue une agression pour la communauté des hommes (...) et que cette agression doit trouver réparation* ». Pour autant, le préjudice écologique pur est par nature diffus et collectif. Il semble ainsi difficile de l'attribuer à une personne physique en particulier plutôt qu'à une autre, la dégradation de l'environnement affectant globalement la « *communauté des hommes* ». En effet, « *le plus souvent, il est très complexe de déterminer qui est victime du préjudice causé, dans la mesure où celui-ci atteint la société entière* »¹⁷³³. Cela est reflété dans la définition du préjudice écologique donné par la Cour d'appel. Ainsi, « *ce préjudice, objectif, autonome, s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, (...), qui est sans répercussion sur un intérêt humain particulier mais affecte un intérêt collectif légitime* ». Au terme de cette définition, le préjudice écologique ne concernerait donc que les personnes juridiques en charge d'un intérêt collectif légitime¹⁷³⁴. Il faut donc examiner quels sont les porteurs de cet intérêt collectif environnemental susceptible de demander la réparation du préjudice écologique, tout en gardant à l'esprit que les dommages et intérêts alloués par le juge ne peuvent pas être affectés par lui à une activité particulière¹⁷³⁵.

¹⁷²⁸ Des actions de réduction des atteintes à l'environnement sont en revanche beaucoup plus pertinentes et conformes au principe de prévention largement reconnu en matière d'environnement.

¹⁷²⁹ Voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1239.

¹⁷³⁰ CE, Ass, 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c. Consorts Letisserand*, rec., p. 661, *Dalloz*, 1962, p. 34, concl. HEUMANN.

¹⁷³¹ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 274. Dans le même sens, voir la démonstration d'Olivier Fuchs qui dresse un panorama des méthodes disponibles en sciences économiques (Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, op. cit., p. 329 et s.). Pour lui, ce n'est plus désormais un obstacle « *rédhibitoire* ».

¹⁷³² Pour une approche synthétique, v. Bernard CHEVASSUS, *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes*, Centre d'analyse stratégique, La documentation française, 2009.

¹⁷³³ Olivier FUCHS, *Le dommage écologique*, Editions Rue d'ULM, 2011, p. 43.

¹⁷³⁴ La Cour avait d'ailleurs indemnisé le préjudice des collectivités territoriales et des associations.

¹⁷³⁵ La Cour de cassation a jugé, à propos du préjudice moral des associations, que « *les parties civiles sont libres de l'utilisation des sommes allouées et qu'il ne saurait leur être imposé de justifier de l'emploi qu'elles feront de ces sommes* » (Cass. crim., 23 mars 1999, n°98-81.564).

Les porteurs de cet intérêt collectif environnemental sont tout d'abord les associations ayant pour objet statutaire la protection de l'environnement. Ces associations, surtout lorsqu'elles sont agréées, agissent indéniablement en faveur de cet intérêt collectif. Par conséquent, il n'y a pas ici lieu de s'inquiéter de l'affectation des sommes allouées, celles-ci ne pouvant qu'être utilisées dans la poursuite de leur objet statutaire, la protection de l'environnement. En revanche, un problème plus sérieux est celui du chevauchement des préjudices moral et écologique. En effet, *a priori*, « *chacune de ces formes de préjudice renvoie à un objet identique* »¹⁷³⁶, la protection de l'environnement. Il y a ici « *une confusion entre l'intérêt personnel lésé (atteinte portée à l'objet statutaire) et l'intérêt général lésé (atteinte portée à l'environnement)*. *Les associations de protection de l'environnement ayant une mission d'intérêt général, leur préjudice personnel suit leur objet et dépasse ainsi la lésion de leurs intérêts propres ou de ceux de leurs membres* »¹⁷³⁷. Il appartient donc aux juges de bien distinguer ces deux types de préjudice. L'affectation du préjudice écologique aux associations implique de reconnaître, au moins implicitement, que celles-ci portent une partie de l'intérêt général, celle qui correspond à l'intérêt collectif environnemental. Cela ne nous semble pas sérieusement contestable, compte tenu du rôle considérable qu'elles jouent en la matière et de la place qui leur est accordée par le droit positif¹⁷³⁸.

Mais, au-delà des associations, les personnes publiques sont, elles-aussi, porteuses de cet intérêt collectif environnemental. L'attribution à ces personnes du préjudice écologique apparaît *a priori* comme parfaitement logique. En effet, « *pour Mme Viney, ce préjudice écologique s'analyse en fait comme un préjudice collectif portant atteinte au patrimoine commun de la nation, voire de l'Humanité* »¹⁷³⁹. Au terme de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, « *les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation* »¹⁷⁴⁰. La nation, et à travers elle l'Etat, est donc victime de l'atteinte à son patrimoine commun et peut ainsi bénéficier du préjudice écologique.

¹⁷³⁶ Christian CALFAYAN, « Préjudice environnemental et moral d'une association... », *op. cit.*, p. 17.

¹⁷³⁷ Christian CALFAYAN, *ibidem*, p. 17.

¹⁷³⁸ V. le Préambule de la Convention d'Aarhus et l'article L. 141-1 du code de l'environnement.

¹⁷³⁹ Catherine THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », RTD Civ., 1999, p. 570.

¹⁷⁴⁰ L'article 410-1 du code pénal fait de « *l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement* » l'un des intérêts fondamentaux de la nation.

c) Vers la mise en place d'une autorité publique indépendante

418. L'attribution du préjudice écologique à l'Etat poserait deux types de problèmes. Le premier concerne l'affectation des dommages et intérêts. En effet, contrairement aux associations qui ont un objet spécifique déterminé par leur objet statutaire, l'Etat et les collectivités territoriales sont libres d'affecter le produit de ces dommages et intérêts à n'importe quelle action, y compris à des actions elles-mêmes porteuses d'atteintes à l'environnement comme la construction d'infrastructures. Le second problème, qui est le plus sérieux, est que l'attribution du préjudice écologique à l'Etat peut conduire à annihiler la fonction de sanction occupée par l'obligation de réparation. Ce problème ne se pose pas en matière de responsabilité civile de droit commun, mais apparaît en droit de la responsabilité publique. En droit de la responsabilité civile, le pollueur est une personne privée et son obligation de réparer le préjudice écologique subi par l'Etat constitue une sanction, comme l'obligation de réparer en général. En revanche, si l'Etat est lui-même l'auteur des atteintes à l'environnement, l'éventuel versement de dommages et intérêts à l'Etat ferait perdre tout sens au mécanisme de responsabilité et lui ferait surtout perdre sa fonction de sanction, la réparation consistant simplement en une simple opération comptable au sein du budget de la même personne juridique. Cette situation nous semble imposer que la réparation du préjudice écologique soit affectée à une personne juridique distincte de l'Etat, soit pour préserver la fonction de sanction de la responsabilité, soit pour permettre une affectation de cette réparation à la protection de l'environnement.

419. Dans cette perspective, la création d'une autorité publique indépendante dotée de la personnalité juridique¹⁷⁴¹ nous semble être une possibilité à même de répondre à ces deux problèmes – cette autorité pouvant d'ailleurs être fusionnée avec celle qui a été proposée au chapitre précédent¹⁷⁴².

En effet, le problème de l'affectation des dommages et intérêts serait résolu par le statut d'établissement public de cette autorité. En vertu du principe de spécialité, cette autorité aurait une compétence d'attribution limitée¹⁷⁴³ qui l'obligerait à utiliser les fonds collectés au service de la protection de l'environnement, par exemple en finançant des actions de remise en état ou des politiques de prévention. Comme Olivier Fuchs, nous pensons que cette autorité pourrait avoir un droit d'action général pour rechercher la responsabilité de tout pollueur¹⁷⁴⁴.

¹⁷⁴¹ Sur cette catégorie hybride v. Jean-Philippe COLSON et Pascale IDOUX, *Droit public économique*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2010, n° 1356.

¹⁷⁴² V. *supra*, § 307.

¹⁷⁴³ V. Michel DEGOFTE, « Les autorités publiques indépendantes », AJDA, 2008, p. 622.

¹⁷⁴⁴ Olivier FUCHS, *Le dommage écologique*, Editions Rue d'ULM, 2011, p. 45. Dans sa thèse, l'auteur envisage de confier « la mission de réparation du dommage écologique à une agence de l'environnement » (Olivier FUCHS, *op. cit.*, p. 346), sans pour autant soulever les difficultés liées à la dimension sanctionnatrice de la responsabilité administrative. Il envisage cependant de désigner « un ou plusieurs organismes indépendants, à

En outre, l'indépendance de cette autorité permettrait de limiter le risque d'inertie inhérent à l'action de l'Etat¹⁷⁴⁵ – ce qui exclu de confier cette mission à l'ADEME¹⁷⁴⁶ – et celle-ci pourrait être saisie par les associations en vue d'exercer l'action en responsabilité¹⁷⁴⁷. Elle se rapprocherait ainsi des systèmes de représentation des générations futures tels que l'ombudsman des générations futures en Hongrie qui peut « *initier des procédures judiciaires en représentation des intérêts des générations futures et réaliser des investigations* »¹⁷⁴⁸. Un système d'action de groupe pourrait même être envisagé¹⁷⁴⁹. En outre, un fonds spécial abondé par les dommages et intérêts obtenus par les associations pourrait lui être adjoint, à l'image de ce qui existe en droit brésilien¹⁷⁵⁰ ou de ce qui est proposé par la doctrine¹⁷⁵¹. Enfin, l'attribution à cette autorité d'une personnalité juridique propre permettrait de la distinguer de l'Etat. Ainsi, dans le cadre de la responsabilité administrative, l'obligation de réparer le préjudice écologique pur permettrait de renforcer l'effet de la sanction attachée à la responsabilité, concourant ainsi à l'effectivité des normes violées.

420. *In fine*, l'absence de réparation du préjudice écologique pur minore l'effet de sanction de la responsabilité en la matière. De façon globale, le niveau de la dimension sanctionnatrice de la responsabilité est partiellement indexé sur la réparabilité du préjudice. Dans ce contexte, la distinction entre le dommage et le préjudice « *conduit à faire jouer au préjudice le rôle d'un filtre* »¹⁷⁵². Au-delà de l'appréciation du dommage, le juge dispose d'autres éléments de modulation de la responsabilité tels que le régime spécial de la faute lourde. En outre, on peut craindre que les mécanismes de socialisation des risques ne conduisent à un affaiblissement du rôle de sanction de la responsabilité.

budget propre » (p. 360) pouvant tenter les actions en responsabilité pour préjudice écologique et réparer celui-ci.

¹⁷⁴⁵ V. Christian CALFAYAN, « Préjudice environnemental et moral d'une association... », *op. cit.*, p. 17. Sur le risque d'inertie, voir l'échec du dispositif prévu par l'article L. 132-1 du code de l'environnement qui permet à certaines institutions de se porter partie civile (Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, *op. cit.*, p. 346).

¹⁷⁴⁶ L'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie (ADEME) est un établissement public sous tutelle du ministère de l'environnement. *Contra*, v. CLUB DES JURISTES, *Mieux réparer le dommage environnemental*, Commission environnement, Yann Aguila (dir.), Janvier 2012, p. 37 ; Yann AGUILA, « Dix propositions pour mieux réparer le dommage environnemental », *Environnement*, 2012, dossier 2, n° 42.

¹⁷⁴⁷ Pour François Ost, l'idéal serait « *sans doute un système qui combinerait l'action des différents acteurs, comme lorsque l'initiative des associations a pour effet de contraindre une instance publique à entamer le procès* » (François OST, « La responsabilité, fil d'Ariane... », *op. cit.*, p. 303).

¹⁷⁴⁸ Jean-René BINET et Anthony CHAUSSY, « Sciences de la vie et générations futures : quelle(s) responsabilité(s) ? », in *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, *op. cit.*, p. 503.

¹⁷⁴⁹ V. *infra*, § 795.

¹⁷⁵⁰ Christian CALFAYAN, « Préjudice environnemental et moral d'une association... », *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁵¹ Pascale STEICHEN, « La responsabilité environnementale et les catastrophes », in Jean-Marc LAVIEILLE, Julien BETAILLE et Michel PRIEUR, *Les catastrophes écologiques et le droit...*, *op. cit.*, p. 452 ; CLUB DES JURISTES, *Mieux réparer le dommage environnemental*, *op. cit.*, p. 35 ; Yann AGUILA, « Dix propositions pour mieux réparer le dommage environnemental », *op. cit.*, n° 24 ; Anne GUEGAN, « Créer un fonds pour la protection de l'environnement, abondé par les dommages-intérêts des actions en responsabilité environnementale », *Environnement*, 2012, dossier 7.

¹⁷⁵² Christine PAILLARD, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue publiciste », *Resp. civile et ass.*, mars 2010, dossier 4.

II. Les limites intrinsèques de la responsabilité publique

Au-delà des conditions classiques d'engagement de la responsabilité, le juge, comme le législateur, disposent de variables d'ajustement qui permettent de moduler la responsabilité de l'Etat. Le souci de ne pas paralyser l'action de l'administration conduit le juge administratif à exiger dans certains cas la commission d'une faute « lourde », ce qui permet de ménager une liberté au bénéfice de l'administration (A). Par ailleurs, la nécessité de ne pas laisser à la charge des victimes certains risques a conduit à la mise en œuvre de différents mécanismes de socialisation des risques qui sont susceptibles de limiter la fonction de sanction des mécanismes de responsabilité (B). Ces deux éléments constituent des limites intrinsèques qui font de la responsabilité publique un instrument aléatoire de sanction, ce qui se répercute sur l'effectivité.

A. La faute lourde, instrument de modulation de la responsabilité

La modulation de la responsabilité par le juge administratif a été rendue possible par le caractère prétorien du droit de la responsabilité administrative. Ainsi, au terme de l'arrêt Blanco, la responsabilité de l'Etat « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier ; (...) cette responsabilité n'est ni générale ni absolue (et) elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés »¹⁷⁵³. Le juge a ainsi pu soumettre à des conditions particulières l'engagement de la responsabilité de l'administration et construire un régime de responsabilité pour faute lourde. Ce régime, difficilement justifiable (1), persiste néanmoins dans certains domaines dont l'un des derniers bastions est celui des activités de contrôle de l'administration, lequel est particulièrement important sur le plan de l'effectivité de la norme (2).

1) Fonction et justification de la faute lourde

La faute lourde est une notion particulièrement fuyante¹⁷⁵⁴. L'exigence d'une faute lourde permet ainsi de ne pas « sanctionner » l'administration dans un certain nombre de cas, autant d'hypothèses dans lesquelles la responsabilité ne jouera aucun rôle de sanction alors qu'une faute simple, illégalité ou inaction par exemple, a été commise. La responsabilité ne contribue alors pas à l'effectivité de la norme.

¹⁷⁵³ CE, 8 février 1873, Blanco, S. 1873, p. 153, concl. DAVID.

¹⁷⁵⁴ Jean-François COUZINET, « La notion de faute lourde administrative », RDP, 1977, p. 283.

421. L'exigence d'une faute lourde est classiquement justifiée par les difficultés particulières que l'administration peut rencontrer dans certains domaines. Après avoir reconnu la possibilité d'engager la responsabilité de l'administration en matière de police¹⁷⁵⁵, le Conseil d'Etat a justifié l'exigence d'une faute lourde en cas d'activités matérielles par les difficultés de ces activités de police¹⁷⁵⁶, les activités juridiques demeurant en principe soumises au régime de la faute simple. Cependant, « *cette explication ne saurait convaincre du jour où la faute lourde a été abandonnée par exemple pour la responsabilité en matière d'actes médicaux* »¹⁷⁵⁷. En effet, « *comment peut-on raisonnablement continuer à justifier l'exigence d'une faute lourde par la difficulté des activités en cause, puisque, s'agissant d'autres activités, cette difficulté est désormais jugée comme ne la justifiant plus ?* »¹⁷⁵⁸.

422. La seconde justification de la faute lourde tient toute entière, selon Yves Gaudemet, « *dans le souci de ne pas confondre le contrôle et la gestion administrative, de laisser à l'auteur de l'acte une liberté suffisante que le contrôle ne doit pas entraver* »¹⁷⁵⁹. Retenue en matière d'activités de contrôle, cette position est motivée par la nécessité de ne pas dissuader l'administration d'exercer le contrôle. « *Le risque d'un engagement trop fréquent de la responsabilité se traduirait par un certain renoncement à l'action* »¹⁷⁶⁰.

423. D'une façon générale, on observe un large mouvement de recul de la faute lourde¹⁷⁶¹. On a même pu avancer que « *l'exigence de faute lourde appartient désormais en la matière au passé* »¹⁷⁶², même si la faute lourde persiste en matière de police administrative¹⁷⁶³, comme en matière d'activité de contrôle. Pour Fabrice Melleray, « *seule demeure sans doute justifiée l'exigence d'une faute lourde de l'administration en cas de défaillance dans l'exercice d'un pouvoir de tutelle ou de contrôle* »¹⁷⁶⁴. Pour autant, même dans ce domaine, il nous semble que l'exigence d'une faute lourde est critiquable.

¹⁷⁵⁵ CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, rec., p. 139, concl. ROMIEU, S. 1905, 3, p. 113.

¹⁷⁵⁶ CE, 13 mars 1925, *Clef*, rec., p. 266, RDP, 1925, p. 274, concl. RIVET.

¹⁷⁵⁷ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., p. 199.

¹⁷⁵⁸ René CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1313.

¹⁷⁵⁹ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., p. 199.

¹⁷⁶⁰ René CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1304.

¹⁷⁶¹ CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque – Rapport public 2005, La documentation française*, 2005, p. 233. V. Gweltaz EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », RFDA, 2006, p. 736.

¹⁷⁶² Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police... », op. cit., p. 75 ; sur la base de l'arrêt CE, 28 nov. 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, AJDA, 2004, p. 988.

¹⁷⁶³ Notamment en cas de défaut de substitution du préfet au maire (CAA Versailles, 19 mai 2005, *Ministre de l'intérieur c. France Telecom*, AJDA, 2005, p. 1565, chron. G. Pellissier).

¹⁷⁶⁴ Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police... », op. cit., p. 75.

2) *La persistance difficilement justifiable de la faute lourde en matière d'activités de contrôle : l'exemple du contrôle de légalité préfectoral*

424. Le domaine des activités de contrôle de l'administration est un terrain traditionnel et persistant de la faute lourde¹⁷⁶⁵. Un domaine particulier retient notre attention, celui du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales¹⁷⁶⁶. Dans ce domaine, « *le Conseil d'Etat s'est montré sensible à la difficulté certaine de pleine mise en œuvre du déféré préfectoral, compte tenu du nombre considérable d'actes à contrôler et de l'insuffisance des moyens* »¹⁷⁶⁷. L'application de la faute lourde à ce domaine a en effet fait l'objet d'hésitations jurisprudentielles, les juges du fond ayant un temps envisagé de le soumettre au régime de la faute simple. Celle-ci avait ainsi été retenue par la Cour administrative d'appel de Marseille avant que le Conseil d'Etat réaffirme l'application de la faute lourde dans ce domaine¹⁷⁶⁸. Celle-ci était en l'espèce constituée par l'abstention prolongée du préfet de déférer neuf délibérations municipales dont l'illégalité était évidente et dont les conséquences financières étaient graves. Cette position fut réaffirmée peu de temps après mais le Conseil d'Etat n'a pas considéré que l'abstention de déférer un plan d'occupation des sols était constitutive d'une faute lourde¹⁷⁶⁹, et ce en dépit du caractère stratégique de ces documents d'urbanisme sur le plan de la sécurité des personnes et de la protection de l'environnement.

425. Le pouvoir discrétionnaire dont bénéficie le préfet dans ce domaine semble en effet justifier le recours à la faute lourde. La position Cour administrative d'appel de Marseille dans l'affaire *Commune de Saint Florent* était pourtant particulièrement mesurée. En effet, pour elle, l'abstention de déférer ne constitue pas en tant que telle une faute. Pour constituer une faute simple, cette abstention doit être prolongée, porter sur des actes particulièrement importants et sur des illégalités facilement détectables. Sur la base des mêmes critères, le juge du Palais Royal a qualifié cette faute de lourde, ce qui tend à montrer l'attachement de principe du Conseil d'Etat à ce régime. En effet, « *si l'on admet trop aisément la responsabilité du contrôleur, le risque existe que singulièrement lorsque le contrôlé est une personne privée, la responsabilité de ce dernier soit absorbée par celle de l'État, dont la*

¹⁷⁶⁵ CE, ass., 29 mars 1946, *Caisse d'assurances de Meurthe-et-Moselle*, rec., p. 100 ; 21 juin 2000, *Ministre de l'équipement c. Commune de Roquebrune Cap Martin*, RFDA, 2000, p. 1096, cron. P. BON ; 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent*, *Droit adm.*, 2000, n° 243 ; CE, 30 mars 2011, *Ministre de l'intérieur c. Sivom Cinarca Liamone*, n° 328972.

¹⁷⁶⁶ V. *supra*, § 160 et s.

¹⁷⁶⁷ René CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1321.

¹⁷⁶⁸ CAA Marseille, 21 janvier 1999, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent*, AJDA, 1999, p. 279 ; Nadine POULET-GIBOT LECLERC, « La responsabilité pour faute de l'Etat dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités locales », LPA, 14 sept. 2000, n° 184, p. 13 ; CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent*, RFDA, 2000, p. 1356 ; AJDA, 2001, p. 201, note Martine CLIQUENNOIS.

¹⁷⁶⁹ CE, 21 juin 2000, *Ministre de l'équipement, des transports et du logement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, RFDA, p. 1096, chron. P. BON.

solvabilité est assurée »¹⁷⁷⁰. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, Laurent Touvet a avancé plusieurs justifications de la faute lourde. Outre le pouvoir discrétionnaire dont dispose le préfet, il justifie le régime de la faute lourde par la délicatesse de la tâche à accomplir. Cette position peut être critiquée car même si le nombre d'actes transmis est conséquent, le contrôle est désormais priorisé sur les actes les plus importants dont font partie les plans locaux d'urbanisme et il s'agit là d'une opération purement juridique qui ne présente pas les difficultés d'une opération matérielle. Est en outre invoqué à l'appui de la faute lourde l'absence de moyens suffisants au bénéfice des préfets. Cette justification nous semble difficilement acceptable car elle contribue à déresponsabiliser l'administration qui ne consacre pas les moyens suffisants à ce contrôle, tel que nous l'avons déjà exposé. Enfin, selon Laurent Touvet, le préfet devrait pouvoir fermer les yeux sur certaines illégalités minimales. Cet argument a été largement critiqué par Pierre Bon¹⁷⁷¹. Celui-ci évoque en outre « *un certain esprit de corps (qui) pousse les membres du Conseil d'Etat à être plus sensibles aux difficultés de l'action des préfets qu'à celle, par exemple, des sauveteurs en mer* »¹⁷⁷² à propos desquels le même commissaire du gouvernement avait œuvré en faveur du passage de la faute lourde à la faute simple.

Compte tenu des critiques qui peuvent être adressées au régime de la faute lourde, on avait pu affirmer que « *sur le plan de la théorie juridique, le maintien de la faute lourde ne se justifie plus* »¹⁷⁷³. Pour autant, Yves Gaudemet a mis en avant une justification particulière de la faute lourde en matière d'activité de contrôle. Pour lui, « *cette justification tient toute entière, (...), dans le souci de ne pas confondre le contrôle et la gestion administrative, de laisser à l'auteur de l'acte une liberté suffisante, que le contrôle ne doit pas entraver ; et de borner l'intervention du contrôleur à la périphérie de cette action* »¹⁷⁷⁴. C'est finalement le souci de ne pas déresponsabiliser les collectivités territoriales qui motiverait le maintien de la faute lourde dans ce domaine, la responsabilité du contrôleur ne devant pas se substituer à celle du contrôlé. Cet argument nous semble en effet être le seul qui puisse continuer à justifier l'application de la faute lourde dans ce domaine. Il peut cependant être contredit.

En effet, le contrôle de légalité joue théoriquement un rôle préventif particulièrement important. Le régime de la faute simple inciterait le préfet à mieux exercer son contrôle. Or, le caractère préventif de ce contrôle¹⁷⁷⁵ permet, en théorie, d'éviter de nombreux préjudices. En

¹⁷⁷⁰ CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque...*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁷⁷¹ Pierre BON, « La responsabilité du fait des actes de tutelle... », RFDA, 2000, p. 1103.

¹⁷⁷² Pierre BON, *ibidem*, p. 1103.

¹⁷⁷³ Nadine POULET-GIBOT LECLERC, « La responsabilité pour faute de l'Etat dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités locales – CAA Marseille, 21 janvier 1999, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent et a.* », LPA, 14 sept. 2000, n° 184, p. 13. V. aussi « La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas », LPA, 3 juil. 2002, n° 132, p. 16.

¹⁷⁷⁴ Yves GAUDEMET, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline – Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 566. V. aussi Géraldine CHAVRIER, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », AJDA, 2003, p. 1026.

¹⁷⁷⁵ Le déferé n'intervient pas avant l'entrée en vigueur de l'acte mais il peut permettre d'éviter que l'illégalité de l'acte engendre des préjudices.

outre, ce contrôle joue traditionnellement un rôle de conseil précieux pour les collectivités. Par ailleurs, par principe, « *ce n'est pas parce que les autorités locales disposent de compétences accrues qu'elles doivent pouvoir s'affranchir plus facilement des exigences de la légalité, bien au contraire* »¹⁷⁷⁶. L'argument avancé par Yves Gaudemet repose sur le souci de ne pas déresponsabiliser les collectivités territoriales, mais ne peut-on pas aujourd'hui avancer que ce sont bien davantage la faiblesse et le caractère lacunaire du contrôle de légalité qui déresponsabilisent les collectivités ? Celles-ci ont bien conscience de la très faible probabilité de voir leurs actes déferés par le préfet. C'est ainsi que l'on peut parler, en matière d'urbanisme et de risques naturels, d'une « *longue chaîne fautive allant de l'inertie normative à l'inorganisation délibérée (des) services de contrôle* »¹⁷⁷⁷. Il nous semble que la situation mise en évidence par la tempête Xynthia montre avec acuité des résultats désastreux dans ce domaine. Dans ces conditions, il est en outre difficile de s'étonner de voir la responsabilité pénale des élus engagée.

426. Au-delà de ces arguments, le passage du régime de la faute lourde à celui de la faute simple en matière de contrôle de légalité pourrait être justifié, au moins en matière d'environnement et, par extension, d'urbanisme, par la jurisprudence constitutionnelle. En effet, sur la base des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement, le Conseil constitutionnel a dégagé une obligation de « *vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement* »¹⁷⁷⁸ qui pèse aussi bien sur les personnes privées que sur les personnes publiques. Le juge administratif pourrait ici suivre le même chemin que celui qu'il avait emprunté dans l'affaire du sang contaminé. Dans ce domaine, le Conseil d'Etat n'a pas été indifférent « *à l'idée selon laquelle la protection de la santé publique constitue un enjeu tel que l'Etat doit faire preuve d'une vigilance tout à fait particulière, qui ne peut laisser place à un système de faute lourde* »¹⁷⁷⁹.

427. *In fine*, l'aménagement d'un régime de faute lourde par le juge administratif constitue une de ces franchises de responsabilité dont bénéficie la puissance publique et qui est inhérente à la responsabilité publique. C'est notamment la raison pour laquelle « *la doctrine apparaît à peu près unanime à considérer que la faute lourde ne disparaîtra pas totalement* »¹⁷⁸⁰. En cela, elle constitue une limite intrinsèque de la fonction de sanction de la responsabilité publique. A l'opposé, la tendance générale à la socialisation des risques implique un recul de la faute qui menace la fonction de sanction de la responsabilité.

¹⁷⁷⁶ Pierre BON, « La responsabilité du fait des actes de tutelle... », RFDA, 2000, p. 1096.

¹⁷⁷⁷ Arnaud DE LAJARTRE, « Les responsabilités administratives... », *op. cit.*, p. 474.

¹⁷⁷⁸ CC, 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC, *Michel Z. et a.*, AJDA, 2011, p. 1158, note Karine FOUCHER ; RJE, 2001, p. 393, note Pascale STEICHEN. V. Brice CROTTEY, « Le Conseil constitutionnel et l'obligation de vigilance environnementale », RFDC, 2012, p. 237.

¹⁷⁷⁹ Christophe GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1998, p. 146.

¹⁷⁸⁰ Gweltaz EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative... », *op. cit.*, p. 735.

B. La socialisation des risques : une menace sur la fonction de sanction de la responsabilité

428. On parle de socialisation des risques « lorsque l'indemnisation des conséquences dommageables d'un risque est sans lien avec la responsabilité, ou lorsque le financement de cette indemnisation est, soit a priori soit a posteriori, déconnecté de cotisations ou prélèvements individuels, ou encore lorsque la puissance publique est impliquée dans cette indemnisation, même en l'absence de responsabilité directe dans un dommage »¹⁷⁸¹. Le mouvement de socialisation des risques s'est développé à travers la réaffirmation de la fonction de réparation des mécanismes de responsabilité, leur fonction « normative », c'est-à-dire de sanction, étant alors reléguée au second plan, voire anéantie. Par conséquent, si, la socialisation des risques tend à l'effectivité de la réparation elle-même, elle favorise le développement de régimes de responsabilité sans faute qui n'ont pas de fonction de sanction, contrairement à la responsabilité pour faute.

La socialisation des risques a induit un recul de la responsabilité pour faute (1) et de nombreux mécanismes de solidarité se sont, à l'image des fonds d'indemnisation, en partie substitués au rôle classique de la responsabilité¹⁷⁸² (2). On a pu par ailleurs considérer que la montée en puissance de l'exigence de précaution participait de cette socialisation. En réalité, cette exigence, même si elle est difficile à formaliser, constitue probablement davantage un nouveau gisement de fautes (3).

1) Le recul de la responsabilité pour faute

429. La faute constitue incontestablement « une limite du droit à réparation des victimes »¹⁷⁸³. C'est pour prendre en compte cette difficulté que l'on a assisté progressivement à une extension des régimes de responsabilité sans faute¹⁷⁸⁴. Or, « l'un des objectifs essentiels de la responsabilité pour faute qui est la sanction de l'erreur administrative risque de disparaître si la responsabilité sans faute devient trop extensive »¹⁷⁸⁵. Ce mouvement constitue donc une menace quant à la fonction normative de la responsabilité. Il est largement admis que « la substitution de la notion de risque à celle de faute accroît le danger d'une déresponsabilisation »¹⁷⁸⁶. En effet, la responsabilité sans faute « ne remplit pas, en tout état de cause, de fonction de prévention, de guide puisqu'aucune appréciation de la légitimité de

¹⁷⁸¹ CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, op. cit., p. 205.

¹⁷⁸² V. Danièle LOCHAK, « Responsabilité, assurance, solidarité : quelles articulations ? », in SENAT, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Paris, Sénat, 2003, p. 388.

¹⁷⁸³ Françoise LLORENS-FRAYESSE, « Le poids de la faute dans la responsabilité administrative », *Droits*, n° 5, 1987, p. 65.

¹⁷⁸⁴ Sur cette évolution, v. Françoise LLORENS-FRAYESSE, *ibidem*, p. 65 et s..

¹⁷⁸⁵ CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, op. cit., p. 318.

¹⁷⁸⁶ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 317.

*l'action n'est faite. En évitant tout jugement de valeur, toute prise de position sur l'action publique, elle ne censure, ne sanctionne pas l'administration et tend à encourager la responsabilité-prix ! Elle peut être facteur de déresponsabilisation »*¹⁷⁸⁷.

Il faut ajouter à l'extension de la responsabilité pour risque le fait que le régime de la responsabilité du fait des lois n'est pas un régime de responsabilité pour faute. Fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, il est exclusivement un régime de responsabilité sans faute¹⁷⁸⁸ dès lors que l'on met de côté la controverse déjà abordée entourant la jurisprudence *Gardedieu*. Le législateur étant souverain, il ne peut être fautif¹⁷⁸⁹. « Jusqu'à présent, l'absence de faute du législateur ne tient qu'à la volonté du juge de ne pas traiter la loi comme un acte administratif »¹⁷⁹⁰. Cependant, l'impact de ce régime est limité dans la mesure où il s'agit d'un « produit de luxe »¹⁷⁹¹ que le juge ne reconnaît que très rarement compte tenu des conditions restrictives qui sont les siennes et tenant à l'anormalité et à la spécialité du préjudice. Ainsi, « les cas d'indemnisation sont demeurés exceptionnels »¹⁷⁹², même si les autres conditions de la responsabilité du fait des lois ont pu être assouplies¹⁷⁹³.

2) *La substitution de la solidarité à la sanction : le développement des fonds d'indemnisation*

430. Face à l'inadaptation des mécanismes de responsabilité pour appréhender certains périls, le législateur a progressivement multiplié les fonds d'indemnisation¹⁷⁹⁴. La déconnexion de la question de la responsabilité de celle de la réparation permet ainsi de traiter les dommages de masse et de limiter les délais d'indemnisation. Comme le souligne Jean-Marie Pontier, « l'intervention d'un fonds n'équivaut pas à dire qu'il existe une responsabilité, ou que l'Etat reconnaît sa responsabilité »¹⁷⁹⁵ - même s'il se pourrait bien que dans l'affaire du Médiateur la responsabilité de l'Etat soit engagée, comme elle l'a été dans les

¹⁷⁸⁷ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 581.

¹⁷⁸⁸ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Soc. des produits laitiers La Fleurette*, rec., p. 25, RDP, 1938, p. 87, concl. ROUJOU, note Gaston JEZE ; v. René CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., n° 1517 et s..

¹⁷⁸⁹ On notera cependant avec intérêt qu'en droit de l'Union européenne, la responsabilité du fait des actes généraux, équivalents des lois, est une responsabilité pour faute.

¹⁷⁹⁰ Camille BROUELLE, « L'arrêt Coopérative Ax'ion et la banalisation de la responsabilité de l'Etat législateur (CE, 2 novembre 2005, Coopérative agricole Ax'ion) », RDP, 2006, p. 1440.

¹⁷⁹¹ René CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., n° 1519.

¹⁷⁹² Camille BROUELLE, « L'arrêt Coopérative Ax'ion... », RDP, 2006, p. 1428.

¹⁷⁹³ Ainsi, la nature de l'intérêt général poursuivi par la loi n'est pas une clause générale d'exclusion de toute réparation (CE, 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région centre*, rec., p. 367, RFDA, 2004, p. 144, concl. Francis LAMY, note Pierre BON). En outre, le silence d'une loi ne peut être interprété comme excluant par principe tout droit à réparation (CE, 2 novembre 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, RFDA, 2006, p. 349 concl. Mattias GUYOMAR, note Christophe GUETTIER).

¹⁷⁹⁴ Voir CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, op. cit., p. 244 ; Jean-Marie PONTIER, « L'indemnisation hors responsabilité », AJDA, 2010, p. 19 ; Hervé ARBOUSSET, « Regard d'un publiciste sur 15 années d'application des lois relatives aux fonds d'indemnisation et de garantie », RRJ, 2011, p. 777.

¹⁷⁹⁵ Jean-Marie PONTIER, « Le fonds Mediator », AJDA, 2011, p. 2008.

cas du VIH et de l'amiante, en parallèle de l'institution d'un fonds. Un fonds est ainsi souvent créé « en réaction à la reconnaissance d'une responsabilité administrative fautive »¹⁷⁹⁶. On s'accorde cependant à considérer que, globalement, ces mécanismes « sont de moins en moins une invitation à prévenir les risques »¹⁷⁹⁷ et conduisent globalement à une déresponsabilisation. Par exemple, François Ost évoque le risque de « déresponsabilisation des pollueurs qui pourraient être tentés de croire que leur contribution financière vaut permis de polluer. (...) Contre ce danger du "payeur-pollueur", il importe que subsiste l'action récursoire du fonds à l'encontre du responsable du dommage »¹⁷⁹⁸. En effet, « les mécanismes instituant les fonds ne désignent pas des responsables, tenus à la réparation du fait d'une faute qu'ils auraient commise ou d'un risque qu'ils auraient créé, ils règlent la contribution d'un groupe, chargé de financer un risque »¹⁷⁹⁹. Par conséquent, la fonction de sanction de la responsabilité ne peut être préservée que si une action en garantie est exercée par le fonds à l'encontre du véritable responsable.

Celles-ci prennent la forme d'actions récursoires ou subrogatoires¹⁸⁰⁰. Ces deux formes ont la même finalité, que le poids de la réparation soit assumé par le véritable responsable. Elles permettent à titre principal de limiter l'effet de déresponsabilisation et à titre subsidiaire de financer, à la marge, les fonds¹⁸⁰¹. La plupart des fonds créés par le législateur ont ainsi la possibilité d'exercer une action subrogatoire¹⁸⁰².

431. Pour autant, sa mise en œuvre ne semble pas de nature à contrebalancer l'effet déresponsabilisant de l'institution des fonds. Tout d'abord, « les conditions d'exercice de la subrogation compliquent son utilisation »¹⁸⁰³ et son utilisation rencontre des difficultés pratiques¹⁸⁰⁴. Il arrive même parfois que la personne publique ayant fait l'objet de la subrogation exerce à son tour une seconde action subrogatoire¹⁸⁰⁵, ce qui, même si *in fine* la réparation sera assurée par le véritable responsable, conduit à affaiblir la fonction normative de la responsabilité. En outre, il n'était pas évident que les personnes publiques, notamment l'Etat, puissent faire l'objet d'une action subrogatoire et ainsi assumer leurs responsabilités.

¹⁷⁹⁶ Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, thèse, droit, dact., Paris, p. 288.

¹⁷⁹⁷ Jean-Bernard AUBY, « Le droit administratif dans la société du risque », in CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque...*, *op. cit.*, p. 354.

¹⁷⁹⁸ François OST, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *op. cit.*, p. 312.

¹⁷⁹⁹ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 3^{ème} éd., Thémis, PUF, 2011, p. 292.

¹⁸⁰⁰ Sur la distinction, v. Benoît DELAUNAY, « L'action subrogatoire, prolongement de l'action et des droits de la victime », RJP, 2009, comm. 23 ; CE, 31 décembre 2008, n° 294078 : « lorsque l'auteur d'un dommage, condamné (...) par le juge judiciaire à en indemniser la victime, saisit la juridiction administrative d'un recours en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique co-auteur de ce dommage, sa demande, (...), n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle il ferait valoir des droits propres à l'encontre de cette collectivité mais d'une action subrogatoire fondée sur les droits de la victime à l'égard de ladite collectivité ».

¹⁸⁰¹ Pour une évaluation, v. Hervé ARBOUSSET, « Regard d'un publiciste... », *op. cit.*, p. 798.

¹⁸⁰² Hervé ARBOUSSET, *ibidem*, p. 796.

¹⁸⁰³ Hervé ARBOUSSET, *ibidem*, p. 797.

¹⁸⁰⁴ V. Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 333.

¹⁸⁰⁵ V. Hervé ARBOUSSET, « Vertus et limites de la subrogation en matière de fonds d'indemnisation – Cass. 2^e civ., 7 avril 2011 », JCP A, 2011, n° 2326.

Le laconisme du législateur à cet égard a cependant conduit la jurisprudence administrative à admettre de telles actions à l'encontre de l'Etat¹⁸⁰⁶. Par exemple, deux ministres avaient pu tenter d'empêcher, dans le cadre de leur pouvoir de tutelle, que le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) saisisse les juridictions administratives à l'encontre de l'Etat. Cependant, « *la substitution du fonds dans les droits de la victime est pleine et entière et ne saurait se découper en fonction de l'ordre de juridiction à saisir dans le cadre des actions subrogatoires* »¹⁸⁰⁷. Le juge administratif a ainsi admis l'action du fonds à l'encontre de l'Etat¹⁸⁰⁸. Par ailleurs, la subrogation a, en principe, pour effet de priver la victime de son droit d'agir en justice¹⁸⁰⁹. Ainsi, « *encore faut-il que le fonds disposant de ce droit de subrogation le mette en œuvre* »¹⁸¹⁰. Dans le cas contraire, la déresponsabilisation joue à plein puisque la subrogation a rendu impossible le recours de la victime¹⁸¹¹. Or, la mise en œuvre de l'action subrogatoire reste « *aléatoire* »¹⁸¹². Par exemple, en ce qui concerne le FIVA, la part des actions subrogatoires demeure « *minime au regard des indemnisations proposées (moins de 10%)* »¹⁸¹³. Manquant de moyens, le FIVA privilégierait les actions juridiques les plus simples. Or, « *c'est là une politique d'efficacité justifiée par le manque de moyens du fonds mais qui fait perdre aux actions subrogatoires une partie essentielle de leur intérêt : imputer, in fine, le financement de l'indemnisation aux véritables responsables* »¹⁸¹⁴. Il semble ensuite que des questions organiques expliquent l'inefficacité de l'action subrogatoire. En effet, « *les conseils d'administration sont composés de représentants ayant des liens avec les auteurs du dommage et le financement des fonds est en partie pris en charge par les auteurs du dommage* »¹⁸¹⁵. Ainsi le FIVA a-t-il pu décider de ne pas engager de recours à l'encontre de certains de ses bailleurs de fonds¹⁸¹⁶. In fine, il semble que la préservation de la fonction de sanction de la responsabilité dans les cas où un fonds d'indemnisation est institué pour faciliter la réparation nécessite de rendre obligatoire l'action subrogatoire, tel que cela a pu être proposé¹⁸¹⁷.

¹⁸⁰⁶ V. CAA Versailles, 13 mars 2007, AJDA, 2007, p. 1196, concl. S. Colrat ; CE, 7 mai 2008, n° 287909 ; CE, 30 mars 2009, *Etablissement français du sang*, n° 296106.

¹⁸⁰⁷ Sophie COLRAT, « Précisions sur le recours pour excès de pouvoir contre les actions subrogatoires décidées par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », AJDA, 2007, p. 1196.

¹⁸⁰⁸ CE, 7 mai 2008, FIVA, n° 287909.

¹⁸⁰⁹ V. Hervé ARBOUSSET, « Regard d'un publiciste... », *op. cit.*, p. 783.

¹⁸¹⁰ Hervé ARBOUSSET, *ibidem*, p. 785.

¹⁸¹¹ V. Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative...*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁸¹² Hervé ARBOUSSET, « Regard d'un publiciste... », *op. cit.*, p. 799.

¹⁸¹³ Anne d'HAUTEVILLE (dir.), *Comparaison des fonds d'indemnisation*, Mission de recherche Droit et Justice, Février 2009, p. 69.

¹⁸¹⁴ Anne d'HAUTEVILLE (dir.), *ibidem*, p. 69.

¹⁸¹⁵ Anne d'HAUTEVILLE (dir.), *ibidem*, p. 70.

¹⁸¹⁶ Anne d'HAUTEVILLE (dir.), *ibidem*, p. 70.

¹⁸¹⁷ Anne d'HAUTEVILLE (dir.), *ibidem*, p. 71.

3) *L'exigence de précaution, une nouvelle source d'engagement de la responsabilité*

432. L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité a fait couler beaucoup d'encre¹⁸¹⁸. On a pu notamment s'interroger sur l'influence de l'exigence de précaution sur la place de la faute dans le droit de la responsabilité. Ainsi, « *la théorie du risque et le principe de précaution ayant comme objectif commun d'améliorer la protection du public contre les risques, il serait paradoxal qu'ils entrent en conflit et que le principe de précaution ait pour effet de revenir sur les régimes de responsabilité sans faute que cette doctrine a permis d'aménager... Bien plus, il semble même que (le principe de précaution) incite à franchir une nouvelle frontière en favorisant la création de régimes d'indemnisation totalement indépendants de toute affirmation, non seulement d'une faute, mais même d'une responsabilité quelconque* »¹⁸¹⁹. Le principe de précaution aurait donc pour conséquence un accroissement du mouvement de socialisation des risques par le biais de régimes de responsabilité sans faute ou de fonds d'indemnisation. On a aussi pu craindre qu'« *en venant enrichir la faute le concept de précaution chasse le risque comme fondement de la responsabilité* »¹⁸²⁰.

433. Il nous semble au contraire que le gisement de faute représenté par l'exigence de précaution est bienvenu dans la mesure où il s'inscrit dans la fonction de sanction des mécanismes de responsabilité. En effet, dès lors qu'il est un élément du contrôle de légalité¹⁸²¹, le principe de précaution peut servir de base à la responsabilité pour faute, sur le fondement de la jurisprudence *Driancourt*. L'exigence de précaution implique de nouvelles obligations, notamment procédurales. Sur leur base, « *l'émergence du principe de précaution peut impliquer une extension de la responsabilité pour faute* »¹⁸²². Il n'y a ici rien de révolutionnaire. L'exigence de précaution crée de nouvelles obligations juridiques qui, si elles ne sont pas respectées, constituent des illégalités fautives. Pour autant, la tâche est plus délicate lorsque l'exigence de précaution se fait diffuse. En effet, le principe ne fixe pas de prescriptions précises en droit positif¹⁸²³ et, dans le cadre spécifique du droit de la responsabilité, il n'y a pas eu de consécration de l'obligation de précaution, même si

¹⁸¹⁸ Pour une approche générale de l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité administrative, v. Olivier FUCHS, *Responsabilité administrative extracontractuelle...*, *op. cit.*, p. 532.

¹⁸¹⁹ Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, *La documentation française*, 2000, p. 83.

¹⁸²⁰ Gilles J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.*, chron., 1995, p. 303.

¹⁸²¹ V. Chantal CANS, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », *RFDA*, 1999, p. 750 ; Nicolas de SADELEER, « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse », *RFDA*, 2001, p. 547 ; Laurent FONBAUSTIER, « Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution », *Dalloz*, 2007, p. 1523.

¹⁸²² Aude ROUYERE, « Responsabilité et principe de précaution », in SENAT, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Paris, Sénat, 2003, p. 227 ; Maryse DEGUERGUE, « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *RJE*, n° spécial, 2000, p. 110.

¹⁸²³ Aude ROUYERE, « Principe de précaution et risques : prescrire ou traiter ? », in Jean-Marc LAVIEILLE, Julien BETAÏLLE et Michel PRIEUR, *Les catastrophes...*, *op. cit.*, p. 299.

l'« empreinte » du principe de précaution s'y fait sentir¹⁸²⁴ et qu'il est désormais un principe constitutionnel d'applicabilité directe¹⁸²⁵. Il s'agit alors pour le juge d'identifier des manquements précis à l'exigence de précaution. A titre d'exemple, « *l'erreur de départ pourrait tenir au fait, en situation de risque, de ne pas valider provisoirement une hypothèse non infirmée même si elle n'est pas démontrée* »¹⁸²⁶. Il reste que même si les difficultés d'interprétation et d'investigation sont indéniables, l'exigence de précaution constitue un gisement de faute de nature à inciter l'administration à anticiper les risques, mêmes hypothétiques.

Un raisonnement par analogie avec l'affaire de l'amiante permet de mieux appréhender le rôle de l'exigence de précaution. On se situe ici dans le cadre de la prévention, et non de la précaution, mais le raisonnement du juge administratif pourrait être analogue en matière de précaution. Ainsi, la responsabilité de l'Etat a été reconnue pour carence fautive à prendre des mesures de prévention des risques¹⁸²⁷. L'Etat n'avait en effet pas effectué les études nécessaires à l'évaluation du risque et n'avait pas pris les mesures réglementaires permettant de gérer le risque. Or, le principe de précaution implique lui aussi, sur le plan procédural, l'obligation pour l'administration de s'informer sur les risques, même hypothétiques, et de prendre des mesures proportionnées. Ce sont autant de carences potentielles qui peuvent conduire à l'engagement de la responsabilité des autorités publiques. « *Le juge pourrait ainsi sanctionner à l'avenir le défaut de précaution, en qualifiant de fautives des décisions ayant entraîné des dommages qui ne pouvaient être précisément anticipés mais dont la probabilité était importante. Cette démarche ne serait pas sans fondement et s'inscrirait dans le mouvement d'extension du champ de la faute lié à la multiplication des obligations pesant sur le décideur* »¹⁸²⁸. Compte tenu de l'obligation de proportionnalité des mesures adoptées par les autorités publiques, la responsabilité de l'administration peut être engagée soit pour insuffisance, soit pour excès de précaution. En ce qui concerne cette dernière hypothèse, la responsabilité de l'Etat a été reconnue, suite à l'annulation pour erreur manifeste d'appréciation d'une mesure de précaution, à propos de l'interdiction de l'importation et de la mise sur le marché d'un produit chimique¹⁸²⁹. En ce qui concerne la première hypothèse, la responsabilité de l'Etat n'a « *encore jamais été engagée sur le terrain du défaut d'application du principe de précaution* »¹⁸³⁰. Cela s'explique probablement par les difficultés pour les requérants et pour le juge de remonter dans le temps

¹⁸²⁴ V. Aude ROUYERE, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », *Dalloz*, 2007, p. 1537.

¹⁸²⁵ CE, 6 avril 2006, *Ligue de protection des oiseaux*, n° 283103 ; AJDA, 2006, p. 1584, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA.

¹⁸²⁶ Aude ROUYERE, « Responsabilité et principe de précaution », *op. cit.*, p. 227.

¹⁸²⁷ CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X. et autres*. n° 241151 et 241152 ; RFDA, 2004, p. 612, concl. Emmanuelle PRADA BORDENAVE ; Christophe GUETTIER, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », AJDA, 2005, p. 1504. V. aussi Christophe GUETTIER, « L'Etat face aux contaminations liées à l'amiante », AJDA, 2001, p. 529.

¹⁸²⁸ CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, *op. cit.*, p. 284.

¹⁸²⁹ CE, 25 octobre 2004, *Société Francefert*, *Droit administratif*, février 2005, p. 26.

¹⁸³⁰ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 3^{ème} éd., Thémis, PUF, 2011, p. 116.

pour mettre en évidence un défaut de précaution. Il s'agit d'établir, plusieurs années après, qu'à un moment donné, l'administration disposait des informations relatives au risque qui étaient suffisantes pour adopter des mesures de précaution. Il faut démontrer que « *le contexte scientifique, à un moment donné, imposait l'intervention publique en dépit de l'incertitude... La difficulté est telle qu'on ne peut que prôner un renversement de la charge de la preuve, l'absence de précaution caractérisant la faute* »¹⁸³¹.

L'établissement d'une présomption dans ce domaine présenterait en effet un double avantage. Il permettrait d'abord de faire peser la charge de la preuve sur l'administration qui devrait alors démontrer qu'elle a, au bon moment, adopté des mesures proportionnées. En effet, quand il s'agit de présomptions simples, « *il n'est pas niable qu'elles améliorent le sort des victimes ; sans leur mise en œuvre, l'indemnisation resterait improbable, voire impossible* »¹⁸³². Ensuite, on se rapprocherait des avantages, sur le plan de la réparation, d'un régime de responsabilité objective¹⁸³³, tout en conservant la fonction normative de la responsabilité pour faute.

In fine, contrairement aux souhaits d'une partie de la doctrine, « *il faut admettre que la fonction principale d'indemnisation conférée à la responsabilité civile, n'est pas ici prioritaire. On attend d'abord de (l'exigence de précaution) qu'elle constitue un levier permettant d'infléchir les comportements à la source, c'est-à-dire avant la production du risque. De ce point de vue, la responsabilité pour faute est plus opératoire puisqu'elle permet d'orienter, à partir des contours et du contenu de la faute, l'action des industriels ou des décideurs publics* »¹⁸³⁴. Il semble donc que, sous réserve des difficultés mentionnées, l'exigence de précaution ne participe pas à la socialisation des risques mais s'inscrit au contraire dans le cadre de la fonction de sanction de la responsabilité.

III. Vers un renforcement du rôle de sanction de la responsabilité ?

En dépit de ses limites, la responsabilité publique pourrait jouer un rôle plus important sur le plan de la sanction des personnes publiques, et ce dans le but de renforcer l'effectivité de la norme. Plusieurs pistes de réflexion doivent ici être présentées. La première consiste à instaurer une responsabilité de type « préventive » (A). Les autres visent au contraire à utiliser le préjudice pour renforcer le rôle de sanction de la responsabilité (B).

¹⁸³¹ Agathe VAN LANG, *ibidem*, p. 116.

¹⁸³² Jacques MOREAU, « Les présomptions de faute en droit administratif de la responsabilité - Comètes ou nébuleuses ? », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline – Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 694.

¹⁸³³ V. Aude ROUYERE, « L'exigence de précaution saisie par le juge – Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'Etat », RFDA, 2000, p. 279.

¹⁸³⁴ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 282.

A. L'inopérationalité, en droit public, d'une responsabilité « préventive »

La doctrine a proposé, sur le fondement du principe de précaution, de mettre en place une responsabilité de type préventive (1). Cette proposition est cependant inadaptée au droit public (2).

1) *La proposition d'une responsabilité préventive en droit privé*

434. Dans le prolongement de l'étude de l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile, une partie de la doctrine privatiste a proposé la mise en place d'une responsabilité préventive¹⁸³⁵. Cette idée repose sur le paradoxe suivant. Alors que le principe de précaution implique l'anticipation et par conséquent l'adoption de mesures « préventives » en amont, celui-ci influence la responsabilité civile qui est par nature purement réparatrice. Il conviendrait donc de compléter la responsabilité par une action préventive. En effet, « *en toute logique, agir au nom du principe de précaution consisterait alors à prévenir les dommages et à agir sur le risque de dommage avant que le dommage ne se réalise* »¹⁸³⁶. Selon cette proposition, le juge civil pourrait être saisi afin qu'il prononce des mesures de « prévention », et non qu'il impose la réparation du préjudice. Il s'agirait d'éviter la réalisation du préjudice. Ainsi, « *puisque par hypothèse, le dommage grave et irréversible ne s'est pas encore réalisé et que l'esprit qui anime le principe de précaution tend à éviter la réalisation du dommage, les mesures qui seraient susceptibles d'être prononcées par le juge à la suite d'une action en responsabilité devraient permettre de réaliser cet objectif* »¹⁸³⁷. Si cette proposition ne fait pas l'unanimité en droit civil¹⁸³⁸, elle nous semble peu utile en droit public.

2) *L'inadaptation de cette proposition en droit public*

435. La proposition d'une partie de la doctrine privatiste paraît, dans son contexte, parfaitement logique. Pour autant, en droit public, le recours pour excès de pouvoir permet d'assurer cette fonction préventive. Il est ainsi loisible aux requérants de contester, dans le cadre du contentieux de la légalité, le refus de l'administration d'adopter des mesures de

¹⁸³⁵ V. Catherine THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 561 et s. ; Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, thèse, droit, LGDJ, 2005, p. 301 à 364. V. Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁸³⁶ Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution...*, thèse, droit, LGDJ, 2005, p. 298.

¹⁸³⁷ Denis MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », *Resp. civile et ass.*, juin 2001, p. 76.

¹⁸³⁸ Patrice JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *Resp. civ. et ass.*, 2010, doss. 11.

précaution. Plus spécifiquement, en vertu de la jurisprudence *Doublet*¹⁸³⁹, l'administration a l'obligation de prendre une mesure de police si elle est indispensable et qu'elle permet la cessation d'un péril grave. Celui-ci résulte d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public¹⁸⁴⁰. Selon un auteur, il serait souhaitable d'assouplir ces conditions en reconnaissant une obligation d'agir à la charge de l'administration « *dès lors qu'un trouble grave à l'ordre public se manifeste, ni plus, ni moins* »¹⁸⁴¹. Il serait même possible d'aller encore plus loin sur le fondement du principe de précaution. L'obligation d'agir pourrait être identifiée « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement* »¹⁸⁴².

B. Vers l'épanouissement de la fonction de sanction de la responsabilité pour faute simple à travers une évaluation renouvelée du préjudice

Le renforcement de la fonction de sanction de la responsabilité publique pour faute nous semble pouvoir être facilement effectué à travers une évaluation renouvelée du préjudice. Cela présente en effet l'avantage de ne pas heurter frontalement la vocation réparatrice de la responsabilité, tout en renforçant sa fonction de sanction. Outre la nécessaire reconnaissance du préjudice écologique pur déjà mentionnée en ce qui concerne le domaine de l'environnement, la reconnaissance et le renforcement de peines privées – sanction civile infligée dans le but de punir – peut permettre l'affirmation par le juge de la réprobation du comportement fautif de l'Etat, d'autant plus que ce dernier est irresponsable pénalement. Si le juge administratif rejette traditionnellement le recours aux dommages et intérêts punitifs et qu'une évolution de ce point de vue nous semble difficile (1), l'idée de peine privée est néanmoins présente en droit de la responsabilité administrative pour faute. Elle ne se manifeste et « *ne peut se concevoir qu'au sein même de la réparation* »¹⁸⁴³. Le versement de dommages et intérêts peut, en soit, constituer une peine privée¹⁸⁴⁴. Le renforcement de la fonction de sanction de la responsabilité pour faute impliquerait une appréhension nouvelle du préjudice (2).

¹⁸³⁹ CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, RDP, 1959, p. 1235, concl. A. BERNARD.

¹⁸⁴⁰ Sur l'interprétation actuellement restrictive de ces conditions, v. Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », AJDA, 2005, p. 73-74.

¹⁸⁴¹ Pierre BON, « Théorie générale de la police municipale. Les principes de fond », Rép. Coll. Loc., Dalloz, vol. 3, n° 2223-7, cité par Fabrice MELLERAY, *ibidem*, p. 76.

¹⁸⁴² Selon les termes du principe de précaution inscrit à l'article 5 de la Charte de l'environnement.

¹⁸⁴³ Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative...*, op. cit., p. 255.

¹⁸⁴⁴ Alexis FRANK, *ibidem*, p. 256.

1) *Le rejet des dommages et intérêts punitifs*

436. La doctrine privatiste a largement mis en évidence « *l'utilité d'un recours à la peine privée pour pallier les insuffisances des autres sanctions de l'ordre juridique* »¹⁸⁴⁵. Pour autant, le droit de la responsabilité administrative rejette traditionnellement le recours aux dommages et intérêts punitifs¹⁸⁴⁶. Leur utilisation est cependant séduisante et elle a été proposée en doctrine¹⁸⁴⁷. Néanmoins, ceux qui l'ont proposée se sont heurtés à des obstacles importants sur le plan constitutionnel¹⁸⁴⁸ et il s'avère que leur mise en place donnerait lieu à un régime juridique particulièrement complexe¹⁸⁴⁹. Une appréhension nouvelle du préjudice moral permettrait cependant de parvenir à des résultats comparables tout en bénéficiant de la souplesse des évolutions jurisprudentielles.

2) *Pour une appréhension du préjudice moral tenant compte de la faute commise par la puissance publique*

437. La fonction de sanction de la responsabilité pour faute peut être renforcée par le biais d'une nouvelle appréhension du préjudice moral. Le juge bénéficie dans ce domaine d'une grande marge d'appréciation, ce qui peut lui permettre, lorsque cela est nécessaire, de tenir compte de la nécessité de sanctionner la personne publique. Sur le plan théorique, l'appréciation du préjudice moral ne tient aucunement compte de la présence et de la gravité de la faute. On observe cependant en pratique que le juge administratif utilise parfois l'évaluation du préjudice pour moraliser l'action administrative. Comme l'a montré Alexis Frank¹⁸⁵⁰, il peut le faire soit à travers des sanctions symboliques, soit en proportionnalisant le préjudice moral à la gravité de la faute.

Les sanctions symboliques sont en principe inexistantes en droit de la responsabilité administrative¹⁸⁵¹. Pour autant, le juge administratif utilise parfois cette technique sans le dire. C'est le cas lorsque le préjudice moral est évalué à l'euro symbolique. Ainsi, « *la condamnation symbolique de l'administration à une somme forfaitaire correspond au désir du juge d'apaiser la rancœur de la victime mais aussi de sanctionner par la même occasion*

¹⁸⁴⁵ Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse, droit, LGDJ, 1998, p. 233 ; v. aussi Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité – Traité de droit civil*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001, p. 4.

¹⁸⁴⁶ V. Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative...*, *op. cit.*, p. 250.

¹⁸⁴⁷ Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, thèse, Droit, LGDJ, 1998, p. 335.

¹⁸⁴⁸ V. Louis BORE, « L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative », RFDA, 1996, p. 554 et s..

¹⁸⁴⁹ V. Louis BORE, *ibidem*, p. 558.

¹⁸⁵⁰ V. Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative...*, *op.cit.*, p. 430 et s..

¹⁸⁵¹ V. Alexis FRANK, *ibidem*, p. 253.

l'administration »¹⁸⁵². Le juge pourrait cependant utiliser les sanctions symboliques plus fréquemment, comme cela a été exposé par Alexis Frank¹⁸⁵³. En effet, « *cette pratique permet au juge de constater le comportement fautif et de le sanctionner symboliquement en l'absence de véritable préjudice* »¹⁸⁵⁴, traduisant ainsi une réprobation du comportement de l'administration. En pratique, la sanction symbolique revient à instituer en droit administratif un mécanisme de « déclaration de responsabilité », lequel constitue en lui-même une sanction.

Ensuite, la proportionnalisation du préjudice moral à la gravité de la faute commise permet de franchir une étape supplémentaire dans la sanction¹⁸⁵⁵. En effet, « *on reconnaît là les traits d'une responsabilité sanctionnatrice (...), les sanctions prononcées étant appréciées en fonction de la gravité des fautes commises et non de l'importance des dommages causés* »¹⁸⁵⁶. « *On pourrait raisonnablement penser que (les préjudices moraux) s'étendent de façon proportionnelle à la gravité du comportement de l'auteur du dommage* »¹⁸⁵⁷ dès lors que « *la souffrance personnelle de la victime peut être proportionnelle à la grossièreté de la faute commise par la puissance publique* »¹⁸⁵⁸. Cette proportionnalisation n'est cependant pas admise par le juge administratif, du moins pas officiellement. Elle est néanmoins implicitement pratiquée par le juge. Par exemple, l'augmentation en appel du montant des indemnités allouées aux associations dans l'affaire des algues vertes au titre du préjudice moral « *révèle assurément une volonté sanctionnatrice, en relation avec la gravité des fautes commises par l'Etat* »¹⁸⁵⁹. Cette pratique du juge pourrait néanmoins « *sortir de sa clandestinité* »¹⁸⁶⁰ puisque « *rien ne fait obstacle à la généralisation du procédé* »¹⁸⁶¹. L'effet de la sanction induite par la responsabilité n'est serait que plus grand si le juge administratif assumait cette position et la rendait intelligible de tous en exposant des critères clairs¹⁸⁶².

438. Il nous semble enfin possible d'aller plus loin dans cette proposition. Cette montée en puissance de la peine privée en droit de la responsabilité administrative peut en effet avoir de quoi choquer dans la mesure où elle permettrait l'attribution de sommes importantes à des personnes privées, sans relation exclusive avec l'importance de leur préjudice moral entendu au sens traditionnel. Ainsi pourrait-on limiter la mise en œuvre de la peine privée aux cas où les requérants sont des groupements à but altruiste – associations ou syndicats – dont l'objet recoupe l'intérêt général. En effet, « *les associations et les syndicats professionnels ont pour*

¹⁸⁵² Christophe GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1998, p. 179.

¹⁸⁵³ Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative...*, *op.cit.*, p. 430.

¹⁸⁵⁴ Alexis FRANK, *ibidem*, p. 431.

¹⁸⁵⁵ V. Alexis FRANK, *ibidem*, p. 447.

¹⁸⁵⁶ Christophe GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1998, p. 179.

¹⁸⁵⁷ Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative...*, *op. cit.*, p. 269.

¹⁸⁵⁸ V. Alexis FRANK, *ibidem*, p. 451.

¹⁸⁵⁹ Agathe VAN LANG, « Le juge... », *op. cit.*, p. 908. Par exemple, entre la première instance et l'appel, l'indemnité allouée à « Eaux et rivières de Bretagne » est passée de 2000 à 15000 euros.

¹⁸⁶⁰ Alexis FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative...*, *op.cit.*, p. 449.

¹⁸⁶¹ Alexis FRANK, *ibidem*, p. 450.

¹⁸⁶² Il conviendrait cependant de s'interroger sur la conformité de cette proposition au regard du principe de légalité des délits et des peines applicable à tout droit répressif. Le cas échéant, une telle évolution pourrait nécessiter l'intervention du législateur.

objet social la défense d'une cause qui dépasse de loin l'intérêt de leurs membres »¹⁸⁶³ et qui concourt bien souvent à l'intérêt général. Leur succès contentieux dans le cadre d'un recours en responsabilité induit d'ailleurs l'idée que c'est l'administration qui a été contre l'intérêt général. C'est notamment le cas des associations agréées de protection de l'environnement dès lors que l'article L. 110-1 II du code de l'environnement dispose que la protection de l'environnement est d'intérêt général. Il n'y a ainsi rien de choquant à attribuer des sommes d'argent autre que symboliques aux associations dans la mesure où elles concourent à l'intérêt général¹⁸⁶⁴. De cette manière, comme en droit privé, l'action des associations sur le plan civil pourrait véritablement être « *utilisée en fait comme un véritable auxiliaire de la répression* »¹⁸⁶⁵.

439. *In fine*, même si la responsabilité publique pour faute est largement fondée sur la violation de normes de droit public, sa mise en œuvre reste aléatoire compte tenu de ses conditions d'engagement et de ses limites intrinsèques. Ainsi, « *la mise en œuvre de la fonction sanctionnatrice de la responsabilité administrative reste plutôt assez marginale dans le contentieux administratif* »¹⁸⁶⁶. La responsabilité, si elle peut constituer un instrument de sanction des personnes publiques et ainsi favoriser le respect et l'effectivité de la norme, ne permet pas d'assurer la sanction systématique des violations de la norme.

¹⁸⁶³ Louis BORE, « L'action des syndicats et des associations... », *op. cit.*, p. 549.

¹⁸⁶⁴ V. Louis BORE, *ibidem*, p. 557.

¹⁸⁶⁵ Geneviève VINEY, « La responsabilité », APD, n° 22, 1977, p. 292.

¹⁸⁶⁶ Christophe GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1998, p. 181.

CONCLUSION

440. Compte tenu de l'absence de système répressif applicable à la puissance publique, sa sanction est principalement assurée par les voies indirectes que sont l'invalidation et la responsabilité. Ces sanctions favorisent en principe le respect et l'effectivité des normes de droit public. Pour autant, outre d'être indirecte, la sanction de la puissance publique s'avère globalement plus faible, du moins plus douce, que celle qui est pourvue par les procédés traditionnels de répression.

441. En premier lieu, l'invalidation reste particulièrement relative. Faute de gradation des sanctions à sa disposition, le juge doit choisir entre l'absence de sanction de l'invalidité de la norme d'un côté et son invalidation de l'autre. Or, les effets d'une telle sanction peuvent se révéler inadaptés, notamment lorsqu'ils sont rétroactifs. Outre que le législateur intervient parfois pour priver la violation d'une norme de toute conséquence, le juge a été amené à développer un certain nombre de techniques qui, même si elle peuvent par ailleurs poursuivre un but légitime, conduisent à affaiblir les conséquences de l'invalidation de la norme.

442. En second lieu, la responsabilité reste un mécanisme qui n'a pas pour but premier de sanctionner la puissance publique. Ses conditions d'engagement, résultat de sa fonction réparatrice, en font un instrument aléatoire de sanction de la puissance publique. Face à ce constat, plusieurs propositions ont pu être formulées. Il s'agit par exemple de donner la possibilité au juge d'infliger, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et dans certaines conditions, des amendes à l'administration. Pour autant, cette première proposition doit être complétée. Le versement d'une amende par la puissance publique reste paradoxal dans la mesure où l'amende est versée à l'Etat lui-même. En revanche, « *ce problème ne se pose plus si la sanction pécuniaire à laquelle est condamné l'Etat n'est plus versée au Trésor public mais à une association : c'est l'immense avantage de la peine privée* »¹⁸⁶⁷. Par conséquent, l'épanouissement de la notion de peine privée en droit de la responsabilité administrative est, même si elle est limitée au cadre de la responsabilité, une mesure favorable au renforcement des sanctions de la puissance publique. L'affaire des algues vertes en fournit une illustration¹⁸⁶⁸.

443. Il reste cependant à relever un dernier paradoxe au regard de la recherche de l'effectivité des normes de droit public. D'un côté, la sanction de la violation de la norme

¹⁸⁶⁷ V. Louis BORE, « L'action des syndicats et des associations... », *op. cit.*, p. 557.

¹⁸⁶⁸ L'application du droit des installations classées en Bretagne avait, avant l'engagement de la responsabilité de l'Etat, donné lieu à de nombreux succès des requérants dans le cadre du contentieux de l'annulation. Ainsi, entre 2000 et 2007, le tribunal administratif de Rennes avait prononcé 97 annulations dans ce domaine (v. Dominique REMY, « La responsabilité de l'Etat en matière de marées vertes – TA Rennes, 25 octobre 2007, *Associations Halte aux marées vertes, Sauvegarde du Trégor, Eaux et rivières de Bretagne et De la source à la mer* », AJDA, 2008, p. 472), sans déclencher une réelle prise de conscience de la part de l'Etat quant à la bonne mise en œuvre de ses pouvoirs de police. Il est difficile de dire si l'arrêt de la Cour administrative de Nantes engageant la responsabilité de l'Etat a déclenché cette prise de conscience, mais sa charge morale et son retentissement ont été bien plus importants que la petite centaine d'annulations déjà prononcées.

commise par la puissance publique contribue à l'effectivité. De l'autre, « *le droit de la responsabilité administrative doit encore préserver (...) la capacité de l'administration à poursuivre sa mission* »¹⁸⁶⁹. En effet, avec le développement des mécanismes de responsabilité, « *il y a un danger non négligeable de paralysie de l'ensemble des intervenants* »¹⁸⁷⁰. Or, l'administration est un des rouages essentiels de la mise en œuvre des normes de droit public¹⁸⁷¹ et par conséquent de leur effectivité. Par conséquent, la responsabilité semble devoir demeurer une condition relative de l'effectivité.

¹⁸⁶⁹ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 601.

¹⁸⁷⁰ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *ibidem*, p. 571.

¹⁸⁷¹ V. *infra*, § 600 et s.

CONCLUSION DU TITRE II

444. Sur le plan théorique, la sanction de la norme contribue en principe à son respect et, par ce biais, à son effectivité. En tant que norme secondaire, sa fonction est d'inciter au respect d'une norme primaire. En droit public, cette fonction est occupée, directement ou indirectement, par la répression, l'invalidation et la responsabilité. Or, le respect de la norme lui permet en principe de produire des effets sur la société. La sanction constitue donc une condition juridique de l'effectivité de la norme.

445. Néanmoins, « loin de nous offrir l'image d'un système parfaitement ordonné, l'ensemble des sanctions consacrées par le droit se présente sous la forme d'un réseau diversifié aux articulations multiples et complexes »¹⁸⁷² et la place de l'Etat au centre du droit public complexifie ce schéma. D'un côté, la répression du non-respect des normes de droit public à l'égard des personnes privées n'est pas toujours dissuasive. De l'autre, aucune « répression » n'est appliquée à l'Etat. Seuls des moyens indirects de sanction permettent d'assurer le respect des normes de droit public par la puissance publique. La fonction de sanction de l'invalidation de la norme et de la responsabilité de la puissance publique n'est que secondaire, leurs fonctions primaires étant respectivement le contrôle de la « légalité » au sens large et la réparation des préjudices. Les conséquences de l'absence de validité d'une norme sont parfois faibles et les conditions d'engagement de la responsabilité en limite logiquement la fonction de sanction.

446. Par conséquent, la « rareté » et le « caractère souvent non dissuasif de la sanction » font que « le couple prescription-sanction n'a rien de constant (...). Dans la réalité les non-applications ou les violations du droit ne sont pas toutes sanctionnées »¹⁸⁷³. La contribution de la sanction de la norme à son effectivité est donc relative. Le lien entre sanction et effectivité n'est pas un rapport d'implication strict mais il est au contraire souple. Ainsi, si la sanction « constitue un moyen irremplaçable de réalisation du droit »¹⁸⁷⁴, elle « n'est pas une condition suffisante d'effectivité »¹⁸⁷⁵.

¹⁸⁷² François OST et de Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁸⁷³ Bernard CUBERTAFOND, *La création du droit*, Ellipses, 1999, p. 102-103.

¹⁸⁷⁴ Louis-Augustin BARRIERE, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁷⁵ Louis-Augustin BARRIERE, *ibidem*, p. 20.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

447. La cohérence de l'ordre juridique et la sanction de la norme sont deux conditions juridiques de l'effectivité de la norme. Dans les deux cas, un rapport d'implication peut être identifié entre la condition d'un côté et l'effectivité de la norme de l'autre. Ces rapports d'implication sont d'ailleurs souvent mis en évidence, d'autant plus qu'ils dérivent, l'un comme l'autre, de la définition même du droit et du rapport de l'obligation juridique à la fonction de direction des conduites humaines de la norme. En ce sens, ce sont deux conditions classiques de l'effectivité de la norme¹⁸⁷⁶.

448. Ces deux rapports d'implication, entre la cohérence de l'ordre juridique et la sanction de la norme d'une part et l'effectivité d'autre part, restent cependant souples. Ces deux conditions ne sont pas des conditions « nécessaires et suffisantes » mais plus simplement des conditions « possibles » de l'effectivité de la norme. Si la cohérence de l'ordre juridique et la sanction de la norme ont une influence sur l'effectivité, ils n'entraînent pas nécessairement cette effectivité. Le droit positif montre en effet qu'ils sont tout deux affectés d'un certain nombre de limites. De plus, ces deux conditions sont centrées sur le respect de la norme. Ce n'est en général que par sa médiation qu'elles influencent l'effectivité. Or, si, en principe, le respect de la norme favorise son effectivité, cela n'est pas systématiquement le cas¹⁸⁷⁷.

449. Enfin, la cohérence de l'ordre juridique et la sanction de la norme ne sont pas des conditions exclusives de l'effectivité. Comme l'explique Philippe Jestaz, la sanction, ou plus largement la contrainte, « n'est qu'une cause parmi d'autres d'effectivité »¹⁸⁷⁸. D'autres conditions juridiques de l'effectivité peuvent encore être identifiées dans le système juridique. Il est possible que ces dernières, que nous considérerons comme « ampliatives », n'influencent plus seulement l'effectivité par le biais du respect de la norme, mais qu'elle soient de nature à influencer plus directement son « degré » d'effectivité.

¹⁸⁷⁶ On en trouve d'ailleurs le reflet dans la conception Kelsénienne du droit. Ainsi, outre ses développements sur la hiérarchie des normes, Hans Kelsen explique que « lorsqu'une norme juridique attache à la condition d'une certaine conduite la conséquence d'une sanction, faisant ainsi de la conduite en question un délit, on devra dire que cette norme est "efficace", soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoit, soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction » (Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 19).

¹⁸⁷⁷ V. les développements consacrés à cette question dans l'introduction générale (*supra*, § 15).

¹⁸⁷⁸ Philippe JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », op. cit., p. 199.

PARTIE II : LES CONDITIONS AMPLIATIVES DE L'EFFECTIVITE

450. Identifier l'ensemble des éléments du système juridique qui sont susceptibles d'influencer l'effectivité de la norme implique de compléter la mise en évidence des conditions classiques de l'effectivité par une recherche dirigée vers d'autres éléments du système juridique. Les deux conditions classiques sont en effet utiles à l'effectivité de la norme mais elles ne sont pas toujours suffisantes pour assurer cette effectivité. Elles n'ont en outre rien d'exclusif. A titre d'exemple, Norberto Bobbio a notamment stigmatisé « *la place exclusive donnée aux sanctions négatives* »¹⁸⁷⁹ pour mettre en évidence des « sanctions positives », des techniques d'encouragement au respect de la norme. Ainsi, la recherche des conditions juridiques de l'effectivité dépasse largement les questions liées à la cohérence de l'ordre juridique et à la sanction, même si ces deux éléments du système juridique sont évidemment importants.

451. Il s'agit dès lors de mettre en évidence d'autres rapports d'implication entre un élément du système juridique et l'effectivité. Cela consiste donc à identifier les conditions « ampliatives » de l'effectivité de la norme. Deux raisons conduisent à les qualifier d'ampliatives¹⁸⁸⁰. D'une part, il s'agit de conditions ampliatives dans la mesure où elles s'ajoutent aux conditions classiques de l'effectivité. D'autre part, elles sont susceptibles d'amplifier l'effectivité de la norme. Plus exactement, ces conditions sont moins directement centrées sur le respect de la norme que les conditions classiques. Elles intéressent en revanche de plus près le « degré » d'effectivité de la norme.

452. Selon Jean-Marc Sauvé, l'effectivité des droits fondamentaux « *est assurée par les pouvoirs constitués (exécutif, législateur, autorités juridictionnelles)* »¹⁸⁸¹. Plus largement, l'effectivité de la norme apparaît comme le résultat d'un concours complexe engageant les trois pouvoirs. En effet, l'exercice de chacun d'entre eux recèle une ou plusieurs conditions ampliatives de l'effectivité de la norme. Il en est ainsi du pouvoir d'élaborer la norme, de l'exécuter comme de celui de l'interpréter dans un cadre juridictionnel. Les conditions de l'effectivité de la norme qui résultent de l'exercice concomitant de ces pouvoirs peuvent être regroupées autour de deux pôles distincts.

En premier lieu, l'effectivité de la norme est conditionnée par la conception de la norme, étant entendu que celle-ci ne se limite pas à l'élaboration de la norme elle-même mais s'étend aussi à la conception de la mise en œuvre de cette norme (**Titre I**). En second lieu, sa

¹⁸⁷⁹ Norberto BOBBIO, « La fonction promotionnelle du droit », 1969, in *Essais de théorie du droit*, Bruylant LGDJ, Paris, 1998, p. 69.

¹⁸⁸⁰ L'adjectif « ampliatif » se définit comme ce « qui amplifie » ou « qui renforce » un élément précédent (v. entrée « ampliatif », in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr). Dans le cadre de cette étude, il n'est pas utilisé dans le sens qu'il revêt en procédure contentieuse, c'est-à-dire « *qui développe un acte précédent* » (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 56).

¹⁸⁸¹ Jean-Marc SAUVE, « Etat de droit et efficacité », *AJDA*, 1999, p. 119.

réception, que ce soit par ses destinataires ou par le juge, influence elle-aussi l'effectivité de la norme (**Titre II**).

Titre I : La conception de la norme

Titre II : La réception de la norme

TITRE I : LA CONCEPTION DE LA NORME

453. La conception, au sens large, de la norme regroupe un ensemble de conditions de son effectivité. Concevoir, c'est « *créer par la réflexion, la mise en œuvre des idées* »¹⁸⁸². Appliquée à la norme, la conception implique non seulement de créer, d'élaborer, cette norme, mais aussi de penser *ex ante* sa mise en œuvre.

454. Sur le plan juridique, la norme ne peut en principe produire d'effet qu'à partir de son entrée en vigueur¹⁸⁸³. Pour autant, sa capacité de produire des effets sur la société, son effectivité, se joue en partie avant son entrée en vigueur. En effet, « *ce n'est pas parce que la règle est posée, selon les procédures exigées par la constitution et toute la hiérarchie des normes qu'elle sera, parfaitement, reçue, acceptée, appliquée* »¹⁸⁸⁴. Le « potentiel » d'effectivité de la norme est en quelque sorte « pré » déterminé au stade de son élaboration et de sa mise en œuvre. Il convient ainsi d'exposer en quoi ces deux phases¹⁸⁸⁵ sont susceptibles d'influencer l'effectivité.

En premier lieu, l'élaboration de la norme consiste à penser la norme elle-même. Il s'agit d'une phase qui influence nécessairement son effectivité dans la mesure où elle lui confère un certain nombre de « qualités » comme une bonne partie de sa légitimité. Ce sont ces deux éléments – qualités et légitimité – qui sont, à ce stade, susceptibles d'influencer le degré d'effectivité de la norme (**Chapitre I**). En second lieu, la conception de la norme implique plus largement d'anticiper celle de ses moyens de mise en œuvre. Le choix des instruments de mise en œuvre, la préparation des normes d'application, comme l'acquisition de la confiance des destinataires de la norme, sont autant d'éléments inhérents à la conception de la norme qui doivent, au moins en partie, être conçus avant même l'entrée en vigueur de la norme (**Chapitre II**). Ces éléments sont eux aussi susceptibles d'influencer le degré d'effectivité de la norme.

Chapitre I : L'élaboration de la norme

Chapitre II : La mise en œuvre de la norme

¹⁸⁸² Entrée « concevoir », in *Le Petit Robert de la langue française 2013*.

¹⁸⁸³ L'entrée en vigueur d'une norme est en général conditionnée par sa publication. Sur l'entrée en vigueur des lois, v. Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 14^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 855 et s.. Sur l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux, v. Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, 4^{ème} éd., t. 2, Flammarion, 2011, p. 157 et s. ; « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », AJDA, 2004, p. 1463.

¹⁸⁸⁴ Bernard CUBERTAFOND, *La création du droit, op. cit.*, p. 103.

¹⁸⁸⁵ L'élaboration et la mise en œuvre de la norme entretiennent des relations étroites qu'une présentation binaire ne doit pas dissimuler. En effet, les législations finalisées ne peuvent « être envisagées que de manière dynamique et récursive, comme un processus continu de formation, de mise en œuvre et de correction du droit ». Notamment, « à la distinction nette que le droit fait entre la création et l'application du droit, la légistique oppose une représentation continue et récursive de la poursuite des objectifs législatifs » (Charles-Albert MORAND, « Préface », in Charles-Albert MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999).

CHAPITRE I : L'ELABORATION DE LA NORME

455. Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme ne se situent pas seulement en aval de son adoption et de son entrée en vigueur. La question de l'effectivité, comme celle de l'efficacité, « doit être envisagée dès le moment de son élaboration »¹⁸⁸⁶. Il convient ainsi de mettre en lumière les éléments qui, au stade de l'élaboration de la norme, peuvent avoir un rapport d'implication avec son effectivité. Deux hypothèses permettent d'orienter la recherche des conditions de l'effectivité qui sont déterminées dès le stade de l'élaboration.

En premier lieu, un certain nombre de « qualités », dont est ou n'est pas dotée la norme lors de son élaboration, sont susceptibles d'avoir des répercussions sur son effectivité. Il en va ainsi de sa qualité organique, matérielle ou encore formelle (**Section I**). En second lieu, au-delà de celle qu'elle tient de sa validité juridique, la légitimité de la norme est susceptible d'influencer son degré d'effectivité (**Section II**).

¹⁸⁸⁶ Frédéric ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes – Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, p. 16.

Section I : Les qualités de la norme

456. Dans la mesure où elle permet de regrouper un ensemble de caractéristiques appliquées à une entité, la notion de « qualité » s'avère particulièrement fuyante¹⁸⁸⁷. Elle ne fait d'ailleurs pas l'objet d'une définition conceptuelle en théorie du droit, même si elle est fréquemment utilisée en doctrine. Il s'agit alors d'un « *label regroupant a posteriori les exigences que l'on souhaite promouvoir* »¹⁸⁸⁸. Il est cependant possible de retenir que la qualité est un « *ensemble des caractères requis pour qu'une norme valide, et conforme aux normes qui lui sont supérieures dans un système donné, présente le moins de difficultés possibles dans son application, eu égard à son contenu et à sa position dans la hiérarchie des normes* »¹⁸⁸⁹. Cette définition présente deux avantages. Le premier est qu'elle distingue clairement la qualité de la norme de sa validité juridique et le second est le lien qu'elle établit entre la qualité de la norme et la question de son application qui, *in fine*, rejoint celle de son effectivité.

457. Selon Marthe Fatin-Rouge Stefanini, « *la notion de qualité des normes recouvre en définitive une pluralité d'exigences variables* »¹⁸⁹⁰. Luc Heuschling distingue ainsi trois variétés d'exigences découlant de la notion de qualité. Ces exigences peuvent viser la forme de la norme – c'est la qualité formelle –, sa procédure d'élaboration – c'est la qualité organique – et son contenu – c'est la qualité matérielle¹⁸⁹¹. C'est à partir de ces trois exigences que l'on peut tenter d'identifier trois conditions juridiques de l'effectivité de la norme¹⁸⁹².

Tout d'abord, la recherche de la qualité organique de la norme implique nécessairement de mieux « penser » celle-ci dans le cadre de procédures d'élaboration adaptées à cet objectif (§1). Ensuite, sa qualité matérielle dépend de son contenu, que ce soit sur le plan de sa force contraignante ou de son adéquation au but recherché (§2). Enfin, la qualité formelle de la norme est promue par le biais d'impératifs fixés à l'élaboration des normes à travers les exigences de sécurité juridique, d'accessibilité ou encore d'intelligibilité (§3).

¹⁸⁸⁷ La qualité peut être définie comme une « *caractéristique de nature, bonne ou mauvaise, d'une chose ou d'une personne* » (Entrée « qualité », in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr).

¹⁸⁸⁸ Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI, *Préface*, in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010, p. 13.

¹⁸⁸⁹ Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI, *ibidem*, p. 13-14.

¹⁸⁹⁰ Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, « Variabilité et contingence des exigences de qualité. Quelques considérations sur la notion de qualité des normes en droit constitutionnel », in *ibidem*, p. 28.

¹⁸⁹¹ V. la distinction opérée par Luc HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in *ibidem*, p. 58.

¹⁸⁹² Nous nous concentrerons pour cela sur les actes législatifs (concernant les normes réglementaires, v. Fabrice MELLERAY, « Qualité de la norme réglementaire et procédure administrative non contentieuse », in *ibidem*, p. 163) même si « *au-delà de la loi, toutes les normes sont concernées par des exigences de qualité car la qualité du droit apparaît comme une condition inhérente à la bonne application du droit et au respect des règles juridiques* » (Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, « Variabilité et contingence... », in *ibidem*, p. 28).

Le droit de l'urbanisme permet d'illustrer une réflexion sur les qualités de la norme. En effet, il est « *un droit écrit. Mais hélas trop souvent mal écrit !* »¹⁸⁹³. On a ainsi pu décrire son « *effervescence normative* », ses « *bavardages confus, bouffis de redondances et contraires à l'esprit du droit français et à sa lettre lorsqu'elle faisait l'admiration de Stendhal* »¹⁸⁹⁴. Le constat dressé au début des années quatre-vingt-dix par le Conseil d'Etat est toujours valide : « *un nombre assez élevé de réformes ponctuelles a fait perdre une partie de sa cohérence à ce droit* »¹⁸⁹⁵. A cela s'ajoute sa grande complexité dès lors qu'« *au fil des ans, de nombreux raffinements juridiques ont été introduits qui ne facilitent pas la compréhension des règles* »¹⁸⁹⁶.

§1 – « Penser » la norme : la qualité organique

Les lois, tout comme les autres types de normes, « *gagnent à avoir été pensées. C'est tout bête. Le problème vient alors de ce que beaucoup d'entre elles ne l'ont pas été, voire le sont de moins en moins* »¹⁸⁹⁷. Ce constat dressé par Guy Carcassonne n'a pas perdu sa pertinence. Il est tout simplement évident qu'une mauvaise préparation de la norme peut nuire à sa qualité.

Or, la profusion, l'inflation normative a souvent primé sur une réflexion qualitative approfondie et celle-ci influence négativement l'effectivité de la norme (I), cela alors même que la complexité des sociétés contemporaines impose une pensée complexe qui se laisse difficilement appréhendée dans le cadre de procédures d'élaboration marquées par le fait majoritaire. L'appréhension de la complexité impose en effet la mise sur pied de procédures d'élaboration des normes qui soient plus « *délibératives* », permettant, par la confrontation des arguments, de parvenir à une meilleure appréhension de la complexité (II). La montée en puissance de la « *légistique* » contribue à ce mouvement qualitatif en proposant une méthodologie d'élaboration des normes (III).

I. La primauté de la quantité sur la qualité

« *Sur la prolifération de la règle, tout a été dit* »¹⁸⁹⁸. Nous ne nous étendrons donc pas longuement sur l'inflation normative. Déjà mis en évidence par Francis Bacon, avocat puis

¹⁸⁹³ Hubert CHARLES, *Droit de l'urbanisme*, PUF, Thémis, 1997, p. 85.

¹⁸⁹⁴ Jacqueline MORAND-DEVILLER, cité par Hubert CHARLES, *ibidem*, p. 86.

¹⁸⁹⁵ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸⁹⁶ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 25.

¹⁸⁹⁷ Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 40.

¹⁸⁹⁸ Jean RIVERO, « Etat de droit, Etat du droit » in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 610.

garde du grand Sceau de la couronne anglaise¹⁸⁹⁹, ce phénomène a régulièrement été dénoncé, par exemple par Jean Cruet au début du XX^{ème} siècle¹⁹⁰⁰ ou encore plus récemment par Jean Carbonnier¹⁹⁰¹. Il touche la plupart des branches du droit, y compris le droit international¹⁹⁰². Il convient donc d'exposer rapidement les causes de l'inflation normative (A) avant d'en envisager les conséquences sur la qualité de la norme (B).

A. Les causes de l'inflation normative

Les causes apparentes de l'inflation normative sont nombreuses et ont été largement recensées¹⁹⁰³. Il s'agit notamment de la multiplication des sources du droit, que ce soit du côté des sources externes à l'ordre juridique interne – internationales et européennes – ou du côté des autres sources internes telles que les normes produites par les collectivités décentralisées ou les autorités administratives indépendantes. Au-delà, il convient d'apporter des précisions supplémentaires sur les autres causes de l'inflation normative, que ce soit sur l'abandon de la distinction entre le domaine de la loi et celui du règlement (1), ou sur l'instrumentalisation politique de l'instrument législatif (2). Cependant, la cause qui nous semble poser les problèmes les plus sérieux est beaucoup plus profonde, c'est la complexification des sociétés contemporaines (3).

1) *L'abandon de la distinction entre les domaines de la loi et du règlement*

458. L'origine de la distinction opérée entre le domaine de la loi et le domaine du règlement est bien connue. Les auteurs de la Constitution de la V^{ème} république avaient en effet souhaité limiter le champ d'application de la loi en réaction à l'excès du parlementarisme des III^{ème} et VI^{ème} république. L'interprétation de l'article 34 de la Constitution par les juges a cependant conduit à l'extension continue du domaine de la loi¹⁹⁰⁴. Dans sa célèbre décision du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*¹⁹⁰⁵, le Conseil

¹⁸⁹⁹ Francis BACON, « Sur la législation et la jurisprudence », (1623), APD, 1985, p. 356.

¹⁹⁰⁰ V. Jean CRUET, *La vie du droit ou l'impuissance des lois*, Flammarion, 1918, p. 262 et s..

¹⁹⁰¹ V. Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, notamment p. 107 et s..

¹⁹⁰² Emmanuelle JOUANNET, « A quoi sert le droit international ? Le droit international providence du XXI^{ème} siècle », RBDI, 2007, p. 5, notamment p. 21 et s. : selon elle, « *le panjuridisme interventionniste et providentiel du droit international est lié à un "tournant vers l'éthique"* » considérablement renforcé à la suite de la seconde guerre mondiale (p. 24).

¹⁹⁰³ V. Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, p. 101 et s. ; CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 233 et s..

¹⁹⁰⁴ V. Jean et Jean-Eric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 760 et s. ; Bertrand MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement – de la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n° 114, p. 75 et s..

¹⁹⁰⁵ CC, 30 juillet 1982, n° 82-143-DC.

constitutionnel a jugé que n'est pas contraire à la Constitution la loi qui renferme des dispositions à caractère réglementaire, le gouvernement ayant toujours la possibilité d'utiliser la procédure de déclassement prévue à l'article 37 alinéa 2 de la Constitution afin de récupérer sa compétence règlementaire. Ainsi, « à partir de cette jurisprudence, on peut dire que le respect de la distinction des articles 34 et 37 de la Constitution est soumis au bon vouloir des autorités législatives et réglementaires »¹⁹⁰⁶ de sorte que « la loi peut à nouveau s'étendre à l'infini, mais en accord avec le Gouvernement »¹⁹⁰⁷. Cette affirmation demeure valide même si, en 2005, le Conseil constitutionnel a pu relever, dans le cadre du contrôle *a priori*, et sans renvoyer à l'article de l'article 37 alinéa 2, le caractère réglementaire de certaines dispositions contenues dans une loi¹⁹⁰⁸, ajoutant ainsi un « mécanisme supplémentaire de délégalisation, à caractère préventif »¹⁹⁰⁹. En déclarant le caractère réglementaire de certaines dispositions, le Conseil a ainsi voulu inciter le gouvernement à agir par voie réglementaire pour reprendre sa compétence. Pour autant, la décision de 2005 n'a pas censuré ces dispositions de nature réglementaire pour inconstitutionnalité, de sorte que, comme avant, « tout se passe (...) comme si, à l'instar du Parlement anglais, le nôtre était compétent pour prendre des normes dans tout secteur, y compris le domaine réglementaire »¹⁹¹⁰.

Pour autant, au-delà du non-respect de l'esprit de l'article 34 de la Constitution, l'intervention du législateur dans le domaine réglementaire ne pose pas de grandes difficultés sur le plan de l'inflation normative elle-même. En effet, il est ici difficile de parler d'inflation « nette ». Les domaines respectifs de la loi et du règlement semblent guidés par le principe des vases communicants. Toute disposition introduite par la loi n'aura en principe pas à l'être par le règlement. En outre, « l'élaboration normative a besoin d'unité et il est plutôt sain de la satisfaire sans s'arrêter à chaque instant à des escarmouches de frontières »¹⁹¹¹.

Le problème est ailleurs. L'intervention répétée du législateur dans le domaine du règlement témoigne probablement de son inquiétude que sa volonté soit ensuite rongée, voire trahie, par le gouvernement au moment de l'élaboration des décrets d'application. Pour restaurer la confiance du législateur, le gouvernement pourrait accompagner ses projets de loi des projets de décrets d'application¹⁹¹². C'était l'esprit de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009¹⁹¹³ qui prévoyait d'intégrer à l'étude d'impact législative « la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires, leurs orientations principales et le délai prévisionnel de

¹⁹⁰⁶ Guillaume DRAGO, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », RDP, 2006, p. 48.

¹⁹⁰⁷ Jean et Jean-Eric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26^{ème} éd., *op. cit.*, p. 761.

¹⁹⁰⁸ CC, 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *loi pour l'avenir de l'école*; RDP, 2005, p. 849, note Jean-Pierre CAMBY.

¹⁹⁰⁹ Jean-Bernard AUBY, « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », CCC, n° 19, 2005, p. 105.

¹⁹¹⁰ Jean-Bernard AUBY, *ibidem*.

¹⁹¹¹ Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 46.

¹⁹¹² V. la proposition de Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 46.

¹⁹¹³ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF du 16 avril 2009 p. 6528.

leur publication ». Cependant, cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel¹⁹¹⁴ alors même que l'atteinte à la séparation des pouvoirs semblait tout à fait relative¹⁹¹⁵. Seule doit désormais être communiquée « la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires », privant ainsi le Parlement de tout regard sur le contenu de ces textes d'application. L'intérêt de cette mesure était cependant très important pour inciter le gouvernement comme le parlement à « penser » la norme avant de la définir. Le gouvernement aurait en effet été contraint de rédiger les projets de décret parallèlement au projet de loi et donc de mener une réflexion plus approfondie sur les éventuelles difficultés d'application des dispositions du projet de loi. Le Parlement aurait quant à lui pu être dissuadé d'empiéter par voie d'amendement sur la compétence réglementaire.

2) L'instrumentalisation des normes juridiques

459. La norme semble tout d'abord être parfois détournée de son objet principal. Elle devient dès lors un instrument de communication davantage qu'un instrument d'action. On assiste ainsi à une « communication médiatique autour de la loi »¹⁹¹⁶. Il y a « un changement profond dans la nature de la loi : ce n'est plus la proclamation d'une règle générale et permanente, c'est un procédé de gouvernement ou de gestion »¹⁹¹⁷. L'annonce d'un projet de loi par le gouvernement sert parfois d'abord à répondre aux attentes de l'opinion plutôt qu'à régler un problème donné : ce sont les lois « réactionnelles »¹⁹¹⁸. Ainsi, « aujourd'hui quand un fait divers surgit, la première réponse apportée est la rédaction d'une nouvelle loi »¹⁹¹⁹, par exemple à propos des chiens dangereux à la suite de la morsure subie par un jeune enfant¹⁹²⁰. Or, il va de soi que « des lois purement réactionnelles sont, par nature, des lois impensées »¹⁹²¹.

Ensuite, le Conseil d'Etat a ainsi mis en évidence la « propension à attendre des miracles de la loi, à la juger en fonction de ses motifs plutôt que de ses conséquences, et à faire appel à l'Etat législateur à tout propos »¹⁹²². Légiférer est en effet relativement rapide et peu onéreux. Cela permet d'afficher une action politique présumée efficace alors même que l'attention mériterait souvent d'être portée sur la mise en œuvre de dispositifs normatifs existants. Un exemple nous en est donné par la loi, désormais abrogée, sur la majoration des

¹⁹¹⁴ CC, 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, § 16 ; JCP G, 2010, p. 1531, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Arianna MACAYA.

¹⁹¹⁵ Perrine PREUVOT, « L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement », RDP, 2012, p. 49.

¹⁹¹⁶ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 231. V. aussi *ibidem*, p. 254 et s..

¹⁹¹⁷ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, op. cit., p. 110.

¹⁹¹⁸ Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 40.

¹⁹¹⁹ Jean GICQUEL, « Point de vue », *Territoires*, mars 2011, p. 18.

¹⁹²⁰ V. Yves JEGOUZO, « La simplification fait rage », AJDA, 2007, p. 2001.

¹⁹²¹ Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 40.

¹⁹²² CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 231.

droits à construire¹⁹²³. Annoncée par l'ancien Président de la République à la fin janvier 2012, au début de la campagne électorale, elle avait pour objet de répondre à la crise du logement. Publiée au journal officiel le 21 mars 2012, soit moins de deux mois après l'initiative du Président de la République, elle souffrait de nombreuses imperfections¹⁹²⁴, alors même que le procédé utilisé avait déjà fait l'objet de critiques importantes. En effet, avec l'augmentation législative des droits à construire, il s'agit de « *distribuer des bonus de constructibilité aux constructeurs considérés comme vertueux, et cela sans égards pour la forme et le fonctionnement urbains* »¹⁹²⁵, alors même que le gouvernement entend par ailleurs agir en matière d'esthétique urbaine à travers l'encadrement de l'affichage publicitaire.

460. Enfin, le droit de l'urbanisme fournit aussi un exemple convaincant de ce qui a pu être appelé par le Conseil d'Etat des « *stroboscopes législatifs* »¹⁹²⁶, c'est-à-dire ces matières qui sont modifiées de manière incessante par le législateur. Nous reviendrons sur les conséquences de ces évolutions à travers l'exemple du droit de l'urbanisme mais chacun peut par exemple garder à l'esprit les nombreuses lois adoptées par le Parlement ces dernières années.

3) Une cause profonde : la complexification de la société

461. « *Est complexe ce qui ne peut se résumer en un maître mot, ce qui ne peut se ramener à une loi, ce qui ne peut se réduire à une idée simple* »¹⁹²⁷. Ainsi, il s'agit d' « *affronter le fouillis (le jeu infini des inter-rétroactions), la solidarité des phénomènes entre eux, le brouillard, l'incertitude, la contradiction* »¹⁹²⁸. Or, comme toute entreprise d'appréhension du réel, le droit est nécessairement conduit à épouser la complexité¹⁹²⁹. Il est le produit de la pensée, d'une pensée qui doit nécessairement être complexe¹⁹³⁰. Ainsi existe-t-il un « *besoin naturellement croissant de droit, donc de lois, parce que celles-ci doivent gérer des relations sans cesse plus complexes entre individus, entre institutions ou entre les premiers et les secondes* »¹⁹³¹. Cette opération est notamment le produit du progrès technique et scientifique que connaissent les sociétés contemporaines. « *A l'heure actuelle, c'est le progrès technique et économique qui est ordinairement invoqué pour expliquer, justifier l'inflation du droit. Il*

¹⁹²³ Loi n° 2012-376 du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire, JORF du 21 mars 2012 p. 5121 ; loi n° 2012-955 du 6 août 2012 visant à abroger la loi n° 2012-376 du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire.

¹⁹²⁴ V. Yves JEGOUZO, « De l'urbanisme de projet à l'urbanisme sommaire », AJDA, 2012, p. 626.

¹⁹²⁵ GRIDAUH, « La règle locale d'urbanisme en question », *Constr.-Urbanisme*, 2011, ét.12, n° 30.

¹⁹²⁶ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 257.

¹⁹²⁷ Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 2005, p. 10.

¹⁹²⁸ Edgar MORIN, *ibidem*, p. 22.

¹⁹²⁹ Sur les difficultés d'appréhender la complexité en théorie du droit, v. Eric MILLARD, « Eléments pour une approche analytique de la complexité », in Mathieu DOAT, Jacques LE GOFF et Philippe PEDROT, *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PU Rennes, 2007, p. 141.

¹⁹³⁰ Edgar MORIN, *ibidem*, p. 21.

¹⁹³¹ Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », op. cit., p. 103.

semble que le droit, de plus en plus de droit, soit tout à la fois le moyen nécessaire et le résultat inéluctable du développement »¹⁹³².

462. Par exemple, c'est du progrès dans l'appréhension de la réalité complexe que s'est nourri le développement du droit de l'environnement. Les milieux naturels sont des (éco) systèmes complexes et on ne peut dès lors s'étonner de la protection d'une variété infinie d'espèces naturelles ou de la complexité du droit de l'environnement¹⁹³³. Jean Carbonnier expliquait ainsi que « *le catalogue des espèces à protéger est établi par une cascade de textes ; la protection est assurée par une série d'interdictions, sanctionnées d'amendes et d'emprisonnement. Voilà une flore cuirassée de droit* »¹⁹³⁴. Que ne pourrait-on pas dire encore du droit des nouvelles technologies ou des normes visant à encadrer le développement de la technique. *In fine*, la complexité croissante s'accompagne d'une complexification du droit, laquelle ne semble pas pouvoir se faire sans un nombre de plus en plus important de règles écrites, notre culture juridique n'accordant que de façon marginale au juge le soin d'adapter des règles générales aux situations complexes. Au-delà du constat, la combinaison de l'inflation normative et de la complexification du droit engendre des conséquences néfastes sur la qualité de la norme.

B. Les conséquences de l'inflation normative sur la qualité de la norme

L'inflation normative a des conséquences néfastes sur la qualité et sur l'application de la norme, notamment sur le plan de la sécurité juridique (1). Face à ce défi, la « simplification » du droit, très répandue dans le discours juridique et politique doit être abordée avec beaucoup de réserves (2).

1) Les conséquences de l'inflation normative

463. L'inflation normative engendre un « *cortège d'effets pervers : trop de textes, trop vite modifiés, trop peu connus, trop mal et trop inégalement appliqués* »¹⁹³⁵. Jean Carbonnier a largement mis en évidence les conséquences de cette inflation¹⁹³⁶. La plus évidente est l'impact négatif de l'inflation sur la connaissance des normes positives. Il peut en résulter une ineffectivité mécanique résultant de leur ignorance par ses destinataires et « *c'est sur le*

¹⁹³² Jean CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 44.

¹⁹³³ V. Jean UNTERMAIER, « Nous n'avons pas assez de droit ! Quelques remarques sur la complexité du droit en général et du droit de l'environnement en particulier », in *Les hommes et l'environnement – Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison Roche, 1998, p. 503.

¹⁹³⁴ Jean CARBONNIER, *ibidem*, p. 56.

¹⁹³⁵ François OST, *La nature hors la loi – L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 1995, rééd. 2003, 107.

¹⁹³⁶ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, op. cit., p. 111.

système juridique tout entier que se diffusera un mépris des lois »¹⁹³⁷. Le corollaire de l'inflation, « *le mouvement de complexification croissante du droit, (...), rend difficile l'accès au juridique* »¹⁹³⁸, ce qui peut se traduire par « *une désobéissance généralisée, ouverte ou cachée* »¹⁹³⁹.

464. La seconde conséquence de l'inflation est l'instabilité qu'elle induit, contrairement au principe de sécurité juridique. La succession des lois conduit à la modification permanente de pans entiers de certaines branches du droit. Ces « *stroboscopes législatifs* »¹⁹⁴⁰ engendrent des difficultés redoutables. En effet, chaque adoption d'une norme nouvelle nécessite un certain temps pour que chacun puisse l'appréhender, se l'approprier, la comprendre et l'intégrer dans ses comportements. Les évolutions répétées de certaines branches du droit engendrent une perte de repères de la part des destinataires de la norme, ceux-ci étant contraints de renouveler sans cesse le travail intellectuel d'acquisition du savoir juridique. A peine a-t-on appréhendé une norme que celle-ci change encore et qu'il faut de nouveau réitérer le travail de formation juridique. Cela va plus loin encore dans la mesure où une norme nouvelle, pour être parfaitement appréhendée, nécessite l'interprétation du juge par le biais de la jurisprudence. La modification permanente des règles de droit ne laisse pas le temps au juge d'interpréter ces règles. Les destinataires de la norme sont par conséquent confrontés à une norme « verte », c'est-à-dire qui n'a pas été enrichie par des années de jurisprudence et d'interprétation.

465. Ce phénomène est particulièrement sensible en droit de l'urbanisme, sujet à d'« *incessantes évolutions* »¹⁹⁴¹, et dont la « *maladie chronique* » est « *l'addiction à la réforme continue* »¹⁹⁴². Depuis 2000 sont ainsi intervenus de très nombreux textes de rang législatif¹⁹⁴³, sans compter les innombrables textes règlementaires y afférant. Il devient alors difficile, même pour un spécialiste du droit de l'urbanisme, de suivre intégralement l'ensemble des domaines concernés par ces réformes. Le code de l'urbanisme est en perpétuel chantier et « *cette instabilité chronique de la règle de droit nuit non seulement à sa bonne compréhension, mais aussi à son respect* »¹⁹⁴⁴. Ce droit administratif appliqué à l'urbanisme,

¹⁹³⁷ Jean CARBONNIER, *ibidem*, p. 111.

¹⁹³⁸ François TERRE, *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 388.

¹⁹³⁹ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁹⁴⁰ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁹⁴¹ Rozen NOGUELLOU, « Les incessantes évolutions du droit de l'urbanisme », *Droit administratif*, 2009, alerte 31.

¹⁹⁴² Yves JEGOUZO, « De l'urbanisme de projet à l'urbanisme sommaire », *op. cit.*, p. 626.

¹⁹⁴³ Sans prétendre à une liste exhaustive, on peut cependant citer la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains du 13 décembre 2000, la loi urbanisme et habitat du 2 juillet 2003, l'ordonnance du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme, la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, la loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, l'ordonnance du 16 novembre 2011 relative à la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme, l'ordonnance du 22 décembre 2011 relative à certaines corrections à apporter au régime des autorisations d'urbanisme, et la loi du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire. En l'espace d'un semestre, Yves Jegouzo recense quant à lui deux lois, trois ordonnances et huit décrets (Yves JEGOUZO, *ibidem*).

¹⁹⁴⁴ Rozen NOGUELLOU, « Les incessantes évolutions du droit de l'urbanisme », *op. cit.*.

d'une particulière complexité, est aussi décentralisé. Il en résulte une incroyable difficulté, pour les services des collectivités territoriales chargés de son application, à se tenir au courant du droit positif applicable à un moment donné, d'autant que cette frénésie législative s'accompagne de multiples régimes transitoires¹⁹⁴⁵. Il faut ajouter à cette difficulté la baisse des moyens des services déconcentrés de l'Etat résultant de la révision générale des politiques publiques, lesquels assurent traditionnellement une fonction de conseil essentielle pour les collectivités les plus petites.

2) *L'illusion de la simplification*

Face à « *l'infinie complexité du réel, dont la règle ne peut suivre toutes les nuances et les sinuosités* »¹⁹⁴⁶, nombreuses ont été les voies à en appeler à la simplification du droit. La situation s'avère nuancée sur ce terrain et il ne s'agit pas ici de dénoncer toute entreprise de simplification. Il y a certainement, çà et là, des dispositifs complexes que l'on peut simplifier sans risques. Pour autant, cette démarche comporte de nombreux risques. Sur un plan général, Edgar Morin a bien montré combien « *de telles opérations, nécessaires à l'intelligibilité, risquent de rendre aveugle si elles éliminent les autres caractères du complexe* »¹⁹⁴⁷. Or, il n'y a plus aujourd'hui une réforme qui ne soit pas guidée par un objectif de simplification, devenue une finalité pour le législateur. Se développe ainsi un droit de la simplification du droit (a) qui porte autant d'illusions que la démarche tendant à simplifier un objet foncièrement complexe (b).

a) *L'illusion du droit de la simplification*

466. « *Le mythe de la simplification a entraîné le développement d'un droit de la simplification... du droit* »¹⁹⁴⁸ à travers de nouveaux objectifs constitutionnels et principes généraux dont on a bien montré les effets pervers¹⁹⁴⁹. Ce qui est en cause à ce stade est davantage le développement de lois prenant pour objet la simplification du droit elle-même, dont le Président de la Commission des lois de l'assemblée nationale sous la 13^{ème} législature s'est fait le spécialiste. Sous la 13^{ème} législature, c'est au moins quatre lois dites de simplification qui ont été adoptées par le Parlement.

¹⁹⁴⁵ V. Yves JEGOUZO, « Le droit de l'urbanisme au péril du transitoire », RDI, 2012, p. 301.

¹⁹⁴⁶ François TERRE, *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 404.

¹⁹⁴⁷ Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 2005, p. 21.

¹⁹⁴⁸ François TERRE, *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 359.

¹⁹⁴⁹ V. Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 396-397.

Ces lois modifient parfois une dizaine de codes différents et sont ainsi sujettes à devenir l'« *archétype du texte fourre-tout et illisible* »¹⁹⁵⁰. Le Sénat a ainsi pu considérer, à propos de la loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, qu'il s'agissait d'un texte qui « *sert de pavillon de complaisance à des marchandises de toutes natures* »¹⁹⁵¹.

En outre, il ne s'agit souvent pas de réécritures complètes d'un régime juridique mais seulement de remplacer certaines phrases, voire mots, par d'autres, à l'intérieur d'une disposition codifiée. Le suivi du droit positif n'en est rendu que plus complexe.

467. De plus, la fréquence même de ces lois est un facteur d'instabilité, et par conséquent d'insécurité juridique. A l'annonce de chaque proposition ou projet de loi de simplification, les portes sont ouvertes en grand. Toute norme est susceptible d'être remise en cause en permanence au gré d'un amendement parlementaire dont ce type de loi est devenu le réceptacle. Tout projet de cavalier législatif est susceptible de trouver ici un accueil bienveillant. Il en résulte que « *la technique même de la loi de simplification est facteur d'insécurité juridique. (...) Les lois de simplification du droit tuent la qualité de la loi et les efforts menés en parallèle par la commission de codification sont réduits à néant* »¹⁹⁵².

468. Enfin, la frontière entre la simplification et la dérégulation est parfois très mince. Potentiellement, toute simplification peut être interprétée comme une dérégulation, comme un recul du droit, selon des considérations subjectives. Cependant, les lois de simplification deviennent parfois un instrument de la schizophrénie législative, ce qui révèle bien, si besoin en est, que les lois ne sont pas « pensées ». Le législateur adopte une loi à la hâte en ayant à l'esprit que s'il fait une erreur, s'il est trop ambitieux, une loi de simplification pourra accueillir quelques modifications. Pour ne citer qu'un exemple, la loi du 22 mars 2012 est revenue en arrière¹⁹⁵³ à propos de la réforme du droit de l'affichage publicitaire effectuée moins de deux ans auparavant par le véhicule¹⁹⁵⁴ de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite Grenelle II, loi votée selon la procédure d'urgence et pour laquelle les débats parlementaires ont été particulièrement courts si on veut bien les comparer à la taille exorbitante du texte¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁵⁰ Rozen NOGUELLOU, « La « simplification » du droit, bis repetita placent... », *Droit Adm.*, 2011, al. 62.

¹⁹⁵¹ Rapport du Sénat sur la loi du 22 mars 2012, cité par Hélène PAULIAT, « La loi du 22 mars 2012 : éloge de la simplification ou hymne à l'inintelligibilité ? », *JCP A*, 2012, act. 247.

¹⁹⁵² Hélène PAULIAT, « La loi du 22 mars 2012 : éloge de la simplification ou hymne à l'inintelligibilité ? », *JCP A*, 2012, act. 247.

¹⁹⁵³ V. la tribune de Philippe ZAVOLI, « Pour un chiffre », *AJDA*, 2012, p. 289.

¹⁹⁵⁴ Ce thème a été introduit par un parlementaire. V. Raymond LEOST, « Le droit de l'affichage publicitaire, dernier invité de la loi Grenelle 2 », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 177.

¹⁹⁵⁵ Trente heures de débats à l'Assemblée nationale ont suffi pour un texte comportant 257 articles (v. Philippe BILLET, « De la loi Grenelle 1 à la loi Grenelle 2 », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 24)

b) *L'illusion de la simplification de la complexité*

469. Face à une société qui s'est complexifiée, la simplification semble illusoire. La complexité est bien souvent nécessaire car « *tout n'est pas simplifiable. Les complications ne sont pas toujours inutiles* »¹⁹⁵⁶. On sait par exemple la complexité du droit administratif mais « *derrière cette impression de désordre se trouve une appréhension du réel qui appelle constamment des nuances et une production de nouvelles normes* »¹⁹⁵⁷. La complexification du droit est bien souvent nécessaire à une bonne appréhension du réel. En effet, « *aucun de ceux qui contribuent à forger, directement ou indirectement, le droit administratif ne recherche délibérément la complexité. Celle-ci s'impose à ces auteurs comme solution de fuite ou comme moyen inévitable pour répondre à un objectif précis* »¹⁹⁵⁸.

Par exemple, dans le domaine du droit administratif de l'environnement, la récente réforme du droit des études d'impact environnemental introduite par la loi Grenelle II¹⁹⁵⁹ a conduit à la complexification de la détermination du champ d'application de cette procédure. Sous l'influence de la directive 85/337 du 27 juin 1985 et de la Commission, la France a été contrainte de remplacer son système classique de seuil par une procédure de « cas par cas ». Le nouveau dispositif est beaucoup plus complexe¹⁹⁶⁰ puisqu'il crée une procédure supplémentaire. Le pétitionnaire doit désormais, dans certains cas, demander à l'administration de se prononcer sur le fait de savoir si son projet est ou non soumis à étude d'impact. Pourtant, cette complexité est parfaitement justifiée par une meilleure appréhension du réel. L'objectif de l'étude d'impact est de prévenir les atteintes à l'environnement. Avec un système de seuil comme celui qui prévalait auparavant, un projet de faible importance pouvait être dispensé d'étude d'impact alors qu'il se situait dans une zone humide par exemple et qu'il induisait sa destruction. Avec le nouveau dispositif, un tel projet sera en principe soumis à étude d'impact alors qu'un projet d'importance moyenne n'impactant pas de milieux naturels fragiles pourra en être dispensé.

Il résulte de cela que même lorsque le législateur « simplifie » un régime juridique, il est parfois contraint de faire face au réel, et de venir réintroduire de la nuance. « *L'aspiration à une plus grande justice, comme le souci d'efficacité, imposent cette adaptation qui est, inévitablement différenciation et, par conséquent, complication de la règle* »¹⁹⁶¹. Dans de tels cas, non seulement la simplification n'a pas été possible, mais encore on a porté par deux fois atteinte aux situations juridiques, et par conséquent à la sécurité juridique.

¹⁹⁵⁶ Jean-Marie PONTIER, « La simplification, illusion dangereuse », AJDA, 2005, p. 345.

¹⁹⁵⁷ Jean-Marie PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », AJDA, 2000, p. 187.

¹⁹⁵⁸ Jean-Marie PONTIER, *ibidem*, p. 187.

¹⁹⁵⁹ V. Julien BETAILLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisances récurrentes », RJE, n° spécial, 2010, p. 241.

¹⁹⁶⁰ V. Marie-Béatrice LAHORGUE, « La mise en œuvre de la réforme de l'étude d'impact : une complexe simplification », AJDA, 2012, p. 250.

¹⁹⁶¹ Jean-Marie PONTIER, « La simplification, illusion dangereuse », *op. cit.*, p. 345.

470. Enfin, la complexité trouve parfois sa source dans les circonstances de l'adoption de la norme. La mauvaise rédaction d'un texte est parfois le fruit d'une mauvaise négociation ou de l'absence de consensus. Le droit international est coutumier du fait. La négociation des traités internationaux conduit souvent à un pas en avant, puis à un pas en arrière, tout cela dans la même disposition normative. C'est la « complexité diplomatique ». Il est en effet difficile de se mettre d'accord, au niveau international, sur ce que sont les valeurs communes¹⁹⁶². On se rapproche ainsi du problème des moyens procéduraux permettant de lever cette incertitude sur les valeurs. En effet, l'appréhension de la complexité passe aussi par une meilleure discussion des problèmes publics et par la recherche du consensus. C'est là le rôle de la « délibération » politique.

II. Une procédure peu délibérative

Délibérer signifie « *examiner ensemble une question, procéder à un échange d'idées et d'opinions, avant de prendre une décision* »¹⁹⁶³. Réfléchir et échanger avant d'agir, voilà qui peut paraître évident. Cet impératif a beaucoup à voir avec la qualité de la norme. La délibération approfondie de la norme permet de mieux la « penser », de mieux l'adapter à l'objectif poursuivi. En effet, davantage de discussion, laquelle est fondée sur des arguments, permet probablement une meilleure appréhension de la complexité. On peut aussi en escompter un meilleur consensus politique et donc éviter ainsi la complexité inutile liée aux divergences politiques.

Nous aborderons ici l'exemple de la procédure législative française, même s'il va de soi que les situations sont différentes selon les procédures considérées. Ainsi, la procédure législative de droit commun demeure faiblement délibérative (**A**) et des procédures dérogatoires perdurent alors même qu'elles limitent considérablement la délibération politique (**B**).

A. Une procédure législative faiblement délibérative

471. La fonction délibérative du Parlement est en principe favorisée par le bicaméralisme¹⁹⁶⁴. En théorie, la lenteur des travaux parlementaires est « *une garantie de*

¹⁹⁶² V. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés – essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, Paris, 1995, p. 365.

¹⁹⁶³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 282. Nous reviendrons plus loin sur ce que l'on entend par « démocratie délibérative ».

¹⁹⁶⁴ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2011, p. 315.

réflexion, de prudence, de sagesse »¹⁹⁶⁵. Le jeu de la navette permet aussi à chaque assemblée de prendre le temps de la réflexion entre deux lectures du texte.

472. L'un des objectifs de la réforme constitutionnelle de juillet 2008 a été de renforcer la place du Parlement. Sans évaluer le succès de cette entreprise, il faut mettre en évidence les efforts du constituant. Sur le plan de l'initiative parlementaire, un jour de séance par mois a été accordé à l'opposition, lui offrant l'opportunité de mettre en débat ses propositions. La portée de cette réforme reste cependant particulièrement réduite et ne semble pas être à même de permettre une meilleure prise en compte de la diversité des opinions, tout comme le mode de scrutin majoritaire de l'élection des députés qui affaiblit considérablement la place des minorités politiques. Pourtant, on sait que la prise en considération des opinions des minorités est un élément important d'une véritable « *délibération politique* »¹⁹⁶⁶. En outre, même si deux semaines de l'ordre du jour sur quatre sont accordées aux parlementaires¹⁹⁶⁷, « *la quête de nouveaux créneaux reste une obsession de l'Exécutif* »¹⁹⁶⁸. Ensuite, sur le plan de l'examen du texte, le texte qui est débattu en séance n'est plus le projet de loi gouvernemental mais le texte issu des travaux de la commission parlementaire saisie¹⁹⁶⁹. Ainsi, le gouvernement « *devra nécessairement défendre et expliquer son texte en commission* »¹⁹⁷⁰ alors qu'auparavant, l'examen direct en séance publique se prêtait plus facilement à l'autorité gouvernementale et à la discipline. « *Les arguments d'autorité ne suffisent plus* »¹⁹⁷¹. Cette réforme semble donc favoriser le débat en commission et un examen plus approfondi du texte. Certes, contrairement à la conception classique du Parlement, l'hémicycle n'est plus le lieu privilégié du débat – « *la séance plénière donne le sentiment d'une redite, à l'opposé de la tradition, qui en faisait le moment privilégié de la discussion* »¹⁹⁷², mais la discussion et le débat sont certainement plus aisés dans le cadre des commissions. De plus, l'article 42 al. 3 de la Constitution prévoit un délai minimum de 6 semaines entre le dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi et son examen en séance, ce qui permet de donner le temps nécessaire aux commissions. Cela ne veut cependant pas dire que le débat en séance ne peut pas être utile au texte et de ce point de vue, l'institution du « *temps législatif programmé* »¹⁹⁷³ à l'assemblée nationale est à double tranchant. Certes, il permet de satisfaire à l'objectif de limitation de l'abus du droit d'amendement – obstruction stérile s'il en est –, mais il est à craindre une limitation trop importante du temps de débat. L'exemple de l'examen par l'Assemblée

¹⁹⁶⁵ Marie-Anne COHENDET, *ibidem*, p. 315.

¹⁹⁶⁶ V. Bernard MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, 1985, n° 33, p. 72.

¹⁹⁶⁷ Article 48-2 de la Constitution.

¹⁹⁶⁸ Jean-Eric GICQUEL, « Les effets de la réforme constitutionnelle de 2008 sur le processus législatif », *Jus Politicum*, n° 6, 2011, p. 4.

¹⁹⁶⁹ Article 42 al. 1 de la Constitution.

¹⁹⁷⁰ Pierre-Yves GAHDOUN, « L'amélioration de la fabrication des lois – Entre rénovation et révolution », *AJDA*, 2008, p. 1875.

¹⁹⁷¹ Jean-Eric GICQUEL, « Les effets de la réforme constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 6.

¹⁹⁷² Jean et Jean-Eric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 772.

¹⁹⁷³ Article 49 du règlement de l'Assemblée nationale.

nationale de la loi dite « Grenelle II » est de ce point de vue saisissant. Rappelons que ce monument législatif n'a fait l'objet que de trente heures de débat à l'Assemblée nationale¹⁹⁷⁴.

473. En revanche, la mise en place de la « théorie de l'entonnoir » nous semble à même d'autoriser une conduite progressive de la délibération, allant de l'expression de la diversité des opinions et des propositions vers la nécessaire construction d'une décision. Ainsi, tous les amendements, à condition de présenter un lien avec le texte, sont admis en première lecture¹⁹⁷⁵.

Le droit d'amendement s'exerce pleinement en première lecture, à condition que celui-ci ait un lien avec le projet ou la proposition de loi. Le droit d'amendement, explicitement reconnu au gouvernement et aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution¹⁹⁷⁶, est cependant limité par la suite. L'entonnoir se resserre à mesure que l'on avance dans la procédure. L'alinéa 2 du même article prévoit qu'après l'ouverture du débat, le gouvernement « peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission ». Cependant, les titulaires du droit d'amendement disposent aussi d'un droit de sous-amendement leur permettant de proposer la modification d'un amendement existant¹⁹⁷⁷. Enfin, si les travaux de la commission mixte paritaire sont concluants, le gouvernement et les parlementaires ne peuvent introduire des mesures nouvelles¹⁹⁷⁸. L'entonnoir se referme alors juste avant l'adoption finale du texte.

474. Pour autant, il « reste que la revalorisation de la délibération législative est encore inachevée »¹⁹⁷⁹ et, nonobstant l'ensemble des éléments précités, la faiblesse du caractère délibératif de la procédure législative tient davantage au « système politique »¹⁹⁸⁰ de la V^{ème} république. On connaît en effet la pratique présidentialiste de ce régime. Les travaux de Marie-Anne Cohendet ont montré que c'est bien l'attribution au Président du droit de dissolution, combiné au scrutin majoritaire, qui lui a permis de devenir le véritable chef de l'exécutif et d'obtenir la soumission des parlementaires¹⁹⁸¹, effrayés à l'idée de devoir se présenter une nouvelle fois devant les électeurs à la suite d'une dissolution¹⁹⁸². Il en résulte un déséquilibre profond. En effet, « si le Président dirige tout, puisqu'il n'est pas responsable devant le Parlement, le Parlement est désarmé »¹⁹⁸³. Il faut ajouter à cela le fait majoritaire

¹⁹⁷⁴ V. Philippe BILLET, « De la loi Grenelle 1 à la loi Grenelle 2 », *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁷⁵ Sous la réserve des articles 40 et 41 de la Constitution.

¹⁹⁷⁶ Selon l'article 44 de la Constitution, il s'exerce en séance « ou » en commission mais « *il continue, en réalité, de s'exercer en séance et en commission* » (Jean-Eric GICQUEL, « Les effets de la réforme constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 7).

¹⁹⁷⁷ CC, 17 mai 1973, n° 73-49 DC ; RDP, 1973, p. 1031, note Georges BERLIA.

¹⁹⁷⁸ CC, 25 juin 1998, n° 98-402 DC ; RDP, 2000, p. 1599, note Jean-Pierre CAMBY.

¹⁹⁷⁹ Jean-Eric GICQUEL, « Les effets de la réforme constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁸⁰ Au sens où l'entend Marie-Anne Cohendet, c'est-à-dire « *le fonctionnement concret des institutions, qui résulte de la combinaison entre le régime politique (les règles constitutionnelles) et le système des variables déterminantes (les éléments autres que les règles constitutionnelles qui exercent des contraintes sur les acteurs pour les inciter à appliquer les règles constitutionnelles de telle ou telle manière* » (Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 467).

¹⁹⁸¹ V. Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 375.

¹⁹⁸² Chacun ayant à l'esprit la dissolution prononcée par le Général de Gaulle en octobre 1962.

¹⁹⁸³ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 377.

que connaît la V^{ème} république. Celui-ci est encore renforcé par le passage du septennat au quinquennat pour le mandat présidentiel. Ce dernier et le mandat des députés peuvent désormais coïncider. La modification du calendrier électoral issue de la loi organique du 15 mai 2001 dévalorise l'élection législative et celle-ci procède désormais largement de l'élection présidentielle. Ainsi, cette modification « *accroît les probabilités de soumission de la majorité (parlementaire) au Président* »¹⁹⁸⁴. Le système politique de la V^{ème} république ne favorise donc pas la délibération autonome d'un Parlement qui demeure, en dépit de la réforme de 2008, soumis au Président¹⁹⁸⁵. Cela a des répercussions jusque sur la qualité de la norme législative. Une fois de plus, la loi du 22 mars 2012 sur la majoration des droits à construire, rapidement abrogée suite au changement de majorité présidentielle¹⁹⁸⁶, est un bon exemple d'un présidentielisme triomphant sur le Parlement. Cette loi, adoptée selon la procédure accélérée sous l'impulsion d'un Président entrant en campagne électorale, avait en effet relégué au second plan une proposition de loi reprenant un travail approfondi sur l'« *urbanisme de projet* », laquelle n'a ensuite pas été adoptée¹⁹⁸⁷.

B. Des procédures non délibératives

En dehors de la procédure législative de droit commun, la procédure accélérée (1) et le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution (2) ne permettent pas une bonne délibération du parlement et nuisent à la qualité de la loi.

1) *L'abus de la procédure accélérée*

475. L'abus de la procédure d'urgence avait déjà été relevé par le Conseil d'Etat¹⁹⁸⁸. Le recours à ce type de procédure réduit considérablement les délais d'examen d'un texte et par conséquent le temps laissé au Parlement pour délibérer. En effet, le jeu des navettes permet d'introduire « *dans le texte plus de réflexion que celle, souvent des plus sommaires si elle n'est pas totalement absente, que le projet porte en lui* »¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸⁴ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 375.

¹⁹⁸⁵ Cette soumission est potentiellement renforcée par la nouvelle rédaction de l'article 18 de la Constitution selon lequel le Président « *peut prendre la parole devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès. Sa déclaration peut donner lieu, hors sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote* » (v. Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 378).

¹⁹⁸⁶ Loi n° 2012-955 du 6 août 2012 visant à abroger la loi n° 2012-376 du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire.

¹⁹⁸⁷ V. Yves JEGOUZO, « De l'urbanisme de projet à l'urbanisme sommaire », *AJDA*, 2012, p. 626.

¹⁹⁸⁸ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit, op. cit.*, p. 267.

¹⁹⁸⁹ Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 44.

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a cependant réformé la procédure d'urgence, la transformant en procédure dite « accélérée »¹⁹⁹⁰. Il n'est pourtant pas certain que cette subtilité sémantique suffise à limiter le recours à ce type de procédure. Le Premier Ministre dispose en effet de la possibilité de demander la réunion de la commission mixte paritaire dès la fin de la 1^{ère} lecture, sans que cette prérogative ne soit conditionnée à une quelconque circonstance. La conférence des présidents des deux assemblées peut cependant conjointement s'opposer à la déclaration d'urgence. Cependant, compte tenu du fait majoritaire et de la soumission de l'assemblée nationale au Président, cette possibilité semble devoir demeurer une hypothèse d'école. Or, « *accéléré rime ici avec précipité* »¹⁹⁹¹ dans la mesure où l'on ne prévoit qu'une seule lecture devant chaque assemblée. En outre, les délais d'examen des textes de loi prévus par l'article 42 de la Constitution sont écartés par le déclenchement de cette procédure. Dès lors, cette procédure « *permet de ruiner les efforts menés en vue de préserver le temps parlementaire* »¹⁹⁹² et la possibilité pour le Parlement de « délibérer » correctement sur le texte est donc belle et bien réduite.

Surtout, il s'avère que « *la procédure accélérée est encore, comme par le passé, une procédure engagée avec une grande facilité par le Gouvernement sans contrepoids des conférences des présidents des assemblées parlementaires* »¹⁹⁹³. Pascal Jan précise en outre que pour la session 2009/2010, près de 77% des textes, hors lois de ratification des engagements internationaux, l'ont été selon cette procédure. Face à l'éloquence de ce chiffre, force est de constater que la procédure accélérée tend à devenir la procédure législative de droit commun alors même qu'« *un recours trop fréquent à la procédure accélérée tuerait l'objectif premier et primordial de la réforme constitutionnelle* »¹⁹⁹⁴, c'est-à-dire l'amélioration de la qualité de la loi.

2) *L'abus des ordonnances*

476. Le nombre de lois habilitant le gouvernement à agir par voie d'ordonnance a considérablement augmenté depuis les années 2000¹⁹⁹⁵. Ce procédé permet en effet au gouvernement d'agir plus vite dans l'exécution de son programme. On connaît le mécanisme de l'article 38 de la Constitution. Le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi.

¹⁹⁹⁰ Article 45, al. 2 de la Constitution.

¹⁹⁹¹ Pierre-Yves GAHDOUN, « L'amélioration de la fabrication des lois... », *op. cit.*, p. 1875.

¹⁹⁹² Perrine PREUVOT, « L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement », RDP, 2012, p. 52.

¹⁹⁹³ Pascal JAN, « La procédure accélérée : bilan de deux ans de mise en œuvre », LPA, 18 fév. 2011, p. 7.

¹⁹⁹⁴ Pascal JAN, *ibidem*, p. 7.

¹⁹⁹⁵ V. Guillaume DRAGO, « Le Conseil constitutionnel, la compétence... », *op. cit.*, p. 49 à 55.

Le premier inconvénient de cette procédure est de tenir le Parlement à l'écart de l'élaboration de textes de rang législatif. Cette « loi administrative » a pour effet que « *ce n'est plus le Parlement, le législateur désigné par la Constitution, qui, majoritairement, fait la loi. (...) ce sont les bureaux, les services administratifs* »¹⁹⁹⁶. Dans leur principe, les ordonnances privent donc le Parlement de sa possibilité de délibérer, même si le droit d'amendement peut toujours s'exercer au stade de la loi de ratification. La réforme constitutionnelle de 2008 a cependant modifié l'article 38 en prévoyant que les ordonnances « *ne peuvent être ratifiées que de manière expresse* ». Cette précision est bienvenue pour mettre un terme aux ratifications dites implicites, validées par le Conseil d'Etat¹⁹⁹⁷ et par le Conseil Constitutionnel¹⁹⁹⁸, et qui avaient pour conséquence de tenir un peu plus le Parlement à l'écart de toute délibération. Une ratification explicite permet, à coup sûr, aux parlementaires d'exercer, s'ils le souhaitent, leur droit d'amendement. Cette modification conduit même à se demander si, sur le papier, la possibilité d'utiliser l'article 38 présente encore un intérêt pour le gouvernement.

Il reste que ce procédé contribue lui-aussi à l'inflation normative. La codification par ordonnance a en effet pu être critiquée pour cette raison. « *Les ordonnances censées simplifier le droit tout en évitant l'encombrement du Parlement sont ainsi devenues à leur tour une source d'inflation normative au point que leur débit est désormais supérieur à celui du Parlement* »¹⁹⁹⁹. En outre, « *sous couvert de simplification du droit, le Gouvernement peut modifier profondément des pans entiers de législation, sans véritable contrôle du Parlement* »²⁰⁰⁰. L'inflation est encore favorisée par le phénomène du « tiroir » décrit par Yves Gaudemet : « *lorsque l'occasion s'en présente, les services sortent de leurs tiroirs des projets de réformes ou des aménagements limités, tenus par eux pour nécessaires et requérant le véhicule de la loi* »²⁰⁰¹.

Les ordonnances sont ainsi utilisées pour transposer des directives européennes, pour la codification, ou encore pour légiférer dans des domaines particulièrement techniques. Le Conseil d'Etat avait ainsi pu affirmer que « *le recours aux ordonnances est donc devenu le principal mode de législation* »²⁰⁰². L'abus de l'utilisation des ordonnances²⁰⁰³ se confirme ces dernières années, notamment en matière d'urbanisme et d'environnement. Dans ces matières, en dépit des nombreuses lois intervenues, notamment la loi dite « Grenelle II », l'intervention par ordonnance est tout à fait courante. Chaque fois sous l'influence du droit de l'Union européenne, souhaitant éviter toute condamnation pour manquement, des ordonnances

¹⁹⁹⁶ Yves GAUDEMET, « La loi administrative », RDP, 2006, p. 66.

¹⁹⁹⁷ CE, 25 janvier 1957, *Société des établissements charlionais*, rec., p. 54.

¹⁹⁹⁸ CC, 29 février 1972, n° 72-73 L, rec., p. 31 ; AJDA, 1972, p. 638, note Bernard TOULEMONDE.

¹⁹⁹⁹ Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 395.

²⁰⁰⁰ Guillaume DRAGO, « Le Conseil constitutionnel, la compétence... », op. cit., p. 53.

²⁰⁰¹ Yves GAUDEMET, « La loi administrative », RDP, 2006, p. 71.

²⁰⁰² CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 270.

²⁰⁰³ Yves GAUDEMET, « La loi administrative », RDP, 2006, p. 66 et s. ; Yves JEGOUZO, « De l'usage immodéré des ordonnances », AJDA, 2006, p. 1297.

particulièrement importantes pour le droit de l'environnement ont été adoptées dernièrement. Il en va par exemple ainsi en matière de déchets²⁰⁰⁴, mais encore quand il s'agit de transposer une directive sur la responsabilité environnementale²⁰⁰⁵ ou enfin en matière de répression des atteintes à l'environnement²⁰⁰⁶. Concernant ces trois domaines, on peut regretter qu'ils n'aient pas donné lieu à un véritable débat parlementaire, notamment lorsqu'il s'agit de discuter des peines pénales ou des sanctions administratives. Ces sanctions ont besoin, pour être correctement appliquées, de disposer d'une forte légitimité démocratique que les cabinets ministériels ne peuvent leur donner.

III. Une méthode pour « penser » la norme

Face aux errements de la procédure législative, on peut se demander s'il existe une méthode appropriée pour « penser » la norme et améliorer sa qualité. La doctrine a ainsi pu proposer des méthodes inspirées de la légistique. Cette étude des méthodes de rédaction des normes juridiques est en effet tournée vers la « *recherche de l'efficacité* »²⁰⁰⁷. Au-delà de l'apport de cette méthode (A) qui reste en grande partie théorique, il semble que la fonction du Conseil d'Etat puisse être renforcée (B).

A. L'apport méthodologique de la légistique matérielle

477. Les spécialistes de la légistique matérielle proposent une méthode formalisée de rédaction, d'adoption et de mise en œuvre des normes juridiques. Les différentes étapes de cette méthodologie²⁰⁰⁸ vont de la définition du problème à l'évaluation rétrospective en passant successivement par la détermination des objectifs de la norme, l'élaboration d'une stratégie d'action et le choix des instruments, l'évaluation prospective, l'adoption de la norme et sa mise en œuvre. Le tout est organisé au sein d'un processus itératif et rétrospectif²⁰⁰⁹ qui peut conduire à une modification de la norme. Nous reviendrons plus loin sur la mise en

²⁰⁰⁴ Ordonnance n° 2010-1579 du 17 décembre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des déchets.

²⁰⁰⁵ Ordonnance n° 2009-229 du 26 février 2009 prise pour l'application de l'article 12 de la loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement.

²⁰⁰⁶ Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement.

²⁰⁰⁷ Charles-Albert MORAND, « Préface », in Charles-Albert MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999.

²⁰⁰⁸ V. Charles-Albert MORAND, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in Charles-Albert MORAND (dir.), *ibidem*, p. 19 ; Jean-Daniel DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », in *ibidem*, p. 81 et s..

²⁰⁰⁹ V. Jean-Daniel DELLEY et Alexandre FLÜCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 84 et s..

œuvre de la norme²⁰¹⁰ et sur l'évaluation normative²⁰¹¹. La méthode par ailleurs proposée par Guy Carcassonne se rapproche de la démarche légistique. Ainsi, il s'agit d'« identifier précisément le problème à traiter, qu'il soit vaste ou étroit ; s'interroger honnêtement et recueillir des avis extérieurs, pour savoir si sa solution relève bien de la loi, ne fût-ce qu'en partie ; puis envisager celle qu'il faudrait faire, mais en se souciant de la place harmonieuse à lui donner dans l'ensemble plus vaste où il lui faudra s'insérer, en traquant les frottements éventuels avec d'autres textes (...) ; finalement établir une esquisse, non des articles eux-mêmes mais de ce qu'ils devront contenir. Ensuite ? Surtout ne pas rédiger, mais plutôt questionner, consulter, concerter de la manière la plus large, la plus ouverte possible ; après seulement commencer à écrire et, de nouveau, questionner, consulter, concerter comme devant. Alors naîtra un avant-projet qui aura quelque chance d'être bon, quitte à se révéler assez éloigné de ce que le concepteur initial pouvait avoir en tête »²⁰¹².

478. Revenons sur les différentes étapes de la légistique matérielle. Tout d'abord, la définition du problème procède de son identification par l'initiative politique. Il s'agit alors d'évaluer la gravité du problème et l'opportunité de l'action juridique. Avant la réforme constitutionnelle de juillet 2008, cette étape n'était pas formalisée et relevait principalement de la sphère politique. L'obligation de réaliser une étude d'impact préalable aux projets de loi²⁰¹³ englobe ces impératifs légistiques mais se révèle largement insuffisante²⁰¹⁴. Au-delà de l'orientation présidentialiste du système politique de la V^{ème} république rend difficile une définition objective du problème. Ensuite, la détermination des objectifs de la réforme relève du choix politique, même si, nous le verrons, l'ambition de ces objectifs peut influencer sur l'effectivité. Enfin, avec le choix des instruments d'action, il s'agit d'établir une stratégie d'action en établissant différents scénarii. Cette étape n'est pas formalisée dans la procédure française et relève davantage de l'aléa politique. Au-delà de ces aspects méthodologiques, la légistique ne propose cependant pas de structure institutionnelle d'« ingénierie législative ».

B. Renforcer la fonction de conseil du Conseil d'Etat

479. En France, le Conseil d'Etat comporte, parmi ses fonctions, celle de conseiller le gouvernement, que ce soit sur les projets de loi, les ordonnances ou certains textes réglementaires²⁰¹⁵. La consultation du Conseil d'Etat, parfois perçue comme une contrainte par

²⁰¹⁰ V. *infra*, § 600 et s..

²⁰¹¹ V. *infra*, § 578 et s..

²⁰¹² Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 49.

²⁰¹³ Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. V. aussi CC, 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, *Procédure législative* ; JCP G, 2010, p. 1531, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Arianna MACAYA.

²⁰¹⁴ V. *infra*, § 578 et s..

²⁰¹⁵ V. Yves JEGOUZO, « A propos de la fonction consultative du Conseil d'Etat », in *Juger l'administration, administrer la justice – Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 505 ; Alain PLANTEY, « Le rôle du Conseil d'Etat dans la confection de la loi », in Roland DRAGO (dir.), *La confection...*, *op. cit.*, p.

le gouvernement, est en fait précieuse sur le plan de l'amélioration de la qualité de la norme compte tenu de l'expertise juridique du Conseil.

480. Cependant, cette fonction du Conseil d'Etat souffre de plusieurs limites tenant à son champ d'application et à la publicité des avis rendus par le Conseil. En ce qui concerne tout d'abord le champ d'application, les projets de loi sont soumis obligatoirement pour avis au Conseil d'Etat²⁰¹⁶. En revanche, au terme de l'alinéa 5 de l'article 39 de la Constitution, il s'agit d'une simple faculté pour les propositions de lois déposées par les parlementaires. La soumission pour avis d'une proposition de loi au Conseil relève du pouvoir discrétionnaire du Président de l'assemblée en cause. Il est ainsi possible que ce dernier choisisse de soumettre la proposition en fonction de critères autres que juridiques. En outre, l'auteur de la proposition de loi peut lui-même s'opposer à la transmission au Conseil d'Etat. Enfin, ce dernier n'est pas consulté sur les amendements, qu'ils soient d'origine gouvernementale ou parlementaire²⁰¹⁷. Il résulte de cette différence de régime juridique entre les projets d'un côté et les propositions et les amendements de l'autre, que l'obligation de transmission au Conseil d'Etat des projets de loi peut être facilement contournée par le dépôt par le gouvernement d'amendements²⁰¹⁸ ou par un parlementaire d'une proposition de loi téléguidée par le gouvernement²⁰¹⁹.

481. Ensuite, l'article 6 de la loi de 1978 sur l'accès aux documents administratifs²⁰²⁰ exclut expressément les avis du Conseil d'Etat des documents communicables au public. Le Comité Balladur avait pourtant proposé de les rendre publics pour les projets de loi, sans succès. En ce qui concerne les propositions de loi effectivement soumises à avis, leur communication se limite au Président de l'assemblée en cause et au parlementaire auteur de la proposition²⁰²¹. Leur caractère confidentiel est traditionnellement justifié par la préservation de la liberté du gouvernement et du travail du Conseil d'Etat²⁰²². Pourtant, on voit mal comment leur publication, par définition après qu'ils ont été adoptés par le Conseil, pourrait gêner le travail de ce dernier. La liberté du gouvernement n'en serait quant à elle pas atteinte sur le plan juridique. En revanche, cela obligerait celui-ci à mieux motiver sa position, à mieux

55 ; Agnès ROBLOT-TROIZIER et Jean-Gabriel SORBARA, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », AJDA, 2009, p. 1994 ; Yves GAUDEMET, « La VIème république ? Quel Conseil d'Etat ? », RDP, 2002, p. 376.

²⁰¹⁶ Article 39 de la Constitution ; CC, 28 déc. 1990, n° 90-285 DC ; RFDC, 1991, p. 145, note Louis FAVOREU ; 3 avril 2003, n° 2003-468 DC ; AJDA, 2003, p. 1625, note Marie-Thérèse VIEL.

²⁰¹⁷ V. Agnès ROBLOT-TROIZIER et Jean-Gabriel SORBARA, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », AJDA, 2009, p. 1997.

²⁰¹⁸ Le Conseil d'Etat ne doit pas être obligatoirement consulté sur un amendement gouvernemental (CC, 16 mars 2006, n° 2006-534 DC ; LPA, n° 104, 2006, p. 4, note Jean-Eric SCHOETTLE ; 30 mars 2006, n° 2006-535 DC ; RFDC, 2007, p. 824, note Marie-Clotilde RUNAVOT), sauf s'il s'agit d'une disposition nouvelle (CC, 3 avril 2003, n° 2003-468 DC ; AJDA, 2003, p. 1625, note Marie-Thérèse VIEL).

²⁰¹⁹ V. Agnès ROBLOT-TROIZIER et Jean-Gabriel SORBARA, « Limites et perspectives... », *op. cit.*, p. 1995.

²⁰²⁰ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public.

²⁰²¹ Article 4 bis de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

²⁰²² Alain PLANTEY, « Le rôle du Conseil d'Etat dans la confection de la loi », *op. cit.*, p. 57.

argumenter, et ainsi améliorerait la qualité de la délibération au Parlement²⁰²³. En outre, « *le travail de la commission parlementaire ne pourrait qu'être amélioré par la connaissance de l'avis du Conseil d'Etat* »²⁰²⁴, de même que l'argumentation des parlementaires en séance publique. *In fine*, le Constituant fait preuve d'une conception particulièrement exigeante de la séparation des pouvoirs. Pourtant, n'étant que de simples avis ne liant pas le législateur, on voit mal comment ils pourraient constituer une atteinte à la séparation des pouvoirs lorsqu'ils portent sur une proposition de loi²⁰²⁵.

482. En définitive, l'une des conséquences de l'inflation normative est de nuire à l'effectivité de la norme. Face à ce constat, l'amélioration des méthodes et procédures d'élaboration de la norme, c'est-à-dire sa qualité organique, semble susceptible de limiter l'inflation normative à ce qui est imposé par la complexité de la société. La qualité organique de la norme apparaît ainsi à même de limiter l'ineffectivité qui résulte de l'inflation normative. Elle est donc, indirectement, une condition de l'effectivité de la norme.

§2 – L'influence du contenu de la norme sur ses effets : la qualité matérielle

Le contenu de la norme, en tant que tel, influe sur ses effets, cela de deux points de vue. Tout d'abord, la « force contraignante » de la norme, qui se distingue de son caractère obligatoire, peut dépendre d'un certain nombre de ses caractéristiques qui, même si elles sont identifiables, sont particulièrement ambivalentes (I). Ensuite, les effets de la norme peuvent aussi dépendre de l'adéquation de son contenu aux buts recherchés (II).

I. L'ambivalence de la « force contraignante » de la norme

483. La « force contraignante » de la norme se distingue de sa « force obligatoire », même si l'amalgame est souvent entretenu en doctrine. Nous avons déjà vu que dans l'approche positiviste, le caractère obligatoire de la norme passe essentiellement par le couple validité/sanction. Une norme peut ainsi être obligatoire sans nécessairement que son contenu soit véritablement « contraignant » à l'égard de ses destinataires. Dans ce cas, les sujets de droit disposeront d'une certaine « marge » quant au comportement à adopter. Inversement,

²⁰²³ Il semble cependant que l'avis du Conseil d'Etat soit partiellement retranscrit dans les rapports des commissions parlementaires (v. Damien CHAMUSSY, « Le travail parlementaire a-t-il changé ? Le point de vue d'un praticien », *Jus Politicum*, n° 6, 2011, p. 6). Une partie des avis figure, à la discrétion du Conseil d'Etat, dans ses rapports annuels.

²⁰²⁴ Agnès ROBLOT-TROIZIER et Jean-Gabriel SORBARA, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2009, p. 1997.

²⁰²⁵ En ce sens, v. Pierre-Yves GAHDOUN, « L'amélioration... », *op. cit.*, p. 1873.

« une norme impérative sur le plan déontique pourra ne pas jouir d'une grande force normative si on ne lui reconnaît pas de force obligatoire »²⁰²⁶. Il en va ainsi de certains textes de *soft law* qui, même si leur formulation est impérative et laisse par conséquent peu de marge à celui qui entend respecter ces textes, ne sont pas obligatoires car dépourvus de validité et de sanction juridiques.

Pour autant, la force contraignante ne se limite pas qu'à l'impérativité. On peut distinguer plusieurs caractéristiques de la force qui influent sur son caractère contraignant : la normativité (A), la teneur de ses énoncés normatifs (B) et le contenu déontique de la norme (C). Pour autant, aucune de ces caractéristiques n'est absolue, toutes sont ambivalentes selon les situations juridiques dans lesquelles on se place.

A. Une recherche aveuglée de normativité

La normativité est entendue ici classiquement comme le caractère de ce qui est normatif, c'est-à-dire « qui énonce une règle, qui est porteur d'une norme »²⁰²⁷. Face à la montée en puissance dans les années quatre-vingt-dix du droit souple (*soft law*) et de dispositions peu orthodoxes, le juge constitutionnel français a mis en œuvre une conception classique de la normativité, érigée en exigence constitutionnelle (1). Cependant, cette conception semble dogmatique dans la mesure où elle ne tient pas compte de la pluralité des fonctions de la norme juridique (2).

1) L'impératif de normativité défendu par le juge constitutionnel

484. Confronté à l'adoption de plus en plus fréquente de lois mémorielles ou d'autres dispositions législatives dont la portée pouvait être considérée comme exclusivement déclaratoire, le juge constitutionnel s'est opposé « à l'énoncé qui reconnaît, constate ou décrit une situation, promeut, favorise, encourage, ou encore exprime des vœux, des souhaits, des recommandations ou des avis »²⁰²⁸. Ainsi, « l'exigence de normativité de la loi formulée par le Conseil constitutionnel vise des énoncés législatifs reconnaîtifs d'un fait physique (l'identité de la montagne), social (la famille est une valeur essentielle de la société), psychique (le sport est moyen d'épanouissement) ou historique (reconnaissance du génocide arménien), ainsi que ceux qui revêtent une forme impérative mais qui formulent une obligation abstraite et à

²⁰²⁶ Cédric GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine THIBIERGE et alii, *La force normative – Naissance d'un concept*, op. cit., p. 206.

²⁰²⁷ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 617.

²⁰²⁸ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », CCC, n° 21, 2006, p. 64.

*connotation multiple (l'école doit contribuer à valoriser les talents) »*²⁰²⁹. Dans sa décision du 21 avril 2005, il a ainsi censuré une disposition législative « *manifestement dépourvue de toute portée normative* »²⁰³⁰. En l'espèce, il s'agissait de la disposition suivante : « *l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves* ». Il découle ainsi de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 34 de la Constitution qu'une loi ordinaire doit énoncer des règles et avoir une portée normative.

En 2008, le Constituant a réagi à la position du juge constitutionnel sans pour autant revenir dessus. Il a plutôt cherché à offrir au Parlement les véhicules appropriés à ce type de disposition. Le champ d'application des lois de programme et des résolutions parlementaires a ainsi été élargi. Le nouvel article 34-1 de la Constitution permet ainsi au Parlement d'adopter des « résolutions » dépourvues de portée législative. L'objectif est ainsi d'éviter l'insertion dans la loi de « neutrons législatifs ». Cet outil permet en principe « *de limiter l'inflation législative, en se détournant des lois mémorielles de naguère* »²⁰³¹.

2) *La cécité face à la pluralité des fonctions de la norme : illustrations en droit de l'environnement*

485. Les textes de faible portée normative étaient déjà stigmatisés en 1623 par Francis Bacon²⁰³² et l'ont ensuite été par Montesquieu ou Portalis. La position du Conseil constitutionnel se situe dans cette tradition de pensée. Elle peut cependant sembler teintée de dogmatisme et de nostalgie dès lors que le Conseil ne prend pas en considération la pluralité des fonctions de la norme.

486. La première critique qui peut être adressée au Conseil constitutionnel consiste à mettre en évidence le caractère inoffensif de ce type de disposition. Ainsi, « *les neutrons législatifs, justement parce que dénués de toute charge juridique, ne font de mal à personne. Le préjudice qu'ils provoquent est purement esthétique* »²⁰³³. A l'inverse, ce type de disposition est fréquemment utilisé par les juges, y compris par le Conseil constitutionnel.

487. Cela nous conduit à une seconde remarque. L'absence de normativité aujourd'hui ne signifie pas que cette disposition n'est pas susceptible d'être utilisée demain par un juge. La position du Conseil conduit en effet à mettre de côté le rôle du juge dans l'interprétation des normes juridiques. Par exemple, lorsqu'une disposition induit une connotation multiple, c'est

²⁰²⁹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *ibidem*, p. 65.

²⁰³⁰ CC, 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, § 18 et s. ; RDP, 2005, p. 849, note Jean-Pierre CAMBY, récemment confirmé par CC, 28 février 2012, n° 2012-647 DC, § 4 ; AJDA, 2012, p. 1406, note Arianna MACARYA et Michel VERPEAUX. Cela ne concerne en revanche pas les lois de programmation (CC, 7 juillet 2005, n° 2005-516 DC, § 7 ; RFDA, 2005, p. 930, chron. Wagdi SABETE).

²⁰³¹ Jean et Jean-Eric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 755.

²⁰³² Francis BACON, « Sur la législation et la jurisprudence », (1623), APD, 1985, p. 356.

²⁰³³ Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 46.

bien le rôle du juge que de dire le droit et de livrer une interprétation de la norme. Ensuite, ce type de disposition peut lui servir de support. Par exemple, « à lire le premier alinéa du préambule de 1946, l'on ne lui trouvait aucune portée normative, jusqu'à ce que le Conseil lui-même y découvrit la source du principe éminent de la dignité de la personne humaine »²⁰³⁴.

488. Il en va de même du préambule de la Charte de l'environnement. Ainsi, ses considérants pourraient se voir reconnaître une portée normative²⁰³⁵, quand bien même certains d'entre eux pourraient apparaître comme purement descriptifs²⁰³⁶. Nous avons en effet vu au chapitre précédent que ces dispositions pourraient être utiles à la reconnaissance du préjudice écologique pur en droit de la responsabilité administrative. Ensuite, au niveau législatif cette fois, l'appréhension dans le temps de l'article L. 110-1 du code de l'environnement confirme ce type d'évolution au niveau de l'interprétation des juges. Ainsi cet article dispose-t-il que la protection des différents éléments de l'environnement s'inspire « dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants : (...) 4° Le principe de participation, selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, (...), et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire ». La formulation de ce principe avait en effet de quoi laisser dubitatif quant à sa portée. Dans un premier temps, le moyen fondé sur ce principe législatif était considéré par le juge administratif, certes le juge d'appel, comme inopérant²⁰³⁷. Dans son arrêt *Commune d'Annecy* du 3 octobre 2008, le Conseil d'Etat n'avait d'ailleurs pas semblé conférer une grande portée à cette disposition, la considérant comme non susceptible de déterminer les conditions et les limites du droit constitutionnel à la participation²⁰³⁸. Cependant, peu après, le Conseil a accepté d'examiner un moyen fondé sur cette disposition, même s'il l'a finalement rejeté²⁰³⁹. Il y a probablement ici un exemple de ce type de dispositions pouvant « correspondre à une volonté délibérée de laisser aux diverses autorités d'application un pouvoir d'appréciation

²⁰³⁴ Guy CARCASSONNE, *ibidem*, p. 47.

²⁰³⁵ Marie-Anne COHENDET, « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », RJE, n° spécial, 2005, p. 110-111.

²⁰³⁶ Par exemple le 1^{er} considérant : « les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ».

²⁰³⁷ « Considérant que les associations intimées ne peuvent utilement se prévaloir des dispositions de l'article L. 110-1-II-4° du code de l'environnement (...) dès lors que ces dispositions énoncent des principes dont la portée a vocation à être définie notamment dans le cadre des dispositions législatives » (CAA Bordeaux, 3 décembre 2008, *Ministre des transports c. Association Aquitaine alternatives*, n° 07BX00912).

²⁰³⁸ « l'article L. 110-1 du code de l'environnement, qui se borne à énoncer des principes dont la portée a vocation à être définie dans le cadre d'autres lois, ne saurait être regardé comme déterminant les conditions et limites requises par l'article 7 de la Charte de l'environnement » (CE, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, *op. cit.*).

²⁰³⁹ CE, 16 avril 2010, *Association Rabodeau Environnement*, n° 318067 : cette disposition « consacre le principe de participation, selon lequel (...) le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire. ; qu'il ressort des pièces du dossier que, préalablement à son édicton, la décision attaquée a fait l'objet d'une concertation avec le public, comportant l'organisation de réunions et de débats publics, ainsi que la tenue d'un comité de pilotage regroupant notamment des élus et des associations de protection de l'environnement ; que, par suite, contrairement à ce que soutiennent les requérants, le principe de participation n'a pas été méconnu ».

afin, par exemple, d'assurer une meilleure adaptation du texte à la diversité des circonstances et ainsi, finalement, de prévoir l'imprévu »²⁰⁴⁰. En l'espèce, alors que les autres dispositions législatives et réglementaires ne prévoyaient pas de procédure particulière de participation du public en matière de « zone de développement de l'éolien », l'article L. 110-1 est venu fournir un fondement aux procédures de participation mises en place par les autorités locales.

489. Par ailleurs, ce type de dispositions considérées comme non normatives par le juge constitutionnel, non sans une certaine subjectivité²⁰⁴¹, sont susceptibles de constituer un guide interprétatif pour le juge. De manière générale, ces dispositions expriment souvent un objectif de l'auteur du texte et peuvent à ce titre être utilisées dans le cadre d'une interprétation finaliste ou téléologique d'une norme appartenant au même texte. C'était notamment le cas des dispositions censurées par la décision du Conseil constitutionnel du 21 avril 2005, « *la réussite de tous les élèves* » pouvant ainsi être considérée comme un objectif du législateur en matière d'éducation. L'interprétation, sur cette base, d'une autre disposition de cette loi auraient pu être utile à l'annulation d'un de ses décrets d'application. Il en va de même pour des normes de rang constitutionnel. Marie-Anne Cohendet défend ainsi que les considérants de la Charte de l'environnement peuvent au minimum servir de guide interprétatif, voire même fonder de nouveaux principes²⁰⁴². Un autre exemple peut encore être tiré du droit international à travers les dispositions du Protocole relatif à la gestion intégrée des zones côtières (GIZC) de la Méditerranée²⁰⁴³. Ainsi, son article 5 énonce ses objectifs et l'article 6 précise les principes qui guident la mise en œuvre du Protocole. Enfin, les articles 8 et 9 s'appliquent « *dans le respect* » des articles 5 et 6. Considérés isolément, les articles 5 et 6 pourraient facilement être appréhendés comme dépourvus de toute portée normative. Ils n'en sont pas moins utiles à l'interprétation des autres articles de ce Protocole. On pourra certainement rétorquer, à propos des normes législatives, que les résolutions prévues à l'article 34-1 de la Constitution peuvent elles-aussi servir de guides interprétatifs²⁰⁴⁴. Pour autant, si l'on peut souhaiter que le juge trouve ici la volonté du législateur, force est de constater que la prise en compte du « *soft law* » dans l'interprétation est beaucoup moins familière aux juges français qu'elle ne l'est des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, lesquels mentionnent le *soft law* au titre du « *droit international pertinent* ».

490. Enfin, ce type de norme est très probablement à même de produire ce que des auteurs de renom ont appelé l'effectivité « symbolique », c'est-à-dire « *l'aptitude de la loi à marquer les représentations des destinataires* ». La loi pourrait ainsi « *offrir des modèles de sens, diffuser des valeurs collectives, crédibiliser des fictions fondatrices (...) au-delà de sa*

²⁰⁴⁰ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut... », *op. cit.*, p. 67-68.

²⁰⁴¹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *ibidem*, p. 65.

²⁰⁴² Marie-Anne COHENDET, « La Charte et le Conseil constitutionnel... », *op. cit.*, p. 111.

²⁰⁴³ Adopté le 21 janvier 2008 ; entré en vigueur le 24 mars 2011.

²⁰⁴⁴ La lecture de la résolution du 1er février 2012 sur la mise en œuvre du principe de précaution est tout à fait instructive. Nombre de ses dispositions sont plus prescriptives que les sources constitutionnelle et législative du principe.

capacité à diriger les conduites »²⁰⁴⁵. C'est ainsi la « *force référentielle* »²⁰⁴⁶ de la norme qui est mise en évidence. Au-delà, les normes sont souvent des actes performatifs. Dès lors, « *l'affirmation de certains énoncés (...) est susceptible de produire instantanément des effets dans le monde réel. En comptant sur un double effet illocutoire (c'est-à-dire en fonction du contexte, (...)), et perlocutoire (qui se rapporte à l'effet psychologique de l'énoncé sur son destinataire), dire, devient faire. En l'occurrence, il n'y a pas de distance, ni d'écart problématique entre l'énoncé et l'effet produit, mais une efficacité dans l'immédiateté* »²⁰⁴⁷.

B. Les énoncés normatifs : les effets contradictoires des exigences de clarté et précision de la norme

La rédaction des énoncés normatifs influe elle-aussi sur la « force contraignante » de la norme et sur la marge laissée à l'interprète. On peut ainsi considérer que « *plus le texte permet d'interprétations divergentes, plus il rend possible la dissémination du sens de la norme* »²⁰⁴⁸. L'absence de clarté et de précision de la norme pourrait dès lors rendre son effectivité plus difficile. Le juge constitutionnel français a ainsi fait découler de l'article 34 de la Constitution une exigence de clarté et de précision de la loi²⁰⁴⁹, sans pour autant sanctionner systématiquement sa complexité²⁰⁵⁰. Si *a priori*, de telles exigences semblent tout à fait favorables à la qualité et *in fine* à l'effectivité de la norme, elles révèlent rapidement leurs inconvénients (1), notamment sur le plan de la sécurité juridique. L'exemple du droit de l'urbanisme permet de ce convaincre de l'ambivalence de l'exigence de précision de la norme (2).

1) Les inconvénients des exigences de clarté et de précision

491. L'exigence de clarté et de précision présente plusieurs inconvénients, en premier lieu sur le plan de la sécurité juridique. En principe, la précision peut apparaître comme un gage de prévisibilité de la norme, favorisant ainsi l'une des deux composantes de la sécurité juridique. Cependant, dans un contexte de « complexité » tel que nous l'avons décrit, « *une*

²⁰⁴⁵ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? ...*, *op. cit.*, p. 334.

²⁰⁴⁶ Cédric GROULIER, « La distinction de la force contraignante... », *op. cit.*, p. 210.

²⁰⁴⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Eric MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, à paraître.

²⁰⁴⁸ Cédric GROULIER, « La distinction de la force contraignante... », *op. cit.*, p. 204.

²⁰⁴⁹ CC, 29 décembre 1983, n° 83-164 DC, § 30 ; AJDA, 1984, p. 97, note Loïc PHILIP ; CC, 20 juin 1998, n° 98-401 DC, § 16 ; AJDA, 1998, p. 495, note Jean-Eric SCHOETTL ; CC, 7 décembre 2000, n° 2000-435 DC, § 52 et 53. Une exigence de clarté de la norme découle aussi de la jurisprudence de la Cour EDH (Cour EDH, 24 avril 1990, *Kriuslin et Huvig c/ France*, Série A, n° 176-A et B ; RUDH, 1990, p. 185, note Gérard COHEN-JONATHAN ; GACEDH, n° 5).

²⁰⁵⁰ CC, 18 juillet 2001, n° 2001-447 DC, § 29 ; RDP, 2002, p. 639, chron. Dominique ROUSSEAU ; CC, 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, § 14 ; RFDA, 2005, p. 409, note Laurence DARDALHON.

loi absolument claire n'aurait jamais la plasticité nécessaire pour s'adapter à son environnement et agir efficacement sur la société »²⁰⁵¹. Ce défaut d'adaptabilité de la norme à des situations très diverses pourra ainsi avoir des répercussions en terme d'instabilité des situations juridiques, l'autre composante de la sécurité juridique. En effet, une norme trop précise, incapable de s'adapter à des situations diverses, devra nécessairement être fréquemment ajustée, modifiée, pour répondre à de nouvelles situations de fait²⁰⁵². Au-delà, Christian Atias a montré que « si le contenu de la règle correspondait tout à fait à l'espèce concrète, la prescription ne vaudrait que pour le nombre très limité d'hypothèses expressément envisagées. La moindre circonstance quelque peu différente empêcherait de déduire la solution de la règle et rendrait le point de droit imprévisible »²⁰⁵³. Dans ce contexte, il nous semble tout à fait impossible de conclure que la clarté et la précision seraient des facteurs invariables de sécurité juridique, laquelle est pourtant bien, comme nous le verrons, un facteur de l'effectivité de la norme.

492. Ensuite, une telle exigence peut suggérer que le droit ne marcherait que sur une seule jambe, se passant ainsi du rôle indispensable du juge. Or, par nature, « la norme éloigne du concret, comme toute construction de l'esprit, en laissant nécessairement à des intermédiaires le soin de dire le droit »²⁰⁵⁴. Ainsi, « l'indétermination de la règle est à la fois lourde de conséquences et inévitable ; ce n'est pas une tare ; elle est de la nature de la règle de droit, de toute règle de droit récente ou ancienne »²⁰⁵⁵. Il revient au juge d'assurer le « service après-vente » par le biais de la jurisprudence et de préciser ainsi le sens de la norme rapporté au cas d'espèce. Le texte, seul, ne saurait prévoir et parer toutes les espèces.

2) L'ambivalence de l'exigence de précision de la norme révélée en droit de l'urbanisme

493. Le droit de l'urbanisme, tout comme le droit de l'environnement, est réputé pour être un droit « d'ingénieurs »²⁰⁵⁶, marqué par une tendance à la rédaction de normes très précises. La planification locale de l'urbanisme tend ainsi à privilégier des règles quantitatives sur des règles qualitatives. Prenons l'exemple d'une règle de hauteur d'une construction fixée à 12

²⁰⁵¹ Alexandre FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », CCC, n° 21, 2006, p. 74.

²⁰⁵² V. Pierre DE MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 102.

²⁰⁵³ Christian ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *op. cit.*, p. 216.

²⁰⁵⁴ François TERRE, « Forces et faiblesses de la norme », in Catherine THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁵⁵ Christian ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *op. cit.*, p. 218.

²⁰⁵⁶ En ce qui concerne le droit de l'urbanisme, v. Yves JEGOUZO, « Les principes du droit de l'urbanisme », in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 179. En ce qui concerne le droit de l'environnement, v. Jean UNTERMAIER, « Nous n'avons pas assez de droit ! Quelques remarques sur la complexité du droit en général et du droit de l'environnement en particulier », *op. cit.*, p. 506.

mètres. En apparence, il n'y a rien de plus précis. Elle serait donc facilement prévisible pour les pétitionnaires. Ceux-ci savent qu'un projet de construction dont la hauteur est supérieure à 12 mètres sera contraire au plan local d'urbanisme. Pour autant, « *il arrive fréquemment que la règle quantitative, lorsqu'elle n'a pas été minutieusement étudiée, ne puisse s'appliquer mécaniquement et doit donc être interprétée par l'autorité administrative ou le juge* »²⁰⁵⁷. Ainsi, si l'on reprend la règle des 12 mètres, encore aura-t-il fallu déterminer corrélativement le point de référence permettant de mesurer la hauteur. L'imagination complexe des architectes peut-elle ainsi se laisser appréhender ? On peut en douter. Ainsi, « *on peut se demander si la rigidité des règles quantitatives n'a pas tendance à favoriser l'instabilité de la réglementation, ce qui n'est pas un facteur de sécurité juridique. En effet, le plan d'urbanisme aura tendance à être fréquemment retouché pour lever les difficultés d'interprétation de ces règles ou pour mieux les adapter à la diversité des situations* »²⁰⁵⁸, par exemple à un projet d'un architecte particulièrement imaginatif, mais pourtant de très bonne qualité. « *Comme l'urbanisme cède la place à l'arithmétique, il arrive qu'elles conduisent l'autorité administrative à s'opposer à des projets de bonne qualité architecturale et urbaine ou, au contraire, à accepter des projets manifestement insatisfaisants* »²⁰⁵⁹. Dans un tel contexte, l'utilisation de règles quantitatives d'une particulière précision, inadaptée à la complexité de la ville, aura pour conséquence de produire des effets pervers, contraires à l'objectif initial de l'auteur de la norme locale d'urbanisme, à savoir la préservation des formes urbaines. L'effectivité de cette norme en sera alors dégradée. A l'inverse, la marge d'appréciation laissée au maire par l'article R. 111-21, disposition qualitative, imprécise, permissive et subjective par excellence, ne sera-t-elle pas mieux à même de garantir la qualité des formes urbaines qu'une règle métrique très précise ? Il faut alors ouvrir le débat sur le contenu déontique de la norme.

C. Le contenu déontique de la norme

« *La force contraignante est d'abord fonction du contenu déontique de la norme : impératif (injonction ou prohibition) ou permissif (faculté de faire et de ne pas faire quelque chose)* »²⁰⁶⁰. Ainsi peut-on apercevoir une variété du contenu déontique des normes (1). Se pose alors la question des rapports entretenus par les normes autres qu'impératives, notamment les normes permissives, avec la force contraignante (2).

²⁰⁵⁷ GRIDAUH, « La règle locale d'urbanisme en question », *Constr.-Urbanisme*, 2011, ét.12, n° 25.

²⁰⁵⁸ GRIDAUH, *ibidem*, n° 26.

²⁰⁵⁹ GRIDAUH, *ibidem*, n° 22.

²⁰⁶⁰ Cédric GROULIER, « La distinction de la force contraignante... », *op. cit.*, p. 203.

1) *La variété du contenu déontique des normes*

494. On considère en général que l'indicatif vaut impératif²⁰⁶¹. Ainsi avons-nous déjà vu que lorsque le code de l'environnement prévoit que, dans certaines conditions, le préfet « *met en demeure* » l'exploitant d'une installation classée, le juge administratif considère que le préfet a une compétence liée, qu'il « doit » mettre en demeure cet exploitant lorsque ces conditions sont remplies. Pour autant, quel que soit le mode employé, on ne saurait résumer le contenu déontique des normes à l'impérativité. En effet, il y a « *une variété possible de contenus : la prescription peut consister en une autorisation, une permission, une habilitation, une interdiction, une obligation, etc.* »²⁰⁶².

Les normes d'habilitation sont ainsi celles « *qui n'ordonnent, ni n'interdisent une conduite, mais qui confèrent à une autorité le pouvoir de produire d'autres normes* »²⁰⁶³. Par opposition, les normes impératives « *ordonnent ou interdisent une conduite* »²⁰⁶⁴. Les normes d'habilitation se distinguent cependant des normes permissives²⁰⁶⁵. Ces dernières se définissent autour de la notion de « faculté ». Ainsi, une norme permissive est celle qui ouvre « *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* »²⁰⁶⁶. Celles qui, nous semble-t-il, posent le plus question sur le plan de leur force contraignante sont les normes permissives.

2) *Le clair-obscur des rapports entre les normes permissives et la force contraignante : illustration en droit de l'urbanisme*

495. On peut facilement s'accorder sur l'alternative suivante. Soit la force contraignante de la norme « *est d'un degré élevé, lorsqu'il est exprimé un impératif, positif ou négatif, soit elle est d'un degré très faible, si elle ouvre une faculté* »²⁰⁶⁷. Ainsi, les normes permissives impliquent-elles en principe un faible degré de contrainte.

496. Pour autant, il ne faudrait pas déduire de là que les normes permissives n'imposent aucune contrainte. La situation est beaucoup plus contrastée. Rappelons tout d'abord que les normes permissives sont en principe obligatoires dès lors qu'elles sont valides. Mais, au-delà de leur caractère obligatoire, elles imposent une certaine contrainte. Tout d'abord, la faculté ouverte par la norme peut être accompagnée de contraintes procédurales. Comme l'a montré

²⁰⁶¹ V. Marie-Anne COHENDET, « La Charte et le Conseil constitutionnel... », *op. cit.*, p. 110.

²⁰⁶² Eric MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, n° 21, 2006, p. 61.

²⁰⁶³ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Léviathan, PUF, 2011, p. 12.

²⁰⁶⁴ Michel TROPER, *ibidem*, p. 11.

²⁰⁶⁵ Cédric GROULIER, *Norme permissive et droit public*, thèse, droit, Limoges, 2006, n° 68 et s..

²⁰⁶⁶ Cédric GROULIER, *ibidem*, p. 99.

²⁰⁶⁷ Cédric GROULIER, « La distinction de la force contraignante... », *op. cit.*, p. 203.

Cédric Groulier, il peut s'agir d'exigences de consultations préalables à la décision administrative. En outre, la faculté ouverte peut être subordonnée à une finalité expressément prévue²⁰⁶⁸, comme c'est le cas du droit de préemption dont les finalités sont prévues par le code de l'urbanisme²⁰⁶⁹. La finalité peut aussi être implicite comme pour l'article R. 111-21 du code de l'urbanisme²⁰⁷⁰ qui vise la protection des paysages.

497. Ensuite, la faculté procurée par la permissivité n'est pas totalement ouverte dès lors que le juge exerce un contrôle sur l'application de la norme permissive. C'est ainsi le cas de l'article R. 111-21 du code de l'urbanisme. Lorsque l'autorité compétente, par exemple le maire, octroie le permis de construire, le juge administratif opère, comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser à l'égard du règlement national d'urbanisme dans son ensemble, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Le cas échéant, le juge annulera un permis de construire délivré à un projet portant manifestement atteinte au paysage²⁰⁷¹. Il opère même un contrôle normal sur les refus de permis de construire fondés sur cet article²⁰⁷². Parfois, les normes permissives font même l'objet d'un contrôle approfondi de la part du juge administratif²⁰⁷³ et leur non-respect peut conduire à l'engagement de la responsabilité de l'administration pour illégalité fautive²⁰⁷⁴. Au-delà des normes permissives, le juge contrôle aussi les obligations facultatives. Il en va ainsi pour la régularité de l'adoption d'un avis consultatif non obligatoire. L'irrégularité d'un avis facultatif est susceptible de vicier la validité de la décision²⁰⁷⁵. On notera enfin que même des normes dites de « droit souple » (*soft law*) peuvent faire l'objet d'un contrôle. Il en est ainsi des recommandations émises par les AAI : « elles demeurent des actes non décisives insusceptibles de recours, sauf dans l'hypothèse où elles sont rédigées de manière impérative et ont une portée générale en application de la jurisprudence Duvignères »²⁰⁷⁶.

498. Les normes permissives présentent cependant un certain nombre d'inconvénients importants. Tout d'abord, elles impliquent une certaine imprévisibilité²⁰⁷⁷, ce qui est contraire au principe de sécurité juridique, lui-même bénéfique pour l'effectivité de la norme. Surtout,

²⁰⁶⁸ Cédric GROULIER, *Norme permissive et droit public*, op. cit., p. 187.

²⁰⁶⁹ Article L. 210-1 du code de l'urbanisme.

²⁰⁷⁰ « Le projet peut être refusé ou n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions, par leur situation, leur architecture, 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 ».

²⁰⁷¹ Voir par exemple CE, 9 mai 1979, *SCI Résidence de Castellon*, D., 1979, p. 413, obs. Charles ; CE, 9 février 2004, *M. Jadeau*, n° 217224 ; BJD, 2004, p. 214, concl. Terry OLSON, obs. Jean-Claude BONICHOT.

²⁰⁷² Par exemple CE, 1^{er} déc. 1978, *Sieur Drouet*, *Droit administratif*, 1979, n° 407 ; CE, 9 juil. 1979, *Ministre de l'environnement c. Derevitsky*, *Droit administratif*, 1979, n° 273.

²⁰⁷³ Cédric GROULIER, *Norme permissive et droit public*, op. cit., p. 404 et s..

²⁰⁷⁴ Cédric GROULIER, *ibidem*, p. 415 et s..

²⁰⁷⁵ CE, 20 mars 1992, *Prost*, rec., p. 684 ; *Droit administratif*, 1992, comm. n° 271.

²⁰⁷⁶ Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Les actes administratifs unilatéraux », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA, *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, 2011, p. 169. V. CE, 13 juillet 2007, *Sté éditions Tissot*, rec., p. 335 ; AJDA, 2007, p. 2145, concl. Luc DEREPAIS ; CE, 16 janvier 2006, *Fédération du Crédit Mutuel Centre-Est Europe*, rec., p. 996 ; CE, 3 mai 2011, *SA Voltalis*, n° 331858 ; RJEP, 2011, n° 689, p. 30, note Pierre COLLIN.

²⁰⁷⁷ Cédric GROULIER, *Norme permissive et droit public*, op. cit., p. 514 et s..

l'utilisation de normes permissives peut « *se traduire par des tentations de négociation de l'application de la règle de droit ou par l'inaction des acteurs juridiques* »²⁰⁷⁸. Même si elles sont contrôlées par le juge, il s'agit en effet d'une technique souple de direction des conduites. Pour reprendre l'exemple de l'article R. 111-21 du code de l'urbanisme, le maire a certes la possibilité de refuser un permis de construire en raison de l'atteinte aux paysages, mais cela n'équivaut pas à dire qu'il le fait réellement à chaque fois que cela est justifié. Cette permissivité est typique du droit de l'urbanisme dont, rappelons-le, l'application est décentralisée. Dans ce contexte, l'utilisation de normes permissives est aussi un moyen de garantir la liberté d'action des collectivités décentralisées. C'est ainsi que la loi dite « Grenelle II » a ouvert de nombreuses possibilités aux communes pour faire du PLU un véritable instrument de protection de l'environnement²⁰⁷⁹. Pour autant, cela n'équivaut absolument pas à dire que demain, tous les PLU vont mettre en œuvre ces nouvelles possibilités. Seule une évaluation empirique permettra de savoir si les facultés qui sont ouvertes sont utilisées ou non. Il reste que la « marge » laissée à l'autorité compétente remplit alors une fonction d'« amortisseur » au sein du système juridique.

499. En définitive, et contrairement aux idées les plus répandues, une norme de faible portée normative, peu claire, imprécise ou permissive, même si elle peut paraître peu effective, peut aussi produire de nombreux effets dans le système juridique. Dès lors, la « force contraignante » de la norme influe bien sur ses effets, mais de façon tout à fait ambivalente. Ainsi, « *la formulation de l'énoncé juridique s'impose sans doute comme une contribution nécessaire à son efficacité, mais assurément pas comme une condition suffisante* »²⁰⁸⁰.

II. L'adéquation entre la norme et le but recherché

L'adéquation entre le contenu de la norme et le but recherché par son auteur influence l'effectivité de la norme. D'une part, la pluralité des buts recherchés peut se révéler être un handicap dès lors que ceux-ci sont totalement ou partiellement inconciliables (**A**). D'autre part, une norme dont l'objectif est très ambitieux se révélera plus difficilement effective (**B**).

²⁰⁷⁸ Cédric GROULIER, *ibidem*, p. 566.

²⁰⁷⁹ Voir par exemple l'article L. 123-1-5 du code de l'urbanisme au terme duquel le PLU « peut » imposer une densité minimale dans les secteurs situés à proximité des transports collectifs ou encore de respecter des performances énergétiques et environnementales renforcées.

²⁰⁸⁰ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Eric MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, à paraître.

A. Le handicap des normes aux finalités inconciliables : l'exemple du droit de l'urbanisme

500. En principe, à chaque norme correspond un objectif assigné par son auteur. Pour autant, il est des cas dans lesquels sont assignés à une norme des objectifs très divers jusqu'à en être difficilement conciliables. L'effectivité de la norme devient alors plus difficile. En effet, les effets produits dans le sens d'un des objectifs poursuivis pourront aller à l'encontre de la poursuite des autres objectifs de la norme et ainsi paralyser l'effectivité à l'égard de ces derniers. Se dévoilent alors la schizophrénie de l'auteur de la norme ainsi qu'une grande complexité.

501. Prenant l'exemple de l'ancien article L. 121-10 du code de l'urbanisme, Jean-Bernard Auby avait déjà dénoncé ce phénomène. Ainsi, « *ces textes ont l'ambition de tout embrasser, et combinent tous, ou pratiquement tous les enjeux possibles, les objectifs possibles, y compris des objectifs peu conciliables* »²⁰⁸¹. Cet article est depuis devenu l'article L. 121-1 du code de l'urbanisme mais a gardé la même fonction : exposer les finalités poursuivies par les documents d'urbanisme. Il en va de même pour l'article L. 110 du même code qui a pour fonction d'imposer l'harmonisation de l'action des collectivités publiques. Le point commun de ces deux articles est d'assigner aux acteurs du droit de l'urbanisme des objectifs qui sont au moins partiellement inconciliables. Qu'on en juge. L'article L. 110 vise pêle mêle l'aménagement du cadre de vie, l'absence de discrimination, la gestion économe du sol, la réduction des émissions de gaz à effet de serre et des consommations d'énergie, la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la biodiversité, la sécurité et la salubrité publiques, l'équilibre entre les zones urbaines et rurales ainsi que la rationalisation de la demande de déplacements. L'article L. 121-1 vise quant à lui le renouvellement urbain, le développement urbain « maîtrisé », la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux, l'utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles, la protection des sites, des milieux et paysages naturels, la sauvegarde des ensembles urbains et du patrimoine bâti remarquables, la qualité urbaine, architecturale et paysagère des entrées de ville, la mixité sociale, les capacités de construction suffisantes pour la satisfaction des besoins en matière d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, tout cela en tenant compte des objectifs d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements et de développement des transports collectifs. Sont en outre visés la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie, la production énergétique à partir de sources renouvelables, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts, la préservation et la remise en bon état des continuités

²⁰⁸¹ Jean-Bernard AUBY, « Prescription juridique et production juridique », RDP, 1988, p. 675.

écologiques, et la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature.

Voilà un solide programme de travail. On retrouve dans cette énumération sans fin toute la complexité de l'urbanisme contemporain auquel sont assignés des objectifs aussi variés qu'antagonistes. Or, l'élaboration et la mise en œuvre des plans locaux d'urbanisme impliquent nécessairement, dans certains cas, des choix entre ces différents impératifs qui en laissent certains privés d'effet.

B. La difficile effectivité des normes aux objectifs ambitieux : l'exemple en droit de l'environnement

502. Selon Aude Rouyère, « la règle peut être dépourvue de tout effet parce que le décalage entre la fiction proposée et la réalité est trop important pour qu'elles soient susceptibles de se rejoindre. Le droit de l'environnement contient ainsi des normes tendant à promouvoir un objectif encore aujourd'hui largement supplanté par des préoccupations d'une autre nature (économique en particulier) »²⁰⁸². Ainsi, plus les objectifs de la norme sont ambitieux, plus son effectivité est rendue difficile²⁰⁸³. Les mécanismes du Protocole de Kyoto permettent de s'en faire une idée plus précise²⁰⁸⁴. Si l'objectif assigné aux Etats est une réduction de 5 % de leurs émissions de gaz à effet de serre, ceux-ci seront plus facilement remplis, notamment en cas de crise économique concomitante, que si ces objectifs sont de 30, 40 ou 50 pour cent tels que les scientifiques du GIEC²⁰⁸⁵ le préconisent. Cela est à peu de choses près la situation actuelle. L'effectivité du Protocole de Kyoto est relativement bonne mais ceci est principalement dû à la faible ambition de ses objectifs. Ainsi, si l'effectivité contribue à la résolution du problème politique qui est la source matérielle de la norme, elle ne saurait systématiquement, à elle seule, garantir l'atteinte des objectifs.

Au-delà, la doctrine a décrit l'apparition d'un « droit international providence ». A en effet été mis en avant le « panjuridisme interventionniste et providentiel du droit international »²⁰⁸⁶. Selon cette hypothèse, l'élargissement des finalités du droit international et son lot d'objectifs ambitieux menacent son effectivité. Ainsi, « le droit étant partout, il est, du même coup, beaucoup plus vulnérable et beaucoup plus soumis à la critique, aux impasses et aux dysfonctionnements »²⁰⁸⁷. Dès lors, plus les conventions internationales s'accroissent,

²⁰⁸² Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse, droit, Bordeaux, 1993, p. 217.

²⁰⁸³ V. sur ce point les développements de Florian COUVEINHES, *L'effectivité en droit international*, thèse, droit, Paris II, 2011, p. 72 ; 85 et s..

²⁰⁸⁴ Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques (signé le 11 décembre 1997 et entré en vigueur le 16 février 2005).

²⁰⁸⁵ Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat.

²⁰⁸⁶ Emmanuelle JOUANNET, « A quoi sert le droit international ? Le droit international providence du XXI^{ème} siècle », RBDI, 2007, p. 24.

²⁰⁸⁷ Emmanuelle JOUANNET, *ibidem*, p. 29.

« plus on renforce également les possibilités d'ineffectivité et d'inexécution »²⁰⁸⁸. On ne saurait sérieusement contester cette évidence. En outre, chacun ne peut qu'approuver la position qui consiste à dénoncer l'adoption de nouvelles normes dont on sait à l'avance que l'on ne pourra pas, ou que l'on ne voudra pas, les faire respecter. Les Etats sont en effet souvent les propres artisans de l'ineffectivité des normes qu'ils adoptent.

Pour autant, « le décalage entre des règles et les comportements qu'elles régissent n'entame pas leur juridicité ou leur validité. Il constitue au contraire leur principale raison d'être »²⁰⁸⁹. Une règle de droit n'est susceptible d'être obligatoire ou légitime « que par opposition à ce qui est »²⁰⁹⁰. Une norme qui se limiterait à entériner ce qui existe déjà dans les faits perdrait en outre sa fonction de direction des conduites humaines. On revient alors à la notion d'effectivité symbolique déjà abordée. Ainsi, « certaines règles sont délibérément formulées alors qu'il est tout à fait certain que leur strict respect est peu probable, et que les moyens d'assurer leur effectivité ne sont pas mis en place. Une focalisation sur leur efficacité matérielle risque alors de faire perdre de vue leurs fonctions spécifiques, qui sont essentiellement symboliques »²⁰⁹¹. En outre, « une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de mauvaise conscience qui s'oppose à des violations plus étendues »²⁰⁹². Au-delà encore, une norme très ambitieuse mais peu effective est, de par sa validité dans l'ordre juridique, disponible pour les acteurs du droit. Elle peut ainsi être mobilisée par eux dans le but de la rendre plus effective²⁰⁹³.

503. En définitive, le contenu de la norme influence son effectivité. La qualité matérielle de la norme est par conséquent une condition juridique de l'effectivité mais cette relation n'est absolument pas univoque. C'est ainsi une condition relative de l'effectivité.

§3 – L'ambivalence des exigences découlant de la qualité formelle de la norme

Plusieurs impératifs s'imposant dès l'élaboration de la norme sont à même d'améliorer sa qualité formelle et son effectivité. Pour autant, la situation est particulièrement contrastée. Alors que le principe de sécurité juridique peut avoir des implications contradictoires (I), la connaissance de la norme par ses destinataires se révèle nécessairement imparfaite (II).

²⁰⁸⁸ Emmanuelle JOUANNET, *ibidem*, p. 30.

²⁰⁸⁹ Florian COUVEINHES, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, p. 126.

²⁰⁹⁰ Florian COUVEINHES, *ibidem*, p. 126.

²⁰⁹¹ Florian COUVEINHES, *ibidem*, p. 134.

²⁰⁹² Jean CARBONNIER, *Flexible droit...*, *op. cit.*, p. 147.

²⁰⁹³ V. *infra*, § 731 et s..

I. Les implications divergentes du principe de sécurité juridique

Sur un plan théorique, les composantes du principe de sécurité juridique, à savoir la stabilité et la prévisibilité de la norme, sont deux éléments qui favorisent l'effectivité (A). Ce principe a en outre été consacré en droit français (B). Pour autant, à l'usage, il se révèle peu opérationnel tant son contenu a des conséquences contradictoires (C).

A. La prévisibilité et la stabilité de la norme, conditions de son effectivité

504. Le principe de sécurité juridique « ne dispose d'aucune définition précise »²⁰⁹⁴. On peut cependant considérer avec le Conseil d'Etat qu'il « 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. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »²⁰⁹⁵. Le Conseil distingue ainsi un axe formel notamment constitué par la lisibilité, la clarté et la précision de la norme et un axe temporel tenant à la prévisibilité de la norme dans le temps. Nous avons déjà longuement abordé l'axe formel de la sécurité juridique et nous y reviendrons concernant la lisibilité et *in fine* la connaissance de la norme. Nous verrons en effet que ces dernières influencent l'effectivité. Ainsi Francis Bacon s'interrogeait-il : « si la loi n'a qu'une voix incertaine, qui est-ce qui se disposera à obéir ? »²⁰⁹⁶. Reste donc l'axe temporel du principe.

505. La prévisibilité et par ricochet, la stabilité de la norme dans le temps, sont des conditions importantes de l'effectivité. En ce qui concerne la prévisibilité de la norme, celle-ci permet à ses destinataires de s'adapter à son contenu futur et ainsi de mieux la respecter. Ainsi Michel Troper explique-t-il que « quel que soit le contenu de la loi, même si cette loi est sévère, voire cruelle, si je la connais à l'avance et si elle ne peut être modifiée au gré des circonstances et des caprices des gouvernants, je suis en mesure de choisir à chaque instant d'accomplir une action dont je connais les conséquences ou de m'abstenir »²⁰⁹⁷. La prévisibilité implique une limitation des possibilités de rétroactivité de la norme. Celle-ci est, par nature, contraire à la prévisibilité et place les destinataires de la norme dans une situation d'insécurité indéniable, annihilant leurs chances de s'y conformer. La non-rétroactivité de la loi n'est cependant pas reconnue par la jurisprudence constitutionnelle²⁰⁹⁸, sauf en matière

²⁰⁹⁴ Philippe RAIMBAULT, « Retour sur la consécration du principe de sécurité juridique dans l'ordre juridique français », *Les Annales de droit*, 2008, n° 2, p. 193.

²⁰⁹⁵ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 281.

²⁰⁹⁶ Francis BACON, « Sur la législation et la jurisprudence », (1623), APD, 1985, p. 351.

²⁰⁹⁷ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Léviathan, PUF, 2011, p. 55.

²⁰⁹⁸ CC, 30 décembre 1982, n° 82-155 DC ; RDP, 1983, p. 333, note Louis FAVOREU.

répressive. En revanche, la non-rétroactivité des actes administratifs constitue depuis 1948 un principe général du droit²⁰⁹⁹, même si elle souffre de plusieurs exceptions²¹⁰⁰. La sécurité juridique implique par ailleurs une limitation dans le temps des possibilités offertes à l'administration de retirer ses décisions²¹⁰¹. En outre, le report de la date d'entrée en vigueur d'une norme permet à ses destinataires de prévoir et de s'adapter. Ainsi l'exploitant d'une installation classée pour la protection de l'environnement pourra-t-il effectuer les investissements nécessaires à la « mise aux normes » de son installation. La publication des projets de norme est aussi un moyen pour les destinataires d'anticiper et de prévoir. Si elle est acquise pour les projets et les propositions de lois, elle n'en est qu'à ses balbutiements en matière d'acte administratif réglementaire. Le domaine de l'environnement fait de ce point de vue figure de précurseur depuis que l'article 244 de la loi dite « Grenelle II » a prévu la publication des projets de décret dans le but que ceux-ci fassent l'objet d'une consultation publique sur Internet²¹⁰². Ce dispositif a ensuite été partiellement élargi par l'article 16 de la loi du 17 mai 2011²¹⁰³. La participation du public au processus décisionnel est aussi de ce point de vue un moyen pour les destinataires de la norme de se familiariser avec ses enjeux et ainsi d'anticiper leur adaptation au contenu futur de la norme²¹⁰⁴.

506. Ensuite, la stabilité de la norme dans le temps est implicitement corrélée à sa prévisibilité. Or, si la norme évolue sans cesse, elle ne peut durablement être mise en œuvre et ne peut ainsi produire d'effets, ou seulement partiellement dès lors que le processus de mise en œuvre nécessite une certaine stabilité dans le temps. En droit de l'urbanisme, ce problème se pose notamment pour la planification locale. Chaque grande loi sur l'urbanisme intervenue, comme nous l'avons déjà précisé, de façon incessante depuis une dizaine d'années, est venue modifier l'encadrement juridique des plans locaux d'urbanisme. Pour faire face à cette frénésie législative, il a bien fallu prévoir un ajustement du droit transitoire permettant le passage d'un régime juridique à un autre²¹⁰⁵. On peut cependant douter, en dépit de ces

²⁰⁹⁹ CE, Ass., 25 janvier 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, rec., p. 289 ; *Dalloz*, 1948, p. 437, note Marcel WALINE. Dès lors, « les règlements ne disposent que pour l'avenir ».

²¹⁰⁰ L'acte administratif peut être rétroactif si la loi le prévoit expressément (CE, Ass., 16 mars 1956, *Garrigou*, rec., p. 121), en raison de nécessités administratives (CE, Ass., 7 février 1979, *Associations des Professeurs agrégés des disciplines artistiques*, rec., p. 41) ou encore lorsque la rétroactivité est rendue nécessaire par l'annulation d'un acte (v. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 357).

²¹⁰¹ CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, rec., p. 790 ; RDP, 1922, p. 552, concl. RIVET ; CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, rec., p. 497 ; RFDA 2002, p. 77, concl. François SENERS ; *ibidem* ; p. 88, note Pierre DELVOLVE AJDA, 2001, p. 1034, chron. Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN ; v. Florence CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité – Développements récents », AJDA, 2009, p. 1650 ; Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Montchrestien, 2011, p. 344.

²¹⁰² Codifié à l'article L. 120-1 I. du code de l'environnement.

²¹⁰³ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JORF du 18 mai 2011, p. 8537. L'article 2 du décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet prévoit explicitement la publication sur Internet du projet d'acte.

²¹⁰⁴ V. *infra*, § 549 et s..

²¹⁰⁵ V. Jean-Pierre LEBRETON, « La réforme des procédures d'élaboration et de gestion des documents d'urbanisme », AJDA, 2012, p. 647 ; David GILLIG, « Grenelle 2 : l'impact sur le droit de l'urbanisme, de A à Z », *Environnement*, 2010, ét. 22, n° 24 ; « Modifications des dispositions de la loi Grenelle 2 intéressant le droit de l'urbanisme », *Constr-urbanisme*, 2011, Alerte 8.

dispositions transitoires, qu'un PLU puisse déployer tous ses effets lorsqu'il est sans cesse remis à l'ouvrage pour adapter son contenu aux exigences du législateur, notamment lorsque la philosophie urbaine de ce dernier fluctue en permanence. Même si ce n'est pas spécialement pour des raisons liées à l'effectivité, le principe de sécurité juridique a été largement reconnu par les juges, tant au niveau européen qu'interne.

B. La reconnaissance du principe de sécurité juridique

507. Le principe de sécurité juridique est quasiment unanimement reconnu par les juges. Ainsi a-t-il été reconnu au niveau européen²¹⁰⁶. La Cour EDH veille aussi à l'accessibilité²¹⁰⁷, à la clarté et à la précision des normes²¹⁰⁸. La sécurité juridique est en outre un principe général du droit de l'Union européenne²¹⁰⁹, ce qui implique des normes claires, précises, accessibles, stables et prévisibles. En revanche, le principe n'est pas explicitement reconnu par le Conseil constitutionnel²¹¹⁰, bien que la « *garantie des droits* » prévue par l'article 16 de la DDHC en soit assez proche. Même si la consécration du principe par le juge constitutionnel n'est autre qu'implicite, « *le Conseil apporte à la personne, dans beaucoup d'hypothèses, des garanties qui s'apparentent à la sécurité juridique, sans que cette expression apparaisse dans ses décisions* »²¹¹¹, notamment à travers sa jurisprudence sur l'intelligibilité, l'accessibilité et la clarté de la loi, sur l'incompétence négative ou sur la rétroactivité de la loi. Le Conseil d'Etat a cependant reconnu explicitement le principe de sécurité juridique en 2006²¹¹², sans pour autant en préciser explicitement le rang.

508. Le corollaire de la sécurité juridique, le principe de confiance légitime, est quant à lui partiellement reconnu. Avec ce principe, il s'agit « *de ne pas tromper la confiance que les*

²¹⁰⁶ Sur la reconnaissance du principe de sécurité juridique en droit de la Convention EDH et en droit de l'Union européenne, v. Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, § 58, n° 6833/74, série A, n° 31 ; GACEDH, n° 51 ; CJCE, 14 juillet 1972, *ACNA c. Commission*, aff. 57/69, rec., p. 934 ; CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 284 et s. ; Michèle 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 ; 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.

²¹⁰⁷ Cour EDH, 16 décembre 1992, *Geoffre de la Pradelle c. France* ; JDI, 1993, p. 759, note Paul TAVERNIER.

²¹⁰⁸ Cour EDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*.

²¹⁰⁹ CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. 13/61.

²¹¹⁰ Le principe de sécurité juridique n'est d'ailleurs pas invocable dans le cadre de la QPC (CE, 17 décembre 2010, *Synd. Mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*, n° 343800 ; CC, 11 février 2011, n° 2010-102 QPC ; JCP G, 2012, p. 1344, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ariana MACAYA).

²¹¹¹ François LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », CCC, n° 11, 2001, p. 67. V. Philippe RAIMBAULT, « Retour sur la consécration... », op. cit., p. 200.

²¹¹² CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460, rec., p. 154, AJDA, 2006, p. 1028, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA ; RFDA, 2006, p. 463, concl. Yann AGUILA, p. 483, note Franck MODERNE. Le Conseil a ensuite précisé les modalités d'application de la jurisprudence *KPMG* aux actes unilatéraux (CE, Ass., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, RFDA, 2007, p. 6, concl. Matthias GUYOMAR, p. 275, note Gweltaz EVEILLARD).

administrés ont pu, de manière légitime et fondée, placer dans la stabilité d'une situation juridique en modifiant trop brutalement les règles de droit »²¹¹³. Il est ainsi un principe général du droit de l'Union européenne²¹¹⁴. S'il n'est pas reconnu par la jurisprudence constitutionnelle²¹¹⁵, le juge administratif l'accueille lorsque la situation juridique en cause est régie par le droit de l'Union européenne²¹¹⁶. Une partie de la doctrine est d'ailleurs favorable à son extension²¹¹⁷, même si sa logique subjective apparaît parfois incompatible avec le caractère objectif du contrôle de légalité²¹¹⁸. Pour autant, ces « nouveaux » principes se révèlent, au stade de leur application concrète, peu opérationnels en tant que tels.

C. Un principe intrinsèquement peu opérationnel

Le principe de sécurité juridique est, en tant que tel, peu opérationnel. Envisagées de façon isolée, ses applications sont cependant tout à fait utiles, mais elles sont aussi parfois contradictoires (1). En outre, le principe de sécurité juridique heurte directement le principe de légalité. C'est ce que nous montrerons à travers l'exemple du droit de l'urbanisme (2).

1) Des applications divergentes

509. « *La plupart des descriptions doctrinales du principe (de sécurité juridique) se font à travers l'explication de ses nombreuses expressions techniques* »²¹¹⁹. Il en va ainsi de la non rétroactivité des actes administratifs, du respect des droits acquis, de la limitation des délais de recours, ou de la modulation dans le temps des effets d'une annulation. Or, ces différentes applications peuvent entrer en contradiction. Ainsi en va-t-il des validations législatives. « *Ces dernières sont effectivement souvent justifiées par la nécessité de préserver la stabilité de situations juridiques mises à mal par l'annulation juridictionnelle généralement tardive d'un acte. Néanmoins, une telle intervention, nécessairement rétroactive, porte simultanément*

²¹¹³ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 283. V. Jean-Bernard AUBY, « Confiance légitime », *Droit administratif*, juin 2001, p. 3 ; Fabrice MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et Société*, 2004, n° 56-57, p. 143.

²¹¹⁴ CJCE, 3 mai 1978, *Töpfer c. Commission*, aff. 112/77 ; 5 mai 1981, *Dürbeck*, aff. 112/80.

²¹¹⁵ CC, 30 décembre 1996, n° 96-385 DC ; RDP, 1997, p. 289, chron. François LUCHAIRE ; 7 novembre 1997, n° 97-391 DC § 6 ; LPA, n° 27, 1998, p. 16, chron. Bertrand MATHIEU.

²¹¹⁶ V. CE, 16 mars 1998, *Association des élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires et Melle Poujol*, n° 190768, rec., p. 84 ; Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et a.*, rec., p. 37, RFDA, 1999, p. 357, concl. Christine MAUGÛE, RFDA, 1999, p. 372, note Denys de BECHILLON et Philippe TERNEYRE ; 9 mai 2001, *Entreprise Transports Freymuth*, n° 201944 ; *Europe*, août 2001, p. 11, note Emmanuelle SAULNIER-CASSIA ; Ass., 11 juillet 2001, *FNSEA*, rec., p. 340, RFDA, 2002, p. 33, concl. François SENERS et note Louis DUBOUIS ; Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, op. cit..

²¹¹⁷ V. Florence CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité... », op. cit., p. 1655.

²¹¹⁸ Pour un aperçu de ce débat, v. Philippe RAIMBAULT, « Le juge administratif et la confiance légitime : l'affaire Freymuth ou beaucoup de bruit pour rien... ! », RRJ, 2003, p. 416.

²¹¹⁹ Philippe RAIMBAULT, « Retour sur la consécration... », op. cit., p. 193.

de multiples atteintes à d'autres composantes de la sécurité juridique »²¹²⁰. L'exigence de dispositions transitoires en est un autre exemple. Si elles sont inhérentes à la sécurité juridique comme l'a montré l'arrêt *KPMG*, elles sont nécessairement un facteur d'inflation et de complexification du droit. Son accessibilité et son intelligibilité n'en sont que diminuées. Il en va de même de la « simplification » du droit. Faite au nom de la sécurité juridique, elle implique intrinsèquement une instabilité de la norme, sans compter que l'objectif de simplification se traduit parfois par une complexification. Ainsi, « bien naïf celui qui contemple l'essor des règles visant à l'amélioration du droit en se réjouissant, comme si l'appel à la simplification et, plus généralement, l'invocation de la sécurité juridique étaient un signe de rédemption du système juridique »²¹²¹. In fine, là où l'une des composantes de la sécurité juridique est préservée, c'en est une autre qui est partiellement mise à mal. Il en résulte l'impossibilité de retenir du principe de sécurité juridique « une conception absolue, notamment en raison des antinomies conceptuelles qui l'affectent »²¹²². Ce principe entre en outre souvent en tension avec le principe de légalité.

2) Une difficile conciliation avec le principe de légalité

510. Le respect du principe de légalité est indispensable sur le plan de la validité des normes juridiques et donc, par ricochet, pour leur effectivité. Il est aussi un indéniable « pourvoyeur de sécurité »²¹²³. Pour autant, les tensions entre le principe de sécurité juridique et le principe de légalité ont été maintes fois mises en évidence²¹²⁴ et chaque application du principe de sécurité juridique les fait ressortir. Nous l'avons déjà montré à l'égard de la modulation dans le temps des annulations contentieuses²¹²⁵ et il est encore possible de s'en convaincre à travers l'exemple du droit de l'urbanisme.

A lire la littérature politique, administrative et juridique portant sur le droit de l'urbanisme, l'objectif de « sécurisation » est partout. Les impératifs liés à la pénurie de logements ont conduit à un développement particulièrement poussé des exigences de sécurité juridique. Tout d'abord, s'agissant par exemple du retrait des actes administratifs, on sait qu'il « répond à une finalité essentielle : restaurer la légalité méconnue mais il peut être une menace pour la sécurité juridique en portant atteinte au principe d'intangibilité des droits acquis s'agissant des actes individuels et au principe de non-rétroactivité s'agissant des règlements »²¹²⁶. La tension est évidente. En droit administratif général, les actes, explicites,

²¹²⁰ Philippe RAIMBAULT, *ibidem*, p. 208.

²¹²¹ Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 395.

²¹²² Philippe RAIMBAULT, « Retour sur la consécration... », *op. cit.*, p. 208.

²¹²³ Philippe RAIMBAULT, *ibidem*, p. 208.

²¹²⁴ V. notamment Daniel LABETOUILLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403.

²¹²⁵ V. *supra*, § 348.

²¹²⁶ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2011, p. 344.

créateurs de droits qui sont illégaux peuvent être retirés dans un délai de quatre mois depuis la jurisprudence *Ternon*. Les décisions implicites d'acceptation peuvent être retirées dans les conditions fixées par l'article 23 de la loi du 12 avril 2000, le plus souvent dans un délai de deux mois²¹²⁷. Même si la cohabitation de ces deux régimes n'est pas nécessairement satisfaisante sur le plan de l'intelligibilité du droit, voire sur le plan logique²¹²⁸, on a semble-t-il pu trouver, notamment en ce qui concerne la jurisprudence *Ternon*, un équilibre raisonnable entre le respect du principe de légalité et la sécurité juridique²¹²⁹. Pour autant, le législateur a été beaucoup plus loin en matière d'autorisations d'urbanisme. Ainsi, « *la décision de non-opposition à la déclaration préalable ne peut faire l'objet d'aucun retrait* »²¹³⁰. Dès lors, jusqu'à l'intervention du juge administratif²¹³¹, la légalité peut être effectivement méconnue. Les constructions soumises à déclaration préalable peuvent être rapidement édifiées, rendant ainsi l'abrogation inutile. Pourtant, de simples déclarations préalables doivent, comme tout acte administratif, respecter les normes supérieures. Elles sont même susceptibles d'être annulées en raison de leur contrariété avec la Constitution.

La tension entre la sécurité juridique et le principe de légalité est encore plus palpable s'agissant du droit au recours. Les préoccupations liées à la sécurité juridique incitent d'ailleurs à le limiter. Cela est particulièrement visible en droit de l'urbanisme où les bénéficiaires d'autorisation et les représentants des collectivités territoriales au Parlement ont parfois vu leurs intérêts converger vers une limitation de ce droit. Il en va ainsi de l'exception d'illégalité que nous avons déjà abordée et des articles L. 600-1-1 et R. 600-1 portant respectivement sur les recours associatifs et sur la notification des recours²¹³².

Outre les implications contradictoires du principe de sécurité juridique, l'ambivalence des impératifs fixés à l'élaboration des normes est constituée par la connaissance imparfaite des normes par leurs destinataires.

²¹²⁷ V. article 23 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JORF du 13 avril 2000, p. 5646).

²¹²⁸ On pourrait en effet s'attendre à ce que le délai laissé à l'administration soit plus long lorsqu'il s'agit d'une décision implicite. Même si l'implicite est en général réservé aux décisions administratives les plus simples, le droit des autorisations d'urbanisme fournit de cinglants exemples contraires. Surtout, la décision implicite d'acceptation peut parfois être formée sans que l'administration n'ait pu prendre le temps d'instruire le dossier – cela fut l'un des effets du raccourcissement des délais d'instruction en matière d'autorisations d'urbanisme – ce qui devrait aller dans le sens d'une plus grande tolérance à l'égard des erreurs commises.

²¹²⁹ On a pu cependant suggérer l'alignement du délai sur celui des autorisations d'urbanisme, c'est-à-dire trois mois (v. Jérôme FRANCES-LAGARRIGUE, « Retrait des actes administratifs et sécurité juridique », AJDA, 2006, p. 2361).

²¹³⁰ Article L. 424-5 du code de l'urbanisme.

²¹³¹ Soit en référé, soit par l'annulation rétroactive.

²¹³² V. *infra*, § 787 et s..

II. La connaissance imparfaite de la norme par ses destinataires

La connaissance des normes par ses destinataires est une condition importante de leur effectivité. Cela est précisément la fonction de la règle « *nul n'est censé ignorer la loi* » qui « *a pour objet de permettre l'effectivité du droit, indépendamment, précisément, de la connaissance réelle que peuvent en avoir ses destinataires* »²¹³³. En effet, la connaissance de la norme relève davantage du mythe que de la réalité (A). Déjà dénoncé par Montesquieu ou Portalis²¹³⁴, « *le phénomène de l'ignorance du droit appelle de plus en plus d'attention* »²¹³⁵. Si les remèdes mis en œuvre sont bienvenus, ils demeurent largement insuffisants pour atteindre le difficile idéal d'une connaissance correcte des normes par leurs destinataires (B).

A. Le mythe de la connaissance de la norme

La règle « *nul n'est censé ignorer la loi* » est aussi fictive que nécessaire (1). Les exigences constitutionnelles d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi constituent une première réponse qui permet, sur le papier, de limiter l'ignorance des lois (2).

1) *Nul n'est censé ignorer la loi : une fiction nécessaire*

511. Personne n'est dupe. La règle « *nul n'est censé ignorer la loi* » « *est fausse, mais nécessaire, parce que sans elle, l'application du droit serait constamment paralysée, les malins prenant le masque de l'ignorance. Il n'empêche que, dans un nombre vraisemblablement élevé de cas, le résultat de la présomption est injuste* »²¹³⁶. Pourtant, la portée de la règle est forte. En effet, « *le droit positif attache, en principe, à la règle le caractère d'une présomption irréfragable* »²¹³⁷. Cela n'a rien d'étonnant dans la mesure où elle conditionne l'opposabilité « *réelle* » des normes juridiques. En cela, elle est absolument indispensable à l'effectivité, même si elle est à la fois insuffisante et largement critiquable²¹³⁸.

512. Les moyens de la mise en œuvre de cette règle contrastent en effet avec la vigueur de la fiction qu'elle porte. Ceux-ci passent essentiellement par la publication de la norme²¹³⁹, ce

²¹³³ Nicolas MOLFESSIS et Rémy LIBCHABER, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », RTD Civ, 2000, p. 189.

²¹³⁴ V. Philippe MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, p. 134.

²¹³⁵ François TERRE, *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 395.

²¹³⁶ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 101.

²¹³⁷ François TERRE, *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 394.

²¹³⁸ Sur la critique de cette règle, v. Pascale DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », LPA, 6 mars 2000, n° 46, p. 6 et s. ; V. DEREUX, « Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », RTD civ., 1907, p. 513.

²¹³⁹ Sur la promulgation et la publication de la norme, v. Pascale DEUMIER, *ibidem*, p. 6.

qui la rend simplement accessible de tous. Pour autant, il ne s'agit que d'une information passive. Il revient au public « *de faire l'effort de se renseigner sur son contenu* »²¹⁴⁰. Au-delà, « *nul n'est plus dupe de l'hypocrisie qui préside au raisonnement* »²¹⁴¹ selon lequel la publication de la norme implique sa connaissance par chacun. En effet, la publication au journal officiel, ou même la mise en ligne sur *Légifrance*²¹⁴², suppose que chacun prenne chaque jour le soin de consulter les nouvelles normes publiées. De plus, « *l'absurdité de l'adage augmente avec le nombre de pages du Journal officiel* »²¹⁴³. En outre, l'affichage de la norme, « *s'il rend effectivement le texte matériel plus accessible, n'est guère beaucoup plus garant d'une réelle connaissance* »²¹⁴⁴. Cela est indéniable lorsque l'affichage se limite aux arrières chambres des mairies et des préfectures. Cependant, l'affichage « délocalisé » semble plus efficace. L'exemple du permis de construire est significatif. Son affichage sur le terrain prévu par l'article R. 424-15 du code de l'urbanisme permet au public, notamment aux riverains, de prendre connaissance d'un projet qui peut potentiellement porter atteinte à leurs intérêts. En exerçant d'éventuels recours, notamment en excès de pouvoir, ils pourront dès lors contribuer au respect de la légalité. Il n'en reste pas moins que sur un plan général, « *l'ignorance de masse est le lot de la majorité des règles en vigueur* »²¹⁴⁵.

Il convenait donc, face à ces insuffisances, d'envisager d'autres moyens d'éviter « *les transgressions involontaires, nées de l'ignorance de la règle* ». Or, « *leur prévention suppose d'abord, de la part de ceux qui ont à élaborer lois et règlements, un effort de clarté et de simplicité qui la rende intelligible – effort rarement consenti !* »²¹⁴⁶.

2) L'accessibilité et l'intelligibilité de la norme

513. L'accessibilité et l'intelligibilité des normes, ces « *labels-qualités de la production législative* »²¹⁴⁷, en concrétisant la règle « *nul n'est censé ignorer la loi* », sont deux facteurs de son effectivité. Ainsi, pour Hans Kelsen, « *les individus qui n'ont pas à appliquer le droit, mais qui doivent y obéir, s'y conformer, en adoptant la conduite qui évite la sanction, doivent comprendre les normes juridiques qui fixent cette conduite, et par conséquent en établir le sens* »²¹⁴⁸. Dès lors, « *seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit* »²¹⁴⁹. Ainsi

²¹⁴⁰ Pascale DEUMIER, *ibidem*, p. 6.

²¹⁴¹ Pascale DEUMIER, *ibidem*, p. 6.

²¹⁴² Ce site internet a néanmoins indéniablement amélioré l'accès des citoyens aux normes juridiques.

²¹⁴³ Pascale DEUMIER, *ibidem*, p. 7.

²¹⁴⁴ Pascale DEUMIER, *ibidem*, p. 10.

²¹⁴⁵ Antoine JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », *Dalloz*, 1993, p. 211.

²¹⁴⁶ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 677.

²¹⁴⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 272.

²¹⁴⁸ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 335.

²¹⁴⁹ Philippe MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, p. 131.

les éléments de la légistique formelle comme l'accessibilité et l'intelligibilité ont-il pu être considérés comme des « *conditions mêmes de l'effectivité de la loi* »²¹⁵⁰.

C'est ainsi sur le double fondement de l'égalité devant la loi et de la garantie des droits²¹⁵¹ que le Conseil constitutionnel a consacré l'accessibilité et l'intelligibilité comme des objectifs de valeur constitutionnelle dans sa décision du 16 décembre 1999. L'égalité devant la loi et la garantie des droits ne pourraient être « *effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables* »²¹⁵².

514. En ce qui concerne tout d'abord l'accessibilité, elle est « *la possibilité de trouver physiquement le droit applicable* »²¹⁵³. Le journal officiel, qui seul fait foi, et le site Internet Légifrance, sont des moyens concrets d'accéder au droit. Pour autant, l'accessibilité des droits international et européens est nécessairement plus difficile²¹⁵⁴ et les administrateurs du site Légifrance ne parviennent pas toujours à suivre parfaitement les subtilités de la production normative.

515. Concernant ensuite l'intelligibilité, celle-ci est la « *compréhensibilité ou la propension d'une chose à être comprise, à voir son sens déterminé par l'activité intellectuelle humaine* »²¹⁵⁵. Elle implique pour le juge constitutionnel des dispositions précises et non équivoques, ce qui ne veut pas dire que les normes doivent être exemptes de toute complexité²¹⁵⁶ dès qu'elles répondent à un objectif d'intérêt général²¹⁵⁷. Nous avons déjà montré l'illusion qui consiste à vouloir éradiquer la complexité des normes juridiques. De façon parfaitement logique, « *la complexité ne peut donc être un élément suffisant pour rendre une loi contraire à la Constitution* »²¹⁵⁸. Pour autant, ce constat porte en lui-même toutes les limites de cet objectif d'intelligibilité. Sa portée est en effet nécessairement limitée²¹⁵⁹. Il n'est pas directement invocable par les citoyens, ce qui est paradoxal dans la mesure où ceux-ci sont censés ne pas ignorer les normes. Les censures fondées sur cet objectif sont d'ailleurs particulièrement rares. On constate ainsi « *une certaine retenue du Conseil constitutionnel* »²¹⁶⁰. En outre, l'hétérogénéité des dispositions d'une loi ne suffit pas pour que

²¹⁵⁰ Pierre DE MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 100.

²¹⁵¹ Article 6 et 16 de la DDHC. Le Conseil en mentionne aussi les articles 4 et 5. Sur les fondements constitutionnel de ces objectifs, v. Pierre DE MONTALIVET, *ibidem*, p. 103 à 106.

²¹⁵² CC, 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, § 13 ; *Revue Administrative*, n° 325, 2002, p. 37, chron. Christophe CHABROT. Comme nous l'avons mentionné, ils ne sont pas, en tant que tels, invocables dans le cadre de la QPC, sauf à le faire à l'appui d'un droit ou d'une liberté.

²¹⁵³ Pierre DE MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique... », *op. cit.*, p. 118.

²¹⁵⁴ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 329.

²¹⁵⁵ Pierre DE MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique... », *op. cit.*, p. 120.

²¹⁵⁶ CC, 18 juillet 2001, n° 2001-447 DC, § 29 ; RDP, 2002, p. 639, chron. Dominique ROUSSEAU.

²¹⁵⁷ CC, 3 avril 2003, n° 2003-468 DC, § 17 ; AJDA, 2003, p. 1625, note Marie-Thérèse VIEL.

²¹⁵⁸ Pierre DE MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique... », *op. cit.*, p. 121.

²¹⁵⁹ Pierre DE MONTALIVET, *ibidem*, p. 111 et s..

²¹⁶⁰ Pierre DE MONTALIVET, *ibidem*, p. 116.

le Conseil la regarde comme contraire à cet objectif de valeur constitutionnel²¹⁶¹. Les lois de simplification « fourre-tout » peuvent ainsi perdurer.

Plus profondément, si l'intelligibilité est absolument indispensable à l'effectivité de la norme, sa juridicisation semble être un remède bien en deçà des enjeux. Ceux-ci nous semblent cependant échapper largement au droit et relever bien davantage de la complexification de la société.

B. Des remèdes encore insuffisants

L'un des principaux remèdes mis en place face à un droit inaccessible et inintelligible est la codification (1). Il semble cependant largement en dessous des enjeux. Ceux-ci impliquent à notre sens de s'appuyer davantage sur des corps intermédiaires, sur les acteurs du droit, sur les juristes, formés à appréhender la complexité et à permettre au commun des mortels de jouir de ses droits et de respecter ses devoirs (2).

1) La codification

516. La codification constitue l'« *instrument privilégié de la rationalisation législative* »²¹⁶². Il s'agit ainsi de « *concentrer le droit dans une main* »²¹⁶³ pour rendre son appréhension plus aisée. La France a désormais recours à la codification à droit constant²¹⁶⁴. Ainsi, « *on ne rédige pas aujourd'hui un code ex nihilo mais en partant des textes existants et sans en modifier le fond* »²¹⁶⁵. Seules sont admises des modifications mineures tendant à améliorer la qualité rédactionnelle des textes et à assurer le respect de la hiérarchie des normes²¹⁶⁶. Ainsi, la codification à droit constant « *est nécessairement imparfaite et parcellaire* »²¹⁶⁷. Elle permet certainement une meilleure accessibilité des normes, du moins des normes législatives et réglementaires, sauf à s'en remettre à la codification des éditeurs juridiques qui inclut à titre d'information certaines normes constitutionnelles, internationales, européennes ou jurisprudentielles. Néanmoins, elle offre une meilleure vue d'ensemble de la matière et l'organisation des textes dans un plan en facilite certainement l'appréhension. Pour autant,

²¹⁶¹ CC, 15 mars 2012, n° 2012-649 ; RFDC, 2012, p. 571, note Patricia RRAPI. En ce sens, v. Hélène PAULIAT, « La loi du 22 mars 2012 : éloge de la simplification ou hymne à l'inintelligibilité ? », JCP A, 2012, act. 247.

²¹⁶² Jean-Pierre DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, *op. cit.*, p. 9.

²¹⁶³ Nicolas MOLFESSIS et Rémy LIBCHABER, « Les illusions de la codification... », *op. cit.*, p. 190.

²¹⁶⁴ Article 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. V. Bruno OPPETIT, « De la codification », *Dalloz*, 1996, p. 33.

²¹⁶⁵ Daniel LABETOUILLE, « Codification... », JCP A, 2012, n° 2047, p. 24.

²¹⁶⁶ Article 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, *op. cit.*.

²¹⁶⁷ Pierre DE MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique... », *op. cit.*, p. 120.

elle est intrinsèquement neutre sur le plan de l'intelligibilité des normes prises séparément dans la mesure où elle s'effectue à droit constant.

517. En outre, la codification est une entreprise inachevée. On connaît les difficultés de l'adoption d'un nouveau code et le recours critiquable aux ordonnances pour ce faire. Pour autant, certains domaines, d'une particulière importance car ils touchent au droit procédural, ne sont toujours pas codifiés. Il en va ainsi de la procédure administrative non contentieuse qui, contrairement aux Etats-Unis, n'est pas unifiée dans un code. Probablement la nature prétorienne de notre droit administratif a-t-elle joué un rôle dans ce retard, outre les difficultés d'une telle opération²¹⁶⁸.

518. La codification du droit de l'environnement montre ensuite que si elle représente indéniablement un progrès dans la structuration d'une matière, elle atteint nécessairement rapidement ses limites. Face au « *patchwork du droit de l'environnement* »²¹⁶⁹, l'adoption du code de l'environnement a incontestablement représenté un progrès, notamment pour systématiser la matière et en construire la cohérence²¹⁷⁰. Ainsi, le livre premier du code de l'environnement, en définissant toutes les règles communes, « *définit une articulation générale, donne une cohérence et une intelligibilité à l'ensemble des polices concernées, bref crée le système juridique environnemental et le rend vivant* »²¹⁷¹. Ainsi pouvait-on affirmer lors de l'adoption du code de l'environnement qu'il « *devrait contribuer à une application plus effective du droit de l'environnement* »²¹⁷². Une douzaine d'année après son adoption, on ne saurait valablement contester cette affirmation. Comme tout code, celui-ci a amélioré l'accessibilité des normes et favorise en principe leur effectivité.

Pour autant, ce code a reproduit un certain nombre de défauts courants de la codification. Il a d'abord été adopté par voie d'ordonnance, ce choix étant justifié par l'encombrement du Parlement et la supposée rapidité de cette procédure. Or, on a pu douter de cette rapidité comparativement à une adoption par la voie parlementaire classique²¹⁷³. En effet, la codification par ordonnance s'est finalement révélée plus lente que ce que l'on aurait raisonnablement pu espérer de la voie parlementaire. Ensuite, le périmètre d'un code est souvent sujet à d'interminables débats. Dans le cas du code de l'environnement, il est « *étroitement calqué sur les compétences administratives du ministère de l'Environnement* »²¹⁷⁴ de l'époque. Ainsi, le code ne tient pas compte de la transversalité du droit de l'environnement. Certaines dispositions relevant du droit de l'environnement ne figurent pas dans le code de l'environnement mais dans le code rural, de la santé, de

²¹⁶⁸ V. Pascale GONOD, « La codification de la procédure administrative », AJDA, 2006, p. 489.

²¹⁶⁹ Pierre LASCOUMES et Gilles J. MARTIN, « Des droits épars au code de l'environnement », Revue *Droit et Société*, 1995, p. 330.

²¹⁷⁰ V. Pierre LASCOUMES et Gilles J. MARTIN, *ibidem*, p. 327-328.

²¹⁷¹ Eric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 2011, p. 48.

²¹⁷² Michel PRIEUR, « Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement », AJDA, 2000, p. 1030.

²¹⁷³ Michel PRIEUR, *ibidem*, p. 1030.

²¹⁷⁴ Michel PRIEUR, *ibidem*, p. 1030.

l'urbanisme ou du patrimoine²¹⁷⁵. Le code de l'environnement est alors simplement « suiveur ». Ainsi, « *tout le droit de l'environnement n'est pas contenu dans le code* »²¹⁷⁶, sans compter que certaines dispositions législatives ne sont pas codifiées. Enfin, comme pour tous les autres codes, les droits international et européens ne sont pas codifiés²¹⁷⁷. Il est vrai que le Parlement n'est pas compétent en la matière, mais comme le proposait Michel Prieur, « *on ne voit pas ce qui s'opposerait à annexer le droit international au code* »²¹⁷⁸. En définitive, la codification « *est par nature parcellaire et n'offre qu'une vision réductrice de la réalité juridique. Par suite, s'il est incontestable qu'une codification à droit constant sérieusement et rigoureusement menée favorise l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, et non nécessairement du droit dans son ensemble, il est tout aussi évident qu'elle ne la garantit absolument pas* »²¹⁷⁹.

519. Au-delà, les codes sont nécessairement affectés par des erreurs ou des harmonisations difficiles. On sait les difficultés posées par les dispositions-balais²¹⁸⁰, comme l'illustre la récente réforme de la « surface de plancher » en droit de l'urbanisme²¹⁸¹. De plus, la codification « *n'efface pas les défauts du droit existant* »²¹⁸². Certains exemples tirés des codes de l'environnement et de l'urbanisme montrent aussi les difficultés d'harmonisation qui peuvent exister entre les codes pilotes et les codes suiveurs. On observera par exemple que l'article R. 160-7 du code de l'urbanisme « *totalemment obsolète, précise que les associations visées par les articles L. 160-1 et L. 480-1 du Code de l'urbanisme sont celles qui sont agréées en application... du décret du 7 juillet 1977 : sans retracer l'histoire de la codification en trois temps des dispositions actuelles, il s'agit actuellement des articles R. 141-1 et suivants du Code de l'environnement* »²¹⁸³. En outre, il règne un certain flottement concernant le champ d'application de la notification des recours en matière d'urbanisme. Alors que les PLU ont été retirés de ce champ d'application dans l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme, la rédaction de l'article R. 411-7 du code de justice administrative, lequel

²¹⁷⁵ On notera cependant le récent rapatriement d'une partie du droit nucléaire dans le code de l'environnement (ordonnance n° 2012-6 du 5 janvier 2012 modifiant les livres I^{er} et V du Code de l'environnement – JORF, 6 janvier 2012, p. 217).

²¹⁷⁶ Eric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, *op. cit.*, p. 47.

²¹⁷⁷ On sait par ailleurs que les codifications du droit international et du droit de l'Union européenne n'ont rien de comparable avec la codification telle qu'elle est effectuée au niveau interne. Sur cette dernière et la « refonte » en droit de l'Union européenne, v. Rostane MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI et al. (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010, p. 188.

²¹⁷⁸ Michel PRIEUR, « Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914... », *op. cit.*, p. 1030.

²¹⁷⁹ Fabrice MELLERAY, « Codification, loi et règlement », CCC, n° 19, 2006, p. 118.

²¹⁸⁰ Hervé MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi... », AJDA, 2001, p. 428.

²¹⁸¹ Article 3 de l'ordonnance n° 2011-1539 du 16 novembre 2011 relative à la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme ; article 6 du décret n° 2011-2054 du 29 décembre 2011 pris pour l'application de cette ordonnance (JORF du 31 décembre 2011, p. 22982).

²¹⁸² Pierre DE MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique... », *op. cit.*, p. 124.

²¹⁸³ Chantal CANS, « Associations agréées de protection de l'environnement », Fasc. 2700, *Jcl. Env.*, 2009, n° 61.

reprend l'obligation de notification, n'a pas été modifiée et laisse donc entendre le contraire. Le juge devra ainsi faire son œuvre d'harmonisation²¹⁸⁴.

2) Renforcer le rôle de médiateur des acteurs du droit

520. « L'histoire des lois démontre facilement que la simplification et l'intelligibilité de leur langage sont une entreprise utopique et démesurée, toujours refaite parce que toujours nécessaire »²¹⁸⁵. En effet, « accessibilité, clarté, intelligibilité du droit ne s'obtiennent pas par proclamation »²¹⁸⁶. Au-delà d'une action « passive » sur l'élaboration des normes juridiques, une action « positive » peut-être envisagée à travers une diffusion du droit et de son corollaire de la complexité.

Dans cette entreprise, les acteurs du droit ont un grand rôle à jouer. En effet, « il est acquis que le droit est non seulement un ensemble de règles mais encore un savoir dont la technicité constitue une barrière à l'entrée, barrière dont le vocabulaire n'est qu'un des aspects les plus relevés »²¹⁸⁷. Pour cela, les acteurs du droit, et plus particulièrement les juristes, doivent être en mesure d'appréhender la complexité du droit. Quel juriste, quel avocat, peut aujourd'hui sérieusement se targuer d'être généraliste ? Les logiques du droit privé et du droit public restent en partie différentes et chacun de ces domaines se subdivise en de multiples branches. Dans ce contexte, la spécialisation semble indispensable, mais elle ne peut rester béate. Encore faut-il, pour appréhender la complexité, disposer d'un degré minimum de savoirs interdisciplinaires. On ne peut exercer correctement le droit des nouvelles technologies sans maîtriser leurs données fondamentales. La remarque est identique dans les domaines de l'urbanisme et de l'environnement. Comment maîtriser le droit de l'environnement sans connaître *a minima* le fonctionnement des écosystèmes et les données principales des problématiques environnementales ? De plus, les acteurs du droit doivent être en mesure de retranscrire la complexité auprès des justiciables. L'accessibilité et l'intelligibilité dépendent ainsi en grande partie de l'accès au conseil juridique éclairé sur la complexité.

521. Le problème menace cependant de se déplacer de l'accès au droit à l'accès au conseil juridique. De l'égalité devant la loi découle ainsi une égalité dans l'accès au conseil juridique²¹⁸⁸, tel est le sens de l'aide juridictionnelle. On sait en effet que « l'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyable envers les faibles et les maladroits (...) ; elle est un des moyens de

²¹⁸⁴ V. CAA Bordeaux, 29 juin 2009, n° 08BX00813.

²¹⁸⁵ Philippe MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, p. 135.

²¹⁸⁶ Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique... », *op. cit.*, p. 396.

²¹⁸⁷ Marie-Anne FRISON-ROCHE et William BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz*, 2000, p. 361.

²¹⁸⁸ Face à cet enjeu, ont été développées des maisons de la justice et du droit. V. « Rendre effectif l'accès au droit », *La gazette santé-social*, n° 53-54, 2009, p. 22 et s..

mettre fin à l'état de droit »²¹⁸⁹. Le maintien de l'Etat de droit et de l'égalité devant la loi implique alors d'intensifier les efforts pour que les faibles puissent eux-aussi avoir un accès minimal au conseil juridique. En dehors du cadre traditionnel de l'aide juridictionnelle, on comprend facilement qu'une entreprise de taille importante peut plus facilement s'offrir les services d'un fiscaliste qu'un artisan. Il en va de même à l'égard des règles environnementales.

522. Au-delà, le droit est parfois difficilement compréhensible pour les fonctionnaires qui ont pour fonction de l'appliquer. Ce problème est particulièrement aigu en droit de l'urbanisme compte tenu de sa complexité croissante et de la décentralisation de la planification et des autorisations d'urbanisme. Il n'est pas certain qu'une commune, même de taille moyenne, ait les moyens d'appréhender ses subtilités, notamment lorsque la part des épreuves juridiques au concours d'attaché territorial est réduite à une portion congrue²¹⁹⁰. Au niveau de l'administration centrale, la situation n'est pas meilleure dans la mesure où ce sont en effet souvent les ingénieurs des grands corps de l'Etat qui rédigent les projets de texte²¹⁹¹, comme cela est le cas au ministère en charge de l'environnement et de l'urbanisme. En outre, on pourrait se demander pourquoi les facultés de droit n'ont pas encore systématisé ce que les américains appellent les cours de « clinical law », le jeu consistant notamment à enseigner la rédaction, le « drafting », des normes juridiques.

523. En définitive, la qualité formelle de la norme est une condition de son effectivité, notamment par les vecteurs de la sécurité juridique et de la connaissance de la norme. Pour autant, ces derniers connaissent tous deux des limites. Le premier peut avoir des implications contradictoires et le second est difficilement réalisable en pratique.

524. Les qualités organique, matérielle et formelle de la norme apparaissent *in fine* comme trois conditions juridiques de son effectivité. Néanmoins, les difficultés rencontrées pour les satisfaire et les implications contradictoires qui en résultent parfois imposent de conclure à la relativité de leur contribution pratique à l'effectivité de la norme.

Au-delà de ces « qualités », l'effectivité de la norme dépend plus sûrement « *de l'adhésion des intéressés* »²¹⁹² à celle-ci. Se pose alors la question de la légitimité de la norme mais de ce point de vue, « *le droit ne bénéficie plus dans les sociétés contemporaines d'une légitimité de principe mais est tenu d'apporter en permanence la démonstration de son bien-fondé, par la rigueur des méthodes d'élaboration et la pertinence de ses effets* »²¹⁹³.

²¹⁸⁹ Philippe MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, p. 131.

²¹⁹⁰ En ce sens, v. Didier JEAN-PIERRE, « Impression, soleil levant sur le nouveau régime des concours d'attaché territorial », JCP A, 2011, act. 550.

²¹⁹¹ V. Serge LASVIGNES, in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 52.

²¹⁹² Jacques CHEVALLIER, « La normativité », *op. cit.*, p. 57.

²¹⁹³ Jacques CHEVALLIER, *ibidem*, p. 58.

Section II : La légitimité de la norme

525. La théorie du droit aborde généralement la question de la légitimité de la norme sous l'angle de la validité²¹⁹⁴. Nous partageons la position du positivisme juridique selon laquelle elle n'est pas une condition de la validité²¹⁹⁵. En revanche, la légitimité de la norme favorise son effectivité. Norberto Bobbio a ainsi montré que « *la légitimité du pouvoir est le fondement (du) devoir d'obéissance* »²¹⁹⁶ des sujets de droit. Or, la légitimité du pouvoir passe largement par celle des normes juridiques. Au-delà, comme l'exprime Michel Troper, « *dire d'une institution qu'elle est "légitime", c'est dire qu'il est juste qu'elle existe et qu'on doit lui obéir* »²¹⁹⁷. Par le vecteur de l'obéissance et de l'adhésion à la norme, sa légitimité constitue une condition de son effectivité.

526. Alors que le positivisme kelsénien a mis de côté l'étude de la légitimité²¹⁹⁸, « *il faut insister sur le fait que ce concept est nécessaire à l'explication du fonctionnement des règles de droit car la légitimité est un facteur important de l'effectivité* »²¹⁹⁹. Surtout, le droit positif a lui-même cherché à promouvoir la légitimité. En effet, certaines normes secondaires positives ont pour finalité de renforcer la légitimité des normes primaires. Il est donc non seulement possible, mais aussi nécessaire, d'étudier l'apport de ces normes secondaires tournées vers la légitimité sur le plan de l'effectivité de la norme.

527. Dans cette perspective, il convient de repartir de la pensée de Max Weber sur la légitimité. Celui-ci en a identifié les fondements. Parmi eux, il y a selon lui « *l'autorité qui s'impose en vertu de la « légalité », en vertu de la croyance en la validité d'un statut légal et d'une « compétence » positive, fondée sur des règles établies rationnellement, en d'autres termes l'autorité fondée sur l'obéissance qui s'acquitte des obligations conformes au statut établi* »²²⁰⁰. Ainsi, la légitimité peut notamment revêtir un « *caractère rationnel, reposant sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens (domination légale)* »²²⁰¹. C'est la légitimité légale-rationnelle²²⁰². Selon cette approche, l'ordre juridique a « *pour effet de contribuer à produire une forme de légitimité indépendante des systèmes moraux et*

²¹⁹⁴ Sur cette question, v. Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Léviathan, PUF, 2011, p. 48 et s..

²¹⁹⁵ V. Michel TROPER, *ibidem*, p. 52.

²¹⁹⁶ Norberto BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », 1967, rééd., *Droits*, n° 32, 2000, p. 149.

²¹⁹⁷ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 47. Au-delà des travaux de théorie du droit, la sociologie montre que « *l'efficacité d'une norme est fortement corrélée avec sa légitimité* » (Christine GAVINI, « L'efficacité des normes – Enquête en contrepoint », working paper, *Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, p. 41).

²¹⁹⁸ « *Pour réagir contre les jusnaturalistes qui accordaient une place centrale à la légitimité, critère de la validité des normes, Kelsen a exclu la légitimité (...) à la fois du droit comme ensemble de normes et de la science du droit* » (Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 213).

²¹⁹⁹ Marie-Anne COHENDET, *ibidem*, p. 212.

²²⁰⁰ Max WEBER, *Le savant et le politique*, 1919, Plon, 1959, p. 114.

²²⁰¹ Maw WEBER, *Économie et Société*, 1921, Plon, 1971, Chap. 3.

²²⁰² V. Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 53 et s.. Sur les différentes approches de la légitimité par Weber, Habermas et Rawls, voir Gérard TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 636 et s..

politiques »²²⁰³. Pour autant, cela implique simplement que « *la domination s'exerce à l'aide de ce principe de légitimité* »²²⁰⁴. Cela ne signifie pas que la légalité, la validité d'une norme est suffisante pour qu'elle soit légitime. Il convient par conséquent de dépasser la légitimité légale-rationnelle pour identifier d'autres facteurs de légitimité. Il ne s'agit pas de contester les conclusions de Max Weber, mais simplement d'admettre que « *la légalité ne peut résumer à elle seule l'exercice du pouvoir et faire de la conformité au droit l'unique source de légitimité* »²²⁰⁵.

Partant, les nouvelles sources de légitimité à l'œuvre dans le système juridique sont d'une part l'élargissement de l'assise démocratique de la norme (§1) et d'autre part l'évaluation des résultats de la norme (§2). A la légitimation par les « inputs » – la participation de tous aux décisions politiques – succède la légitimation par les « outputs », c'est-à-dire par la mise en évidence des résultats, escomptés ou constatés, de la norme.

§1 – Par un élargissement de l'assise démocratique de la norme

528. La légitimité démocratique des normes composant un ordre juridique résulte traditionnellement, dans un régime démocratique, de la participation de tous à la définition de la volonté générale. En effet, « *le pouvoir politique, les règles qu'il édicte ne peuvent avoir d'autre fondement légitime que la volonté des individus* »²²⁰⁶. L'article 3 de la Constitution française tente une combinaison des deux principales conceptions de la souveraineté – populaire et nationale²²⁰⁷ – en précisant que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Ce régime de démocratie semi-directe laisse cependant une large part aux mécanismes de représentation. En dehors des rares cas dans lesquelles les normes résultent du référendum, leur légitimité repose sur des mécanismes de représentation. Ces derniers présentent cependant d'importantes limites qui conduisent à relativiser leur capacité à fonder la légitimité des normes. Outre la marginalisation des autres mécanismes démocratiques²²⁰⁸, ils présentent un risque de confiscation du pouvoir par les représentants. Les limites des mécanismes représentatifs sont cependant suffisamment connues sans qu'il soit besoin de s'y étendre davantage²²⁰⁹.

²²⁰³ Michel TROPER, *ibidem*, p. 52.

²²⁰⁴ Michel TROPER, *ibidem*, p. 54.

²²⁰⁵ Patrice DURAN, « Légitimité, droit et action publique », *L'année sociologique*, 2009, 59, p. 306.

²²⁰⁶ Bernard MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, 1985, n° 33, p. 74.

²²⁰⁷ La première étant défendue par Rousseau et la seconde par Sieyès.

²²⁰⁸ V. Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, 1995, rééd. Flammarion, 1996.

²²⁰⁹ V. par exemple Stéphane PIERRE-CAPS, « Généalogie de la participation de tous aux affaires communes », *RDP*, 2011, p. 151 ; Dominique ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 6 et s. ; p. 27 et s. ; Marie-Anne COHENDET, « Une crise de la représentation politique ? », *Revue Cités*, n° 18 PUF, 2004, p. 41. La souveraineté nationale et le système représentatif ont aussi été critiqués par la doctrine classique du début du XX^{ème} siècle : v. Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, 1923, p. 384 ;

L'élargissement de l'assise démocratique de la norme ne passe pas par l'abandon des mécanismes représentatifs, mais par un double mouvement : leur renforcement d'une part²²¹⁰, et leur dépassement d'autre part. Ainsi, « *la démocratie ne peut plus elle-même s'envisager à travers la seule activité électorale, elle doit aussi (...) assurer la participation de tous ceux qui sont concernés par les conséquences de l'action publique* »²²¹¹.

La participation de tous aux décisions politiques apparaît dès lors comme un nouveau facteur de légitimité de la norme. Or, « *la légitimité démocratique produit un mouvement d'adhésion des citoyens indissociable d'un sentiment de valorisation d'eux-mêmes. Elle conditionne l'efficacité de l'action publique* »²²¹² et de façon concomitante l'effectivité de la norme. Jürgen Habermas a bien montré que c'est « *dans le processus d'institution démocratique du droit (que) réside la source de toute légitimité* »²²¹³. Il s'agit donc d'examiner, en premier lieu, comment la participation, productrice d'une « *normativité dialoguée* »²²¹⁴, peut constituer un nouveau facteur de légitimité (I). L'exemple de la démocratie environnementale permet ainsi de voir comment celle-ci donne au droit de l'environnement « *une légitimité qui s'ajoute à sa validité* »²²¹⁵, même si ce constat est valable, comme nous le verrons, beaucoup plus largement dans l'ordre juridique. Alors que la légitimité provenait autrefois de la religion ou de la métaphysique, « *dans un contexte postmétaphysique, la seule source de légitimité est la procédure démocratique par laquelle le droit est généré* »²²¹⁶. Cette procéduralisation défendue par Habermas a ainsi été saisie par le droit positif, notamment sur le plan de la participation du public aux actes législatifs et réglementaires, avec plus ou moins de succès (II).

I. La participation, nouveau facteur de légitimité démocratique de la norme

Comprendre comment la participation de tous au processus de décision peut permettre d'élargir la légitimité démocratique de la norme implique d'explorer la théorie politique normative de Jürgen Habermas et de Bernard Manin (A) avant de constater que la participation du public constitue désormais un droit reconnu aux plus hauts niveaux des ordres juridiques (B).

Raymond CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, rééd. Economica, 1984, p. 216 ; Gaston JEZE, « Le dogme de la volonté nationale et la technique politique », RDP, 1927, p. 169-170.

²²¹⁰ Sur ce point, voir l'analyse et les propositions de Bastien FRANÇOIS visant à restaurer la confiance dans les représentants in Dominique BOURG et al., *Pour une VIème république écologique*, Odile Jacob, 2011, p. 67 à 100.

²²¹¹ Patrice DURAN, « Légitimité, droit et action publique », *op. cit.*, p. 306.

²²¹² Pierre ROSANVALLON, *La Légitimité démocratique...*, *op. cit.*, p. 21.

²²¹³ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, 1992, nrf essais, Gallimard, Paris, 1997, p. 105.

²²¹⁴ Gérard TIMSIT, « Normativité et régulation », CCC, n° 21, 2007, p. 84.

²²¹⁵ Eric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, *op. cit.*, p. 113.

²²¹⁶ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, *op. cit.*, p. 478.

A. La légitimité par la participation : les enseignements de la théorie politique normative

529. Jürgen Habermas et Bernard Manin ont construit une théorie de la légitimité fondée sur la délibération politique et sur la participation de tous aux décisions politiques. Avant d'en exposer le contenu respectif (1 et 2) et d'en dépasser les critiques à travers une argumentation plus pragmatique (3), il convient de préciser le vocabulaire ici employé.

530. N'étant pas définie en droit positif, la participation peut être considérée comme une « forme d'association et d'intervention des citoyens à la préparation et à la prise de décision administrative »²²¹⁷. Plus largement encore, certains auteurs y incluent les mécanismes de démocratie directe en considérant qu'il s'agit de « tout processus permettant d'intégrer directement le peuple à la rédaction, la correction ou l'approbation directe et nécessaire d'un texte normatif définitif »²²¹⁸. Il nous semble cependant qu'une telle définition introduit une confusion entre la démocratie directe et les mécanismes de participation. La participation doit au contraire être rapprochée de la notion de délibération. Celle-ci peut être définie comme « le processus par lequel (les individus) déterminent (leur volonté) »²²¹⁹. Or, le référendum, principal instrument de démocratie directe, ne semble pas pouvoir être assimilé à la délibération, du moins au sens où l'entend la théorie politique. En revanche, la participation et la délibération entretiennent des relations étroites. Certes, la délibération politique s'exerce de façon privilégiée dans le cadre de la représentation parlementaire, mais la démocratie dite « délibérative » est plus large. Elle implique la participation de tous au processus de décision, pas seulement celle des représentants et des délégués. La participation s'inscrit en outre dans le modèle de la démocratie continue défendu par Dominique Rousseau. Ainsi, « selon le modèle construit par Sieyès, la délibération reste circonscrite à l'enceinte parlementaire. Avec la démocratie continue, elle en sort et s'étend à l'ensemble du champ social participant à l'énonciation de la norme »²²²⁰. Les liens étroits qui unissent la participation et la délibération²²²¹ expliquent ainsi pourquoi les théories politiques de la délibération défendues par Habermas et Manin s'avèrent tout à fait fertiles pour l'étude de la participation en tant que facteur de légitimité de la norme. Ainsi, selon ces théories, « la norme n'est légitime que si elle est fondée sur des raisons publiques résultant d'un processus de délibération inclusif et

²²¹⁷ Michel PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », RJE, 1988, p. 398.

²²¹⁸ Anne-Charlène BEZZINA, « La participation du public à la législation... », *op. cit.*, p. 127.

²²¹⁹ Bernard MANIN, « Volonté générale ou délibération ?... », *op. cit.*, p. 91.

²²²⁰ Dominique ROUSSEAU, « De la démocratie continue », in Dominique ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 17.

²²²¹ V. Loïc BLONDIAUX et Yves SINTOMER, « L'impératif délibératif », *Politix*, n° 57, p. 27. ; Bernard MANIN, « L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine – Introduction, généalogie et éléments critiques », entretien avec Loïc Blondiaux, *Politix*, vol. 15, n° 57, 2002, p. 44-45.

équitable, auquel tous les citoyens peuvent participer et dans lequel ils sont amenés à coopérer librement »²²²².

1) La légitimité par la procédure : la délibération chez Habermas

531. L'idée centrale de Jürgen Habermas repose sur le principe de discussion et sur la liberté communicationnelle des individus. Dans *Droit et démocratie*, l'auteur cherche à appliquer le principe de discussion à l'Etat de droit, particulièrement à l'édiction des normes. Ainsi, « sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles »²²²³. Dès lors, « les sociétés juridiques doivent pouvoir examiner si une norme contestée trouve ou peut trouver l'adhésion de toutes les personnes qui seraient d'une façon ou d'une autre concernées »²²²⁴.

532. Dans ce contexte, c'est l'institutionnalisation juridique des conditions de la discussion qui produit de la légitimité, d'où l'importance, chez Habermas, de la procédure d'édiction du droit. C'est cette dernière qui « engendre la légitimité »²²²⁵. Les procédures juridiques doivent par conséquent retenir un certain nombre de conditions de cette communication institutionnalisée, lesquelles « permettent de supposer que les processus d'édiction et d'application du droit entraîneront des résultats rationnels »²²²⁶. Les personnes concernées doivent dès lors être associées à tous les processus de délibération. Ceux-ci sont inclusifs et publics. Les personnes concernées par la délibération ne peuvent pas en être exclues. Dans ce cadre, Habermas insiste sur le fait que la délibération s'effectue au travers de l'argumentation. Il s'agit *in fine* de réaliser une entente²²²⁷, dans le but de parvenir à une solution rationnelle²²²⁸. L'inclusion de tous dans le processus de décision apparaît dès lors plus adaptée aux « conditions d'une société complexe »²²²⁹, là où les procédures classiques sont, comme nous l'avons vu, directement confrontées à cette difficulté. Habermas insiste en outre sur la nécessité de « garantir que tous les résultats obtenus dans le respect de la forme et de la procédure jouissent pour eux-mêmes d'une présomption de légitimité »²²³⁰. Il ne s'agit donc pas d'organiser la délibération sans tenir compte de son résultat dans la décision politique. Sur le plan théorique, « dans la mesure où les libertés communicationnelles des citoyens sont alors mobilisées pour générer un droit légitime, de telles obligations illocutoires se

²²²² Loïc BLONDIAUX et Yves SINTOMER, « L'impératif délibératif », *Politix*, n° 57, p. 18.

²²²³ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, op. cit., p. 123.

²²²⁴ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 120.

²²²⁵ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 153.

²²²⁶ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 441.

²²²⁷ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 330-331.

²²²⁸ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 346.

²²²⁹ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 13.

²²³⁰ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 145.

condensent pour former un potentiel que les détenteurs du pouvoir administratif sont obligés de prendre en compte »²²³¹. Habermas attache ainsi au respect de ces différentes conditions une force de légitimation des normes. Il semble que la prise en considération des résultats de la participation de tous à la délibération soit une condition essentielle pour qu'il en résulte une force de légitimation²²³².

533. L'un des aspects les plus intéressants de la théorie Habermassienne pour les juristes est la confiance que l'auteur accorde aux procédures juridiques. Le principe de discussion ne peut ainsi produire une force de légitimation du droit que s'il est institutionnalisé sous une forme juridique²²³³. Plus précisément, cette institutionnalisation passe par l'attribution aux individus d'un droit à la participation dans le cadre de la délibération politique. Il est dès lors nécessaire « *que les droits politiques recherchés garantissent la participation à tous les processus de délibération et de décision ayant trait à la législation* »²²³⁴. Habermas va d'ailleurs plus loin en considérant que « *la substance des droits de l'homme réside dans les conditions formelles qui président à l'institutionnalisation de droit de ce type de discussions qui concourent à la formation de l'opinion et de la volonté, et dans lesquelles la souveraineté du peuple prend une forme juridique* »²²³⁵.

2) *La légitimité par la confrontation des arguments : la délibération chez Bernard Manin*

534. Le travail de Bernard Manin constitue une contribution majeure à la théorie de la délibération politique dont l'importance a été plus rapidement perçue aux Etats-Unis qu'en France. Il permet d'abord de dépasser la conception classique de la volonté générale en expliquant que « *la source de la légitimité n'est pas la volonté déjà déterminée des individus mais son processus de formation, la délibération* »²²³⁶. On retrouve alors l'importance de la procédure. Contrairement à ce qui est affirmé par Rousseau, Sieyès et Rawls, « *la décision légitime n'est pas la volonté de tous, mais celle qui résulte de la délibération de tous : c'est le processus de formation des volontés qui confère sa légitimité au résultat, non les volontés déjà formées* »²²³⁷. Il en résulte que « *la loi est le résultat de la délibération générale, non pas l'expression de la volonté générale* »²²³⁸. La procédure qui organise la délibération revêt alors, comme chez Habermas, une importance particulière.

²²³¹ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 166.

²²³² V. *infra*, § 552 et s..

²²³³ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes, op. cit.*, p. 138-139.

²²³⁴ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 145.

²²³⁵ Jürgen HABERMAS, *ibidem*, p. 120.

²²³⁶ Bernard MANIN, « Volonté générale ou délibération ?... », *op. cit.*, p. 82.

²²³⁷ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 82.

²²³⁸ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 82.

535. Celle-ci doit ainsi réaliser un certain nombre de conditions. Elle doit tout d'abord permettre l'argumentation des participants. Inspiré par l'œuvre de Chaïm Perelman, Manin y attache une grande importance. L'adhésion au résultat produit par la procédure de délibération dépend de l'argumentation exercée dans ce cadre. En effet, celle-ci « emporte (...) une adhésion plus ou moins grande selon que (elle) a été plus ou moins convaincante »²²³⁹. On comprend alors que ce n'est pas simplement l'existence d'une procédure de participation/délibération qui est susceptible de produire de l'adhésion et de la légitimité démocratique mais la place laissée, dans le cadre de cette procédure, à l'échange d'arguments. Cela explique notamment, comme nous le verrons, pourquoi certaines procédures de participation telles que l'enquête publique se révèlent inefficaces²²⁴⁰. Dans de la délibération politique, il va de soi que l'argumentation exige « un certain degré d'instruction et de culture de la part du public »²²⁴¹. De plus, la procédure doit permettre une discussion sur l'opportunité des projets soumis à la discussion. Ainsi, dans le cadre du processus délibératif, « il est nécessaire que les individus aient un choix réel entre différentes issues apparaissant les unes et les autres comme vraiment possibles. Si une solution unique était proposée et que les citoyens demeurent libres d'y adhérer ou pas, le choix serait absolument déséquilibré, il n'y aurait même pas de vrai choix puisque l'alternative se situerait entre l'unique solution proposée et l'absence de toute solution »²²⁴². On retrouve là encore l'un des principaux défauts de la procédure d'enquête publique. Nous le verrons, la plupart des procédures de participation souffrent du fait que la discussion s'ouvre sur un projet déterminé, à l'exception de certaines procédures prévues par le droit américain. Enfin, Bernard Manin n'abandonne pas l'indispensable recours à la décision majoritaire. Celle-ci « doit être en mesure de s'imposer si des compromis, acceptables pour elle, n'ont pu être atteints. La force supérieure de la majorité doit être freinée, non supprimée »²²⁴³.

536. Canalisée par ces différentes exigences procédurales, la délibération peut présenter de nombreux avantages. Tout d'abord, sa pratique permet de faire émerger des informations et de réviser certains points de vue. Bernard Manin explique ainsi que chez Sieyès, Rousseau et Rawls, la délibération est exclue : « l'individu est supposé savoir déjà exactement ce qu'il veut, ou plus précisément il possède déjà le critère d'évaluation lui permettant d'apprécier toutes les issues possibles. (Or) il est absolument déraisonnable de supposer qu'ils disposent de toute l'information nécessaire. (...) C'est dans et par la délibération à la fois collective et individuelle que les informations incomplètes du départ se précisent sans pouvoir atteindre cependant la complétude »²²⁴⁴. Au-delà, « l'individu peut aussi découvrir, au cours de la délibération collective, que ses partis pris de départ n'étaient au fond que des préjugés dont

²²³⁹ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 83.

²²⁴⁰ V. *infra*, § 679 et s..

²²⁴¹ Bernard MANIN, « Volonté générale ou délibération ?... », *op. cit.*, p. 83.

²²⁴² Bernard MANIN, *ibidem*, p. 87.

²²⁴³ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 89.

²²⁴⁴ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 80.

le débat a fait apparaître l'inanité, il peut les changer »²²⁴⁵. Ensuite, la délibération permet, même si c'est la décision majoritaire qui l'emporte, de prendre en considération les points de vue minoritaires. En effet, en raison du caractère argumentatif de la procédure de délibération, « *la décision prise résulte d'un processus dans lequel le point de vue qui s'est finalement trouvé minoritaire a été, lui aussi, pris en considération* »²²⁴⁶. Comme chez Habermas, on comprend comment la délibération permet théoriquement une meilleure appréhension de la diversité des points de vue et *in fine* de la complexité de la société. Ainsi, « *dans un monde marqué par un irréductible pluralisme des valeurs, la participation de tous à la délibération offre un objectif plus accessible que l'accord de tous sur une décision* »²²⁴⁷. Enfin, si « *la théorie de la délibération ne fournit qu'une procédure de rationalisation imparfaite (...), ce processus rend plus probable l'apparition de résultats raisonnables* »²²⁴⁸.

3) *Les raisons pragmatiques du recours à la participation du public*

537. Comme toutes les théories, celles de Jürgen Habermas et de Bernard Manin ont été critiquées. On peut faire un rapide tour d'horizon des critiques les plus intéressantes pour le besoin de notre étude²²⁴⁹. Ainsi, une objection fréquente à la théorie de la délibération consiste à mettre en avant que tous les individus ne disposent pas des mêmes capacités pour argumenter, prendre la parole en public, et *in fine* peser sur la décision. Si la critique est tout à fait pertinente, elle ne résulte pas de la théorie de la délibération elle-même. On peut d'ailleurs à bon droit plaider en faveur d'une meilleure éducation à la délibération²²⁵⁰. Pour autant, « *il serait hâtif de conclure que la mise au jour de tels effets normativement indésirables soit ruineuse pour l'idéal délibératif* »²²⁵¹. En outre, on peut défendre que « *même dans un groupe tout à fait restreint, il est rare qu'on parvienne à un accord effectif autour d'un argument* »²²⁵². En effet, « *prétendre que le langage réalise performativement l'entente, n'est-ce pas tirer abusivement la réalité sociale dans le sens d'un idéal normatif* »²²⁵³ ? Si l'on peut adresser cette critique à Habermas, elle ne semble pas valide à l'égard de la théorie défendue par Bernard Manin dans la mesure où celui-ci ne recherche pas systématiquement l'entente chère à Habermas mais introduit volontiers la décision majoritaire dans la conclusion du processus de délibération. Enfin, il est vrai que la théorie d'Habermas relève d'une « *vision largement idéalisée de la communication – et en particulier du débat public*

²²⁴⁵ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 81.

²²⁴⁶ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 87.

²²⁴⁷ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 39.

²²⁴⁸ Bernard MANIN, *ibidem*, p. 91.

²²⁴⁹ Plus largement, v. Yves SINTOMER, « La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas », *La Découverte*, Paris, 1999, p. 368-369.

²²⁵⁰ V. Caroline GUIBET LAFAYE, « Faut-il éduquer à la délibération ? », *Arch. phil. droit*, n° 54, 2011, p. 161.

²²⁵¹ Bernard MANIN, « L'idée de démocratie délibérative... », *op. cit.*, p. 48.

²²⁵² Yves CUSSET, *Habermas – L'espoir de la discussion*, Le bien commun, Michallon, 2001, p. 46.

²²⁵³ Yves CUSSET, *ibidem*, p. 48.

démocratique »²²⁵⁴. Elle ne résiste pas longtemps face à l'analyse empirique de la sociologie politique. Pour autant, n'est-ce pas le propre de la théorie politique normative que de proposer un référentiel idéal ? Comme en matière juridique, il s'agit de proposer un « devoir-être » idéal dans le but d'influencer l'« être ». Ces éléments de théorie politique normative fournissent ainsi un référentiel utile à l'éclairage critique du droit positif en la matière. Nous le verrons.

538. Au-delà de ces critiques, un certain nombre de raisons plus pragmatiques sont de nature à montrer l'intérêt d'un recours à la participation, en complément des mécanismes classiques de la démocratie semi-directe. La procéduralisation de la participation fournit d'abord une occasion bienvenue d'encadrer le lobbying²²⁵⁵. La participation suppose en effet l'égal accès de toutes les parties prenantes à l'élaboration des normes alors même qu'en France, « les voies d'action (du lobbying) sont essentiellement relationnelles »²²⁵⁶ et par conséquent dénuées de transparence. Cela peut permettre de limiter le « constat d'une inégalité d'accès et d'influence entre groupes d'intérêts »²²⁵⁷. D'autres propositions effectuées par Marie-Laure Basilien-Gainche sont aussi susceptibles de s'inscrire dans le cadre du droit de la participation. Il en va ainsi de l'enregistrement obligatoire et public des lobbies et du mécanisme de l'« empreinte normative » qui permet de savoir quel lobby est intervenu, à quel stade de l'élaboration de la norme, dans quel sens et auprès de quelle autorité. C'est d'ailleurs la voie empruntée en droit américain où, comme nous le verrons, la procédure de participation du *Notice and comment* constitue aussi un moyen de canaliser le lobbying.

539. Ensuite, si l'on a pu argumenter que la participation aurait un effet néfaste sur la qualité de la norme²²⁵⁸, il est parfaitement possible de défendre le contraire²²⁵⁹. Ainsi, les mécanismes de participation sont traditionnellement conçus comme des vecteurs d'information des autorités publiques en charge de la décision. Ainsi, « l'intérêt d'une telle ouverture réside dans le fait que les acteurs privés, qui cherchent certes à défendre les intérêts qu'ils représentent, conduisent leurs actions d'influence en fournissant aux autorités

²²⁵⁴ Yves SINTOMER, « La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas », *La Découverte*, Paris, 1999, p. 368.

²²⁵⁵ V. les propositions de Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « La participation du lobbying à la conception de la norme », in *L'efficacité de l'acte normatif*, *op. cit.*, à paraître.

²²⁵⁶ Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, *ibidem*.

²²⁵⁷ Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, *ibidem*.

²²⁵⁸ V. Anne-Charlène BEZZINA, « La participation du public à la législation... », *op. cit.*, p. 140 et s..

²²⁵⁹ On se bornera à rappeler quelques éléments en réponse à cet auteur. En ce qui concerne la mauvaise qualité de la loi sur les OGM consécutive au Grenelle de l'environnement, il faut rappeler que l'élaboration de la loi n'est pas le fait des participants au Grenelle de l'environnement mais du ministère en charge de la rédaction du projet et des parlementaires qui ont amendé ce projet dans le cadre de la procédure d'urgence. Il semble qu'en l'espèce, c'est la faiblesse du consensus politique qui a conduit à des hésitations. Anne-Charlène Bezzina affirme ensuite que la faible normativité de la loi Grenelle I serait le résultat du processus de participation lui-même. Il suffit à cet égard de rappeler que c'est le gouvernement, et non les participants, qui a choisi le recours à une loi de « programme », instrument dont l'article 34 de la Constitution dispose qu'elle détermine simplement « les objectifs de l'action de l'État », ce qui explique sa faible normativité. Nous y reviendrons plus tard, mais la participation organisée dans le cadre du Grenelle se rapproche des standards de la théorie de la délibération et constitue à ce titre un exemple intéressant de participation du public à l'élaboration de la loi.

publiques des données techniques, des analyses comparatives, des expertises fiables »²²⁶⁰. Ces données peuvent aussi être juridiques, tirées par exemple des dispositions des normes supérieures de l'ordre juridique. L'amélioration de l'information disponible préalablement à la prise de décision permet de « *limiter les risques d'erreurs d'appréciation* »²²⁶¹. Au-delà, on peut escompter que l'autorité publique prendra en considération les difficultés que l'acte pourrait engendrer s'il était adopté en l'état. Sa modification dans le cadre de la délibération peut dès lors permettre d'éviter certaines difficultés au stade de la mise en œuvre. De plus, « *au possible avantage de promouvoir une adoption de normes juridiques utiles car adaptées aux contraintes du réel et de l'action vient s'adjoindre l'éventuel avantage de garantir une acceptabilité de ces normes par les parties intéressées et ainsi d'assurer leur application et leur effectivité* »²²⁶². La participation favorise ainsi « *l'appropriation de la loi* »²²⁶³ par les acteurs du droit et les destinataires de la norme et réduit en principe les difficultés de mise en œuvre des normes²²⁶⁴.

C'est d'ailleurs dans cet esprit que le principe n° 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 dispose que « *la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés* » et que l'alinéa 10 du Préambule de la Convention d'Aarhus de 1998 affirme que « *dans le domaine de l'environnement, un meilleur accès à l'information et la participation accrue du public au processus décisionnel permettent de prendre de meilleures décisions et de les appliquer plus efficacement* ». Au-delà de ces deux textes, le droit positif s'est largement approprié l'impératif participatif.

B. L'appropriation de l'impératif participatif par le droit positif

Depuis plusieurs décennies, l'impératif participatif a fait son entrée en droit positif, que ce soit aux niveaux international et européens (1) ou au niveau constitutionnel (2). Dans ce domaine, le droit de l'environnement fait figure de précurseur.

1) Aux niveaux international et européens

540. Sur le plan du droit international, on peut distinguer les normes qui imposent la participation du public dans le cadre des relations internationales elles-mêmes, de celles qui

²²⁶⁰ Marie-Laure BASILIEU-GAINCHE, « Gouvernance et efficacité des normes juridiques », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 93.

²²⁶¹ Frédéric ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes... », *op. cit.*, p. 17.

²²⁶² Marie-Laure BASILIEU-GAINCHE, « Gouvernance et efficacité... », *op. cit.*, p. 97.

²²⁶³ Frédéric ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes... », *op. cit.*, p. 17.

²²⁶⁴ V. *infra*, § 678 et s..

impose la participation au droit des Etats. En ce qui concerne la première catégorie, on relèvera l'article 3, paragraphe 7, de la Convention d'Aarhus. Ainsi, « *chaque partie œuvre en faveur de l'application des principes énoncés dans la présente convention dans les processus décisionnels internationaux touchant l'environnement ainsi que dans le cadre des organisations internationales lorsqu'il y est question d'environnement* »²²⁶⁵. En ce qui concerne la seconde catégorie, outre l'article 25 a. du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966²²⁶⁶ et le principe 10 de la Déclaration de Rio déjà mentionné, la Convention d'Aarhus constitue incontestablement le traité international le plus avancé dans ce domaine. Ces articles 6 à 8 concernent respectivement la participation du public dans le cadre des projets, des plans et programmes, ainsi que des actes réglementaires.

541. Sur les plans européens, si la Convention EDH ne reconnaît pas le droit à la participation du public au processus décisionnel, celui-ci a néanmoins été reconnu, particulièrement en matière d'environnement, sur le fondement de l'article 8 de la Convention²²⁶⁷. La Cour de Strasbourg n'hésite d'ailleurs pas à s'approprier la Convention d'Aarhus en la considérant comme faisant partie du « droit international pertinent »²²⁶⁸. En outre, la Convention d'Aarhus constitue un accord mixte approuvé par l'Union européenne²²⁶⁹. A ce titre, elle fait partie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Elle prime sur le droit dérivé de l'Union, sa violation peut être constitutive d'un manquement, et elle peut être interprétée par la Cour de justice, notamment dans le cadre de la procédure du renvoi préjudiciel²²⁷⁰. De nombreuses dispositions relatives à la participation du public sont intégrées à des directives européennes²²⁷¹ et la participation du public fait partie intégrante du processus

²²⁶⁵ L'application de cet article a été précisée par les lignes directrices d'Almaty sur les moyens de promouvoir l'application des principes de la Convention d'Aarhus dans les Instances internationales élaborées et adoptées en mai 2005 lors de la 2nde réunion des Parties à Almaty (Décision IV/3, ECE/MP.PP/2011/2/Add.1). V. aussi Michel PRIEUR (dir.), *Etat de l'art des questions soulevées par la participation du public aux travaux des instances internationales*, CIDCE, recherche pour le compte du Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable, 2006.

²²⁶⁶ Il dispose que « *Tout citoyen a le droit (...) de prendre part à la direction des affaires publiques* ».

²²⁶⁷ Cour EDH, 8 juillet 2003, Grande Chambre, *Hatton et a. c. Royaume-Uni*, n° 36022/97 ; JDI, 2004, p. 701, note Paul TAVERNIER ; AJDA, 2003, p. 1928, chron. Jean-François FLAUSS ; 10 novembre 2004, *Taskin et a. c. Turquie*, n° 46117/99, § 119 ; JDI, 2005, p. 525, note Paul TAVERNIER ; 9 juin 2005, *Fadeïeva c. Russie*, n° 55723/00 ; *Etudes Foncières*, 2005, p. 44, note Francis HAUMONT et Pascale STEICHEN ; 2 novembre 2006, *Giacomelli et a. c. Italie*, n° 59909/00, § 83 ; *Etudes Foncières*, 2007, p. 42, note Francis HAUMONT et Pascale STEICHEN ; 27 janvier 2009, *Tatar c. Roumanie*, n° 67021/01, § 92 ; RJE, n° 1, 2010, p. 61, chron. Séverine NADAUD et Jean-Pierre MARGUENAUD.

²²⁶⁸ V. Jean-François FLAUSS, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative », RFAP, 2011, p. 56. Plus largement v. Cour EDH, Grande Chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97 ; *Dalloz*, 2009, p. 739, note Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY ; GACEDH, n° 64. V. aussi Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », AFDI, 2005 à 2010, notamment 2008, p. 529.

²²⁶⁹ Décision 2005/370/CE du Conseil, du 17 février 2005 (JOUE n° L 124 du 17 mai 2005 p. 1).

²²⁷⁰ V. par exemple CJUE, 12 mai 2011, C-115/09 ; AJDA, 2011, p. 1619, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Francis DONNAT ; RJE, 2011, p. 653, chron. Julien BETAÏLLE.

²²⁷¹ V. notamment les directives 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.

de décision conduit par la Commission européenne pour l'élaboration de nouvelles directives ou règlements²²⁷², même si cela n'est encadré que par des règles de *soft law*.

2) Au niveau constitutionnel

542. Sur le plan constitutionnel, la participation du public ne constitue pas, comme en droit international et européens, un principe général. On constate ainsi l'« absence de droit général à la participation de valeur supra-légale »²²⁷³. Cependant, l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose, dans le domaine du droit du travail, que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise ». Surtout, l'article 7 de la Charte de l'environnement prévoit que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, (...) de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » et les juges n'ont pas hésité à reconnaître à cette disposition une valeur constitutionnelle²²⁷⁴. Conformément à la pensée de Jürgen Habermas, c'est sous la forme d'un droit subjectif qu'a été constitutionnalisée la participation du public.

543. Même s'il est limité au domaine de l'environnement, le champ d'application de l'article 7 est particulièrement large. Ainsi, il ne se restreint pas aux actes administratifs individuels mais concerne aussi les actes réglementaires. C'est ce qui découle de la décision du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2011²²⁷⁵. Des décrets ou des arrêtés peuvent être considérés comme des « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » et entrent dès lors dans le champ d'application de l'article 7. Par conséquent, ils sont soumis à la participation du public. Un certain flou demeure cependant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en ce qui concerne les implications exactes du droit à la participation. Il découle de la même décision que l'article 7 implique la publication des projets de décrets. Pour le Conseil, cela n'est pas suffisant pour assurer la participation du public. Cette mesure d'information n'est que le préalable indispensable à la participation. Elle n'en constitue pas moins une innovation majeure dans le paysage du droit administratif. De plus, en sanctionnant l'incompétence négative du Parlement dans ce domaine, le Conseil montre que la

²²⁷² V. Rostane MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010, p. 178 et s. ; CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La documentation française, Paris, 2011, p. 74 et s. ; Gérard MONEDIAIRE, « Les droits à l'information et à la participation du public auprès de l'Union européenne », REDE, 1999, pp. 129-156 et pp. 253-269.

²²⁷³ Emilie DEBAETS, « Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 163.

²²⁷⁴ CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *loi sur les OGM* ; AJDA, 2008, p. 1614, note Olivier DORD ; RDP, 2009, p. 1216, note Jean-Pierre CAMBY ; CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, rec., p. 322 ; RFDA, 2008, p. 1147, concl. Yann AGUILA. V. Véronique CHAMPEIL-DEPSLATS, « La Charte de l'environnement prend son envol aux deux ailes du Palais Royal », RJE, 2009, p. 219.

²²⁷⁵ CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, *France Nature Environnement* ; v. Bénédicte DELAUNAY, « La pleine portée du principe de participation – à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 », AJDA, 2012, p. 260.

participation va au-delà de la simple publication des projets de décret, sans pour autant préciser jusqu'où. Implicitement, le Conseil confirme que l'article 7 implique *a minima* le recueil des observations du public. En outre, on peut déduire de la décision du Conseil que les mécanismes de démocratie consultative, en l'espèce la consultation du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques, ne satisfont pas automatiquement les exigences de l'article 7²²⁷⁶.

544. Par ailleurs, la question ne s'est pas encore posée de savoir si l'article 7 de la Charte de l'environnement implique la participation du public aux actes législatifs²²⁷⁷. Cela implique de déterminer si la loi peut elle-aussi faire partie des « *décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* » et ainsi être soumise à participation du public ? Même si la réponse devait être positive, l'article 7 de la Charte de l'environnement devrait être concilié avec les dispositions de la Constitution concernant la procédure législative. Ceci pourrait donner lieu à une nouvelle interprétation de l'article 6 de la DDHC, ce dernier prévoyant que « *la Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation* ».

545. Pour autant le droit positif prévoit déjà, avec plus ou moins d'intensité, la participation indirecte du public à l'élaboration des actes législatifs, par le biais de l'étude d'impact législative, et, de façon plus directe, la participation aux actes réglementaires, principalement en matière d'environnement. Pour autant, dans le domaine des actes législatifs et réglementaires comme dans d'autres, « *le contraste est souvent saisissant entre les ambitions de la rhétorique et la modestie de la mise en œuvre* »²²⁷⁸. C'est ce que fait apparaître la confrontation du droit positif à la théorie politique normative.

II. La difficile participation du public aux actes législatifs et réglementaires

Suivant les canons de la théorie politique, la participation pourrait constituer un important facteur de légitimité des normes. Or, si le champ d'application de la participation du public s'est progressivement étendu aux actes législatifs et réglementaires²²⁷⁹ (A), la prise

²²⁷⁶ Le Conseil n'a cependant pas examiné explicitement les conséquences sur le respect de l'article 7 de l'intervention de cet organe consultatif. Cela peut impliquer plusieurs interprétations : soit que la composition de cet organe ne représente pas suffisamment le public, soit que l'article 7 implique une participation directe du public (v. Bénédicte DELAUNAY, *ibidem*).

²²⁷⁷ En revanche, sans que cela résulte de l'article 7 de la Charte de l'environnement, l'élaboration de normes constitutionnelles a déjà fait l'objet, par le passé, de mécanismes de participation du public. On remarquera ainsi que l'élaboration de la Charte de l'environnement a fait l'objet d'une consultation populaire (v. Michel PRIEUR, « La Charte de l'environnement : droit dur... », *op. cit.*, p. 52).

²²⁷⁸ Loïc BLONDIAUX et Yves SINTOMER, « L'impératif délibératif », *op. cit.*, p. 19.

²²⁷⁹ Rares sont les normes constitutionnelles qui font l'objet, dans leur phase d'élaboration, d'une participation du public. Cela a néanmoins été le cas du projet de Charte de l'environnement qui a fait l'objet, en 2002 et 2003, d'une consultation nationale (v. Yves JEGOUZO, « La genèse de la Charte constitutionnelle de l'environnement », RJE, n° spécial, 2003, p. 27).

en considération des résultats de la participation dans la décision finale est loin d'être garantie (B), ce qui est de nature à annihiler la confiance des citoyens à l'égard de ces procédures et surtout des normes qui en résultent. Pour autant, l'exemple du droit américain montre que le droit français pourrait aller plus loin dans ce domaine (C) se rapprochant ainsi, sans toutefois l'atteindre, de l'idéal délibératif de la théorie politique.

A. L'extension progressive du champ d'application de la participation du public aux actes législatifs et réglementaires

546. Dans le domaine de la participation du public aux actes législatifs et réglementaires, le droit de l'environnement fait figure d'aiguillon²²⁸⁰. La Convention d'Aarhus adoptée en 1998 et entrée en vigueur en 2011 apparaît en effet à l'avant-garde dans le paysage du droit international²²⁸¹. Comme le relève à juste titre le Conseil d'Etat dans un récent rapport, « *cette convention, dont on ne dira jamais assez l'importance, (...) établit des liens entre environnement et droits fondamentaux. Elle vient consacrer un droit de l'homme à l'environnement et renforce la démocratie administrative participative* »²²⁸². Plus précisément, l'article 8 de cette Convention impose la participation du public pour les « *dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale* ». Le champ d'application de cet article paraît *a priori* particulièrement vague, d'autant qu'aucune juridiction européenne ou française n'en a précisé le contour. S'il est clairement applicable aux actes réglementaires, le doute est cependant permis en ce qui concerne les actes législatifs. En effet, l'article 2.2 al. 2 de la Convention précise que la définition des « *autorités publiques* », terme auquel fait référence l'article 8, « *n'englobe pas les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs* ». Cependant, si l'on s'en remet au guide d'application de cette convention²²⁸³, « *le terme de « règles » est pris ici dans son sens le plus large et peut comprendre des décrets, règlements, arrêtés, instructions, ordonnances, normes et règles. Il englobe également la participation des autorités publiques au processus législatif jusqu'au moment où les projets établis par le pouvoir exécutif sont*

²²⁸⁰ On a pu affirmer que le droit administratif de l'environnement « *comme en matière d'étude d'impact, est ici à l'avant-garde au même titre que le droit de l'urbanisme* » (Fabrice MELLERAY, « *Qualité de la norme réglementaire et procédure administrative non contentieuse* », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI et al. (dir.), *Autour de la qualité...*, op. cit., p. 171.

²²⁸¹ V. Michel PRIEUR, « *La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale* », RJE, n° spécial, 1999, p. 22.

²²⁸² CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La documentation française, Paris, 2011, p. 54.

²²⁸³ Tout en précisant à juste titre que « *les analyses qu'il contient n'ont aucune force obligatoire et ne sont pas revêtues de la portée normative qui s'attache aux stipulations de la convention d'Aarhus* », la CJUE relève que ce guide « *peut être considéré comme un document explicatif, susceptible, le cas échéant, d'être pris en considération, parmi d'autres éléments pertinents, aux fins d'interpréter cette convention* », préservant ainsi la fonction principale de ce guide (CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay e. a. c. Région Wallone*, C-182/10 ; Europe, n° 4, 2012, p. 30, note Denys SIMON ; § 27, RJE, 2012, p. 584, chron. Julien BETAÏLLE).

soumis au pouvoir législatif»²²⁸⁴. Quoi qu'il en soit de ces interrogations, cet article n'en reste pas moins pleinement applicable²²⁸⁵ aux actes réglementaires.

A ce stade, notre étude se concentrera sur les actes législatifs et sur les actes réglementaires de portée nationale. Nous reviendrons plus tard sur les actes administratifs réglementaires adoptés par les autorités administratives déconcentrées et décentralisées²²⁸⁶. Il reste que de façon générale, « *plus les destinataires de la norme sont réputés avoir participé à la rédaction en amont de l'énoncé, plus celui-ci a des chances de produire les effets escomptés, la norme étant alors supposée mieux connue et intégrée par ses destinataires* »²²⁸⁷. Au-delà, « *aucune décision publique n'est reçue comme légitime si elle n'a été auparavant discutée dans un cadre collectif* »²²⁸⁸. Il convient d'examiner dans quelle mesure les procédures d'édition des actes législatifs (1) et réglementaires (2) intègrent la participation du public.

1) La participation du public aux actes législatifs

La participation des citoyens aux actes législatifs s'effectue traditionnellement par l'intermédiaire de représentants élus au sein du Parlement. De façon subsidiaire, les citoyens peuvent être appelés à se prononcer par la voie du référendum²²⁸⁹ ou à utiliser d'autres mécanismes de démocratie directe comme le droit de pétition²²⁹⁰. Au-delà, les instruments de la participation du public aux actes législatifs sont en général imbriqués à l'intérieur des mécanismes représentatifs classiques et restent particulièrement timides.

547. En premier lieu, la participation du public est institutionnalisée dans le cadre de l'étude d'impact législative. D'une part, la loi organique du 15 avril 2009 prévoit que les documents rendant compte de l'étude d'impact doivent exposer avec précision « *les*

²²⁸⁴ Stephen STEC, Susan CASEY-LEFKOWITZ et Jerzy JENDROSKA, *La Convention d'Aarhus : guide d'application*, ECE/CEP/72, Nations Unies, 2000, p. 153-154.

²²⁸⁵ Il est cependant dépourvu d'effet direct en droit français : CE, 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes*, AJDA 2005, p. 1664, note Bénédicte DELAUNAY. V. Julien BÉTAILLE, « The Aarhus Convention direct effect seen by the French "Conseil d'Etat" », *ELNI Review*, n° 2/2009, p. 63.

²²⁸⁶ V. cependant, pour ce qui est de la participation en matière d'environnement, *infra*, § 679 et s..

²²⁸⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Eric MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, à paraître.

²²⁸⁸ CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La documentation française, Paris, 2011, p. 57.

²²⁸⁹ L'article 11 de la Constitution prévoit deux types de référendum législatif. Le premier relève soit de l'initiative de l'exécutif, soit de celle du Parlement depuis la révision constitutionnelle de 2008. Le second relève de l'initiative d'un cinquième parlementaire, soutenue par un dixième des électeurs inscrits. C'est le référendum d'initiative partagée. La constitutionnalisation de ce dernier instrument s'avère particulièrement décevante et révèle la méfiance de la classe politique à l'égard du peuple. V. F. HAMON, « La nouvelle procédure de l'article 11 : un "vrai faux" référendum d'initiative populaire », LPA, n° 254, 19 déc. 2008, p. 16 ; V. aussi Anne-Charlène BEZZINA, « La participation du public à la législation... », *op. cit.*, p. 134 et s..

²²⁹⁰ Au niveau national, il permet seulement de saisir le Conseil économique, social et environnemental (art. 69 al. 3 de la Constitution).

consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'Etat »²²⁹¹. Cela renvoie aux consultations menées par le gouvernement dans le cadre de la préparation du projet de loi. Elles se limitent en général à la saisine d'organes consultatifs et ne concerne pas le grand public, alors même que l'article 8 de la Convention d'Aarhus est de nature à y inviter et que certains pays étrangers ont recours à une consultation plus large du public²²⁹². La participation du public n'est donc pas clairement organisée pendant la phase d'élaboration du projet de loi par le gouvernement. En revanche, l'assemblée nationale a pris l'initiative d'organiser, à travers son règlement, une procédure de participation du public, non pas à la loi elle-même, mais à l'étude d'impact législative. C'est ainsi que l'article 83 alinéa 2 du règlement de l'assemblée nationale prévoit que les documents qui rendent compte de l'étude d'impact réalisée sur un projet de loi soumis en premier lieu à l'Assemblée « *sont mis à disposition par voie électronique, afin de recueillir toutes les observations qui peuvent être formulées* ». Il est donc possible pour le public de s'exprimer sur le contenu d'un projet de loi par le biais de cette collecte d'observations. Pour autant, cette procédure reste marginale et on a d'ailleurs pu relever ses insuffisances²²⁹³.

548. En second lieu, l'initiative la plus intéressante sur le plan de la participation du public aux actes législatifs n'était pas prévue par le droit positif. En effet, le Grenelle de l'environnement organisé en 2007 peut être regardé *a posteriori* comme un processus de participation à des actes législatifs²²⁹⁴. Ce processus a combiné une participation directe du public à travers une consultation électronique sur internet et des réunions publiques dans les régions avec une participation indirecte effectuée à travers des organisations « représentatives » telles que des syndicats et des associations. Certes, la participation directe des citoyens n'a pas été au cœur du processus politique, mais l'intérêt de cette démarche a principalement résidé dans la procédure délibérative utilisée dans le cadre de la « gouvernance à cinq ». Ainsi, le Grenelle de l'environnement a pu jouer « *un rôle de révélateur et de catalyseur de la richesse de la procédure du débat public* »²²⁹⁵, même si les autres expériences du même type n'ont pas toujours été un succès.

²²⁹¹ Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

²²⁹² Anne-Sophie DENOLLE, « Les études d'impact : une révision manquée ? », RFDC, 2011, p. 507.

²²⁹³ Les observations du public sont limitées à 4000 caractères et la durée de la consultation n'est pas précisée (v. Anne-Sophie DENOLLE, *ibidem*). Voir <http://etudesimpact.assemblee-nationale.fr/>.

²²⁹⁴ V. Julien BETAÏLLE, « Grenelle de l'environnement, la France rattrape son retard ? », REDE, 2007, p. 437 ; Pierre LASCOUMES, « Des acteurs aux prises avec le "Grenelle de l'environnement" – Ni innovation politique, ni simulation démocratique, une approche pragmatique des travaux du Groupe V », *Participations*, n° 1, 2011, p. 278 ; Michel LE CLAINCHE, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », RFAP, 2011, p. 42 à 44.

²²⁹⁵ CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, *op. cit.*, p. 62.

2) La participation du public aux actes réglementaires

549. Appliquer la participation du public aux actes réglementaires implique d'entrer dans la sphère administrative. Or, classiquement, la représentation de l'Homme « *qui a prévalu traditionnellement fait, de l'administré, un sujet, protégé certes par la soumission de l'administration à la loi selon la maxime fondamentale du libéralisme, mais exclu toute participation à l'acte qui le concerne, contrairement aux idéaux de la démocratie* »²²⁹⁶. Pour autant, Jean Rivero expliquait déjà en 1965 qu'« *il existe, pour obtenir l'adhésion, un moyen plus efficace encore : c'est l'explication donnée, non après coup, mais en cours d'élaboration ; et l'on franchit ainsi, par transition, une nouvelle étape dans la voie de la démocratie : celle de la participation* »²²⁹⁷. Près de cinquante années plus tard, la participation du public vient de s'introduire dans le cœur de l'activité administrative, l'élaboration des actes administratifs réglementaires²²⁹⁸.

550. On assiste en effet depuis quelques années à une multiplication des procédures de consultation du public, notamment par la voie électronique²²⁹⁹. Au-delà de la procédure prévue par l'article L. 32-1 III du code des postes et des communications électroniques²³⁰⁰, le droit de l'environnement joue sur ce plan un rôle moteur. D'une part, l'article 8 de la Convention d'Aarhus détermine une procédure particulièrement précise et exigeante dans ce domaine²³⁰¹.

²²⁹⁶ Jean RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 821. On pouvait aussi considérer que les particuliers « *ne font pas œuvre administrative, faute de participer au pouvoir exécutif et à ses prérogatives* » (Georges VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, n° 8, 1954, p. 45).

²²⁹⁷ Jean RIVERO, *ibidem*, p. 822.

²²⁹⁸ Comme nous l'avons précisé, nous excluons, à ce stade de l'analyse, la participation aux actes réglementaires édictés par les autorités décentralisées. Sur ce point, v. CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La documentation française, Paris, 2011, p. 67 et s. ; Michel VERPEAUX, « Référendum local, consultations locales et Constitution », AJDA, 2003, p. 540 ; Perrine PREUVOT, « Le droit de pétition : mutations d'un instrument démocratique », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 84 et s.. Nous excluons par ailleurs l'étude de l'administration consultative en tant que telle dans la mesure où elle se révèle moins intéressante sur le plan de la légitimation de la norme. V. notamment, pour ce qui est de la littérature récente, CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, *op. cit.* ; Michel LE CLAINCHE, « L'administration consultative... », *op. cit.*, p. 39 ; Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Les actes administratifs unilatéraux » et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La citoyenneté administrative », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA, *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, 2011, p. 194 et 413.

²²⁹⁹ V. Hafida BELRHALI-BERNARD, « La pratique des consultations sur Internet par l'administration », RFAP, 2011, n° 137-138, p. 181.

²³⁰⁰ « *Lorsque, (...), le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi. L'autorité met en place un service permettant de prendre connaissance des consultations prévues par l'alinéa précédent* ». On a pu relever à cet égard que « *Là encore, la question du domaine des règles de procédure devant les AAI conduit à franchir une frontière symbolique dans les catégories du droit administratif* » (Pascale IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », RFDA, 2010, p. 923).

²³⁰¹ « *Chaque Partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié, et tant que les options sont encore ouvertes, durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet*

La participation du public doit notamment intervenir suffisamment tôt dans le processus de décision et la procédure doit prévoir des délais suffisants. D'autre part, l'article 244 de la loi Grenelle II a introduit dans le code de l'environnement l'article L. 120-1²³⁰². Ainsi, « *les décisions réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics sont soumises à participation du public lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement* ». En outre, le projet de décision fait l'objet d'une publication préalable par voie électronique pendant une durée minimale de quinze jours. Le public a la possibilité de présenter des observations. Cette innovation majeure est cependant accompagnée de certaines faiblesses. A ce stade, on peut se borner à deux observations. D'une part, alors que l'article L. 120-1 prévoit explicitement l'intervention d'un décret d'application, celui-ci n'a toujours pas été adopté et le Conseil d'Etat semble, paradoxalement, ne pas y être favorable²³⁰³. Même si cette disposition est d'ores et déjà appliquée par le ministère de l'environnement, de nombreuses questions restent en suspens. Ensuite, le législateur n'a pas prévu d'accompagner d'une étude d'impact les projets de décrets examinés dans ce cadre. Or, on sait qu'« *en ce qu'elle donne de meilleurs outils aux administrés pour participer au processus décisionnel, l'étude d'impact peut donc être conçue comme un vecteur de participation des administrés à l'action publique* »²³⁰⁴. Elle est par conséquent « *un corollaire nécessaire de la participation* »²³⁰⁵. C'est la raison pour laquelle elle pourrait être rendue, au moins dans ce cadre, obligatoire.

551. Peu après la loi Grenelle II, le législateur a créé un autre mécanisme de consultation du public à propos des actes réglementaires. Ainsi, l'article 16 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit²³⁰⁶ prévoit pour l'administration la possibilité de substituer une consultation du public par la voie électronique à la consultation d'une commission administrative. Celle-ci a cependant toujours la possibilité de faire part de ses observations dans le cadre de la consultation du public. Contrairement à la procédure relevant du code de l'environnement, elle n'est pas obligatoire puisqu'elle relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative en charge de la décision. Néanmoins, les modalités

important sur l'environnement. A cet effet, il convient de prendre les dispositions suivantes : a) Fixer des délais suffisants pour permettre une participation effective ; b) Publier un projet de règles ou mettre celui-ci à la disposition du public par d'autres moyens ; et c) Donner au public la possibilité de formuler des observations, soit directement, soit par l'intermédiaire d'organes consultatifs représentatifs. Les résultats de la participation du public sont pris en considération dans toute la mesure possible ».

²³⁰² V. Gérard MONEDIAIRE, « Participation du public à l'élaboration des actes réglementaires de l'Etat et ses établissements publics en matière d'environnement : la nécessité d'une Loi Grenelle 3 ? », RJE, n° spécial, 2010, p. 223. Un projet de loi en cours d'examen au Sénat prévoit la modification de l'article L. 120-1 du code de l'environnement (V. le projet de loi relatif à la mise en oeuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement enregistré à la Présidence du Sénat le 3 octobre 2012).

²³⁰³ « *Compte tenu de la précision des termes de la loi, le Conseil d'Etat a estimé que celle-ci était d'application immédiate. A deux reprises, il a donc vérifié que ses dispositions avaient été respectées lors de la préparation de projets de décret* » (CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2011*, La documentation française, 2011, p. 111-112).

²³⁰⁴ Stéphane BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », RDP, 1998, p. 836.

²³⁰⁵ Stéphane BRACONNIER, *ibidem*, p. 839.

²³⁰⁶ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 ; décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet. V. Bénédicte DELAUNAY, « Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations », AJDA, 2011, p. 1187.

de la consultation font l'objet d'une large publicité ; la durée de consultation ne peut pas être inférieure à quinze jours ; et au terme de la consultation, il est établie une synthèse des observations du public qui est rendue publique. Bien que facultative, cette procédure présente paradoxalement davantage de garanties que l'article L. 120-1 du code de l'environnement, même si, comme ce dernier, elle ne permet pas de s'assurer de la prise en considération du résultat de la participation dans l'acte administratif.

B. L'insuffisance des garanties de « prise en considération » des résultats de la participation

552. L'influence que peuvent avoir les résultats de la participation du public sur la décision qui sera finalement adoptée par l'autorité publique est une condition absolument indispensable de la confiance placée par les citoyens dans ces procédures de participation. Participer ne doit pas servir absolument à rien. Yves Jegouzo a parfaitement résumé la situation : « *les résultats de la participation doivent pouvoir influencer la décision finale. Sinon, c'est le principe même de la participation qui sera remis en cause* »²³⁰⁷. A défaut d'influence des résultats de la participation, l'effet de légitimation des normes que produit l'élargissement de leur assise démocratique est nul.

553. Affirmer que la participation doit avoir une influence sur la décision finale est très facile. Cela soulève pourtant d'importantes difficultés. Ainsi, « *tout le problème auquel s'est affronté le droit administratif depuis une vingtaine d'années a donc consisté à résoudre cette contradiction : la participation exige qu'elle ait une portée effective mais celle-ci ne peut qu'être consultative* »²³⁰⁸. Il s'agit donc de penser le rapport de la participation avec les mécanismes représentatifs et administratifs traditionnels. Jean Rivero expliquait ainsi la situation : « *le dernier mot demeure à l'autorité ; elle informe, elle informe, mais elle décide seule ; l'ultime pas serait franchi, dans le sens démocratique, si l'intéressé lui-même était appelé à partager avec elle le pouvoir de décision* »²³⁰⁹. La difficulté consiste à conférer un certain poids à la participation sans pour autant en faire un concurrent des mécanismes traditionnels²³¹⁰. En effet, nul ne conteste que « *la décision finale, au terme du processus préparatoire, reste l'apanage du pouvoir politique* »²³¹¹. C'est la raison pour laquelle, en dépit de subtiles distinctions entre la « *participation consultation* » de la « *participation*

²³⁰⁷ Yves JEGOUZO, « Principe et idéologie de la participation », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, p. 584.

²³⁰⁸ Yves JEGOUZO, *ibidem*, p. 585.

²³⁰⁹ Jean RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration... », *op. cit.*, p. 823.

²³¹⁰ Yves Jegouzo explique ainsi que « *donner à ces processus une portée décisionnelle serait totalement antagoniste avec les principes de la démocratie politique traditionnelle* » (Yves JEGOUZO, « De la "participation du public" à la "démocratie participative" ? », AJDA, 2006, p. 2314).

²³¹¹ CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, *op. cit.*, p. 91.

concertation » et de la « *participation codécision* »²³¹², il n'existe pas, en dehors des mécanismes de démocratie directe, de codécision en matière de participation du public. La participation a été pensée comme un complément et non comme un concurrent des mécanismes représentatifs. Ensuite, les termes « consultation » et « concertation », s'ils renvoient à des procédures déterminées juridiquement²³¹³, sont aussi employés de façon beaucoup plus large pour parler de participation. Quel que soit le label donné à une procédure de participation du public, il nous semble de toute façon que son rapport de complémentarité avec les mécanismes traditionnels est organisé par le standard de la « *prise en considération* ».

554. Ce standard a en effet émergé en droit international et européen et a vocation à irriguer l'ensemble des procédures de participation. La prise en considération a ainsi vocation à concilier participation et représentation. Il reste à en déterminer les implications. Cette notion se rapproche d'abord de celle de « prise en compte » connue en droit de l'urbanisme. Comme nous l'avons vu précédemment²³¹⁴, dans ce domaine là, la prise en compte implique en principe de ne pas s'écarter « *des orientations fondamentales* » de l'élément à prendre en compte, sauf si un motif le justifie²³¹⁵. Cependant, ce raisonnement est difficilement transposable en matière de participation du public dans la mesure où l'élément à prendre en considération pour l'autorité décisionnaire, les résultats de la participation, n'est pas homogène²³¹⁶. On peut cependant s'inspirer de l'article 6 de la Convention d'Aarhus pour dégager les conditions d'une prise en considération de la participation. Ainsi, il nous semble que pour qu'il puisse y avoir prise en considération, la participation doit débiter au début du processus décisionnel ; des délais raisonnables doivent être prévus aussi bien pour le public que pour l'autorité décisionnaire ; et surtout, la procédure doit obliger l'autorité en charge de la décision à motiver sa décision. Ainsi, s'il n'est pas envisageable d'obliger l'autorité décisionnaire à suivre l'avis exprimé dans le cadre de la participation, il est en revanche possible de l'obliger à justifier son choix. Il ne s'agit alors pas d'une motivation classique mais plutôt d'expliquer spécifiquement en quoi et pour quelles raisons les opinions exprimées dans le cadre de la participation ont été suivies ou non. C'est le point nodal de la prise en considération. Cela implique pour l'autorité décisionnaire de pouvoir disposer d'un bilan faisant apparaître l'ensemble des arguments soulevés par les participants. Une simple synthèse aura en revanche pour effet de gommer la richesse de la diversité des

²³¹² V. Emilie DEBAETS, « Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 168.

²³¹³ Articles L. 300-2 du code de l'urbanisme en ce qui concerne la concertation et L. 120-1 du code de l'environnement en ce qui concerne la consultation.

²³¹⁴ V. *infra*, § 195.

²³¹⁵ CE, 28 juillet 2004, *Association de défense de l'environnement et autres, Fédération nationale SOS environnement et autres, op. cit.*, p. 613 : « les décisions administratives prises au titre de législations distinctes de celle de l'eau ne doivent pas, en principe, s'écarter des orientations fondamentales du schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux sauf, sous le contrôle du juge, pour un motif tiré de l'intérêt de l'opération envisagée et dans la mesure où ce motif le justifie ».

²³¹⁶ Sur cette question, v. Julien BETAÏLLE, « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », *RJE*, 2010, p. 197.

argumentations. Idéalement, ce bilan sera établi par une personne indépendante du décisionnaire et du public.

Une fois la notion de « prise en considération » mieux comprise, il convient d'en retracer l'émergence en droit international et européen (1) avant d'examiner, sous ce prisme, les procédures françaises de participation aux actes législatifs (2) et réglementaires (3).

1) L'émergence de l'exigence de « prise en considération » en droit international et européen

555. L'article 6 de la Convention d'Aarhus fournit les principales exigences procédurales indispensables à la « prise en considération ». Au terme du paragraphe 8, les résultats de la participation doivent être « dûment pris en considération »²³¹⁷. Surtout, le paragraphe 3 prévoit des délais raisonnables pour la participation, le paragraphe 4 précise que la participation débute lorsque toutes les options sont encore ouvertes et le paragraphe 9 prévoit la motivation de la décision finale. Comparativement, cet arsenal procédural s'avère ainsi plus complet que les principes de la « loi-code » proposés par le Conseil d'Etat²³¹⁸.

556. L'article 6 de la Convention n'est cependant pas applicable aux actes législatifs et réglementaires. Il constitue néanmoins un guide pour l'interprétation de l'article 8 de la Convention qui, lui, concerne les actes législatifs et réglementaires. Le dernier alinéa de cet article dispose ainsi que « *les résultats de la participation du public sont pris en considération dans toute la mesure possible* ». Cette dernière mention semble atténuer la portée de l'obligation de prise en considération. Le guide d'application de la Convention mentionne que cette atténuation n'est valable que pour les actes législatifs, et cela en raison de la séparation de pouvoirs. Pour autant, même dans le cas des actes législatifs, « *l'obligation de prendre la participation du public en considération « dans toute la mesure du possible » impose une norme objectivement exigeante qui oblige à faire apparaître dans un cas particulier que les observations du public ont été réellement prises en considération* »²³¹⁹.

557. En outre, même si cela n'est pas à propos d'actes législatifs ou réglementaires, la jurisprudence de la Cour EDH fait elle-aussi référence à la prise en considération. La Cour apprécie ainsi « *la mesure dans laquelle les points de vue des individus ont été pris en compte tout au long du processus décisionnel et les garanties procédurales disponibles* »²³²⁰.

²³¹⁷ En l'absence de prise en considération, la décision finale est théoriquement susceptible d'être annulée (v. Stephen STEC et al., *La Convention d'Aarhus : guide d'application, op. cit.*, p. 142).

²³¹⁸ CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement, op. cit.*, p. 87.

²³¹⁹ Stephen STEC et al., *La Convention d'Aarhus : guide d'application, op. cit.*, p. 141.

²³²⁰ Cour EDH, 8 juillet 2003, Grande Chambre, *Hatton et a. c. Royaume-Uni*, n° 36022/97, § 104 ; JDI, 2004, p. 701, note Paul TAVERNIER ; AJDA, 2003, p. 1928, chron. Jean-François FLAUSS (nous soulignons).

2) *L'absence de garanties entourant la prise en considération de la participation en matière d'actes législatifs*

558. La participation du public dans le cadre des études d'impact des projets de loi, si elle est innovante, reste une procédure qui a pour fonction d'informer le parlement. Compte tenu de l'article 24 de la Constitution selon lequel « *le Parlement vote la loi* », il ne saurait exister de procédure garantissant l'intégration des remarques du public à la loi. Pour autant, cela n'empêche pas le Parlement de « prendre en considération » les remarques du public, notamment par le biais de la motivation.

559. En ce qui concerne tout d'abord les consultations menées par le Gouvernement avant le passage du projet de loi en Conseil d'Etat et dont le contenu doit être exposé dans l'étude d'impact, aucune procédure n'en garantit la prise en considération et aucune obligation de motivation n'est prévue. Sur ce plan, l'article 8 de la Convention d'Aarhus ne semble pas être respecté en ce qui concerne la préparation gouvernementale des projets de loi intervenant en matière d'environnement.

560. Ensuite, concernant la procédure prévue par l'article 83 du règlement de l'assemblée nationale²³²¹, même si les rapporteurs des projets de loi « *doivent en faire une synthèse en annexe de leur rapport, (ces derniers) semblent faire un usage plus que de raison de leur esprit très synthétique* »²³²². Par conséquent, « *dans de telles conditions, il est difficile d'envisager la synthèse des contributions comme un outil susceptible d'influencer le débat parlementaire et, dans une moindre mesure, le contenu de la norme* »²³²³. Cependant, cette procédure est récente et mal connue, ce qui explique probablement son succès relatif²³²⁴. Dans le futur, une forte mobilisation des citoyens dans le cadre de cette procédure pourrait inciter l'Assemblée nationale à prévoir les garanties qui lui font actuellement défaut. Il serait *a minima* envisageable d'obliger le rapporteur du projet de loi, non à effectuer une synthèse des remarques du public, mais à en dresser le bilan, à se prononcer sur ces remarques et à motiver son avis.

561. Enfin, les procédures informelles telles que le Grenelle de l'environnement ne sont par définition pas assorties de garanties juridiques de prise en considération, ce qui ne veut pas nécessairement dire que ce type de processus ne soit pas efficace de ce point de vue.

²³²¹ L'article 8 de la Convention d'Aarhus n'est pas applicable dans ce contexte.

²³²² L'auteur cite un exemple éloquent dans lequel 194 contributions ont été résumées en 8 lignes : Anne-Sophie DENOLLE, « Les études d'impact : une révision manquée ? », RFDC, 2011, p. 507-508.

²³²³ Anne-Sophie DENOLLE, « Les études d'impact : une révision manquée ? », RFDC, 2011, p. 508.

²³²⁴ V. Damien CHAMUSSY, « Le travail parlementaire a-t-il changé ?... », *op. cit.*, p. 4.

3) *La faiblesse des garanties entourant la prise en considération de la participation en matière d'actes réglementaires*

562. En ce qui concerne en premier lieu le dispositif prévu par l'article L. 120-1 du code de l'environnement, plusieurs faiblesses, venant s'ajouter à celles déjà mentionnées, peuvent être mises en avant au regard des exigences de la prise en considération. Tout d'abord, rien ne garantit que la consultation du public ait lieu « *à un stade approprié – tant que les options sont encore ouvertes* », comme l'exige l'article 8 de la Convention d'Aarhus. Par exemple, on peut raisonnablement penser que le projet de décret ne pourra que très difficilement prendre en considération la participation si cette dernière est organisée postérieurement à un arbitrage interministériel difficile. Ensuite, alors que l'article 8 de la Convention d'Aarhus prévoit l'obligation de « *fixer des délais suffisants pour permettre une participation effective* », on peut douter qu'un délai de 15 jours soit, pour des projets de décret complexes, suffisant. En outre, aucun bilan, pas plus qu'une quelconque synthèse, n'est prévu au terme de la consultation du public. De plus, aucune motivation de l'acte au regard des résultats de la participation n'est prévue. Enfin, au terme de la consultation du public, l'article L. 120-1 II. dispose que « *le projet ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai de deux jours francs à compter de cette date* ». On peut douter à cet égard qu'un délai de deux jours soit suffisant pour permettre une prise en considération sérieuse des résultats²³²⁵.

563. En ce qui concerne en second lieu le dispositif prévu par l'article 16 de la loi du 17 mai 2011, les garanties liées à la prise en considération des résultats ne sont guère plus satisfaisantes. Il faut cependant noter que la loi et le décret pris pour son application prévoient l'établissement et la publication d'une synthèse des observations du public, ce qui « *permettra d'évaluer la portée des recommandations formulées par les citoyens ou les parties intéressées, de constater la prise en compte ou non de leurs remarques* »²³²⁶. Cependant, ni ce dispositif, ni celui relevant de l'article L. 120-1 du code de l'environnement, ne permettent au public de connaître les observations effectuées en parallèle par les autres participants. On peut ainsi rejoindre Jacques Chevallier lorsqu'il précise que « *cette expression de points de vue, individuels ou collectifs, ne saurait être considérée comme un modèle de délibération, c'est tout au plus un élément d'information à la disposition des décideurs* »²³²⁷.

²³²⁵ Le projet de loi en cours d'examen au Sénat (*op. cit.*) prévoit cependant une nouvelle rédaction de l'article L. 120-1 du code de l'environnement. Ainsi, « *le projet ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai permettant la prise en considération des observations formulées par le public et la rédaction d'une synthèse de ces observations. Sauf en cas d'absence d'observations, ce délai ne peut être inférieur à quatre jours à compter de la clôture de la consultation* » (nous soulignons).

²³²⁶ Hafida BELRHALI-BERNARD, « La pratique des consultations sur Internet par l'administration », RFAP, 2011, n° 137-138, p. 189.

²³²⁷ Jacques CHEVALLIER, « Délibération et participation », in CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La documentation française, Paris, 2011, p. 199.

564. En dernier lieu, il faut souligner un obstacle important à la prise en considération des résultats de la participation lié à l'existence parallèle d'actions de lobbying non encadrées. En effet, « *même dans les hypothèses où les textes organisent ces consultations, on sait bien que, dans la majeure partie des cas, c'est en dehors des procédures formelles de consultation, en marge d'elles tout au moins, que les vraies négociations se déroulent* »²³²⁸. Ce type de procédure peut donc se révéler totalement inefficace si le lobbying n'est pas, en parallèle, organisé dans le cadre de procédures transparentes, ce qui est le cas en France. De ce point de vue, comme sur le plan plus large de la participation aux actes réglementaires, le droit américain semble pouvoir constituer une source d'inspiration.

C. La participation du public aux actes réglementaires en droit américain

565. Si plusieurs Etats ont mis en place des procédures de participation du public aux actes réglementaires²³²⁹, le modèle le plus intéressant semble être celui des Etats-Unis²³³⁰. Les procédures de participation aux actes adoptés par les Agences fédérales américaines sont apparues dans le contexte de l'après-guerre²³³¹. Celles-ci disposant d'un pouvoir quasi-législatif délégué par le Parlement, il convenait de compléter leur contrôle démocratique. Outre le contrôle de ces délégations de pouvoir effectué par le juge, le principal moyen d'assurer la démocratie au sein de ces agences dirigées essentiellement par des experts a été de leur imposer une démocratisation de leurs procédures de décision. Avant d'exposer plus avant le contenu de cette démocratisation par le bas, il convient de s'assurer de la validité de la comparaison au regard de ce qui vient d'être exposé à propos du droit français. La Constitution américaine « *tout en confiant au Président l'exécution des lois, n'attribue pas de façon explicite le pouvoir réglementaire* »²³³². Aussi, « *le pouvoir d'émettre des règles générales et impersonnelles reconnu aux agences est analysé comme un pouvoir quasi-législatif ou législatif* »²³³³. Pour autant, il n'en reste pas moins que les agences américaines demeurent des autorités administratives auxquelles est confié le pouvoir d'édicter des règles générales et impersonnelles, ce qui pourrait, *a minima*, être comparé à un type de pouvoir réglementaire autonome ou à une habilitation législative comme celle qui permet au

²³²⁸ Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, 2006, étude. 3, § 10.

²³²⁹ V. CONSEIL D'ETAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La documentation française, Paris, 2011, p. 47 et s. ; Jean-Bernard AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *Droit administratif*, 2010, repère 4.

²³³⁰ Pour un aperçu général en français, v. Michel PRIEUR (dir.), « Etude relative à la mise en place d'une procédure administrative de consultation et de participation préalable à l'élaboration des textes réglementaires en matière d'environnement », CRIDEAU, recherche réalisée pour le Ministère de l'environnement, 1994 ; Elisabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », RFDA, 2004, p. 757 et s..

²³³¹ V. Elisabeth ZOLLER, *ibidem*, p. 757.

²³³² Dominique CUSTOS, « Droits administratifs américain et français : sources et procédure », RIDC, 2007, p. 299.

²³³³ Dominique CUSTOS, *ibidem*, p. 300.

gouvernement français d'agir par voie d'ordonnance, à ceci près que dans le cas américain, le Parlement ne ratifie pas les actes des agences. De plus, quand bien même l'on pourrait considérer les décisions des agences comme des actes législatifs, non seulement nous ne nous écarterions pas de nos propos précédents, mais encore il serait d'autant plus intéressant de relever le caractère innovant du droit administratif américain.

566. Ceci étant établi, le code de procédure administrative américain (APA)²³³⁴ distingue le « rulemaking », applicable aux actes généraux et impersonnels des agences, de l'« adjudication » qui concerne les actes à caractère individuel²³³⁵. Le « rulemaking », qui nous intéresse ici à titre principal, est codifié à la section 553. Ce dispositif est complété de façon subsidiaire par l'« organic statute » de chaque agence, c'est-à-dire la loi qui crée l'agence, définit ses prérogatives et ses responsabilités. Partant, on peut distinguer deux types de procédures de participation, celles qui permettent au public de participer à l'élaboration d'un projet de texte lui-même (1) de celles lui permettant de participer à la discussion d'un projet de texte préalablement établi par l'agence (2).

1) *Les procédures permettant la participation à l'élaboration d'un projet de texte : Rulemaking Petitions et Negotiated Rulemaking*

567. En premier lieu, la procédure de *Rulemaking Petitions*²³³⁶ permet au public de former une pétition en vue d'initier un nouveau règlement²³³⁷. Il s'agit d'un droit de pétition appliqué aux règlements édictés par les agences. Cette procédure est prévue par le *Clean Air Act* de 1963 et par la section 553 (e) de l'APA. Dans le cadre, l'agence a l'obligation d'examiner la pétition qui lui est présentée²³³⁸. Elle doit ainsi préciser si elle refuse ou non d'élaborer un projet de règlement. Si elle refuse, elle doit se justifier²³³⁹ et le refus est sujet à « judicial review », l'équivalent du recours pour excès de pouvoir. Dans le cas contraire, une fois établi, le projet de règlement sera soumis à la procédure du *Notice and Comment*.

²³³⁴ *Administrative procedure act*, 1946, dit APA, codifié dans le *United States Code* (USC), chap. 5, sections 511 à 599.

²³³⁵ V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *Administrative Law: Agency Action in Legal Context*, Foundation Press, 2010, p. 289.

²³³⁶ V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *ibidem*, p. 311 à 313.

²³³⁷ Par souci de simplification, nous utiliserons le terme « règlement » pour désigner les actes généraux et impersonnels édictés par les agences.

²³³⁸ Dans certains cas, l'agence peut, avant de répondre, solliciter des commentaires du public au sujet de la pétition elle-même (*Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007)).

²³³⁹ Agencés « *must explain their actions* » (*American Horse Prot. Ass'n, Inc. V. Lyng*, 812 F.2d 1, 4 (D.C. Circ. 1987)).

568. En second lieu, la procédure de *Negotiated Rulemaking*²³⁴⁰, permet au public d'élaborer et de négocier lui-même un projet de texte. Son utilisation est facultative²³⁴¹ et elle ne peut normalement être utilisée que dans les cas où le règlement projeté n'est susceptible d'affecter qu'un nombre réduit de personnes. Une fois que l'agence a pris la décision de recourir à cette procédure, une *notice*, c'est-à-dire un avis d'information, est publiée dans le *Federal Register*, l'équivalent du journal officiel. Cette *notice* établit notamment une liste de personnes pressenties pour siéger dans un comité de négociation et elle invite d'autres personnes à candidater pour obtenir un siège dans le cas où elles ne se sentiraient pas déjà représentées. En général, des syndicats, patronaux et de salariés, et des associations siègent dans ces comités qui ne comptent en principe pas plus de vingt-cinq personnes. Le nom d'un « facilitateur » des négociations, proposé par l'agence, doit être approuvé par le comité ainsi formé. Celui-ci préside les négociations, lesquelles durent en général six mois. *In fine*, si le comité parvient à un accord consensuel sur le texte du projet de règlement, ce qui est rare, une « proposition de règlement » est transmise par le comité à l'agence. Ce texte fait ensuite l'objet de la participation d'un public plus large dans le cadre de la procédure du *Notice and Comment*.

569. En définitive, sur le papier, cette procédure se rapproche de ce que la France a connu avec le Grenelle de l'environnement, si ce n'est que les participations restreintes et ouvertes du public sont mieux formalisées. Elle semble aussi se rapprocher des conditions du modèle délibératif d'Habermas et de Manin : la participation a lieu lorsque toutes les options sont encore possibles et la discussion/argumentation est privilégiée, même si l'on a pu pointer du doigt le risque de marchandage que cela génère ainsi que la transformation de ce type d'instances en confrontations d'avocats²³⁴². Les bienfaits de cette procédure ont cependant fait l'objet d'importants débats au sein de la doctrine américaine. D'importantes études empiriques ont finalement démontré le bénéfice de cette procédure en termes de légitimité²³⁴³. Ces études ont conduit à relativiser les critiques et à en révéler les avantages. Ainsi, cette procédure « *generates more learning, better quality rules, and higher satisfaction* »²³⁴⁴ comparativement à la procédure classique du *Notice and Comment*. Les auteurs résument leurs conclusions ainsi : en dépit de certaines limites, « *Regulatory negotiation clearly emerges, moreover, as a superior process for generating information, facilitating learning, and building trust. Most significantly, consensus-based negotiation increases legitimacy, defined as the acceptability of the regulation to those involved in its development* »²³⁴⁵. Le gain en termes de légitimité de la norme apparaît clairement dans ces études. Au-delà, sur le

²³⁴⁰ V. William F. FOX, *Understanding Administrative Law*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2008, p. 170 à 172. Elle n'est pas prévue par l'APA mais est issue du *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 (codifié in USC, chap. 5, §§ 561-570).

²³⁴¹ La décision d'utiliser ou de ne pas utiliser cette procédure est totalement discrétionnaire et n'est ainsi pas soumise au contrôle du juge (§ 570).

²³⁴² A cet égard, v. Elisabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines... », *op. cit.*, p. 757

²³⁴³ V. Jody FREEMAN et Laura I. LANGBEIN, « Regulatory negotiation and the legitimacy benefit », *N.Y.U. Environmental Law Journal*, 2000, vol. 9, p. 60 à 151.

²³⁴⁴ Jody FREEMAN et Laura I. LANGBEIN, *ibidem*, p. 62.

²³⁴⁵ Jody FREEMAN et Laura I. LANGBEIN, *ibidem*, p. 63.

plan du lien entre l'utilisation de ce type de procédure et le respect des normes qui en résulte, l'étude mentionne l'absence de données empiriques. Cependant, elle fait apparaître plusieurs liens directs favorables à un meilleur respect des actes adoptés par le biais de cette procédure²³⁴⁶. En particulier, il est mentionné que les destinataires de la norme la perçoivent comme mieux adaptée à leurs contraintes. Ils ont aussi le sentiment que l'ensemble des participants (y compris les entreprises concurrentes) vont respecter la norme, ce qui les incite à en faire de même.

2) *Les procédures permettant la participation à la discussion d'un projet de texte préétabli : Formal Rulemaking et Notice and Comment*

570. Une fois qu'un projet de texte a été établi, soit par l'agence elle-même, soit par le biais d'une des deux procédures précédentes, deux procédures de participation sont possibles²³⁴⁷. Le choix entre l'une et l'autre résulte de la lecture combinée de l'APA et de l'« organic statute » de l'agence.

571. La moins fréquente est la procédure de *Formal Rulemaking*²³⁴⁸. Elle ne peut être appliquée que dans les cas où l'« organic statute » de l'agence en définit le champ d'application. Le cas échéant, l'agence doit inviter les personnes intéressées à des auditions orales (*oral hearings*), en plus de donner la possibilité au public de faire des commentaires écrits sur le projet de texte. La procédure est dite formelle car les *hearings*, généralement applicable en cas d'*adjudication*, se rapprochent du modèle du procès. Dans ce cadre, les personnes ont la possibilité de présenter des preuves, d'exposer des arguments par oral et d'auditionner des témoins. Ces *hearings* sont consignés dans un *record*, c'est-à-dire un dossier administratif sur la base exclusive duquel l'agence doit prendre sa décision finale.

572. La procédure la plus fréquente est cependant celle du *Notice and Comment*, aussi dénommée *Informal Rulemaking*, par opposition à la procédure précédente. La section 553 de l'APA distingue trois étapes de la procédure. Tout d'abord, une « *general notice of proposed rulemaking* » est publiée dans le *Federal Register*. Cet avis doit notamment comprendre le moment et l'endroit où aura lieu la consultation du public, le type de procédure de consultation suivie, l'autorité juridique du règlement envisagé et les principaux éléments du projet de texte. Le juge exige d'ailleurs que la notice apporte suffisamment d'éléments pour permettre aux personnes intéressées de commenter le projet de règlement²³⁴⁹. De plus, si des informations importantes sur lesquelles le projet de texte est basé manquent à la notice,

²³⁴⁶ V. Jody FREEMAN et Laura I. LANGBEIN, *ibidem*, p. 130 à 132.

²³⁴⁷ Il existe aussi une procédure dite *Hybrid Rulemaking* qui mélange des éléments de ces deux procédures. V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *Administrative Law: Agency Action in Legal Context*, *op. cit.*, p. 385 à 390.

²³⁴⁸ V. § 556 et 557 de l'APA ; Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *ibidem*, p. 330.

²³⁴⁹ *Honeywell Int'l, Inc. v. EPA*, 372 F.3d 441, 445 (D.C. Circ. 2004).

l'intégralité de la procédure peut être annulée²³⁵⁰. Ensuite, au terme du (c) de la section 553 de l'APA, l'agence doit donner aux personnes intéressées « *une opportunité de participer à l'élaboration de la règle à travers la soumission de données écrites, de points de vue ou d'arguments, avec ou sans possibilité de présentation orale* ». En pratique, l'exercice se limite en général à des commentaires écrits, mais lorsque le projet est controversé, les agences ont tendance à organiser des *hearings*, même si ces derniers ne sont pas aussi formels que ceux décrits précédemment²³⁵¹. En outre, même si cela n'est pas requis par l'APA, les agences mettent généralement le dossier à la disposition du public, ce qui lui permet de voir les autres commentaires effectués sur le projet de texte²³⁵², contrairement à ce qui se passe en France. L'agence doit répondre aux différents commentaires et ces réponses seront consignées dans le *record*. Enfin, la dernière phase de la procédure est celle de la publication du *statement of "basis and purpose"*. Cette déclaration porte sur les fondements et les objectifs du règlement. Sur le plan matériel, elle constitue l'équivalent d'un préambule au règlement. Celui-ci fait notamment apparaître l'évolution du texte depuis le premier projet jusqu'à sa version finale, ce qui permet d'évaluer l'influence des commentaires du public. Il résume aussi les réponses de l'agence aux commentaires qu'elle a reçus. On retrouve, avec cet élément, l'un des points clés de la « prise en considération », à savoir une motivation exigeante de l'acte, au regard des résultats de la participation du public. Globalement, cette troisième étape de la procédure est interprétée de façon exigeante par les juges américains, principalement « *parce que la participation des personnes intéressées s'avère bien souvent particulièrement utile* »²³⁵³. Ainsi, le *statement* doit répondre aux commentaires faits par le public, au moins pour les commentaires les plus significatifs²³⁵⁴. Pour les juges, il s'agit d'obliger l'agence à démontrer le caractère rationnel de sa décision²³⁵⁵. Le *statement* doit aussi leur permettre de connaître les principaux enjeux soulevés au cours de la procédure et les raisons pour lesquelles l'agence a réagi comme elle l'a fait. Il s'agit aussi pour le juge de déterminer si l'action de l'agence a été « *arbitrary and capricious* »²³⁵⁶.

573. Plus largement, et pour revenir à la question de la prise en considération, la procédure du *Notice and Comment* impose à l'agence de tenir compte (*to consider*) des observations pertinentes émises par le public. Selon un auteur américain, « *il existe certains cas dans lesquels la méthode d'élaboration du règlement utilisée par l'agence a été invalidée car l'agence n'avait pas abordé les commentaires les plus importants dans le préambule du*

²³⁵⁰ E.g., *Portland Cement Ass'n v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375 (D.C. Circ. 1973).

²³⁵¹ V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *Administrative Law...*, *op. cit.*, p. 349.

²³⁵² V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *ibidem*, p. 349.

²³⁵³ Elisabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines... », *op. cit.*, p. 757.

²³⁵⁴ E.g., *Portland Cement Ass'n v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375 (D.C. Circ. 1973).

²³⁵⁵ *Cement Kiln Recycling Coal. v. EPA*, 493 F.3d 207, 225 (D.C. Circ. 2007).

²³⁵⁶ *Citizens to Save Spencer County v. EPA*, 600 F.2d 844, 883-84 (D.C. Circ. 1979). *Arbitrary and capricious* est un mode de contrôle effectué par le juge dans le cadre du *judicial review*. Il est prévu à la section 702(2)(A) de l'APA. « *generally requires agencies to provide an explanation for their decisions that is plausible or reasonable in light of the administrative record and the applicable statute* » (V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *Administrative Law...*, *op. cit.*, p. 52).

règlement »²³⁵⁷. Le juge américain impose une simple obligation de bonne foi à l'administration. En outre, la jurisprudence américaine confirme que la motivation est un élément clé de l'évaluation de la prise en considération. Cependant, c'est fort logiquement que l'administration conserve une marge d'appréciation dans l'élaboration du règlement. Ainsi, « *il est absolument clair qu'une agence n'est ni juridiquement liée par les commentaires émis, ni obligée de s'en tenir à ces commentaires dans l'élaboration du règlement final. Il lui est possible d'invoquer sa propre expertise dans l'écriture du règlement si les commentaires suggèrent tous un résultat contraire* »²³⁵⁸.

574. *In fine*, même si la procédure rencontre des critiques, notamment le fait que la soumission de commentaires par écrit rend difficile l'instauration d'un véritable dialogue²³⁵⁹ et que l'ensemble de la procédure est relativement lourd, « *tel semble le prix à payer pour que l'intervention en amont des administrés ait un impact réel sur le travail administratif* »²³⁶⁰. En outre, selon l'appréciation d'un auteur américain, il ne fait aucun doute que cela améliore le respect des normes²³⁶¹, ce qui semble confirmer le lien que nous nous sommes attachés à établir entre l'élargissement de l'assise démocratique de la norme, sa légitimité et son effectivité. Au-delà, la légitimité de la norme est en partie renforcée par l'évaluation de ses résultats.

§2 – Par l'évaluation des résultats de la norme

575. L'évaluation des normes vise à mesurer leurs résultats. Il s'agit ainsi de savoir si les objectifs fixés sont susceptibles d'être atteints – c'est l'évaluation *a priori* – ou s'ils ont été atteints – c'est l'évaluation *a posteriori*. L'évaluation normative se rapproche ainsi de la mesure de l'efficacité des normes sur la société. Elle peut être définie comme « *l'ensemble des analyses basées sur l'emploi de méthodes scientifiques et portant sur la mise en œuvre et les effets d'actes législatifs* »²³⁶². Il en va de même pour les autres variétés de normes.

576. En principe, l'évaluation porte en premier lieu sur les effets juridiques de la norme. Son entrée en vigueur, l'adoption de ses actes d'application, son contenu déontique, la jurisprudence y afférant, sa cohérence globale, sa pratique, sont passés au crible. La doctrine a insisté sur l'importance de ce type d'appréhension. Ainsi, « *une évaluation de l'application pratique de règles juridiques passe d'abord par un travail de description et d'analyse de leur*

²³⁵⁷ William F. FOX, *Understanding Administrative Law*, *op. cit.*, p. 160 (notre traduction).

²³⁵⁸ William F. FOX, *ibidem*, p. 160 (notre traduction).

²³⁵⁹ William F. FOX, *ibidem*, p. 170.

²³⁶⁰ Dominique CUSTOS, « Droits administratifs américain et français... », *op. cit.*, p. 301.

²³⁶¹ LeRoy PADDOCK, Professeur de droit à la *George Washington University Law School*, « Notice and comment in the United States », intervention orale lors du séminaire « Participation du public aux actes réglementaires » organisé par le CRIDEAU et le CIDCE dans le cadre du programme de recherche « Concertation, décision, environnement » le lundi 3 octobre 2011, Université de Limoges.

²³⁶² Luzius MADER, *L'évaluation législative – Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne, 1985, p. 44.

contenu, de leurs articulations internes et avec les autres composantes de l'ordre juridique d'appartenance, des opérations ou situations qu'elles tendent à ou peuvent autoriser, favoriser, dissuader »²³⁶³. En second lieu, sont évalués les effets de la norme sur la société dans son ensemble, pas seulement ses effets à l'intérieur de l'ordre juridique. C'est la partie la plus délicate. Il s'agit d'évaluer les effets budgétaires, économiques, sociaux ou encore environnementaux d'une norme.

577. L'évaluation des normes juridiques assure plusieurs fonctions. La plus évidente est qu'elle constitue « l'un des plus sûrs moyens de lutter contre l'inflation législative tant reprochée au législateur, mais aussi de garantir l'effectivité des réformes opérées »²³⁶⁴. Mais, plus largement, il s'agit de rationaliser l'activité législative, de la contrôler et de la légitimer²³⁶⁵ en dépassant, là encore, l'approche wébérienne de la légitimité légale rationnelle. Après l'élargissement de l'assise démocratique de la norme, l'évaluation constitue donc un second gisement de légitimité. En effet, « on ne peut plus désormais ignorer que le pouvoir trouve aussi sa justification dans ses réalisations »²³⁶⁶, au point « de faire de l'efficacité un critère de légitimité (...). On n'obéit pas seulement pour ce que sont les règles qui conditionnent l'action, mais aussi pour ce qu'on pense que sont les résultats de cette même action »²³⁶⁷. Certains auteurs affirment même que « désormais, ce n'est plus la comparaison avec les termes de la loi qui légitime l'action de l'Etat, mais c'est le différentiel mesuré entre le but visé par une politique publique et les effets observés dans la réalité du terrain »²³⁶⁸. Ainsi, la légitimité « ne réside plus dans la seule légalité de la norme ni dans les valeurs qu'elle incarne, mais bien dans l'efficacité de ses effets »²³⁶⁹. C'est une des conditions pour « remporter l'adhésion »²³⁷⁰. Ainsi, la mesure de l'efficacité de la norme, de ses résultats, influence sa légitimité et *in fine* son effectivité.

La France a connu une « institutionnalisation tardive et inachevée »²³⁷¹ de l'évaluation des décisions publiques et « beaucoup d'expertises officielles n'obéissent pas aux principes d'une évaluation pluraliste, indépendante et transparente »²³⁷². Le dispositif général de l'évaluation normative manque aussi d'homogénéité et de systématité. Ce ne sont ici qu'une partie des limites qui peuvent conduire à douter, peut-être pas de l'utilité, mais au moins de la pertinence des procédures françaises d'évaluation. Il reste que l'évaluation normative permet

²³⁶³ Antoine JEAMMAUD et Evelyne SERVERIN, « Evaluer le droit », *Dalloz*, 1992, p. 263.

²³⁶⁴ Yves JEGOUZO, « L'étude d'impact : formalité ou garantie de la qualité des lois ? », *AJDA*, 2012, p. 1425.

²³⁶⁵ Luzius MADER, *L'évaluation législative – Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne, 1985, p. 97 et s..

²³⁶⁶ Patrice DURAN, « Légitimité, droit et action publique », *op. cit.*, p. 304.

²³⁶⁷ Patrice DURAN, *ibidem*, p. 304.

²³⁶⁸ Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, n° 138, p. 84.

²³⁶⁹ Emmanuelle JOUANNET, « A quoi sert le droit international ? Le droit international providence du XXIème siècle », *RBDI*, 2007, p. 37.

²³⁷⁰ Emmanuelle JOUANNET, *ibidem*, p. 38.

²³⁷¹ Bénédicte DELAUNAY, « Décision publique évaluée et performance », in Nathalie ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, AFDA, LexisNexis, 2010, p. 120.

²³⁷² Bénédicte DELAUNAY, *ibidem*, p. 126.

de mettre en évidence aussi bien les résultats escomptés de la norme (I) que ses résultats constatés (II).

I. La mise en évidence des résultats escomptés de la norme : l'évaluation *a priori*

Même si une évaluation normative peut en théorie être effectuée à n'importe quel moment, l'entrée en vigueur de la norme marque un point important. Avant cette date, l'évaluation reste essentiellement théorique, ne pouvant se baser sur des données empiriques en lien direct avec le texte. Avant l'entrée en vigueur de la norme, son principal outil d'évaluation est l'étude d'impact. Elle concerne en premier lieu, depuis la révision constitutionnelle de 2008, les actes législatifs (A). En second lieu, les actes réglementaires ne font pas systématiquement l'objet d'une évaluation *a priori*, du moins si l'on se concentre sur les décrets (B). En effet, la plupart des autres actes administratifs réglementaires intervenant en matière d'environnement et d'urbanisme font l'objet d'une évaluation environnementale, au sens large du terme²³⁷³. Notre objet n'est pas de présenter ces évaluations. En revanche, l'expérience acquise en la matière permettra d'éclairer utilement le régime juridique des études d'impact législatives et des dispositifs d'évaluation des actes réglementaires.

A. L'étude d'impact législative : un outil d'évaluation en général limité

La procédure d'étude d'impact trouve son origine outre-atlantique et est apparue dans un premier temps dans le domaine de l'environnement. C'est en effet l'article 102 (C) *National Environmental Protection Act*, adopté par le Parlement américain en 1969, qui a mis cette procédure sur le devant de la scène²³⁷⁴. Elle apparaît ensuite en France en 1976²³⁷⁵, à l'occasion de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature²³⁷⁶. Qualifiée de « *procédure administrative révolutionnaire* »²³⁷⁷ de nature à transformer l'esprit de la décision administrative, son extension à d'autres champs du droit se fera attendre jusque dans les années quatre-vingt-dix²³⁷⁸. L'apparition de l'étude d'impact « législative » a été tardive (1) et cette procédure se révèle, malgré l'intérêt qu'elle présente, limitée (2).

²³⁷³ Articles L. 122-1 et s. du code de l'environnement.

²³⁷⁴ V. Alexandre Ch. KISS et Claude LAMBRECHTS, « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », RJE, 1976, p. 239.

²³⁷⁵ V. Renaud DENOIX DE SAINT MARC, « Le rapport d'impact sur l'environnement », RJE, 1976, p. 250.

²³⁷⁶ Article 2 al. 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

²³⁷⁷ Michel PRIEUR, « Le respect de l'environnement et les études d'impact », RJE, 1981, p. 104.

²³⁷⁸ V. Chantal CANS, « Variations autour d'une innovation environnementale », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, op. cit., p. 475.

1) *L'apparition tardive d'une procédure d'étude d'impact législative*

578. L'apparition des études d'impact législatives et réglementaire en droit français remonte aux années quatre-vingt-dix. Celles-ci ne résultaient cependant que de diverses circulaires du Premier ministre²³⁷⁹. Ce n'est qu'en 2009, dans le cadre de la mise en œuvre de la révision constitutionnelle de 2008, que les études d'impact législatives font leur apparition dans une loi organique²³⁸⁰, alors qu'elles sont présentes dans le droit de nombreux autres Etats²³⁸¹.

579. La principale finalité de l'étude d'impact législative est de « penser » la loi à l'avance, en essayant d'en prévoir les effets. Ainsi, « *l'efficacité est sans conteste l'objectif premier visé par l'étude d'impact. Plus précisément, il s'agit d'éviter que l'Etat ne légifère et réglemente trop et donc souvent mal* »²³⁸². Il s'agit d'un outil d'aide mis à la décision à la disposition des parlementaires. A ce titre, elle peut théoriquement appuyer l'argumentation dans le cadre de la délibération politique. Elle contraint « *le gouvernement à sa justifier davantage et à expliquer en quoi la nouvelle norme législative serait davantage pertinente* »²³⁸³.

580. La nouvelle obligation de réaliser une étude d'impact législative résulte de l'article 39 al. 3 de la Constitution au terme duquel « *la présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique* ». Ainsi l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 prévoit que « *les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact* ». Même si dans ce cadre, l'obligation de réaliser une telle étude est systématique, son champ d'application se limite d'une part aux projets de loi, les initiatives parlementaires y échappant, d'autre part aux lois ordinaires²³⁸⁴, ce qui exclut notamment les lois de programmation. Alors que le projet de loi organique prévoyait leur confection « dès le début » de l'élaboration du projet de loi, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition²³⁸⁵. Cependant, l'étude d'impact est jointe aux projets de loi « *dès leur transmission au Conseil d'Etat* », selon les termes validés par le Conseil constitutionnel de la loi organique.

²³⁷⁹ V. la circulaire du Premier ministre du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, JORF, 1er déc. 1995, p. 17566 ; circulaire du Premier ministre du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, JORF, 6 fév. 1998, p. 1912. V. Stéphane BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », RDP, 1998, p. 819.

²³⁸⁰ Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, article 8, JORF, 16 avril 2009, p. 6528.

²³⁸¹ Sur les cas du Canada, des Etats-Unis, du Royaume-Uni, des Pays-Bas, de l'Allemagne et de l'Espagne, v. CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 303 et s..

²³⁸² Stéphane BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », RDP, 1998, p. 823.

²³⁸³ Jean-Eric GICQUEL, « Les effets de la réforme... », op. cit., p. 10.

²³⁸⁴ Article 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

²³⁸⁵ CC, 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, § 13 ; JCP G, 2010, p. 1531, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Arianna MACAYA.

581. En ce qui concerne le contenu de l'étude d'impact, l'alinéa 2 de l'article 8 de la loi organique précise en premier lieu que les documents rendant compte de l'étude « *définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation* ». On remarquera à cet égard que le législateur a ici voulu en faire un outil de lutte contre l'inflation législative dès lors qu'il s'agit en théorie de placer les parlementaires devant le choix de l'action ou de l'inaction législative. En second lieu, l'étude expose notamment l'articulation du projet de loi avec le droit européen et son impact sur l'ordre juridique interne, l'état d'application du droit interne dans les domaines visés par le projet de loi, et les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées. On retrouve ici la partie juridique de l'évaluation normative, laquelle intègre en théorie une évaluation de l'application du droit préexistant. En troisième lieu, l'étude présente une évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées, de même qu'une évaluation des conséquences de ces dispositions sur l'emploi public. On retrouve ici la seconde partie de l'évaluation normative, orientée vers les conséquences du texte sur la société. Il faut cependant noter que dans le cas présent, l'évaluation est spécialement orientée vers des préoccupations liées à la bonne gestion des ressources de l'Etat. Enfin, l'étude présente, nous l'avons déjà mentionné, les consultations menées par le gouvernement avant la saisine du Conseil d'Etat, mais aussi « *la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires* ». Cette dernière mention était originellement complétée par le texte suivant : « *leurs orientations principales et le délai prévisionnel de leur publication* ». Cette dernière disposition a cependant été censurée par le Conseil constitutionnel, celui-ci ayant considéré qu'elle méconnaissait le principe de séparation des pouvoirs²³⁸⁶. Cette solution a été critiquée en doctrine²³⁸⁷ compte tenu de l'intérêt que les dispositions en cause présentaient sur le plan de la mise en œuvre des lois par le pouvoir exécutif. En outre, la mention, dans l'étude d'impact, des orientations principales des textes d'application permet au Parlement de disposer de toutes les informations nécessaires pour décider, ce qui pourrait limiter le recours à des amendements empiétant sur le domaine du règlement. De plus, le maintien de cette disposition aurait pu inciter le gouvernement à « penser » les réformes dans leur ensemble avant de les présenter au Parlement. Là n'est cependant pas la dernière limite de la procédure d'étude d'impact.

²³⁸⁶ CC, 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, § 16 ; JCP G, 2010, p. 1531, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Arianna MACAYA.

²³⁸⁷ Se faisant le garant du parlementarisme rationalisé, le Conseil constitutionnel opère « *un surprenant retour aux sources, au moment où la révision constitutionnelle de 2008 entend rééquilibrer un parlementarisme devenu trop rationalisé* » (Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », RDP, 2010, p. 1382).

2) Les limites de l'étude d'impact législative française

Un observateur attentif du Parlement a pu indiquer que « *dans tous les débats, désormais, des échanges d'arguments sont fondés sur le contenu des études d'impact* »²³⁸⁸. On pourrait en déduire que cette procédure remplit pleinement son rôle d'aide à la décision parlementaire si le nombre des limites qui entourent cette procédure n'était pas de nature à faire douter de sa pertinence et de son sérieux.

582. En premier lieu, sur le plan du contenu de l'étude d'impact, outre les remarques déjà mentionnées, on observera qu'il n'est nullement question d'analyser l'impact du projet de texte sur les engagements internationaux de la France. Il est vrai que la tâche est difficile, tant leur nombre est important, mais cela donne le sentiment désagréable que ceux-ci sont relégués au second plan, en dépit de la règle constitutionnelle *pacta sunt servanda*. En outre, le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision du 9 avril 2009 que l'élaboration d'études particulières correspondant aux différentes rubriques de l'étude d'impact « *ne saurait être exigée que pour autant que ces prescriptions ou l'une ou l'autre d'entre elles trouvent effectivement à s'appliquer compte tenu de l'objet des dispositions du projet de loi en cause* ». On retrouve ici un souci de proportionnalité de l'étude d'impact, classique en ce qui concerne l'étude d'impact environnementale. Cependant, il faut espérer que celui-ci ne conduise à exempter purement et simplement le gouvernement de répondre à ces différentes rubriques, ce qui irait totalement à l'encontre de l'esprit dans lequel l'obligation de proportionnalité de l'étude d'impact a été édictée en matière environnementale²³⁸⁹. En effet, « *en libérant a priori le gouvernement de la charge de procéder à une étude d'impact exhaustive, le Conseil constitutionnel desserre l'étau que représente la nouvelle obligation d'élaboration d'une étude d'impact* »²³⁹⁰. Enfin, le considérant 17 de la décision du Conseil constitutionnel précise qu'il appréciera le respect de l'article 8 de la loi organique « *au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation* ». Cette dernière mention a été à juste titre dénoncée comme étant particulièrement vague²³⁹¹ et risquant de limiter considérablement les effets de l'absence d'étude d'impact²³⁹².

583. En second lieu, l'étude d'impact est réalisée sous la responsabilité du gouvernement. En pratique, c'est le ministère en charge de l'élaboration du projet de loi qui la réalise. Or, l'absence d'indépendance et d'impartialité de l'auteur de l'étude d'impact est très largement

²³⁸⁸ Damien CHAMUSSY, « Le travail parlementaire a-t-il changé ?... », *op. cit.*, p. 3.

²³⁸⁹ Il s'agit en effet de proportionner le contenu de l'étude à l'importance du projet, ce qui ne revient pas à exempter le pétitionnaire de telle ou telle partie de l'étude (R. 122-3 I du code de l'environnement ; v. par exemple CE, 7 mars 1986, *COGEMA*, RJE, 1986, p. 281).

²³⁹⁰ Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1392.

²³⁹¹ Arnaud HAQUET, « Les études d'impact des projets de loi : espérances, scepticisme et compromis », *AJDA*, 2009, p. 1991.

²³⁹² Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1394.

stigmatisée en doctrine, cela dès les années quatre-vingt-dix²³⁹³. Cette critique est fondamentale en ce qu'elle peut faire douter du sérieux de cette nouvelle procédure, celle-ci risquant de demeurer un simple alibi. Il va de soi qu'« un bureau qui élabore un texte ne peut avoir une approche critique sur celui-ci. Il faut prévoir un regard extérieur »²³⁹⁴. De plus, « si l'activisme normatif actuel est largement imputable au gouvernement, pourquoi alors lui confier le soin de confectionner lui-même ces études ? La qualité et l'impartialité de l'étude apparaîtraient mieux garanties par une réalisation en externe »²³⁹⁵. En effet, « il semble peu probable que le ministre qui souhaite voir naître un projet de loi admette volontiers d'y renoncer et développe des arguments allant dans ce sens au sein même de l'étude d'impact »²³⁹⁶. Or, « l'étude d'impact est une contrainte qui n'a de sens que si elle peut inciter le rédacteur d'un texte à renoncer à son projet »²³⁹⁷. On voit donc mal comment l'étude d'impact pourrait être de nature à introduire un débat sur l'opportunité de légiférer. Le bénéfice de cette procédure au regard de l'inflation législative serait alors absolument nul. On a d'ailleurs pu remarquer que, dans les études existantes, « la rubrique "nécessité de légiférer" est ainsi systématiquement complétée en faveur de l'option législative »²³⁹⁸. L'étude d'impact risque alors de devenir, non une arme pour le parlement, non une aide à l'argumentation dans le cadre de la délibération politique, mais un simple instrument de légitimation de l'action du gouvernement²³⁹⁹. Elle ne constituerait dès lors « pas un remède, mais une formalité »²⁴⁰⁰.

584. L'étude d'impact pourrait cependant dépasser les frontières de la simple formalité si toutefois le juge en exerçait un contrôle exigeant. En effet, le problème de l'indépendance de l'étude est tout à fait comparable en matière d'environnement²⁴⁰¹. Le contrôle exigeant du juge en matière d'étude d'impact environnemental, s'il n'a pas permis de résoudre le problème de l'indépendance, en a cependant limité les inconvénients. Il faut donc examiner dans quelle mesure le juge peut exercer un contrôle du sérieux de l'étude d'impact législative²⁴⁰². Outre le contrôle qui peut en être effectué dans le cadre de la consultation du Conseil d'Etat concernant le projet de loi, trois mécanismes de contrôle peuvent être envisagés.

Le premier est prévu à l'article 39 al. 4 de la Constitution. Ainsi, « les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas

²³⁹³ Stéphane BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact... », *op. cit.*, p. 828 ; Arnaud HAQUET, « Les études d'impact des projets de loi... », *op. cit.*, p. 1992 ; Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1378.

²³⁹⁴ Roland DRAGO, in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 53.

²³⁹⁵ Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1378.

²³⁹⁶ Anne-Sophie DENOLLE, « Les études d'impact : une révision manquée ? », RFDC, 2011, p. 503.

²³⁹⁷ Arnaud HAQUET, « Les études d'impact des projets de loi... », *op. cit.*, p. 1992.

²³⁹⁸ Perrine PREUVOT, « L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement », RDP, 2012, p. 48.

²³⁹⁹ V. Stéphane BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact... », *op. cit.*, p. 829.

²⁴⁰⁰ Arnaud HAQUET, « Les études d'impact des projets de loi... », *op. cit.*, p. 1986.

²⁴⁰¹ V. Julien BETAILLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisances récurrentes », RJE, n° spécial, 2010, p. 241.

²⁴⁰² Sur cette question, v. Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact... », *op. cit.*, p. 1367.

de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours ». On a cependant pu qualifier cette procédure de « mécanisme de surveillance à la portée incertaine »²⁴⁰³. En effet, compte tenu du fait majoritaire, on peut s'attendre à ce que les cas de désaccord entre le président de l'assemblée intéressée et le Premier ministre soient relativement rares. La procédure peut aussi être détournée par le dépôt d'une proposition de loi qui, elle, n'est pas tenue d'être accompagnée d'une étude d'impact.

Le second mécanisme de contrôle qui peut être envisagé est la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 61-1 de la Constitution. La doctrine a largement écarté cette hypothèse²⁴⁰⁴. Pour autant, il nous semble que, au moins dans les cas de lois ayant des incidences significatives sur l'environnement, il pourrait être argumenté que l'insuffisance ou l'absence d'étude d'impact législative porte atteinte à des droits ou libertés constitutionnellement garantis. En effet, l'étude d'impact, y compris législative, constitue un moyen de prévenir les atteintes à l'environnement et d'informer le public. Or, le devoir de prévention des atteintes à l'environnement et le droit à l'information, respectivement prévus par les articles 3 et 7 de la Charte de l'environnement, sont invocables dans le cadre de la QPC²⁴⁰⁵. Au-delà de ce cas particulier, « la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale considère que l'évaluation des effets de la législation relève de la protection des droits fondamentaux »²⁴⁰⁶, lesquels sont bien l'objet de la QPC.

Enfin, l'étude d'impact législative fait l'objet d'un contrôle dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. Le Conseil accepte ainsi de les contrôler²⁴⁰⁷. Il reste cependant à voir s'il acceptera de faire de l'irrégularité de l'étude d'impact une formalité substantielle de nature à justifier la censure de la loi²⁴⁰⁸, alors qu'en 2006, le Conseil d'Etat proposait que l'étude d'impact devienne un véritable « élément de la régularité de la procédure »²⁴⁰⁹. Il est probablement trop tôt pour savoir quel sera le contrôle effectué par le Conseil constitutionnel. Pour l'heure, il a simplement jugé qu'une étude d'impact pour être « commune à plusieurs projets de loi ayant un objet analogue »²⁴¹⁰. L'exemple environnemental montre que le contrôle de la forme importe cependant assez peu. En revanche, le contrôle au fond de l'étude d'impact s'avère très important. A cet égard, on a pu arguer de la difficulté de ce contrôle pour le juge constitutionnel. Ainsi, « l'étude d'impact constitue un document technique et prospectif dont le contrôle s'avère délicat dès lors que l'autorité chargée de l'assurer ne

²⁴⁰³ Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1283.

²⁴⁰⁴ Arnaud HAQUET, « Les études d'impact des projets de loi... », *op. cit.*, p. 1993 ; Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1387.

²⁴⁰⁵ V. CC, 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC, *Michel Z.* ; AJDA, 2011, p. 1158, note Karine FOUCHER ; CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, *France Nature Environnement* ; AJDA, 2012, p. 260, ét. Bénédicte DELAUNAY.

²⁴⁰⁶ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 311.

²⁴⁰⁷ CC, 11 février 2010, n° 2010-603 DC ; RFDC, 2010, p. 565, chron. Laurent DOMINGO et Sophie HUTIER.

²⁴⁰⁸ V. Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1396.

²⁴⁰⁹ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 314.

²⁴¹⁰ CC, 11 février 2010, n° 2010-603 DC, § 5 ; RFDC, 2010, p. 565, chron. Laurent DOMINGO et Sophie HUTIER.

dispose pas des capacités d'expertise suffisantes »²⁴¹¹. Cet argument est cependant assez faible. En effet, en matière d'environnement, alors que le contrôle pouvait s'avérer encore plus technique, le juge administratif a accepté d'effectuer un contrôle au fond. Pour contourner les difficultés de la technicité des études, il a principalement orienté son contrôle sur la méthodologie suivie par l'auteur de l'étude et sur le sérieux de l'étude. A titre d'illustration, il a pu être jugé que l'absence d'analyse des méthodes utilisées pour apprécier les effets du projet sur l'environnement entache la procédure d'irrégularité²⁴¹². Il en va de même lorsque l'étude utilise des données trop anciennes²⁴¹³. Dans certains cas, le juge exige de l'auteur de l'étude qu'il effectue des mesures *in situ*. On ne saurait ainsi se contenter d'un simple recensement bibliographique de l'état de l'environnement²⁴¹⁴. L'étude doit aussi comporter une analyse suffisante des effets du projet sur l'environnement, en relation avec l'importance du projet²⁴¹⁵. Enfin, l'étude doit justifier le parti retenu ainsi que les raisons du rejet des autres solutions envisagées²⁴¹⁶. Ces exemples montrent qu'il est parfaitement possible d'exercer un contrôle de l'étude d'impact. Il appartiendra ainsi au Conseil constitutionnel de déterminer si l'étude d'impact doit ou non demeurer une simple formalité en marge de la procédure législative ou si elle peut devenir un véritable outil d'évaluation au service de la délibération politique. Certains exemples récents montrent l'importance du contrôle du juge en la matière. Par exemple, la loi sur la majoration des droits à construire avait fait l'objet de critiques importantes sur le plan juridique. Ainsi, Yves Jegouzo a mis en évidence l'incompatibilité de certaines dispositions de cette loi aussi bien avec le droit de l'Union européenne qu'avec des dispositions constitutionnelles²⁴¹⁷, notamment en termes d'évaluation environnementale des documents d'urbanisme et de participation du public. L'étude d'impact de ce projet de loi réglait cette question en trois lignes, sans que le droit de l'Union européenne ou la Charte de l'environnement ne soient abordés.

B. L'évaluation *a priori* des actes réglementaires

L'évaluation *a priori* des actes réglementaires adoptés par l'administration centrale est particulièrement faible en France (1) alors qu'aux Etats-Unis, elle est apparue à la fin des années soixante par le truchement du droit de l'environnement (2).

²⁴¹¹ Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1371.

²⁴¹² CE, 28 juin 1999, *Commune de Saint Martin Bellevue et a.*, n° 186921.

²⁴¹³ CE, 28 juillet 1993, *Société Franceterre*, n° 93356 ; RDI, 1994, p. 37, chron. Yves GAUDEMET, Henri SAVOIE et Laurent TOUVET.

²⁴¹⁴ CE, 9 décembre 1988, *Entr. de Dragage et de travaux publics*, RJE, 1989, p. 187.

²⁴¹⁵ CE, 7 mars 1986, *COGEMA*, RJE, 1986, p. 281.

²⁴¹⁶ CE, 3 octobre 1990, *M. Hello et a.*, rec., p. 819.

²⁴¹⁷ V. Yves JEGOUZO, « De l'urbanisme de projet à l'urbanisme sommaire », AJDA, 2012, p. 626.

1) *La faiblesse de l'évaluation a priori des actes réglementaires en France*

585. L'évaluation *a priori* des projets de décret a été imposée par voie de circulaire dans les années quatre-vingt-dix avant d'être suspendue en 1998²⁴¹⁸. Aucune disposition constitutionnelle ou législative n'a jamais imposé en France de telles évaluations, notamment par des études d'impact. Un dispositif d'évaluation *a priori* de mesures réglementaires a cependant récemment été réintroduit. Ainsi, la commission consultative d'évaluation des normes, adossée au Comité des finances locales²⁴¹⁹, est consultée préalablement à l'adoption de mesures réglementaires qui concernent les collectivités territoriales et elle examine leur impact financier. Dans ce cadre, une circulaire du 17 février 2011 a établi un dispositif proche de l'étude d'impact²⁴²⁰. Les ministères doivent en principe effectuer des évaluations préalables des projets de décret. La circulaire du 17 février 2011 prévoit dans son annexe II une « *fiche d'impact sur les collectivités territoriales* ». Un « *commissaire à la simplification* », rattaché au secrétariat général du gouvernement, apprécie la suffisance de cette évaluation préalable. Cette fiche d'impact comporte une analyse des effets du projet de texte. Cependant, seule une évaluation financière du texte est prévue²⁴²¹. Les effets économiques, sociaux et environnementaux du projet de décret ne sont absolument pas évalués. Pourtant, une mesure peut être très coûteuse, tout en étant très bénéfique sur ces trois plans. A l'inverse, une mesure peu coûteuse peut comporter des effets négatifs sur l'économie, le social ou l'environnement. Ce type d'évaluation *a priori* se révèle donc très insuffisant. Cette commission consultative est un objet original qui n'a absolument pas vocation à effectuer une réelle évaluation *a priori* des actes réglementaires. Son but est essentiellement de réduire les dépenses des collectivités induites par les actes réglementaires²⁴²².

586. En revanche, à défaut d'un dispositif généraliste, il peut être défendu que la lecture combinée des articles 3 et 7 de la Charte de l'environnement impose la réalisation d'une étude d'impact pour les actes réglementaires ayant un effet significatif sur l'environnement²⁴²³, au minimum pour évaluer les effets du projet de texte sur celui-ci. Ces dispositions

²⁴¹⁸ V. Fabrice MELLERAY, « Qualité de la norme réglementaire et procédure administrative non contentieuse », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010, p. 166 à 169.

²⁴¹⁹ Article 97 de la loi de finances rectificative pour 2007 ; L. 1211-4-2 et R. 1213-1 CGCT ; décret 2008-994 du 22 septembre 2008.

²⁴²⁰ Circulaire du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales, JORF, 18 février 2011, p. 3025.

²⁴²¹ V. par exemple au sujet du Grenelle de l'environnement, Philippe BILLET, « Le Grenelle à tous prix », JCP A, 2012, n° 2072).

²⁴²² La question de l'allègement des normes pesant sur les collectivités territoriales revient régulièrement dans le débat public, récemment dans le cadre du projet de réforme de la décentralisation (v. Yves JEGOUZO, « Décentralisation : la pièce continue », AJDA, 2012, p. 1921).

²⁴²³ Même s'il ne fait pas référence à la Charte de l'environnement, cela a été proposé par Bertrand Pancher. V. Bertrand PANCHER, *La concertation au service de la démocratie environnementale – Pour une définition d'un cadre général de la gouvernance environnementale*, Rapport au Président de la République Française, Octobre 2011, p. 58.

constitutionnelles imposent la prévention des atteintes à l'environnement et l'information du public. Or, il s'agit des deux principales fonctions de l'étude d'impact environnementale. Une étude d'impact réglementaire dans ce domaine permettrait ainsi de concrétiser ces dispositions constitutionnelles en la matière. Le champ d'application de cette nouvelle étude d'impact pourrait ainsi être aligné sur celui de l'article L. 120-1 du code de l'environnement qui impose la participation du public aux actes réglementaires. Ce dispositif pourrait ensuite être étendu à d'autres domaines du droit, comme cela a été le cas aux Etats-Unis.

2) L'étude d'impact des actes réglementaires aux Etats-Unis

587. Aux Etats-Unis, l'évaluation *a priori* des projets d'actes réglementaires trouve son origine à la fin des années soixante, dans le droit de l'environnement. Conformément au *National Environmental Policy Act* de 1969²⁴²⁴, les agences fédérales autres que l'*Environmental Protection Agency* doivent effectuer des études d'impact sur la plupart de leurs projets, y compris leurs projets de règlement. Le but est essentiellement l'information des décideurs. Il ne s'agit que d'une exigence procédurale. Le juge ne contrôle pas le fond de la décision par rapport au contenu de l'étude d'impact²⁴²⁵.

588. La *Regulatory Impact Analysis*²⁴²⁶ a ensuite été étendue à d'autres domaines sous l'impulsion du président Reagan en 1982. Le dispositif a ensuite été modifié, voire renforcé, par les autres présidents américains²⁴²⁷. L'étude d'impact va désormais au-delà des aspects environnementaux. Elle évalue l'impact du règlement sur un ensemble d'autres intérêts, notamment la productivité, la croissance économique, l'emploi ou la compétitivité internationale des Etats-Unis. Elle doit aussi identifier les solutions alternatives à l'adoption d'un nouveau règlement. Dans ce cadre, l'utilisation de l'analyse coût-bénéfice a été très controversée, notamment parce qu'elle sous-estime tout ce à quoi il est difficile de donner un prix²⁴²⁸. Cependant, la violation de cette obligation procédurale n'est pas un motif d'annulation de l'acte. En revanche, l'étude faisant partie du dossier soumis à la procédure de *Notice and Comment*, le juge pourra tirer parti de l'étude d'impact dans le cadre de son appréciation du caractère « *arbitrary and capricious* » du règlement finalement adopté sur son fondement²⁴²⁹. Même si elle n'est pas effectuée par un tiers indépendant, l'étude d'impact des

²⁴²⁴ NEPA, USC, chap. 42, §§ 4321-4370f.

²⁴²⁵ *Robertson v. Methow Valley Citizens Council*, 490 U.S. 332 (1989) ; *Winter v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 129 S. Ct. 365, 376 (2008).

²⁴²⁶ V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *Administrative Law...*, *op. cit.*, p. 406 à 414. Le président Obama a récemment remis en vigueur l'*executive order* édicté par le président Clinton, lequel avait été abrogé par George Bush junior. Le texte désormais applicable est l'*executive order* édicté par Clinton en 1993 (12,866, 58 Fed. Reg. 51735).

²⁴²⁷ V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *Administrative Law...*, *op. cit.*, p. 409.

²⁴²⁸ V. *infra*, § 779.

²⁴²⁹ V. Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *Administrative Law...*, *op. cit.*, p. 413.

actes réglementaires aux Etats-Unis fait partie intégrante du processus de décision et est indirectement contrôlée par le juge, ce qui n'est absolument pas le cas en France.

589. La mise en évidence des résultats escomptés de la norme s'est imposée tardivement en France et souffre encore d'importantes lacunes, notamment au niveau des actes réglementaires. Celle des résultats constatés de la norme témoigne également de nombreuses limites, ce qui réduit d'autant le rôle de l'évaluation normative à l'égard de la légitimation de la norme.

II. La mise en évidence des résultats constatés de la norme : l'évaluation *a posteriori*²⁴³⁰

L'article 24 de la Constitution, qui définit les fonctions du Parlement, a été enrichi de l'évaluation des politiques publiques par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Si l'évaluation législative préexistait à cette réforme²⁴³¹, les moyens d'évaluation ont été renforcés. Le dispositif général d'évaluation apparaît cependant comme étant particulièrement éclaté (**A**) et l'évaluation normative rencontre des difficultés importantes (**B**).

A. Un dispositif éclaté

En dehors des moyens de « contrôle » tels que les questions parlementaires²⁴³² et les commissions parlementaires²⁴³³ qui contribuent aussi à l'évaluation normative, les mécanismes dédiés à l'évaluation sont particulièrement nombreux²⁴³⁴. Il n'existe pas de dispositif unique et centralisé d'évaluation législative et réglementaire.

590. En premier lieu, à partir des années quatre-vingt, plusieurs offices parlementaires ont été créés et sont intervenus dans l'évaluation législative²⁴³⁵. Au-delà de l'office parlementaire

²⁴³⁰ L'évaluation *a posteriori* ne s'effectue évidemment pas au stade de l'élaboration de la norme. Pour autant, son étude dans le cadre d'un chapitre consacré à l'élaboration de la norme est justifiée par le fait que ce type d'évaluation peut déboucher sur l'élaboration de nouvelles normes.

²⁴³¹ V. Jean-Pierre DUPRAT, « Le Parlement évaluateur », RIDC, 1998, p. 552 et s..

²⁴³² Sur les questions orales et écrites au gouvernement, v. Jean-Pierre CAMBY et Pierre SERVENT, *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2011, p. 127 et s..

²⁴³³ Sur les commissions d'enquête et les missions parlementaires, v. *ibidem*, p. 131 et s..

²⁴³⁴ Au-delà, les expérimentations législatives, prévues aux articles 37-1 et 72 de la Constitution, impliquent en principe une évaluation avant d'envisager la généralisation du dispositif. Ainsi, « dans plusieurs cas, elles ont montré leur utilité, que ce soit pour tester un dispositif sur un petit échantillon afin de l'éprouver ou de l'améliorer avant de le généraliser ou pour, plus simplement, progressivement acclimater les esprits à la réforme en cause » (Jacques-Henri STAHL, « L'expérimentation en droit français : une curiosité en mal d'acclimatation », RJEP, 2010, ét. 11, § 68).

²⁴³⁵ V. Jean-Pierre DUPRAT, « Le Parlement évaluateur », *op. cit.*, p. 554 et s..

d'évaluation des choix scientifiques et technologiques créé en 1983, l'office parlementaire d'évaluation des politiques publiques a été créé en 1996 avant d'être supprimé en 2001. Aussi, l'office parlementaire d'évaluation de la législation, créé en 1996, a été, avant d'être supprimé en 2009, chargé du suivi de l'application des lois, notamment des décrets d'application. Dès la fin des années quatre-vingt-dix, ces deux derniers offices avaient été « mis en sommeil »²⁴³⁶, ce qui conduisit au constat de l'« échec de l'évaluation législative par des offices spécialisés au sein du Parlement français »²⁴³⁷, notamment en raison de la concurrence dont ils souffraient vis-à-vis des commissions permanentes et de la primauté de l'approche financière sur l'approche qualitative de l'évaluation.

591. En deuxième lieu, l'évaluation législative peut être effectuée par le biais de rapports. Ainsi, l'article 67 de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit a fait obligation au gouvernement de publier des rapports sur la mise en application de chaque loi six mois après son entrée en vigueur. Pour autant, cette obligation semble peu respectée²⁴³⁸. A la même période, six mois après l'entrée en vigueur d'une loi, l'article 145-7 du règlement de l'assemblée nationale confie à deux députés la mission de présenter un rapport sur l'application de la loi. Cependant, là aussi, cette disposition est appliquée avec une « certaine souplesse »²⁴³⁹ au sein de l'assemblée nationale. Elle ne couvre pas la totalité des lois et le délai de six mois est souvent dépassé. Enfin, l'article 145 du règlement de l'assemblée nationale permet de confier à un parlementaire une mission d'information temporaire qui peut porter sur l'application d'une loi.

592. En troisième lieu, le Sénat opère un suivi de l'application des lois depuis 1971 par le biais d'un rapport annuel effectué par chaque commission permanente et par un rapport annuel global. Précurseur dans cette matière, le Sénat a décidé, le 16 novembre 2011, d'institutionnaliser son contrôle en créant la « *commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois* ». Sans préjuger des évolutions que pourra apporter cette nouvelle commission, le contenu des rapports du Sénat effectué jusqu'à présent reste décevant. Ces rapports consistent, de façon quasiment intégrale, à présenter des statistiques sur l'adoption des décrets d'application des lois votées par le Parlement²⁴⁴⁰. L'absence d'évaluation qualitative est criante, montrant l'absence de moyens et d'expertise à la disposition du Sénat. Il semble néanmoins que ce dernier ait pris conscience de ce problème lorsqu'est affirmé que « *l'application des lois ne doit pas seulement se mesurer à l'aune du respect des échéanciers de publication des décrets d'application, elle doit au surplus s'évaluer au regard de la*

²⁴³⁶ Bénédicte DELAUNAY, « Décision publique évaluée et performance », *op. cit.*, p. 122.

²⁴³⁷ Jean-Pierre DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 40.

²⁴³⁸ V. David ASSOULINE, *Rapport annuel sur l'application des lois au 31 décembre 2011, Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois*, Sénat, n° 323, 2012, p. 37.

²⁴³⁹ Perrine PREUVOT, « L'amélioration de l'application des lois... », *op. cit.*, p. 63.

²⁴⁴⁰ V. David ASSOULINE, *Rapport annuel...*, *op. cit.*, 2012.

manière dont les lois modifient le fonctionnement de l'administration, l'organisation de la société et, surtout, la vie des citoyens »²⁴⁴¹.

593. En quatrième lieu, l'assemblée nationale, prenant au sérieux sa nouvelle mission constitutionnelle d'évaluation des politiques publiques, a créé en 2009 le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques²⁴⁴². Il a pour mission de réaliser des travaux d'évaluation des politiques publiques, ce qui peut évidemment englober des réflexions relevant de l'évaluation normative. Il peut notamment donner un avis sur les études d'impact législatives et évaluer préalablement un amendement. Le Conseil constitutionnel a cependant limité sa fonction à l'information du Parlement en vue de l'exercice de ses missions de contrôle et d'évaluation²⁴⁴³. Le Comité laisse une place importante à l'opposition, ce qui permet une « *pratique parlementaire nouvelle fondée sur le consensus* »²⁴⁴⁴ qui peut permettre d'améliorer, si ce n'est l'objectivité, du moins l'équilibre des évaluations. Son organisation dépasse les frontières des commissions parlementaires et ses rapports peuvent ainsi exprimer des positions communes de la majorité et de l'opposition. En outre, il dispose de pouvoirs équivalents à ceux des commissions d'enquête et peut faire appel à la Cour des comptes ou encore à des experts extérieurs. Ses travaux débouchent sur des rapports, lesquels font eux-mêmes l'objet de rapports de suivi des recommandations effectuées²⁴⁴⁵. Au terme de l'article 146-3 du règlement de l'Assemblée nationale, les recommandations du Comité sont transmises au gouvernement, lequel s'attache en principe à y répondre²⁴⁴⁶. Cela donne aussi lieu à des discussions en séance publique, avec le gouvernement²⁴⁴⁷, sans pour autant que le processus ne soit conclu par un vote. Outre celui-ci, deux autres points positifs sont à noter. D'une part, les rapports du Comité sont beaucoup plus qualitatifs que les rapports effectués par le Sénat, comme les travaux sur le principe de précaution en attestent²⁴⁴⁸. D'autre part, une suite est donnée aux évaluations effectuées par le Comité à travers, même si cela reste modeste, des propositions d'amendements et de résolution²⁴⁴⁹. Pour autant, sur un plan plus général, l'évaluation *a posteriori* souffre, au-delà de son éclatement sur le plan institutionnel, d'importantes limites.

²⁴⁴¹ David ASSOULINE, *ibidem*, p. 8.

²⁴⁴² Articles 146-2 et s. du règlement de l'assemblée nationale. V. Bernard ACCOYER, *Rapport d'information au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur le bilan d'activité du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de 2009 à 2012*, 30 mars 2012, Assemblée nationale, n° 4485 ; Pierre AVRIL, « Le contrôle – Exemple du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

²⁴⁴³ CC, 25 juin 2009, n° 2009-581 DC ; JCP G, 2010, p. 1531, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Arianna MACAYA.

²⁴⁴⁴ Bernard ACCOYER, *Rapport d'information...*, *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁴⁵ V. Bernard ACCOYER, *ibidem*, p. 23.

²⁴⁴⁶ V. Bernard ACCOYER, *ibidem*, p. 23.

²⁴⁴⁷ Articles 47 de la Constitution et 146-7 du règlement de l'assemblée nationale. « *Après l'exposé des rapporteurs et l'intervention des ministres, les députés posent des questions, les ministres y répondent et les même députés peuvent répliquer aux réponses, de sorte qu'un échange est possible* » (Bernard ACCOYER, *ibidem*, p. 24).

²⁴⁴⁸ V. Alain GEST et Philippe TOURTELIER, *Principe de précaution : un acquis à améliorer*, Rapport d'information n° 2719, 8 juillet 2010 ; Rapport de suivi n° 3970, 17 novembre 2011 ; Résolution sur le principe de précaution n° 837, *op. cit.*.

²⁴⁴⁹ V. Bernard ACCOYER, *ibidem*, p. 26.

B. Les limites de l'évaluation *a posteriori*

594. La première limite de l'évaluation *a posteriori* concerne son insertion dans un processus itératif entre l'adoption, l'évaluation et la révision des normes existantes. L'évaluation, elle-même, doit pouvoir produire un effet sur les décisions à venir. Elle devrait pouvoir conduire à une modification de la règle de droit, voire à sa suppression, ou au contraire à l'adoption de nouvelles règles visant à renforcer les premières. Ainsi, « l'évaluation des effets d'une loi vise à assurer sa transformation, pour l'adapter à la réalisation des objectifs »²⁴⁵⁰. Sur la base de la pratique du droit, elle-même objet d'évaluation, la règle de droit doit pouvoir être adaptée. C'est ainsi que Paul Amselek considère la pratique du droit comme l'une de ses sources matérielles²⁴⁵¹. En outre, tirer les leçons de l'évaluation est d'autant plus important que, sauf exceptions, « il est constant que le droit public français rejette la désuétude comme mode d'extinction des actes puisque la non-application d'une décision n'empêche pas son maintien en vigueur »²⁴⁵². Cette solution est toutefois logique. Seule la délibération politique doit pouvoir décider, sur la base d'une évaluation, du maintien ou non en vigueur d'une norme. Bien que les lois nouvelles tiennent de plus en plus compte des résultats du contrôle parlementaire et de l'évaluation effectuée par le Parlement²⁴⁵³, on constate le « faible impact des évaluations sur les décisions publiques »²⁴⁵⁴. Il n'en va pas de même dans d'autres Etats tels que l'Allemagne. En effet, la Cour constitutionnelle allemande « impose au législateur de faire en sorte de réunir et d'exploiter systématiquement les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par la loi et de corriger celle-ci en fonction de cette évaluation, lorsqu'elle a des hésitations sur les effets d'une loi sur la jouissance des droits fondamentaux »²⁴⁵⁵.

595. De plus, outre l'évidente absence d'indépendance des institutions en charge de l'évaluation *a posteriori* en France, cette dernière a globalement tendance à être focalisée sur les aspects quantitatifs, passant souvent sous silence, faute parfois de véritables moyens pour cela, les aspects qualitatifs de l'application des normes. L'évaluation est aussi trop souvent tournée vers la dimension financière et économique de l'application des normes, négligeant les aspects sociaux ou environnementaux, probablement plus difficiles à appréhender, car moins sujets à une appropriation mathématique. De plus, « plus on va vers des objectifs globaux touchant à la finalité même des politiques publiques dont la formulation reste

²⁴⁵⁰ Charles-Albert MORAND, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in Charles-Albert MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 39.

²⁴⁵¹ V. Paul AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », RDP, 1983, p. 1472.

²⁴⁵² Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, thèse, droit, LGDJ, 2010, p. 516.

²⁴⁵³ Jean-Pierre CAMBY et Pierre SERVENT, *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2011, p. 121.

²⁴⁵⁴ Bénédicte DELAUNAY, « Décision publique évaluée et performance », *op. cit.*, p. 128.

²⁴⁵⁵ Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment... », *op. cit.*, p. 90.

souvent imprécise, plus la distance est grande avec les indicateurs »²⁴⁵⁶. En outre, il s'avère difficile de « *mesurer l'atteinte d'objectifs imprécis ou contradictoires* »²⁴⁵⁷. Par exemple, nous avons déjà mentionné le caractère antagoniste des objectifs du droit de l'urbanisme tels qu'ils figurent aux articles L. 110 et L. 121-1 du code de l'urbanisme. A cela vient s'ajouter un « *téléscopage de séries causales indépendantes* »²⁴⁵⁸ et des effets pervers ou inattendus d'une norme. Dans ce contexte, il apparaît donc bien difficile de procéder à une évaluation satisfaisante des effets d'une norme. Cette forme de légitimation a aussi pu être jugée réductrice, « *car elle revient à justifier l'action par la seule performance* »²⁴⁵⁹. L'élargissement de l'assise démocratique de la norme s'avère dès lors d'autant plus nécessaire dans la mesure où la mise en évidence des résultats de la norme ne semble que difficilement parvenir à assurer la légitimité de la norme.

²⁴⁵⁶ Patrice DURAN, « L'(im)puissance publique, les pannes de la coordination », in AFDA, *La puissance publique*, Lexisnexis, 2012, p. 14.

²⁴⁵⁷ Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment... », *op. cit.*, p. 84.

²⁴⁵⁸ Patrice DURAN, « L'(im)puissance publique... », in *op. cit.*, p. 12.

²⁴⁵⁹ Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment... », *op. cit.*, p. 84.

CONCLUSION

596. En définitive, les qualités de la norme, comme sa légitimité, constituent des conditions de l'effectivité de la norme qui sont prédéterminées au stade de son élaboration, avant même son entrée en vigueur. Néanmoins, aucun de ces éléments ne peut constituer une condition absolue de l'effectivité.

597. En premier lieu, aucune des « qualités » de la norme n'est absolue. Tout d'abord, sur le plan de sa qualité organique de la norme, alors que l'inflation normative est un facteur d'ineffectivité de la norme, la procédure législative, faiblement délibérative, ne permet ni de ralentir cette inflation, ni de véritablement « penser » la norme et son adéquation à la complexité. Ensuite, sur le plan de la qualité matérielle de la norme, la normativité n'apparaît pas comme une garantie absolue de l'effectivité de la norme. Le juge peut d'ailleurs donner effet à des normes *a priori* dépourvues de portée normative. Ces normes ont aussi plus largement une effectivité « symbolique ». Les impératifs de clarté et de précision de la norme, tout comme son impérativité, ne sont pas non plus des garanties d'effectivité, même s'ils peuvent y contribuer. Une norme permissive et/ou imprécise peut aussi, dans la plupart des cas, produire des effets. Enfin, sur le plan de la qualité formelle de la norme, la sécurité juridique, son intelligibilité et son accessibilité sont indéniablement des conditions d'effectivité mais là encore, il convient de relativiser leur portée dans la mesure où la sécurité juridique est un concept peu opérationnel, qui peut aussi impliquer un recul du principe de légalité. En outre, une action positive des autorités publiques est nécessaire à la réalisation de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la norme. Par conséquent, si les qualités de la norme sont autant de conditions de son effectivité, elles apparaissent à bien des égards comme relatives.

598. En second lieu, les deux facteurs de légitimité de la norme sont eux aussi affectés par certaines limites. La légitimité par la démocratie est globalement sous-utilisée alors que la légitimité par la mise en évidence des résultats est largement promue, sans être pourvue des conditions de sincérité nécessaires. Il conviendrait donc d'une part d'approfondir l'élargissement de l'assise démocratique de la norme. Les mécanismes de participation peuvent être utilisés à cet effet, dans l'objectif d'appuyer les mécanismes traditionnels de représentation. Pour autant, ils ne sauraient convaincre de la légitimité de la norme sans une prise en considération des résultats de la participation dans la décision finale, principalement par le biais d'une motivation exigeante de la décision. La Charte de déontologie signée par les ministres du Gouvernement Ayrault au printemps 2012 va d'ailleurs dans ce sens lorsqu'elle requiert « *un développement de la consultation du public en utilisant les possibilités offertes par l'internet* ». Ainsi, « *les projets de texte remis au Président de la République et au Premier ministre font apparaître les consultations menées, leur résultat et la façon dont elles*

ont conduit à amender le projet »²⁴⁶⁰. D'autre part, la légitimation de la norme par la mise en avant des résultats implique le renforcement des impératifs méthodologiques applicables aux procédures d'évaluation normative afin de renforcer leur crédibilité. Il convient aussi de mieux articuler ces procédures avec les processus de décision, tout en prenant conscience de leurs limites méthodologiques intrinsèques. Focalisées sur l'évaluation économique-financière des effets de la norme, elles ont tendance à sous-estimer certains aspects qualitatifs tels que les effets sociaux et environnementaux des normes. Par conséquent, la contribution de la légitimité de la norme à son effectivité semble encore pouvoir bénéficier d'importantes marges de progression.

599. *In fine*, la relativité de ces conditions de l'effectivité implique aussi qu'elles sont susceptibles d'influencer le « degré » d'effectivité. Par exemple, la plus ou moins bonne connaissance d'une norme conduit à une plus ou moins bonne appropriation de la norme par ses destinataires qui pourra à son tour se refléter en terme de degrés d'effectivité. Il en va de même en ce qui concerne la légitimité de la norme. Une légitimité importante suscite en principe une plus grande adhésion à la norme, laquelle est susceptible de lui donner davantage d'effets. Cela est particulièrement vrai pour les normes permissives. Par exemple, lorsqu'une loi, comme la loi « Grenelle II », n'impose pas mais donne simplement la possibilité aux communes de retenir, dans leurs plans d'urbanisme, des règles plus ambitieuses en matière d'environnement, un conseil municipal qui considère la finalité de cette loi comme légitime aura davantage tendance à retenir la possibilité qui lui est offerte. Ainsi, il confère à cette norme permissive un champ d'application plus large et accroît donc ses effets. Le niveau de légitimité de la norme peut ainsi, dans une certaine mesure, être corrélé avec son degré d'effectivité.

²⁴⁶⁰ *Charte de déontologie des membres du gouvernement*, Gouvernement du Premier Ministre Jean-Marc Ayrault, Paris, 17 mai 2012.

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA NORME

600. La conception de la norme ne se limite pas à son élaboration. Dans l'intérêt de la concrétisation des effets de la norme, il importe de « penser », de façon concomitante, sa « mise en œuvre ».

601. La mise en œuvre est définie en science politique comme « *toutes les étapes postparlementaires d'une politique publique prise en charge par l'administration* »²⁴⁶¹. Mais envisager la mise en œuvre dans un contexte strictement juridique implique d'ajuster cette définition²⁴⁶². Il faut ainsi restreindre la définition à ses seuls aspects juridiques. Ainsi, en droit, la mise en œuvre représente « *tout ce qui contribue à la concrétisation de la règle de droit* »²⁴⁶³. Dans le contexte du droit public interne²⁴⁶⁴, la mise en œuvre renvoie principalement aux moyens juridiques par lesquels les normes constitutionnelles, législatives et réglementaires sont concrétisées.

602. « *La mise en œuvre des lois est aussi décisive pour leur réussite que leur confection même* »²⁴⁶⁵. Cette observation est valable pour l'ensemble des normes. Mais, au-delà de la norme elle-même, concevoir sa mise en œuvre implique d'anticiper « *les obstacles de l'effectivité en aval* »²⁴⁶⁶ de son entrée en vigueur. C'est ainsi le contexte juridique de la norme qui est en cause. Il s'agit alors de s'interroger sur les éléments de ce contexte qui concourent à l'effectivité de la norme, étant entendu que pour être cohérents, ces éléments doivent être conçus le plus en amont possible, y compris avant même l'entrée en vigueur de la norme supérieure²⁴⁶⁷.

603. La concrétisation des effets de la norme implique en premier lieu l'adoption de ses normes d'application et le choix des instruments de sa mise en œuvre (**Section I**). Même si une norme peut, dans certaines conditions, être appliquée directement, sa mise en œuvre est facilitée par l'explicitation de ses conditions d'application. C'est la fonction des normes prises pour l'application de normes supérieures. En outre, les instruments à la disposition de la puissance publique se sont diversifiés de sorte que la mise en œuvre de chaque norme est

²⁴⁶¹ Patrick HASSENTEUFEL, *Sociologie politique : l'action publique*, Armand Colin, 2008, p. 85 ; v. aussi Pierre LASCOUMES et Jean-Pierre LE BOURHIS, « Des "passe-droits" aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et Société*, n 32, 1996, p. 51.

²⁴⁶² La science politique ne peut cependant pas ignorer le rôle du droit. Ainsi, « *une réflexion sur la capacité de pilotage de l'Etat ne peut ignorer délibérément les dimensions juridiques et institutionnelles, même si l'action publique n'est pas seulement structurée par le droit* » (Patrice DURAN, « L'(im)puissance publique, les pannes de la coordination », in AFDA, *La puissance publique*, Lexisnexis, 2012, p. 5).

²⁴⁶³ Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse, droit, Bordeaux, 1993, p. 73.

²⁴⁶⁴ La mise en œuvre des normes internationales et européennes renvoie essentiellement à l'obligation qui pèse sur les Etats de les respecter, voire de les transposer. V. *supra*, § 88 et s..

²⁴⁶⁵ Charles-Albert MORAND, « Préface », in Charles-Albert MORAND (dir.), *op. cit.*.

²⁴⁶⁶ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 19.

²⁴⁶⁷ Il est en effet plus pertinent de concevoir les normes d'application et les instruments de mise en œuvre d'une norme supérieure le plus tôt possible afin de s'assurer de la cohérence de l'ensemble. Il en va de même pour la confiance des destinataires de la norme. Celle-ci ne peut être acquise au simplement au lendemain de la publication de la norme au journal officiel.

susceptible de donner lieu à un choix des instruments les mieux adaptés à la poursuite de l'objectif de la norme. Ce choix, comme l'adoption des normes d'application, constituent deux conditions de l'effectivité de la norme.

604. En second lieu et plus largement encore, la concrétisation des effets de la norme implique la confiance de ses destinataires (**Section II**). Franck Moderne explique ainsi qu'« *il n'y a pas de règle juridique qui puisse prétendre à l'efficacité si elle ne recueille pas une confiance légitime de ses destinataires* »²⁴⁶⁸. En effet, la confiance des destinataires de la norme est un vecteur de leur adhésion à celle-ci. Partant, l'effectivité, comme son efficacité, « *dépend aussi, et très étroitement, du consentement de ses destinataires, de son acceptation par ces derniers* »²⁴⁶⁹. Dans ce contexte, l'adhésion permet d'éviter la résistance des destinataires de la norme. S'assurer de la confiance et de l'adhésion des destinataires vise à prévenir l'ineffectivité et elles constituent à ce titre des conditions de l'effectivité de la norme. Il convient donc d'identifier, dans l'environnement normatif, les conditions de la confiance. En effet, selon Jean Rivero, « *les formes essentielles de la prévention sont celles qui s'attaquent aux racines même des comportements illégaux en créant un milieu humain qui facilite l'adhésion spontanée des hommes à la règle* »²⁴⁷⁰.

²⁴⁶⁸ Franck MODERNE, « Sur une approche diversifiée des principes généraux du droit communautaire : la réception du principe de confiance légitime en droit administratif français et espagnol », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, Orléans, 2006 p. 386.

²⁴⁶⁹ Frédéric ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes... », *op. cit.*, p. 24.

²⁴⁷⁰ Jean RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *op. cit.*, p. 677.

Section I : Les mesures d'application de la norme

La mise en œuvre de la norme implique d'une part l'adoption des dispositions inférieures nécessaires à son application (§1). D'autre part, la pertinence de la mise en œuvre, et ainsi la réalisation des effets de la norme, est conditionnée par le choix des instruments utilisés (§2).

§1 – L'adoption des normes d'application

Pour Kelsen, « *l'application d'une norme juridique consiste soit à créer une autre norme, soit à exécuter l'acte de contrainte prévu par une norme* »²⁴⁷¹. La première branche de cette alternative implique l'adoption des normes visant à l'application de normes supérieures correspond à ce que la doctrine anglo-saxonne dénomme l'« *implementation* ». Ainsi, « *relève de l'implémentation toute mesure utile à la mise en œuvre de la règle juridique* »²⁴⁷². Si l'on s'en tient à l'ordre juridique interne, la situation est contrastée selon que l'on s'intéresse à la mise en œuvre de la Constitution (I) ou des lois et règlements (II). La mise en œuvre des lois et règlements constitue la mission classique du pouvoir exécutif et le droit administratif en a fait depuis longtemps une obligation juridique. En revanche, alors que celle-ci peut sembler aller de soi, la mise en œuvre de la Constitution ne fait pas l'objet d'une obligation juridique explicite.

I. L'absence d'obligation explicite de mettre en œuvre la Constitution

Le droit constitutionnel français ne consacre pas clairement l'obligation de mettre en œuvre la Constitution à travers des normes d'application (A). Si l'adoption des lois organiques permet de préciser le fonctionnement des institutions, les droits fondamentaux constitutionnels demeurent parfois dépourvus de mesures d'application. Contrairement à d'autres Etats, en France, aucun recours ne permet la mobilisation satisfaisante de l'obligation de mettre en œuvre la Constitution (B).

²⁴⁷¹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 259.

²⁴⁷² Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, op. cit., p. 99. Sur l'implémentation, v. Erhard BLANKENBURG, « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d' "implementation") », *Droit et Société*, n° 2, 1986, p. 74 et s..

A. Une obligation implicite

L'obligation de mettre en œuvre la Constitution n'est pas explicite dans la Constitution française. Elle ne peut qu'être déduite implicitement, ce qui la rend particulièrement diffuse (1). La jurisprudence constitutionnelle, même si elle implique parfois une telle obligation, n'offre pas de substitut satisfaisant (2).

1) Une obligation diffuse

605. Aucune disposition constitutionnelle ne consacre explicitement une obligation générale pesant sur les pouvoirs publics de « mettre en œuvre » la Constitution. Si la Constitution organise la répartition des compétences entre la loi et le règlement, elle ne leur assigne en rien une obligation de mettre en œuvre la Constitution, c'est-à-dire une obligation d'adopter, le cas échéant, les normes qui seraient nécessaires à l'application des normes constitutionnelles. Certes, la Constitution prévoit parfois l'intervention d'une loi organique pour organiser l'application de telle ou telle disposition constitutionnelle²⁴⁷³, mais cela ne concerne que des dispositions précises de la Constitution, essentiellement lorsque le fonctionnement des pouvoirs publics est en jeu, et le retard du législateur organique n'est pas sanctionné²⁴⁷⁴. En dehors de l'hypothèse où une loi organique est prévue, il n'y a pas d'obligation explicite de mettre en œuvre la Constitution. Cela est notamment vrai en ce qui concerne la mise en œuvre des droits fondamentaux garantis par la Constitution.

606. Est-ce à dire qu'une telle obligation est inexistante en droit constitutionnel français ? Nous le verrons, la jurisprudence constitutionnelle ne la reconnaît pas davantage que les normes constitutionnelles elles-mêmes. Pour autant, une telle obligation semble pouvoir être déduite de la Constitution. En effet, l'obligation de mettre en œuvre la Constitution est inhérente à la fonction même du droit qu'est la direction des conduites humaines. La Constitution ne peut remplir sa fonction si elle n'est pas mise en œuvre par des normes d'application lorsque celles-ci sont nécessaires. Il reste cependant que cette obligation n'est pas reconnue explicitement en droit constitutionnel français. L'explication de ce défaut de reconnaissance s'explique peut-être par l'évidence de cette obligation. Ainsi pourrait-on considérer, comme le fait le juge administratif à l'égard de la mise en œuvre réglementaire des lois, que l'obligation de mise en œuvre est constituée dès lors que l'adoption des normes d'application est « nécessaire » à la bonne application de la Constitution.

²⁴⁷³ V. par exemple l'article 6 de la Constitution s'agissant du Président de la République, l'article 46 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 s'agissant du référendum d'initiative partagée prévu par le nouvel article 11 de la Constitution ou encore l'article 61-1 de la Constitution.

²⁴⁷⁴ Même lorsque l'adoption d'une loi organique est prévue par le Constituant et que cette loi est effectivement nécessaire à l'application de la Constitution, aucun mécanisme ne permet de sanctionner le retard du législateur organique. C'est la raison pour laquelle, plus de 4 ans après sa constitutionnalisation, le référendum d'initiative partagée n'était toujours pas entré en vigueur.

Une partie de la doctrine a aussi pu déduire une obligation analogue, celle de légiférer, à partir des normes constitutionnelles programmatiques renfermées par certains droits fondamentaux garantis par la Constitution. Ainsi, les normes programmatiques sont celles qui « *enferment des objectifs institutionnels et sociaux à réaliser* »²⁴⁷⁵. Ainsi, « *ce contenu programmatique reconnu à certaines dispositions constitutionnelles engendrera naturellement l'obligation pour le législateur de les mettre en œuvre* »²⁴⁷⁶. Le contenu programmatique est selon cet auteur principalement le cas des droits créances²⁴⁷⁷, ces derniers constituant un « *programme constitutionnel social à mettre en œuvre* »²⁴⁷⁸.

607. A supposer que l'existence d'une obligation de mise en œuvre de la Constitution puisse être admise, encore convient-il d'identifier les institutions sur lesquelles pèse cette obligation. Pour Brigitte Henry-Menguy, « *lorsque la norme fondamentale contient des objectifs, c'est au législateur que revient la lourde tâche de les réaliser par l'adoption de lois* »²⁴⁷⁹. Pour autant, cette affirmation n'est pas démontrée par l'auteur²⁴⁸⁰. Si l'on considère que la compétence du législateur concerne les matières considérées comme les plus importantes, il serait en effet parfaitement logique que la mise en œuvre de la Constitution, *a fortiori* des droits fondamentaux, revienne au législateur. Pour autant, en l'absence de renvoi explicite au législateur par la disposition constitutionnelle à mettre en œuvre, il n'est pas certain que cette compétence revienne au législateur²⁴⁸¹. Ce dernier pourrait même commettre une incompétence positive si le juge constitutionnel ne lui reconnaît pas cette compétence²⁴⁸². Il est cependant difficile d'imaginer qu'en pareille hypothèse soit fait application de l'article 37 de la Constitution selon lequel « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

Cette situation montre bien l'importance de distinguer deux aspects de la question. Une chose est de savoir quelle autorité est compétente pour adopter les normes d'application de la Constitution, une autre est de savoir qui est tenu d'appliquer et de respecter la Constitution. Si la compétence de principe revient, en raison de l'importance de la matière, au législateur, il convient le cas échéant de combler la carence du législateur. A ce titre, l'ensemble des pouvoirs publics est tenu d'appliquer la Constitution. Ainsi, l'état actuel du

²⁴⁷⁵ Brigitte HENRY-MENGUY, *L'obligation de légiférer en France – La sanction de l'omission législative par le Conseil constitutionnel*, thèse, droit, Toulouse, 2008, p. 242.

²⁴⁷⁶ Brigitte HENRY-MENGUY, *ibidem*, p. 242.

²⁴⁷⁷ V. Brigitte HENRY-MENGUY, *ibidem*, p. 272 et s..

²⁴⁷⁸ Brigitte HENRY-MENGUY, *ibidem*, p. 282.

²⁴⁷⁹ Brigitte HENRY-MENGUY, *ibidem*, p. 243.

²⁴⁸⁰ Au moment d'aborder les droits-créances sous l'angle de leur contenu programmatique, l'auteur ne fait plus référence au législateur mais à l'Etat (v. par exemple p. 295 et s.).

²⁴⁸¹ La compétence législative est déterminée par l'article 34 de la Constitution. Au-delà, elle est admise par le Conseil constitutionnel lorsque les dispositions du texte de 1958, de la DDHC, du Préambule de 1946 ou de la Charte de l'environnement renvoient explicitement à la loi ou au législateur. (v. Louis FAVOREU et al. *Droit constitutionnel*, 14^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 814 et s.).

²⁴⁸² Le juge constitutionnel attribue parfois une compétence au législateur en dehors de toute référence à la loi dans la Constitution, mais cela est limité à des cas très particuliers. Ainsi, seul le législateur est compétent pour déroger à un principe général du droit (CC, 26 juin 1969, n° 69-55 L, §5 ; JCP G, 1969, n° 2290 bis, note Michèle VOISSET, à propos du principe selon lequel le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet).

droit constitutionnel français appelle deux remarques. La première est qu'il importe que le juge constitutionnel précise si une obligation de « mise en œuvre » de la Constitution existe ou non. La seconde est la nécessité de définir simultanément l'autorité sur laquelle pèse, le cas échéant, cette obligation.

608. L'intervention des normes d'application est particulièrement nécessaire à la bonne application de la Constitution. Pour autant, en l'absence de telles mesures, la Constitution ne saurait demeurer inappliquée. Selon Brigitte Henry-Menguy, « *la programmativité de certaines normes constitutionnelles entraîne leur inapplicabilité directe et immédiate. Ces normes ont ainsi besoin de l'intervention du législateur pour être effectives* »²⁴⁸³. Cette affirmation semble révéler une confusion. Comme nous le verrons, la jurisprudence administrative nous enseigne qu'en la matière, nécessité fait loi. En effet, c'est lorsque des mesures d'application sont nécessaires qu'une obligation de les adopter pèse sur l'autorité compétente. Pour autant, la Constitution doit, en présence ou en l'absence de mesures d'application, être respectée. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine constitutionnaliste soutient que la Constitution est toujours directement applicable²⁴⁸⁴. C'est aussi le sens des conclusions de Yann Aguila dans l'affaire *Commune d'Annecy*. Ainsi, « *toutes les dispositions de la Constitution, et notamment les droits et devoirs consacrés par la Charte de l'environnement de 2004, devraient pouvoir être invoquées devant le juge administratif* »²⁴⁸⁵. Pour lui, « *ni le caractère imprécis d'une disposition constitutionnelle, ni le fait qu'elle renvoie à la loi ne constituent un obstacle à son invocation contre un acte administratif* »²⁴⁸⁶. En outre, « *tout principe qui figure dans la Constitution - ou dans l'un des textes auquel le préambule renvoie - a pleine valeur constitutionnelle, et, comme tel, peut être invoqué devant le juge* »²⁴⁸⁷. Ainsi ne peut-on pas se borner à affirmer, par exemple à propos des articles de la Charte de l'environnement, qu'« *en l'absence de mise en œuvre législative, ces proclamations demeureront inefficaces* »²⁴⁸⁸. Ainsi, si une disposition constitutionnelle n'a pas fait l'objet d'une norme d'application, elle pourra en principe être mobilisée dans le cadre contentieux, préservant ainsi partiellement son effectivité. Cela est d'autant plus important qu'il n'existe pas de substitut satisfaisant à l'obligation de mettre en œuvre la Constitution.

²⁴⁸³ Brigitte HENRY-MENGUY, *L'obligation de légiférer en France...*, op. cit., p. 246.

²⁴⁸⁴ V. Marie-Anne COHENDET, « La Charte... », RJE, n° spécial, 2005, p. 124. Pour une approche différente, v. Fabrice MELLERAY, *La Constitution, norme d'application directe par le juge : conditions et limites*, in Guillaume DRAGO (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p.17. Cet auteur reprend la position de René Chapus selon laquelle une norme constitutionnelle est d'applicabilité directe seulement si elle est suffisamment précise.

²⁴⁸⁵ Yann AGUILA, « La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement – Conclusions sur CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy* », RFDA, 2008, p. 1147.

²⁴⁸⁶ Yann AGUILA, *ibidem*.

²⁴⁸⁷ Yann AGUILA, *ibidem*.

²⁴⁸⁸ Brigitte HENRY-MENGUY, *L'obligation de légiférer en France...*, op. cit., p. 312.

2) *L'absence de substitut satisfaisant*

609. Une partie de la doctrine défend l'existence en droit constitutionnel d'une obligation de légiférer. Cette obligation n'est que partiellement reconnue en droit constitutionnel²⁴⁸⁹ et c'est seulement à travers le contrôle de l'incompétence négative que « *le juge reconnaît indirectement une obligation de légiférer suffisamment* »²⁴⁹⁰. En effet, l'incompétence négative sanctionne le législateur lorsqu'il n'a pas exercé pleinement les compétences qui lui sont attribuées par la Constitution²⁴⁹¹. Ainsi, la sanction de l'incompétence négative invite le législateur à légiférer. C'est sur cette base que la doctrine peut déduire que « *la sanction de l'incompétence négative (...) reconnaît une certaine obligation constitutionnelle de légiférer en condamnant les omissions législatives* »²⁴⁹².

610. Pour autant, quand bien même l'existence de cette obligation serait établie, elle ne constitue pas un substitut à l'obligation de « mettre en œuvre » de la Constitution. Tout d'abord, l'obligation de légiférer ne vaut que dans le cadre de la compétence du législateur. En effet, « *aucun grief d'incompétence négative ne peut être retenu contre le Parlement si celui-ci n'a pas vocation à agir* »²⁴⁹³. Ensuite, l'objet de la compétence du législateur n'est pas directement la mise en œuvre de la Constitution. En effet, l'incompétence négative sanctionne soit la délégation du pouvoir de légiférer à une tierce autorité, soit l'absence d'exercice de sa compétence, en aucun cas une obligation spécifique de mise en œuvre de la Constitution. La sanction de l'incompétence négative traduit davantage un « *appel lancé au Parlement pour qu'il assume et exerce ses responsabilités politiques* »²⁴⁹⁴, lesquelles sont délimitées à titre principal par l'article 34. Enfin, l'incompétence négative permet seulement « *de lutter contre le silence (partiel) du Législateur* »²⁴⁹⁵, en aucun cas contre le silence total du législateur. C'est aussi pour cette raison que l'incompétence négative ne peut pas être utilisée en cas de carence totale du législateur. Le Conseil constitutionnel doit nécessairement être saisi d'une loi supposée inconstitutionnelle, laquelle n'existe pas en cas de carence totale du législateur.

Au-delà de l'incompétence négative, l'obligation de légiférer peut aussi naître de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les garanties légales des exigences de valeur constitutionnelles²⁴⁹⁶. Ainsi, le législateur ne peut modifier une législation qu'à condition de ne pas « *priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle* ». Il est clair que « *cette formulation renvoie à une obligation positive pesant sur le législateur qui doit*

²⁴⁸⁹ V. Brigitte HENRY-MENGUY, *ibidem*, p. 29 et s..

²⁴⁹⁰ Brigitte HENRY-MENGUY, *ibidem*, p. 166.

²⁴⁹¹ CC, 26 janvier 1967, n° 67-31 DC.

²⁴⁹² Brigitte HENRY-MENGUY, *L'obligation de légiférer en France...*, *op. cit.*, p. 218.

²⁴⁹³ Florence GALLETI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? », RFDC, 2004, p. 387.

²⁴⁹⁴ Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., *op. cit.*, p. 138.

²⁴⁹⁵ Florence GALLETI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? », RFDC, 2004, p. 387.

²⁴⁹⁶ CC, 29 juillet 1986, n° 86-210 DC, § 2 ; AJDA, 1986, p. 527, note Guillaume PEPY.

assurer la mise en œuvre des droits et libertés de valeur constitutionnelle »²⁴⁹⁷. Pour autant, comme pour l'incompétence négative, cette obligation ne peut être mise au jour par le juge constitutionnel que si un recours est formé à l'encontre d'une loi modifiant la législation existante. En cas de carence totale du législateur, il n'existe pas de voie permettant de sanctionner la carence du législateur dans l'adoption de ces garanties légales.

B. L'absence de recours permettant la sanction de l'obligation

Dès lors que l'on admet qu'il puisse exister une obligation générale de mise en œuvre de la Constitution, encore faut-il qu'existe un moyen de sanctionner le non-respect de cette obligation²⁴⁹⁸. Les exemples d'omission législative dans la mise en œuvre de la Constitution ne sont pourtant pas rares. Outre les exemples cités par Brigitte Henry-Menguy²⁴⁹⁹, d'autres peuvent être tirés de la mise en œuvre des derniers droits fondamentaux ayant fait leur entrée dans le bloc de constitutionnalité, à savoir ceux qui sont reconnus par la Charte de l'environnement. Ainsi, alors que son article 4 dispose que « *toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi* », le législateur n'a pas inséré au sein du droit commun la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice écologique, quand bien même cet article pourrait le suggérer²⁵⁰⁰. Or, les voies de recours existant en droit français ne permettent pas de sanctionner l'omission législative (1) alors même que d'autres Etats ont organisé le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission (2).

1) L'absence de sanction de l'omission législative en France

611. Le contrôle de constitutionnalité tel qu'il est organisé en France ne permet pas la sanction de l'inconstitutionnalité par omission. Ce contrôle, « *de par son caractère négatif, ne permet pas le respect de l'obligation constitutionnelle de légiférer* »²⁵⁰¹, a fortiori celui d'une hypothétique obligation de mettre en œuvre la Constitution. En effet, le contrôle de constitutionnalité consiste en l'examen d'une loi, et non de l'absence de loi. Il ne peut être

²⁴⁹⁷ Vito MARINESE, « Légistique et effectivité », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, op. cit., p. 95.

²⁴⁹⁸ Nous avons déjà mis en évidence l'absence de mécanisme permettant d'engager la responsabilité du législateur pour carence dans la mise en œuvre de la Constitution (v. *supra*, § 401).

²⁴⁹⁹ Brigitte HENRY-MENGUY, *L'obligation de légiférer en France...*, op. cit., p. 376 et s..

²⁵⁰⁰ En outre, on pourrait se demander dans quelle mesure le législateur a mis en œuvre l'article 2 de la Charte au terme duquel « *toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ». Il en va de même pour le droit à la participation reconnu à l'article 7 de la Charte qui nous semble impliquer l'adoption d'une loi générale déterminant les garanties associées à ce droit.

²⁵⁰¹ Brigitte HENRY-MENGUY, *ibidem*, p. 335.

mis en mouvement en l'absence totale d'initiative législative²⁵⁰². Contrairement à ce qui prévaut en droit administratif, un éventuel refus du législateur d'adopter une loi ne peut être déféré au Conseil constitutionnel. Partant, il conviendrait, pour sanctionner l'absence de mise en œuvre de la Constitution, d'instituer une nouvelle voie de recours spécifique, comme c'est déjà le cas dans d'autres Etats.

2) L'inconstitutionnalité par omission en droit comparé

612. Outre le recours en manquement que connaît le droit de l'Union européenne et qui s'apparente, en l'absence pure et simple de transposition d'une directive, à un recours par omission²⁵⁰³, plusieurs Etats ont organisé un recours spécifique visant à sanctionner les omissions législatives.

Tout d'abord, la Constitution portugaise organise un recours spécifique qui a directement pour objet la mise en œuvre de la Constitution. Ainsi, au terme de son article 283, « *la Cour constitutionnelle constate et déclare la non-conformité à la Constitution en raison de l'inaction dès lors que les mesures permettant l'application des normes constitutionnelles n'ont pas été prises* ». Sur le plan des conséquences de l'inconstitutionnalité par omission, la Cour constitutionnelle se limite « *à vérifier et déclarer que l'omission existe, ne pouvant ni se prononcer sur le mode de suppression du défaut, ni se substituer aux organes législatifs compétents* »²⁵⁰⁴. Ensuite, la Hongrie a connu un recours en inconstitutionnalité pour manquement. Il est moins directement focalisé sur la « mise en œuvre » de la Constitution. Pour autant, « *la Cour constitutionnelle peut constater qu'une situation inconstitutionnelle est créée du fait du manquement du législateur à légiférer. (...) En cas de constatation de manquement, l'organe législatif est tenu de satisfaire à l'invitation de la Cour constitutionnelle à légiférer* »²⁵⁰⁵. Enfin, le Brésil connaît une action directe en « *inconstitutionnalité par omission* »²⁵⁰⁶ et cette dernière est aussi examinée par le juge constitutionnel espagnol, sans qu'il y ait de recours spécifique prévu à cet effet²⁵⁰⁷.

613. *In fine*, le droit interne français pourrait, après avoir reconnu l'existence d'une obligation de mettre en œuvre la Constitution, s'inspirer des Etats étrangers pour organiser

²⁵⁰² V. Brigitte HENRY-MENGUY, *L'obligation de légiférer en France...*, *op. cit.*, p. 347.

²⁵⁰³ V. *supra*, § 102 et s..

²⁵⁰⁴ Vital MOREIRA, « Le Tribunal constitutionnel portugais : le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », CCC, n° 10, 2001.

²⁵⁰⁵ Tamás BAN, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Hongrie », CCC, n° 13, 2003. En outre, « *la Cour constitutionnelle a interprété dans plusieurs décisions la constatation de l'inconstitutionnalité en manquement. Ainsi, l'inconstitutionnalité en manquement peut-elle être constatée par la Cour constitutionnelle non seulement au cas où malgré l'invitation expresse de la Constitution, une certaine loi n'est pas adoptée, mais même en l'absence d'une telle obligation si toutes les garanties ne sont pas données pour le respect des droits fondamentaux* ».

²⁵⁰⁶ V. Gilmar FERREIRA MENDES, « Questions au président du Tribunal fédéral suprême de la République fédérale du Brésil », CCC, n° 26, 2009.

²⁵⁰⁷ V. Pierre BON, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 132.

une voie de droit permettant la reconnaissance de l'inconstitutionnalité par omission. Cela pourrait être possible, soit en déférant au juge constitutionnel le refus du législateur de mettre en œuvre la Constitution, soit par la mise en place d'un recours spécifique, soit d'une voie mixte²⁵⁰⁸. Il est par ailleurs surprenant que Georges Vedel, dans sa magistrale étude comparative entre l'excès de pouvoir législatif et l'excès de pouvoir administratif²⁵⁰⁹, n'ait pas identifié l'omission législative tant sa problématique se rapproche de celle de la carence de l'administration dans la mise en œuvre des lois et règlements.

II. L'obligation de mettre en œuvre les lois et règlements

Dès lors qu'elles deviennent exécutoires, les normes juridiques sont « *douées d'une vocation à l'effectivité* »²⁵¹⁰. Ainsi, l'impérum de l'acte exécutoire de l'administration exerce « *un effet psychologique d'intimidation certain* »²⁵¹¹. Pour autant, l'effectivité des normes législatives et réglementaires est influencée par l'adoption des normes d'application²⁵¹², même si cela n'en constitue pas une condition *sine qua non*.

Comme le souligne Michel Troper, « *aujourd'hui en France, il arrive que le Président ordonne de ne pas appliquer une loi ou qu'il ordonne d'appliquer une loi qui n'a pas encore été votée* »²⁵¹³. Pour autant, la nécessaire mise en œuvre des lois et règlements fait l'objet d'une obligation juridique claire, même si elle est d'origine jurisprudentielle, et son champ d'application est particulièrement large. En effet, elle participe de la fonction exécutive de l'administration. Ainsi, au-delà de l'exécution des lois, cette fonction « *peut déborder la stricte application et consister, même en l'absence de lois, dans l'exécution des lois en général ou dans une action allant dans le sens de l'intérêt national ou de ce qu'on peut appeler "l'ordre public"* »²⁵¹⁴. Ainsi, la mise en œuvre de la loi implique non seulement l'adoption des règlements d'application des lois²⁵¹⁵ (A) mais aussi l'adoption de mesures de police (B), spécialement de police spéciale. Même si « *l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire n'est clairement consacrée qu'en matière de police administrative et d'exécution des lois* »²⁵¹⁶, l'émission des circulaires participe en principe d'une bonne mise en œuvre de la loi (C).

²⁵⁰⁸ En ce sens, voir nos développements collectifs in Dominique BOURG, Julien BETAILLE, Bastien FRANÇOIS, Marie Anne COHENDET et al., *Pour une 6^{ème} République écologique*, op. cit., p. 144.

²⁵⁰⁹ Georges VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », CCC, n° 1 et 2, p. 57 et 77.

²⁵¹⁰ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 42.

²⁵¹¹ Jacques MOURGEON, *ibidem*, p. 206.

²⁵¹² Plus globalement, v. Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, thèse, droit, Paris I, 2007.

²⁵¹³ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 226.

²⁵¹⁴ Michel TROPER, *ibidem*, p. 226.

²⁵¹⁵ En ce qui concerne les règlements autonome, leur adoption est en principe libre (v. Bertrand SEILLER, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », AJDA, 2004, p. 761).

²⁵¹⁶ Bertrand SEILLER, « Précisions sur l'obligation d'exercer... », op. cit., p. 761.

A. L'obligation de mettre en œuvre la loi

L'adoption des normes d'application des lois permet de concrétiser sa mise en œuvre. Pourtant, il peut être fréquemment constaté que certaines lois « *sont en attente d'application parce que les dispositions finalement adoptées par le Parlement n'avaient en réalité pas l'accord du Gouvernement, qui s'abstient de prendre les décrets d'application* »²⁵¹⁷. Ainsi, les lois sont parfois « *privées d'effectivité, faute de décrets d'application* »²⁵¹⁸. Un premier exemple récent permet de s'en rendre compte. Un décret du 28 février 2012 a ainsi rendu obligatoire la possession d'un éthylotest par le conducteur d'une automobile plus de quarante ans après que cela fut imposé par une disposition législative²⁵¹⁹. Un second exemple, tiré du droit de l'environnement, est relaté par Michel Prieur²⁵²⁰. Dans l'attente des décrets d'application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, trois centrales nucléaires ont été réalisées sans être soumises à la nouvelle obligation d'étude d'impact préalable. Ainsi, « *les applicateurs – les bureaux – ont ici un moyen sournois de paralyser le pouvoir législatif* »²⁵²¹. Dans un cas comme dans l'autre, c'est l'application de la loi qui s'en est trouvée paralysée.

En toute logique, ce phénomène a suscité l'intérêt du Parlement. Outre le traditionnel rapport annuel du Sénat qui évalue l'adoption des mesures réglementaires d'application²⁵²², depuis 2004, le rapporteur d'une loi à l'Assemblée nationale présente tous les six mois un rapport sur l'état d'avancement de l'application de la loi. Paradoxalement, le législateur renonce aussi à imposer l'édiction de certaines mesures d'application²⁵²³.

Outre la promulgation et la publication de la loi²⁵²⁴, la mise en œuvre consiste essentiellement dans l'adoption des mesures d'application. Le juge administratif a ainsi reconnu une obligation juridique d'adopter les actes réglementaires nécessaires à l'application des lois comme des règlements²⁵²⁵ (1). De façon concomitante, il a aussi affirmé l'obligation d'abroger les actes réglementaires illégaux (2).

²⁵¹⁷ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 272.

²⁵¹⁸ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, p. 685.

²⁵¹⁹ V. l'article 6 de la loi n° 70-597 du 9 juillet 1970 instituant un taux légal d'alcoolémie et généralisant le dépistage par l'air expiré et le décret n° 2012-284 du 28 février 2012 relatif à la possession obligatoire d'un éthylotest par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur.

²⁵²⁰ V. Michel PRIEUR, « Le respect de l'environnement et les études d'impact », RJE, 1981, p. 105.

²⁵²¹ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, op.cit., p. 76.

²⁵²² V. David ASSOULINE, *Rapport annuel sur l'application des lois...*, Sénat, n° 323, 2012.

²⁵²³ Les articles 135 et s. de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit suppriment des dispositions législatives imposant l'adoption de décrets d'application.

²⁵²⁴ En ce qui concerne les actes réglementaires, le Conseil d'Etat a reconnu un principe général du droit obligeant l'autorité administrative à publier les règlements qu'elle édicte (CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, AJDA, 2004, p. 442). Plus largement sur l'opposabilité des actes administratifs, v. Bertrand SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2010, n° 300 et s..

²⁵²⁵ Par exemple dans l'hypothèse où la mise en œuvre d'un décret nécessite l'adoption d'un arrêté.

1) L'obligation d'adopter les actes réglementaires d'application

614. L'article 21 de la Constitution dispose que le Premier ministre « assure l'exécution des lois ». Il est ainsi en charge de l'adoption des mesures réglementaires d'application des lois et les ministres peuvent être amenés à assurer l'adoption des mesures nécessaires à l'application des règlements, sous le contrôle du juge administratif qui s'assure du respect de l'obligation d'adopter les mesures d'application nécessaires²⁵²⁶.

615. En premier lieu, la sanction de cette obligation peut emprunter deux voies complémentaires. Outre le recours en responsabilité déjà abordé²⁵²⁷, un recours en annulation peut être déposé à l'encontre du refus, explicite ou implicite, d'adopter un règlement. Dans ce cadre, une injonction et une astreinte peuvent être retenues par le juge. Dans l'affaire *France Nature Environnement*²⁵²⁸, le juge a ainsi enjoint l'adoption d'un décret d'application de la loi littoral dans les 6 mois et a imposé une astreinte de mille francs par jour de retard²⁵²⁹.

616. Il faut en deuxième lieu identifier l'obligation d'adopter des mesures d'application. Le critère utilisé par le juge administratif pour identifier une telle obligation est celui de la nécessité des mesures d'application. Ainsi, lorsque les mesures d'application de la loi ne sont pas nécessaires à son application par l'administration, quand bien même leur adoption serait expressément prévue par la loi²⁵³⁰, il n'y a pas d'obligation d'adopter de telles mesures²⁵³¹. Mathieu Téoran démontre de façon convaincante dans sa thèse que « des mesures d'application prévues par la loi peuvent ne pas être nécessaires à son application »²⁵³² et que dès lors, le seul critère utilisé par le juge administratif est celui de la nécessité, contredisant ainsi les affirmations d'une partie de la doctrine²⁵³³. Le critère de la nécessité a en effet

²⁵²⁶ Outre les références citées ci-après, v. J. BARTHELEMY, « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application », RDP, 1907, p. 295 ; Jean-Marie AUBY, « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », JCP, 1953, I, n° 1080 ; Michel GUIBAL, « Le retard des textes d'application des lois », RDP, 1974, p. 1039 ; R. HANICOTTE, « Le juge face au retard des textes d'application », RDP, 1986, p. 1667 ; J.-M. BRETON, « L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois », RDP, 1993, p. 1756.

²⁵²⁷ V. *supra*, § 402 ; CE, Ass., 27 novembre 1964, *Veuve Renard*, *op. cit.*.

²⁵²⁸ CE, 28 juillet 2000, *France Nature Environnement*, RFDA, 2003, p. 116, note Clothilde DEFFIGIER.

²⁵²⁹ Au terme de l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 juillet 2005 (*Syndicat national des pharmaciens*, n°270327), le juge a imposé une astreinte de 1500 euros par jour de retard.

²⁵³⁰ En ce sens, v. CE, Ass., 26 février 1954, *Département de la Guadeloupe*, *rec.*, p. 129.

²⁵³¹ V. Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, thèse, droit, Paris I, 2007, p. 102. Pour une confirmation, s'agissant de l'obligation d'exécution d'une mesure réglementaire, v. CE, 29 juin 2011, *Société Cryo-Save France*, n° 343188.

²⁵³² Mathieu TEORAN, *ibidem*, p. 102.

²⁵³³ Clotilde Deffigier soutient ainsi dans sa note sous l'arrêt *France Nature Environnement* que même si « l'intervention du décret n'est pas indispensable pour l'application de la loi (...), le Premier ministre n'est pas pour autant délié de son obligation. La loi prévoyait son intervention et ne lui laissait pas de liberté d'appréciation ; sa compétence était totalement liée législativement, l'indicatif pouvant être compris comme valant impératif » (« L'obligation pour le gouvernement de prendre les règlements d'application de la loi

toujours été déterminant dans la jurisprudence administrative²⁵³⁴, avant même que le juge n'affirme clairement dans l'arrêt *France Nature Environnement* que « l'exercice du pouvoir réglementaire (...) comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi ». Dans ce dernier cas, où l'application de la loi littoral était en cause, « l'absence de règlements d'application de la loi privait totalement la loi de champ d'application et rendait donc impossible l'application de ses dispositions »²⁵³⁵. Le critère de la nécessité était facilement identifiable dans la mesure où en l'absence du décret, la loi était totalement privée d'effectivité. Cependant, la nécessité de la mesure est appréciée par le juge au regard de la précision de la disposition législative en cause²⁵³⁶. L'intervention d'une mesure d'application est d'autant plus nécessaire que la loi est imprécise. Ce critère est cependant partiellement contestable. En effet, une disposition législative peut être précise – elle peut alors être directement appliquée par les destinataires de la norme, en l'absence d'intervention de mesures d'application – sans pour autant atteinte de son objectif. C'est par exemple le cas de l'article L. 120-1 du code de l'environnement²⁵³⁷. Son objectif est de mettre en œuvre le droit à la participation. Tout en étant relativement précis pour être directement appliqué, suffisamment pour ne pas « nécessiter » de décret d'application, il ne contient pas toutes les garanties nécessaires à une réelle participation du public. C'était donc à juste titre qu'il renvoyait explicitement à un décret d'application.

617. En troisième lieu, l'obligation d'adopter les règlements nécessaires à l'application de la loi trouve, en bonne logique, une limite du côté du respect du droit international. Rappelant l'état du droit²⁵³⁸, le Conseil d'Etat précise dans l'arrêt *France Nature Environnement* que l'obligation d'adopter les décrets d'application « disparaît s'il y a obstacle du fait du respect des engagements internationaux »²⁵³⁹.

618. En dernier lieu, la jurisprudence administrative précise que cette obligation doit être satisfaite « dans un délai raisonnable »²⁵⁴⁰. A ce titre, le délai qui est le cas échéant indiqué dans le texte législatif n'a qu'une valeur indicative aux yeux du juge²⁵⁴¹. Si ce délai est excessivement court, son dépassement ne sera pas condamné par la juge. De façon générale, ce dernier apprécie le caractère « raisonnable » du délai, en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'élaboration du règlement. Parmi elles, le juge admet trois types de faits

"littoral" – à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement* », RFDA, 2003, p. 118. V. aussi p. 116).

²⁵³⁴ CE, 13 juillet 1962, *Kever Pascalis*, rec., p. 475.

²⁵³⁵ Clotilde DEFFIGIER, « L'obligation pour le gouvernement... », RFDA, 2003, p. 118.

²⁵³⁶ V. Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration...*, op. cit., p. 104.

²⁵³⁷ V. *supra*, § 549.

²⁵³⁸ L'administration a l'obligation de ne pas adopter de règlement d'application si la loi est elle-même incompatible avec une norme internationale (CE, 24 février 1999, *Assoc. de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, rec., p. 29).

²⁵³⁹ Clotilde DEFFIGIER, « L'obligation pour le gouvernement... », RFDA, 2003, p. 117.

²⁵⁴⁰ V. Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration...*, op. cit., p. 273 et s. ; Bertrand SEILLER, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », AJDA, 2004, p. 761.

²⁵⁴¹ CE, 23 octobre 1992, *M. Y.*, n° 138787 ; AJDA, 1992, p. 833.

susceptibles de justifier un délai relativement long : les obstacles de procédure, de fond et les obstacles techniques²⁵⁴². Par exemple, le fait qu'un texte comme la loi « Grenelle II », qui a nécessité l'adoption de plusieurs centaines de décrets d'application, impliquera une appréciation plus souple du juge, et cela alors même que ce texte a été adopté par le biais de la procédure accélérée au Parlement. En principe, le juge n'admet pas les causes politiques de retard. Ainsi peut-il arriver « *qu'on décèle une certaine mauvaise volonté de la part du gouvernement, en désaccord avec une loi* »²⁵⁴³ mais cela ne constitue pas un motif raisonnable de retard. L'appréciation du juge n'en est pas moins subjective. Du moins, « *le juge ne motive que rarement son appréciation positivement, c'est-à-dire autrement que par le rejet des justifications apportées par l'administration à son comportement* »²⁵⁴⁴. La doctrine admet cependant qu'en l'absence de circonstances particulières un délai « raisonnable » se situe entre un et deux ans²⁵⁴⁵. La plupart des arrêts qui ont retenu l'attention montrent un large dépassement de ce délai. Ainsi, dans l'affaire *Veuve Renard*, le retard était de 13 ans contre 12 ans pour l'affaire *Kever Pascalis*, 14 ans pour l'affaire *France Nature Environnement* et 3 ans pour l'affaire *Syndicat national des pharmaciens*.

2) *L'obligation d'abroger les actes réglementaires illégaux*

619. Parallèlement à l'obligation d'adopter les mesures d'application des lois et règlements, le juge administratif a reconnu l'obligation d'abroger les règlements illégaux, dès lors que l'autorité administrative est saisie d'une demande en ce sens²⁵⁴⁶. Si l'abrogation porte une atteinte certaine à la sécurité juridique, elle permet de préserver la légalité²⁵⁴⁷. Ainsi, avec l'obligation d'adopter les mesures d'application, il s'agit de s'assurer de la bonne mise en œuvre d'une norme supérieure. Avec l'obligation d'abroger les règlements illégaux, il s'agit de s'assurer que la mise en œuvre des normes supérieures n'est pas annihilée par des normes inférieures contraires.

Depuis l'arrêt *Alitalia*, constitue un principe général du droit l'affirmation selon laquelle « *l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date* ». Ce principe est désormais de rang législatif²⁵⁴⁸. L'arrêt *Alitalia* prolonge ainsi la solution issue de

²⁵⁴² V. Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration...*, *op. cit.*, p. 295.

²⁵⁴³ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, p. 685.

²⁵⁴⁴ Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration...*, *op. cit.*, p. 281.

²⁵⁴⁵ V. Clotilde DEFFIGIER, « L'obligation pour le gouvernement... », RFDA, 2003, p. 119.

²⁵⁴⁶ CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, rec., p. 44, RFDA, 1989, p. 391, concl. N. CHAHID-NOURAÏ, note Olivier BEAUD et Louis DUBOUIS.

²⁵⁴⁷ V. Daniel LABETOUILLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 407.

²⁵⁴⁸ Nouvel article 16-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 issu de l'article 1^{er} de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 de simplification du droit.

l'arrêt *Despujol* du 10 janvier 1930²⁵⁴⁹ qui avait affirmé l'obligation d'abroger ou de modifier, sur demande, les actes réglementaires devenus illégaux consécutivement à un changement de circonstances de fait. L'arrêt *Alitalia* étend ce principe aux changements de circonstance de droit et la demande d'abrogation devient possible à toute époque, même au delà du délai de recours²⁵⁵⁰.

Par ailleurs, si l'obligation d'abrogation n'est effective qu'à compter du moment où une demande est effectuée en ce sens, le juge administratif a depuis longtemps reconnu l'obligation pour l'administration, avant même l'abrogation du règlement, « *de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif* »²⁵⁵¹. Pour autant, une importante dérogation à ce principe existe en matière d'urbanisme, sous l'effet de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme. Rappelons que cet article enferme dans un délai de 6 mois la possibilité d'invoquer par voie d'exception un vice de forme ou de procédure à l'encontre d'un document d'urbanisme²⁵⁵². Le Conseil d'Etat considère ainsi qu'en raison de cette disposition, l'administration doit appliquer, lors de l'examen des demandes d'autorisation, les dispositions, même illégales, des documents d'urbanisme en vigueur depuis plus de six mois dont l'illégalité résulte d'un vice de forme ou de procédure²⁵⁵³. La volonté du législateur d'améliorer la sécurité juridique limite donc ici directement la mise en œuvre des normes législatives et réglementaires encadrant les documents d'urbanisme, même s'il ne s'agit que des vices de forme ou de procédure.

B. L'obligation d'adopter des mesures de police

620. Au-delà de l'adoption des règlements d'application, la mise en œuvre des lois et règlements peut impliquer l'édiction de mesures de police. Il convient cependant de distinguer les mesures de police initiales des mesures de police prises « au fil de l'eau », notamment dans le cadre de polices spéciales.

En ce qui concerne les mesures initiales, « *le pouvoir de police ne constitue pas en principe un pouvoir d'exécution des lois* »²⁵⁵⁴. L'obligation d'exercer le pouvoir de police ne naît que lorsque la situation de fait ou de droit l'impose²⁵⁵⁵. Trois conditions cumulatives

²⁵⁴⁹ CE, sect., 10 janvier 1930, *Despujol*, rec., p. 30.

²⁵⁵⁰ L'arrêt de section du Conseil d'Etat du 30 novembre 1990 (*Assoc. Les Verts*, rec., p. 339) a étendu les principes de la jurisprudence *Alitalia* aux actes non réglementaires. En outre, il découle de la jurisprudence *Alitalia*, l'obligation de modification, dans un délai raisonnable, des règlements existants à la suite de l'intervention d'une loi nouvelle (CE, 28 juin 2002, *Villemain*, RFDA, 2003, p. 723, concl. BOISSARD). La modification ne constitue en effet que la fusion de l'abrogation et de l'adoption d'un règlement.

²⁵⁵¹ CE, sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, rec., p. 554. V. Antoine CLAEYS, « L'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal », *Droit administratif*, 2009, ét. 17.

²⁵⁵² Cette règle est assortie d'exceptions. V. *supra*, § 168.

²⁵⁵³ CE, avis, 9 mai 2005, *M. Marangio*, rec., p. 195, BJD, 2005, p. 162, concl. E. GLASER.

²⁵⁵⁴ Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, p. 71.

²⁵⁵⁵ CE, sect., 14 décembre 1959, *Doublet*, rec., p. 540.

ressortent de la jurisprudence. La mesure doit être indispensable, être adoptée en vue de faire cesser un péril grave, lequel résulte d'une situation dangereuse pour l'ordre public²⁵⁵⁶. Dès lors, « *ce n'est pas un texte mais bien davantage une situation de fait qui peut faire naître cette obligation* »²⁵⁵⁷. Ces conditions se justifient par l'objet de la police administrative, la préservation de l'ordre public.

La situation est différente lorsqu'il s'agit de mesures de polices prises « au fil de l'eau », dans le cadre de l'exercice de pouvoir de police spéciale. Dans ce cas, « *la mission de l'autorité de police peut consister, partiellement ou essentiellement, à assurer le respect d'une réglementation applicable à un secteur particulier* »²⁵⁵⁸, par exemple les règles du code de l'environnement applicables aux installations classées ou encore celles du code de l'urbanisme applicables aux constructions. Ainsi, « *si une réglementation de police existe, les autorités de police sont tenues de l'appliquer (...). On se trouve ainsi dans une logique d'application plus mécanique d'une norme supérieure* »²⁵⁵⁹. Dès lors, « *l'obligation d'appliquer des mesures de police déjà prises (...) n'est, après tout, qu'une application particulière du principe général selon lequel l'autorité administrative a l'obligation de prendre les mesures nécessaires à l'exécution des lois et règlements* »²⁵⁶⁰.

Le fonctionnement concret de la fonction exécutive de l'administration, et par là la bonne mise en œuvre des lois et règlements, va cependant au-delà de l'adoption des mesures d'application, les circulaires constituant quasiment les seules « normes » véritablement connues des agents de l'administration.

C. L'émission des circulaires

621. Alors même que celles-ci ne sont pas juridiquement « nécessaires » à l'application des lois et règlements, les circulaires émises par l'administration jouent un rôle très important dans leur « mise en œuvre ». On sait en effet en science administrative que les services administratifs « *attendent les instructions qui leur parviendront depuis le sommet par la voie hiérarchique* »²⁵⁶¹. En pratique, les circulaires, et à un autre degré les directives administratives²⁵⁶², sont donc indispensables à la mise en œuvre effective des normes

²⁵⁵⁶ V. Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police... », *op. cit.*, p. 73.

²⁵⁵⁷ Fabrice MELLERAY, *ibidem*, p. 71.

²⁵⁵⁸ Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration...*, *op. cit.*, p. 219.

²⁵⁵⁹ Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police... », *op. cit.*, p. 72.

²⁵⁶⁰ Pierre BON, « Théorie générale de la police municipale », cité par Fabrice MELLERAY, « L'obligation... », *op. cit.*, p. 72.

²⁵⁶¹ Danièle LOCHAK, « Le principe de légalité – Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 387.

²⁵⁶² Les directives sont souvent utilisées par l'administration pour préciser les critères d'appréciation de dossiers individuels en série (par exemple CE, sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, rec., p. 750 ; RDP, 1971, p. 1224, note Marcel WALINE). V. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 507.

supérieures²⁵⁶³. C'est ainsi que « *l'administration intervient à nouveau au stade de la pratique juridique et y joue un rôle créatif considérable en pouvant réajuster son œuvre initiale, l'approfondir, en lever les ambiguïtés, en combler les lacunes* »²⁵⁶⁴. Les autorités administratives jouent alors un rôle « *de source auxiliaire du droit administratif en précisant, en complétant, voire en infléchissant de façon plus ou moins substantielles les textes juridiques applicables* »²⁵⁶⁵. Au-delà même de l'indépassable attente qu'elles suscitent au sein des services administratifs, l'interprétation que livrent les circulaires est en principe suivie par les agents en charge de l'application des normes²⁵⁶⁶.

Or, il arrive qu'une circulaire préconise de ne pas appliquer une norme²⁵⁶⁷ ou qu'elle en fasse une interprétation erronée. « *L'administration dispose par là d'un pouvoir considérable d'ajouter à la réglementation juridique ou de la tenir en échec par sa réglementation méta-juridique* »²⁵⁶⁸. C'est principalement ce qui justifie un contrôle du juge administratif sur les circulaires.

Si une circulaire contraire à une norme supérieure sera nécessairement illégale, le cas où une circulaire interprète de façon erronée une norme juridique est plus délicat. En effet, depuis la décision *Duvignères*²⁵⁶⁹ du 18 décembre 2002, le Conseil d'Etat est revenu sur la jurisprudence *Notre-Dame du Kriesker*²⁵⁷⁰. Le juge distingue désormais les circulaires impératives des circulaires non impératives. Ainsi, « *il ne s'agit plus d'opposer interprétation et ajout de règles nouvelles, mais circulaires proposant une interprétation et circulaire tendant à imposer une interprétation* »²⁵⁷¹. Les circulaires non impératives ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Or, en pratique, les agents de l'administration « *ne connaissent que la circulaire d'application* »²⁵⁷², et une circulaire, même non impérative, a de fortes chances d'être appliquée par les agents de l'administration, ceux-ci ne distinguant pas nécessairement les circulaires selon leur statut juridique. Or, une circulaire non impérative ne pourra pas être annulée par le juge administratif puisqu'elles ne peuvent pas être

²⁵⁶³ V. Marie-Anne COHENDET, « Les effets de la réforme », RJE, n° spécial, 2003, p. 58 : l'application réelle des normes dépend notamment « *des circulaires, dont l'influence est, en fait, très grande sur l'action concrète de l'administration* ».

²⁵⁶⁴ Paul AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçus à propos de l'exemple du droit public français », RDP, 1983, p. 1489.

²⁵⁶⁵ Paul AMSELEK, *ibidem*, p. 1490.

²⁵⁶⁶ L'administration est cependant libre d'interpréter ou non une norme existante par voie de circulaire (CE, 14 mars 2003, *Le Guidec*, AJDA, 2003, p. 1446, note Geneviève KOUBI).

²⁵⁶⁷ Le Conseil d'Etat a ainsi annulé une circulaire relative à Natura 2000 qui préconisait de ne pas respecter un décret (CE, 27 sept. 1998, *Association Coordination nationale Natura 2000*, n° 194648).

²⁵⁶⁸ Paul AMSELEK, « Le rôle de la pratique... », *op. cit.*, p. 1493.

²⁵⁶⁹ CE, sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, RFDA, 2003, p. 280, concl. Pascal FOMBEUR. Plus largement, v. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », AJDA, 2012, p. 691.

²⁵⁷⁰ CE, 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kriesker*, rec., p. 64. Le juge administratif distinguait alors les circulaires réglementaires, c'est-à-dire qui ajoutent des dispositions aux textes existants, des circulaires interprétatives, qui en principe ne font que donner une interprétation d'une règle existante sans modifier l'état du droit.

²⁵⁷¹ Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration...*, *op. cit.*, p. 130.

²⁵⁷² Danièle LOCHAK, « Le principe de légalité – Mythes et mystifications », AJDA, 1981, p. 390.

attaquées²⁵⁷³. Il existe donc un risque pour que la mise en œuvre d'une norme supérieure soit partiellement neutralisée par l'application par l'administration d'une interprétation erronée contenue dans une circulaire qui reste pourtant, en droit, non impérative. L'amélioration de la publicité des circulaires permet simplement aux destinataires de la norme de faire valoir devant l'administration leur point de vue sur l'interprétation à retenir²⁵⁷⁴.

622. Au stade de l'adoption des normes d'application nécessaires à la mise en œuvre de la norme supérieure, l'autorité qui en a la charge est amenée à choisir parmi une large palette d'instruments disponibles, ce choix influençant lui aussi l'effectivité de la norme.

§2 – Le choix des instruments de la mise en œuvre de la norme : illustration en droit de l'environnement

Les instruments utilisés par la puissance publique pour la mise en œuvre peuvent être répartis en trois grandes catégories : les instruments marqués par l'unilatéralité, ceux dont l'adoption est en principe négociée et ceux qui, d'une manière ou d'une autre, s'inspirent du marché, soit pour reproduire son fonctionnement, soit pour l'influencer²⁵⁷⁵. Pour autant, ces trois catégories s'interpénètrent, chacune empruntant, partiellement au moins, les techniques utilisées par les autres. Alors que l'unilatéralité cherche à imposer (I), les instruments négociés recherchent l'adhésion (II) quand les instruments du marché cherchent à inciter (III). Une « *direction juridique non autoritaire des conduites* »²⁵⁷⁶ se fait ainsi jour et « *la force de la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée* »²⁵⁷⁷.

L'exemple du droit de l'environnement permet ici d'éclairer ce propos. Cette branche du droit utilise à peu près toute la panoplie de ces instruments²⁵⁷⁸ et les deux dernières catégories, les plus originales, s'y sont largement développées. Ainsi a-t-on pu estimer que

²⁵⁷³ V. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 505.

²⁵⁷⁴ Le décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 dispose qu'à compter du 1er mai 2009, outre les autres formes de publication éventuellement applicables, toute circulaire et/ou instruction adressée par un ministre aux services et établissements de l'Etat qui ne figure pas sur le site Internet unique relevant du Premier ministre n'est pas applicable. V. circulaires.legifrance.gouv.fr.

²⁵⁷⁵ Pour une réflexion plus large sur les instruments utilisés par l'Etat, notamment sur ceux utilisés par l'« Etat réflexif », v. Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques, Droit et Société*, LGDJ, Paris, 1999.

²⁵⁷⁶ Paul AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RDP, 1982, p. 275.

²⁵⁷⁷ Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RDP, 1998, p. 675.

²⁵⁷⁸ A titre d'exemple récent, v. l'analyse de Yves JEGOUZO, « L'ambitieuse loi portant engagement national pour l'environnement », AJDA, 2010, p. 1683. A un niveau plus sectoriel qu'est celui du droit de l'eau, v. Gérard MONEDIAIRE, « Propos introductifs », REDE, 2004, p. 381 ; Alain SAOUT, *Théorie et pratique du droit de l'eau*, Editions Johanet, 2011, p. 175 et s..

« la contrainte en droit de l'environnement peut effectivement sembler dépassée au sens où elle ne permet guère de relever les défis accrus et actuels de la protection de l'environnement »²⁵⁷⁹.

L'examen de l'utilisation d'une gamme variée d'instruments par la puissance publique permet ainsi de s'interroger sur leur capacité respective à atteindre les objectifs fixés par les normes supérieures et donc à produire des effets.

I. Imposer : les instruments revêtant l'apparence de l'unilatéralité

Les instruments les plus classiques du droit administratif s'inspirent de l'unilatéralité. L'acte administratif unilatéral est ainsi utilisé, au niveau de la mise en œuvre, sous ses différentes formes. Les outils de planification se matérialisent ainsi par des actes administratifs unilatéraux de nature réglementaire. La police administrative utilise aussi largement les actes individuels lorsqu'il s'agit de délivrer une autorisation.

Le droit de l'environnement, comme le droit de l'urbanisme, utilise principalement les instruments de planification et le mécanisme de l'autorisation préalable. Nous avons déjà décrit les instruments de planification utilisés en droit de l'urbanisme²⁵⁸⁰ sans avoir besoin d'y revenir. On distingue généralement la planification stratégique, qui a pour objet « *de définir les grandes orientations à long terme de l'aménagement des territoires qu'elles concernent* »²⁵⁸¹ (par exemple les SCOT), de la planification réglementaire qui prévoit des règles en principe directement opposables aux destinataires de la norme d'urbanisme (par exemple le PLU). Le droit de l'environnement a lui aussi très largement recours à la planification qu'il envisage comme un moyen de prévention des atteintes à l'environnement. C'est le cas pour la quasi-totalité des nombreuses polices spéciales qui le composent, que ce soit en matière d'installations industrielles, de déchets, d'eau, d'air, de climat, de biodiversité, etc.²⁵⁸². En outre, les polices spéciales environnementales imposent très largement l'obtention préalable d'une autorisation administrative, par exemple en matière d'installations classées, d'eau, de protection des espèces, etc.²⁵⁸³.

C'est à travers ce prisme qu'il est possible d'envisager successivement les avantages que présentent ces instruments (**A**), comme les problèmes rencontrés au stade de la mise en œuvre (**B**) ou les critiques et transformations dont l'unilatéralité est l'objet (**C**).

²⁵⁷⁹ Hafida BELRHALI-BERNARD, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », RDP, 2009, p. 1683.

²⁵⁸⁰ V. *supra*, § 182 et s.

²⁵⁸¹ Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme, op. cit.*, p. 171.

²⁵⁸² Par exemple, sur la planification en droit de l'eau, v. Alain SAOUT, *Théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 196 et s. ; Bernard DROBENKO, *Droit de l'eau*, Gualino, 2007, p. 79 et s..

²⁵⁸³ Par exemple, sur la police de l'eau, v. Alain SAOUT, *ibidem*, p. 210 et s. ; Bernard DROBENKO, *ibidem*, p. 177 et s..

A. Des avantages conséquents

623. L'acte administratif unilatéral, dont relèvent les documents de planification et les autorisations préalables, présente un certain nombre d'avantages comparativement à d'autres instruments. En premier lieu, il est unilatéral en ce que « *les destinataires des normes qu'il pose ne sont pas ses auteurs* »²⁵⁸⁴. Il découle de sa « *coloration autoritaire* » qu'en principe, les destinataires de l'acte ne peuvent influencer sur son contenu au stade de son élaboration, même si, nous le verrons plus loin, cette caractéristique a tendance à reculer.

624. En deuxième lieu, leur caractère exécutoire est une « *règle fondamentale du droit public* »²⁵⁸⁵. Les décisions de l'administration peuvent en principe être exécutées dès leur entrée en vigueur. « *Pouvoir de modifier immédiatement l'ordonnancement juridique, et pouvoir d'imposer immédiatement l'obligation qu'il formule, telles sont les deux caractéristiques de l'acte exécutoire* »²⁵⁸⁶. Ces décisions ont, selon l'expression de Maurice Hauriou, une « *autorité de chose décidée* » de laquelle découle le « *privilège du préalable* ». Ainsi, les effets de l'acte administratif ne sont pas conditionnés par la saisine préalable du juge²⁵⁸⁷. L'acte est exécutoire avant même que le juge ne se soit prononcé sur sa légalité²⁵⁸⁸.

625. En troisième lieu, comparativement au contrat qui ne produit d'effets qu'entre les parties, les actes administratifs, lorsqu'ils sont de nature réglementaire, ont un effet *erga omnes*. Ainsi, « *la décision administrative est dotée d'une force juridique indéniable puisque tous ses destinataires sont tenus de la respecter, d'en faire l'application dès qu'elle entre en vigueur* »²⁵⁸⁹.

626. En dernier lieu, les actes administratifs font la plupart du temps l'objet d'un régime de sanction relativement développé, même si nous avons vu qu'il peut parfois se révéler en pratique peu dissuasif. Ainsi, la police « *est un procédé dont ne peut se passer aucune administration, la spontanéité du respect des normes n'étant pas ce qui caractérise en premier lieu les citoyens comme les institutions de toutes sortes* »²⁵⁹⁰.

²⁵⁸⁴ Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Les actes administratifs unilatéraux », in P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 170.

²⁵⁸⁵ CE, ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, rec., p. 257.

²⁵⁸⁶ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 206.

²⁵⁸⁷ Bertrand SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », op. cit., n° 408.

²⁵⁸⁸ Elle est cependant provisionnelle, dans la mesure où, en principe, son annulation rétroactive peut être prononcée par le juge après son entrée en vigueur.

²⁵⁸⁹ Bertrand SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », op. cit., n° 2.

²⁵⁹⁰ Jean-Marie PONTIER, « La multiplication des polices spéciales : pourquoi ? », JCP A, 2012, n° 2113, p. 25.

B. Le problème de la coordination des polices

La mise en œuvre des instruments de police est susceptible d'être perturbée par deux problèmes de coordination : la concurrence des polices (1) et l'indépendance des législations (2).

1) La concurrence des polices

627. L'évolution du droit administratif témoigne d'une multiplication des régimes de police spéciale, spécialement dans le domaine de l'environnement qui compte une vingtaine de régimes différents²⁵⁹¹. En matière d'environnement, « le droit administratif a empilé les polices en créant à chaque occasion une police nouvelle par milieu, par activité ou par type de territoire... (...). L'efficacité d'un tel édifice – faut-il s'en étonner ? – est pour le moins limitée. (...) In fine, « (la législation) y perd en lisibilité et multiplie les problèmes de superposition ou de coordination »²⁵⁹². Si chaque police se justifie notamment par la technicité du domaine qu'elle encadre, leur multiplication pose des problèmes importants²⁵⁹³, notamment lorsque deux polices entrent en concurrence.

628. En premier lieu, une police spéciale peut entrer en conflit avec la police générale. Le maire, titulaire du pouvoir de police générale, peut en principe aggraver les mesures prises au titre de la police spéciale²⁵⁹⁴. Cependant, il convient de distinguer, comme Fabrice Melleray²⁵⁹⁵, trois hypothèses : celle où la police spéciale exclut l'intervention de la police générale du maire, celle où la police générale ne peut intervenir qu'en cas de péril imminent²⁵⁹⁶ et celle où la police générale ne peut s'exercer que si des circonstances locales particulières le justifient²⁵⁹⁷.

En matière d'environnement, deux domaines ont donné lieu à un contentieux important révélant la volonté intrusive des maires dans le cadre de polices spéciales. Le premier est le contentieux des antennes de radiotéléphonie mobile. Certains maires ont tenté d'interdire leur implantation par voie d'arrêtés municipaux de police générale. Un arrêt du 26

²⁵⁹¹ Jean-Marie PONTIER, *ibidem*, p. 25.

²⁵⁹² CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit*, *op. cit.*, p. 216.

²⁵⁹³ L'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 (*op. cit.*) a tenté d'harmoniser, à la marge, les polices environnementales, majoritairement sur le plan des sanctions administratives.

²⁵⁹⁴ CE, 19 avril 1902, *Com. de Néris-Les-Bains*, rec., p. 275 ; S., 1902.3.81, note Maurice HAURIOU ; CE, 8 août 1919, *Labonne*, rec., p. 737.

²⁵⁹⁵ Fabrice MELLERAY, « Un maire ne peut pas réglementer l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile », *Droit administratif*, 2012, comm. 8.

²⁵⁹⁶ V. en matière d'installations classées, CE, 15 janvier 1986, *Société Pec-Engineering*, AJDA, 1986, p. 191, note Laurent RICHER ; CE, 29 septembre 2003, *Houillères du bassin de Lorraine* ; RDI, 2004, p. 82, note Yves JEGOUZO. Dans ce cas, les mesures de police générale doivent nécessairement être provisoires (CE, 22 janvier 1965, *Alix*, rec., p. 44).

²⁵⁹⁷ CE, sect., 18 décembre 1959, *Société "Les films Lutétia"*, rec., p. 693 ; S., 1960.94, concl. MAYRAS.

octobre 2011 est venu clore les débats engagés devant les juridictions administratives. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que la réglementation de ces installations relevait exclusivement de la compétence de l'Etat, autorité de police spéciale dans ce domaine²⁵⁹⁸. Le second domaine est celui des organismes génétiquement modifiés (OGM) dans lequel s'était développé un contentieux comparable à celui des antennes de radiotéléphonie mobile. Certains maires ont adopté, par le biais de leur pouvoir de police générale, des arrêtés visant à limiter, voire à interdire, la culture des OGM sur le territoire de leur commune²⁵⁹⁹. Avant l'intervention de la décision du Conseil d'Etat du 24 septembre 2012, les maires avaient la possibilité d'intervenir en cas de péril imminent²⁶⁰⁰. Le Conseil d'Etat juge désormais, de façon analogue au domaine des antennes de radiotéléphonie mobile que le maire « *ne saurait en aucun cas s'immiscer dans l'exercice de cette police spéciale par l'édition d'une réglementation locale* »²⁶⁰¹. Les nouvelles solutions dégagées par le Conseil d'Etat dans ces deux domaines sont particulièrement intéressantes dans la mesure où elles témoignent de la volonté du juge administratif de remettre de l'ordre dans l'exercice des pouvoirs de police dans des domaines où les interventions de la police municipale ont largement perturbé la mise en œuvre de la police spéciale.

629. En second lieu, deux polices spéciales peuvent entrer en conflit. Dans le domaine de l'environnement, deux polices spéciales sont particulièrement proches, engendrant ainsi un risque de conflit. Concernant le droit des sols pollués, la police spéciale du préfet en matière d'installations classées et la police spéciale du maire afférant aux déchets²⁶⁰² sont susceptibles d'être mobilisées. Dans ce domaine comme dans le précédent, il est revenu au juge d'assurer la coordination des polices. Ainsi a-t-il considéré que les deux polices spéciales devaient être appliquées de façon concomitante²⁶⁰³. En outre, la complémentarité des deux polices a récemment été démontrée avec l'aide du juge administratif²⁶⁰⁴. Dans une affaire dite *Wattelez*, la police des installations classées avait échoué à mettre à la charge du propriétaire d'un terrain sa dépollution²⁶⁰⁵, alors même que ce propriétaire était aussi la personne morale qui, en tant qu'exploitant d'une installation classée, avait vendu les déchets – en l'occurrence des

²⁵⁹⁸ CE, ass., 26 octobre 2011, *Commune de Saint Denis*, JCP A, 2012, n° 2005, note Philippe BILLET ; *Droit administratif*, 2012, comm. 8, note Fabrice MELLERAY. L'arrêt ne fait pas mention de la possibilité pour le maire d'intervenir en cas de péril imminent.

²⁵⁹⁹ V. Jessica MAKOWIAK, « Le juge administratif face aux arrêtés « anti-OGM » : De la censure à l'ouverture ? », RJE, 2004, p. 385.

²⁶⁰⁰ CAA Nantes, 26 juin 2007, *Commune de Carhaix*, n° 06NT01031 : « *le maire ne peut, en l'absence de péril imminent, s'immiscer dans l'exercice des pouvoirs de police spéciale relevant des attributions des services de l'Etat* ».

²⁶⁰¹ CE, 24 septembre 2012, *Commune de Valence*, n° 342990.

²⁶⁰² Article L. 541-3 du code de l'environnement ; CE, 18 nov. 1998, *Jaeger*, n° 161612 ; RDI, 1999, p. 200, note Florence JAMAY ; CE, 17 nov. 2004, *Sté générale d'archives*, n° 252514 ; *Environnement*, février 2005, p. 18, note David GILLIG.

²⁶⁰³ CE, 18 novembre 1998, *Jaeger*, n° 161612 ; RDI, 1999, p. 200, note Florence JAMAY ; CE 11 janv. 2007, *Min. écologie c/ Sté Barbazanges Tri Ouest*, n° 287674 ; RDI, 2007, p.126 note François-Guy TREBULLE : en outre, le préfet peut se substituer au maire en cas de carence de celui-ci dans l'exercice de sa police spéciale.

²⁶⁰⁴ V. Christian HUGLO, « Droit des sols pollués : fin des polices parallèles ? », *Environnement*, octobre 2011, p. 1.

²⁶⁰⁵ CE, 21 février 1997, *Société Wattelez*, n° 160787.

pneus – qui se trouvaient sur son propre terrain à une société dénommée *Eureca* et qui, ayant malheureusement fait faillite, ne pouvait plus assumer son obligation de remise en état. Dans un arrêt récent concernant les mêmes faits, le Conseil d'Etat confirme qu'au titre de la police spéciale des déchets prévue par l'article L. 541-3 du code de l'environnement, l'obligation de dépollution pèse sur le détenteur des déchets, lequel peut, sous certaines conditions, être assimilé au propriétaire du terrain sur lequel sont entreposés les déchets²⁶⁰⁶. Par conséquent, en dépit des problèmes de concurrence qui peuvent survenir entre plusieurs polices, le juge administratif en assure dans la mesure du possible la coordination.

2) *Le principe de l'indépendance des législations : « un principe à remettre en cause »*²⁶⁰⁷ ?

630. Le principe de l'indépendance des législations est né du besoin de mettre de l'ordre face aux risques de concurrence entre les différentes polices spéciales²⁶⁰⁸. Forgé par le juge administratif en 1959 à propos des relations entre le permis de construire et l'autorisation au titre des installations classées²⁶⁰⁹, il s'est étendu à l'ensemble du droit administratif. La section du rapport et des études du Conseil d'Etat explicite le principe en ces termes : « *l'autorisation accordée au titre d'une législation A ne vaut pas autorisation au titre d'une législation B et ceci alors même que des similitudes existeraient entre ces deux législations* ». En conséquence, « *l'irrégularité d'une autorisation administrative n'a pas pour effet de vicier une autorisation délivrée, en application d'une législation distincte, pour la même opération, ce qui implique que la légalité de l'autorisation A ne s'apprécie pas au regard de l'autorisation B* »²⁶¹⁰. Ainsi, une opération portant sur le même projet peut nécessiter plusieurs autorisations au titre de polices différentes. Or, l'irrégularité d'une autorisation est, en vertu de l'indépendance des législations, sans influence sur la légalité de l'autre autorisation²⁶¹¹.

631. Ce principe est critiquable à plus d'un titre. En effet, globalement, « *l'indépendance préjudicie à la cohérence et à l'efficacité de l'action administrative* »²⁶¹². Pour Laurent Fonbaustier, elle fait « *parfois obstacle à l'effectivité du droit de l'environnement. Un constat d'autant plus regrettable qu'au nom du principe d'intégration, on devrait pouvoir assujettir*

²⁶⁰⁶ CE, 21 juil. 2011, *Commune du Palais sur Vienne* ; *Environnement*, déc. 2011, p. 27, note Philippe BILLET ; RJE, 2012, p. 135, note Elisabeth JAYAT : « *le propriétaire du terrain sur lequel ont été entreposés des déchets peut, en l'absence de détenteur connu de ces déchets, être regardé comme leur détenteur (...), notamment s'il a fait preuve de négligence à l'égard d'abandons sur son terrain* ».

²⁶⁰⁷ Fernand BOUYSSOU, « Un principe à remettre en cause : l'indépendance du permis de construire et des installations classées », *Droit et ville*, 1984, p. 169.

²⁶⁰⁸ V. Marie-France DELHOSTE, *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, thèse, droit, LGDJ, 2001, p. 25.

²⁶⁰⁹ CE, 1^{er} juillet 1959, *Sieur Piard*, rec., p. 413.

²⁶¹⁰ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, op. cit., p. 37.

²⁶¹¹ V. Yves JEGOUZO, « Les opérations soumises à une autorisation prévue par une législation étrangère à l'urbanisme », *AJDA*, 2007, p. 249.

²⁶¹² Marie-France DELHOSTE, *Les polices administratives spéciales...*, op. cit., p. 31.

l'ensemble des activités nuisibles au respect d'un minimum environnemental »²⁶¹³. La relation entre le permis de construire et l'autorisation d'exploiter une installation est un terrain classique d'élection du principe d'indépendance et permet d'illustrer sa critique. L'indépendance y a en effet été régulièrement réaffirmée depuis l'arrêt *Sieur Piard* de 1959²⁶¹⁴. De l'aveu même du Conseil d'Etat, « *on peut comprendre que l'administré se trouve quelque peu démuni face à ce principe de l'indépendance des législations qui, s'il est parfaitement admissible dans le cadre d'une rigoureuse démonstration juridique, est quelque peu contraire au bon sens commun* »²⁶¹⁵. La première critique qui peut être adressée à l'indépendance des législations est son éloignement de la réalité, matérielle et administrative. Comme l'explique Michel Prieur, « *l'imbrication du droit de l'urbanisme et du droit des installations classées est telle, sur le terrain et dans les textes, qu'il est vain de maintenir artificiellement une indépendance qui n'est qu'une vue de l'esprit* »²⁶¹⁶. « *Voile trompeur, prétention chimérique, l'indépendance demeure comme l'écho d'une réalité qui n'est plus* »²⁶¹⁷. Sur le plan matériel, il va de soi que l'obtention d'un permis de construire est totalement inutile sans l'obtention de l'autorisation au titre des installations classées. Ensuite, le principe peut apparaître choquant sur le plan de la préservation de la légalité. Si la première autorisation délivrée n'est pas déférée devant le juge administratif, les vices qui l'affectent ne pourront être invoqués dans le cadre du recours formé à l'encontre de la seconde autorisation délivrée. Une insuffisante coordination des polices entraîne aussi le risque qu'une construction soit « *édifiée régulièrement alors qu'ensuite l'autorisation au titre de la législation sur les installations classées pourra être refusée* »²⁶¹⁸. Enfin, nous le verrons, le défaut de coordination peut nuire à la participation du public.

632. Au-delà de la remise en cause du principe qui ne semble pas toujours souhaitable, son application attire l'attention sur l'importance de la coordination des polices spéciales. En effet, « *la fiction ne peut complètement refouler la réalité administrative de l'imbrication des législations* »²⁶¹⁹. Le législateur a modestement tenté d'améliorer la coordination²⁶²⁰. Cela est notamment le cas en matière d'urbanisme où plusieurs mécanismes ont été mis en place pour coordonner le permis de construire avec des autorisations extérieures. Ainsi, certaines autorisations dispensent de l'obtention d'un permis de construire comme l'autorisation de travaux sur un monument historique. En outre, l'autorisation d'urbanisme tient parfois lieu d'autorisation prévue par une autre législation et elle est aussi parfois subordonnée à

²⁶¹³ Laurent FONBAUSTIER, « (L'efficacité de) la police administrative... », *op. cit.*, p. 118. Le principe d'intégration impose théoriquement l'intégration de la protection de l'environnement dans l'ensemble des branches du droit.

²⁶¹⁴ V. par exemple CE, 2 févr. 2009, *M. X et a.*, n° 312131.

²⁶¹⁵ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, *op. cit.*, p. 41.

²⁶¹⁶ Michel PRIEUR, « Urbanisme et environnement », *AJDA*, 1993, p. 80.

²⁶¹⁷ Marie-France DELHOSTE, *Les polices administratives spéciales...*, *op. cit.*, p. 30.

²⁶¹⁸ Henri SAVOIE et Laurent TOUVET, « L'urbanisme : pour un droit plus efficace – commentaire libre du rapport du Conseil d'Etat », *RFDA*, 1992, p. 712.

²⁶¹⁹ Jean-Pierre LEBRETON, « L'urbanisme et les législations réputées indépendantes », *AJDA*, 1993, p. 20.

²⁶²⁰ v. Yves JEGOUZO, « Les opérations soumises à une autorisation... », *op. cit.*, p. 251 et s. ; Bernard DROBENKO, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 177 et s..

l'obtention d'une autre autorisation²⁶²¹. D'autres dispositifs de coordination moins élaborés existent. C'est notamment le cas des rapports entre le permis de construire et l'autorisation au titre des installations classées. L'article R. 512-4 du code de l'environnement prévoit que la demande d'autorisation au titre des installations classées doit être accompagnée de la justification du dépôt de la demande de permis de construire et l'article R. 431-20 du code de l'urbanisme prévoit la réciproque. En outre, l'article L. 425-10 du code de l'urbanisme dispose que lorsque les travaux portent sur une installation classée soumise à autorisation, ceux-ci ne peuvent pas être exécutés avant la clôture de l'enquête publique. Pour autant, ces dispositions, limitées à l'exécution des autorisations d'urbanisme, sont probablement insuffisantes en ce qu'elles laissent ouvertes la possibilité de construire le bâtiment avant l'obtention de l'autorisation d'exploiter au titre des installations classées. Si cette dernière autorisation est refusée, la simple construction des bâtiments pourra d'ores et déjà avoir eu des conséquences préjudiciables sur l'environnement. Pour autant, « *on pourrait facilement décider que le permis de construire ne peut être délivré qu'après l'octroi de l'autorisation d'ouverture de l'installation classée* »²⁶²². En Belgique par exemple, le Conseil d'Etat s'est parfois affranchi du principe de l'indépendance des législations. Dans la région de Bruxelles-Capitale « *la mise en œuvre de chacune des autorisations est subordonnée à la délivrance de l'autre* »²⁶²³ et en Wallonie, c'est un système d'autorisation unique qui a été retenu²⁶²⁴.

633. Pour autant, même si les dispositifs de coordination devaient être améliorés, le principe d'indépendance semble devoir continuer à jouer un rôle subsidiaire. En effet, on a pu affirmer que « *le juge pourrait ainsi évoquer l'indépendance dans les cas où le législateur n'aurait pas établi de connexions internormatives* »²⁶²⁵. Sans remettre totalement en cause cette affirmation, il semble que plusieurs facteurs tendent à imposer une nouvelle donne en la matière, outre que le juge a parfois par le passé anticipé les coordinations effectuées par le législateur²⁶²⁶. Alors que l'on s'attendait logiquement à ce que le principe d'intégration vienne en limiter l'indépendance, les évolutions pourraient venir des autres principes du droit de l'environnement. D'une part, l'interprétation du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus a récemment jeté le doute sur la conformité du droit français à la Convention d'Aarhus. Dans une affaire concernant l'Autriche, le Comité a considéré qu'« *organiser la participation du public après la délivrance du permis de construire ne peut être compatible avec les exigences de la Convention que si le permis de construire n'empêche*

²⁶²¹ R. 425-1 et s. du code de l'urbanisme ; L. 425-4 et R. 425-16 du code de l'urbanisme. On signalera aussi l'article R. 111-15 du code de l'urbanisme qui permet au maire d'imposer des prescriptions aux permis de construire afin de préserver le respect des principes du droit de l'environnement.

²⁶²² Michel PRIEUR, « Urbanisme et environnement », AJDA, 1993, p. 80.

²⁶²³ Jean-Pierre LEBRETON, « L'articulation des règles d'aménagement et d'urbanisme avec les autres normes d'occupation des sols », in GRIDAUH, *L'articulation des règles d'occupation des sols en Europe, La Documentation française*, 1998, p. 59.

²⁶²⁴ Décret du 11 mars 1999 relatif au permis unique valant permis d'urbanisme et d'environnement.

²⁶²⁵ Marie-France DELHOSTE, *Les polices administratives spéciales...*, *op. cit.*, p. 251.

²⁶²⁶ V. les exemples cités par Fernand BOUYSSOU, « Un principe à remettre en cause : l'indépendance du permis de construire et des installations classées », *Droit et ville*, 1984, p. 176.

pas que toutes les questions que le permis tranche puissent être discutées à l'occasion d'autres procédures de décisions liées ou ultérieures afin de s'assurer que toutes les options restent ouvertes »²⁶²⁷. Or, les options soumises à la participation du public sont nécessairement restreintes par la délivrance d'un permis de construire, au moins concernant le choix du lieu d'implantation. Le droit français soumet simplement l'exécution des travaux à l'intervention préalable de la participation du public. Or, il est possible que la délivrance de l'autorisation, et pas simplement son exécution, ait pour effet de limiter les options possibles lors de l'enquête publique. Quand bien même l'autorisation au titre de l'environnement serait refusée pour prendre en compte la participation du public, la construction projetée pourra tout à fait être réalisée et entraîner, en elle-même, des conséquences irréversibles sur l'environnement²⁶²⁸. D'autre part, la constitutionnalisation du principe de précaution entraîne la mise à l'écart du principe d'indépendance des législations²⁶²⁹. Cela a contraint le juge à opérer lui-même la coordination entre la police de l'urbanisme et l'application du principe de précaution. Ainsi, un arrêt du 30 janvier 2012 a fortement encadré la possibilité pour le maire de refuser la délivrance d'une autorisation d'urbanisme sur le fondement du principe de précaution²⁶³⁰.

C. Les critiques et les évolutions de l'unilatéralité

634. La place prépondérante de l'unilatéralité, spécialement en droit de l'environnement, a beaucoup été critiquée, notamment dans la doctrine anglo-saxonne dans la mesure où le droit américain de l'environnement utilise lui aussi largement le mécanisme de l'autorisation. Ainsi, « *une avalanche d'écrits critique cette approche prescriptive pour son inefficacité et sa rigidité, et affirme que l'on pourrait atteindre le même niveau ou des niveaux supérieurs de protection de l'environnement à des coûts bien plus bas en s'appuyant sur des instruments économiques et la divulgation des informations* »²⁶³¹. Lourdeur administrative, manque de flexibilité et inefficacité sont les principales critiques adressées aux instruments de police, au modèle que les américains dénomment le « *command and control* ». Nous l'avons vu, l'efficacité pourrait en outre être améliorée.

635. Pour autant, il n'est absolument pas certain que cet instrument soit moins efficace que les autres. Comme le relève Pierre Lascoumes, la critique du « *command and control* » « *s'appuie d'abord sur une présentation réductrice de la justice formelle (lourdeur,*

²⁶²⁷ Décision n° ACCC/C/2009/41 (§ 63) (notre traduction) ; RJE, 2012, p. 103, chron. Julien Bétaille.

²⁶²⁸ Il est possible d'imaginer la construction d'un hangar devant initialement servir à abriter une ICPE et qui serait finalement destiné à une autre utilisation. Il reste que la construction de ce hangar, par exemple en zone humide, aura tout de même des conséquences sur l'environnement.

²⁶²⁹ CE, 19 juil. 2010, *Assoc. du quartier les Hauts de Choiseul*, n° 328687 ; ; BJD, 2010, p. 282, note Jérôme TREMEAU ; RDI, 2010, p. 508, note Pierre SOLER-COUTEAUX ; Julien BETAILLE, « Le décloisonnement du principe de précaution, un effet de sa constitutionnalisation », *op. cit.*, p. 278.

²⁶³⁰ CE, 30 janvier 2012, *Orange France, Droit adm.*, 2012, comm. 44, note Jean-Luc PISSALOUX. V. aussi Yves JEGOUZO, « L'imprévisible principe de précaution », AJDA, 2012, p. 233.

²⁶³¹ Michael HERZ, « Les grands débats autour du droit de l'environnement aux Etats-Unis », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 103.

impuissance) afin de légitimer a priori toute alternative »²⁶³². Nous le verrons plus loin, le recours au contrat n'est pas plus performant par principe et il n'est pas certain que les instruments du marché ne deviennent pas aussi lourds que le « *command and control* »²⁶³³.

636. De plus, les instruments unilatéraux connaissent aujourd'hui une évolution qui leur permet de se parer des avantages des instruments négociés. En effet, ces critiques ne signifient pas « *que l'unilatéral doit aujourd'hui faire place au contractuel mais plutôt qu'il doit s'inspirer du processus du contrat* »²⁶³⁴. Or, la négociation tend à imprégner l'adoption et la mise en œuvre des actes unilatéraux, spécialement en droit de l'environnement. En effet, dans l'ombre se joue une négociation entre le demandeur de l'autorisation et l'administration²⁶³⁵ et dans la lumière l'acte unilatéral est discuté dans le cadre des diverses procédures de participation. *In fine*, « *l'instrumentum reste unilatéral (...). Par contre, le processus qui y conduit est contractuel* »²⁶³⁶.

637. *In fine*, si l'unilatéralité dispose d'avantages indéniables, elle doit aussi répondre au défi de la coordination dans un contexte de prolifération des textes et des polices. Alors que les actes unilatéraux sont de plus en plus négociés, les procédés d'inspiration contractuelle peuvent s'avérer un peu plus autoritaires qu'il n'y paraît.

II. Recueillir l'adhésion : les instruments en apparence négociés

638. Pour Jean-Marc Sauvé, « *l'ascension du contrat, comme mode de production de normes et comme procédé d'action publique, constitue l'un des traits les plus remarquables des dernières décennies* »²⁶³⁷. Défini comme « *un accord de volontés conclu entre deux personnes au moins, d'où résultent des droits et des obligations* »²⁶³⁸, le contrat implique en principe une négociation et la libre rencontre des consentements. Dès lors, lorsqu'il intervient dans le champ de l'action publique, le contrat s'oppose théoriquement à l'unilatéralité de l'acte administratif puisqu'il fait intervenir, pour sa formation, la volonté de la partie au contrat qui n'est pas l'administration.

²⁶³² Pierre LASCOUMES, « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 53.

²⁶³³ Pour une approche à la fois théorique et empirique de ce débat dans la littérature anglo-saxonne, v. Robert L. GLICKSMAN et Dietrich H. EARNHART, « Depiction of the regulator-regulated entity relationship in the chemical industry : deterrence-based v. cooperative enforcement », *Wm. & Mary Env'tl. L. & Pol'y Rev.*, vol. 31, 2007, p. 603.

²⁶³⁴ Yves JEGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 26.

²⁶³⁵ V. Yves JEGOUZO, *ibidem*, p. 28.

²⁶³⁶ Yves JEGOUZO, *ibidem*, p. 28.

²⁶³⁷ Jean-Marc SAUVE, in CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, La documentation française, 2008, p. 7.

²⁶³⁸ Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2010, p. 15.

639. Partant, le contrat présente sur le plan théorique de nombreux avantages. Il permet en principe de recueillir l'adhésion des destinataires habituels de la norme et ainsi, « *d'inciter sans contraindre* »²⁶³⁹. En effet, « *en soumettant le cocontractant à une règle qu'il consent à subir, et donc a contrario en lui permettant d'échapper à cette règle s'il ne souhaite pas contracter, l'autorité publique renonce à une logique d'unilatéralité et de police administrative pour se contenter d'inciter l'acteur à modifier son comportement* »²⁶⁴⁰. Le consentement des parties, élément central de tout contrat, permettrait ainsi à l'administration d'emporter l'adhésion de ses co-contractants. Dans le fond, il relèverait en quelque sorte de la même logique que la théorie de la délibération²⁶⁴¹ : la délibération/négociation produit de la légitimité qui renforce la probabilité que la norme qui en résulte soit respectée. Ainsi est-il attendu du contrat « *une meilleure acceptabilité de la norme et la garantie de son application* »²⁶⁴².

640. Pour autant, cette matière se prête mal à la systématisation théorique, principalement parce que les contrats sont d'une grande diversité, à tel point que l'on a pu qualifier la matière de « *jungle contractuelle* »²⁶⁴³. Il est pour cette raison difficile d'en effectuer une analyse qui procède autrement qu'en avançant des remarques qui, en tout état de cause, ne sauraient annihiler mais simplement relativiser les avantages qui viennent d'être exposés. De plus, le champ de l'étude doit être circonscrit pour se limiter aux procédés de type contractuel qui peuvent avoir un lien direct avec la mise en oeuvre des normes de droit public. On peut pour cela reprendre la classification des contrats effectuée par Laurent Richer en fonction de leur lien avec l'intérêt général²⁶⁴⁴. L'auteur distingue ainsi les contrats d'encadrement qui définissent des règles générales en vue de l'exercice d'une activité d'intérêt général²⁶⁴⁵, les contrats-buts qui impliquent la réalisation d'un intérêt privé qui coïncide avec l'intérêt général et les contrats-moyens. Si les deux premières catégories sont indirectement abordées dans le cadre de cette étude, ce n'est pas le cas de la dernière. Les contrats moyens²⁶⁴⁶ ont en effet un lien plus distendu avec la question de la mise en oeuvre. Ils permettent cependant la fourniture de biens et de services à l'administration et sont donc indispensables au bon fonctionnement du service public. Or, il va de soi que « *l'effectivité des droits exige souvent des moyens matériels et humains concrets de passage de l'énoncé juridique au monde, comme l'institution de services publics* »²⁶⁴⁷.

Rapporté au problème de la mise en oeuvre des normes supérieures, deux questions retiendront l'attention. D'une part, on peut se demander si, dès lors qu'ils entrent dans le

²⁶³⁹ Jean-Marc SAUVE, in CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, *op. cit.*, p. 8.

²⁶⁴⁰ Hafida BELRHALI-BERNARD, « Le droit de l'environnement : entre... », *op. cit.*, p. 1683.

²⁶⁴¹ V. *supra*, § 529 et s..

²⁶⁴² CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, *op. cit.*, p. 197.

²⁶⁴³ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 18.

²⁶⁴⁴ V. Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 69 et s.

²⁶⁴⁵ V. notamment Yves JEGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 543.

²⁶⁴⁶ Ils recouvrent notamment le droit de la commande publique et les conventions de délégation de service public.

²⁶⁴⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 20.

champ de la mise en œuvre de l'action publique, le caractère négocié des procédés de type contractuel n'est pas singulièrement altéré (A). D'autre part, il s'agit de rechercher si, derrière leurs avantages théoriques, se cachent des inconvénients susceptibles de nuancer le présumé d'efficacité dont ils bénéficient (B).

Au-delà des contrats proprement dits, il convient de prendre en considération l'ensemble des instruments qui, même s'ils ne constituent pas des contrats sur le plan juridique, relèvent de la même logique de négociation. En revanche, le développement des procédés de type contractuel dans le domaine de l'environnement est utilisé de façon privilégiée. Cette matière est à ce titre assez représentative²⁶⁴⁸ dans la mesure où le contrat s'y est développé aussi bien dans les relations entre les personnes publiques, entre les personnes privées, ainsi qu'entre la puissance publique et les personnes privées²⁶⁴⁹. A chaque fois, l'objectif est la protection de l'environnement, c'est-à-dire un objectif d'intérêt général.

A. Une négociation apparente

La liberté contractuelle dispose d'une valeur constitutionnelle²⁶⁵⁰ et constituait auparavant selon le Conseil d'Etat un principe général du droit²⁶⁵¹. Pour autant, la liberté de contracter, et son corollaire de la négociation, est loin d'être absolue. De façon générale, le contrat « occupe la dernière place dans la hiérarchie des normes juridiques »²⁶⁵² et est ainsi soumis aux lois comme aux actes administratifs unilatéraux. En outre, dès lors que les procédés de type contractuels entrent dans le champ de la mise en œuvre de l'action publique, certains d'entre eux peuvent constituer des contrats administratifs²⁶⁵³. Leur régime est

²⁶⁴⁸ L'utilisation du contrat en matière d'urbanisme est aussi importante. Son utilisation a cependant été marginalisée en matière d'autorisation de construire (v. Pierre-Laurent FRIER, « Contrats et urbanisme réglementaire : les obstacles juridiques », *Droit adm.*, 2005, ét. 5 ; Laurent RICHER, *op. cit.*, p. 62). Pour autant, un récent arrêt de la Cour EDH est venu préciser que si l'administration reconnaît le droit de construire, dans le cadre d'un contrat de vente d'un terrain, elle ne peut par la suite opposer au cocontractant les règles d'urbanisme conduisant au refus du permis de construire (Cour EDH, 18 novembre 2010, *Richet et Le Ber c. France*, JCP A, 2011, n° 2005, note David BAILLEUL) et le contrat tend à gagner le domaine de la planification urbaine (v. François PRIET, « L'urbanisme est-il soluble dans le contrat ? », *AJDA*, 2011, p. 2257). Il est aussi largement utilisé dans le cadre de l'urbanisme opérationnel (v. Etienne FATOME, « L'urbanisme contractuel », *AJDA*, 1993, n° spécial, p. 63).

²⁶⁴⁹ Au delà des frontières du droit public, v. Mathilde BOUTONNET, « L'efficacité environnementale du contrat », in Olivera BOSKOVIC, *L'efficacité du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 21.

²⁶⁵⁰ CC, 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC ; LPA, n° 255, 2001, p. 5, note Jean-Eric SCHOETTL. Sa valeur constitutionnelle dérive de certaines dispositions du bloc de constitutionnalité, notamment l'article 4 de la DDHC (v. Christophe GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 3^{ème} éd., PUF, 2011, p. 142 et s.).

²⁶⁵¹ CE, 7 février 1986, *Association FO Consommateurs*, rec., p. 31 ; CE, 20 mars 2000, *Mayer et Richer*, *AJDA*, 2000, p. 756, obs. Yves JEGOUZO.

²⁶⁵² CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, *op. cit.*, p. 91.

²⁶⁵³ « Sont des contrats administratifs les contrats conclus par une personne publique en vue ou à l'occasion du fonctionnement d'un service public et qui remplissent en outre l'une des deux conditions suivantes : la présence dans le contrat de clauses exorbitantes ou la participation directe du cocontractant à l'exécution même du service public » (CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 96). V. à ce propos CE, sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, rec., p. 167 ; *AJDA*, 1956, p. 221, chron. Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT ; CE, sect., 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, RDP, 1956, note Marcel WALINE ; TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, rec., p.

caractérisé par des pouvoirs exorbitants détenus par l'administration. L'administration dispose ainsi d'un droit de direction et de contrôle, d'une possibilité de sanction, de modification et de résiliation unilatérales du contrat²⁶⁵⁴. Il s'agit ici d'un facteur important de limitation de la liberté du co-contractant de l'administration.

De façon plus singulière, le caractère négocié des instruments de type contractuel peut être relativisé d'une part à travers la limitation de leur champ d'intervention (1) et d'autre part à la lumière des contrats dits d'« adhésion » (2).

1) Un champ d'intervention en principe limité

641. Les relations entre l'administration et les administrés ne peuvent pas être réglées par la voie contractuelle dans tous les domaines. La limitation la plus significative au regard de la « mise en œuvre » est celle qui résulte d'une décision d'assemblée du Conseil d'Etat du 17 juin 1932²⁶⁵⁵ au terme de laquelle la police « *par sa nature, ne saurait être confiée qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration* ». Cette jurisprudence a trouvé à s'appliquer de manière retentissante en matière d'environnement. Dans un arrêt *Les Amis de la Terre*, le Conseil d'Etat juge que les conventions visant à réduire les pollutions passées entre le ministre de l'environnement et une société privée, « *les conventions dont s'agit, alors même qu'elles comportent une clause qui réserve l'application de la législation sur les établissements classés, sont nécessairement dépourvues de toute valeur juridique* »²⁶⁵⁶. Il s'agissait en effet d'une délégation de police administrative interdite.

642. Pour autant, la police cède indéniablement du terrain par rapport au contrat²⁶⁵⁷. Hélène Pauliat considère même que « *le principe selon lequel l'activité de police ne se délègue pas semble désormais relégué au rang de souvenir...* »²⁶⁵⁸. Ce mouvement, qui touche l'ensemble du droit administratif, est aussi visible en droit de l'environnement, particulièrement dans le domaine de la police des installations classées. Deux exemples permettent de s'en rendre compte. D'une part, a été institué un contrôle périodique des ICPE confié à des sociétés privées rémunérées par les exploitants. Sur le plan juridique, il ne se substitue pas au contrôle

787 ; JCP G, 1963, II, 13375, note Jean-Marie AUBY ; CE, Ass., 26 février 1965, *Sté Vélocrome du Parc des Princes*, rec., p. 133 ; RDP, 1965, p. 1175, note Marcel WALINE ; CE, sect., 13 déc. 1963, *Synd. Des praticiens de l'art dentaire du Nord*, rec. p. 623 ; *Dalloz*, 1964, p. 55, concl. Guy BRAIBANT ; CE, 19 janvier 1973 : *Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, rec., p. 48 ; *Revue administrative*, 1973, p. 633, note Paul AMSELEK ; CE, 18 juin 1976, *Dame Culard*, rec., p. 319 ; AJDA, 1976, p. 579, note M. DURUPTY ; TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris (UAP)*, rec., p. 537, AJDA, 1983, p. 356, concl. Daniel LABETOULLE ; TC, 25 mars 1996, *Berkani*, rec., p. 536 ; RFDA, 1996, p. 818, concl. D. MARTIN.

²⁶⁵⁴ V. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 407 et s..

²⁶⁵⁵ CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec., p. 595. V. Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2010, p. 58 et s..

²⁶⁵⁶ CE, 8 mars 1985, *Les Amis de la Terre*, rec., p. 73 ; RFDA, 1985, p. 363, concl. JEANNENEY.

²⁶⁵⁷ V. Xavier LATOUR et Pierre MOREAU, « Délégation et activités de police : stop ou encore ? », JCP A, 2012, n° 2117 ; Benoit DELAUNAY, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », RFDA, 2012, p. 481.

²⁶⁵⁸ Hélène PAULIAT, « Police, Polices », JCP A, 2012, n° 2110, p. 20.

de l'inspection des ICPE et le contrôleur privé n'est pas habilité à dresser PV. Pour autant, en pratique, cela « *ressemble à un subterfuge* »²⁶⁵⁹ : le contrôle porte sur le respect des règles, et il a été mis en place pour permettre un désengagement de l'inspection des ICPE sur les installations soumises à simple déclaration et à enregistrement. D'autre part, la mise en œuvre des plans de prévention des risques technologiques donne lieu à des conventions de financement. Dans le cadre des mesures d'éloignement autour des installations *Seveso*, les collectivités publiques doivent s'entendre avec les industriels concernant la contribution de ces derniers au financement des mesures d'éloignement des riverains. Il en résulte que « *le délaissement et l'expropriation ne pourront être mis en œuvre tant que le contrat n'aura pas été conclu* »²⁶⁶⁰. L'exercice de la police est alors directement conditionné par les mesures contractuelles.

2) *Les contrats d'adhésion : l'exemple des contrats Natura 2000*

643. Outre les cas dans lesquels un contrat peut contenir des clauses qui relèvent de l'acte unilatéral²⁶⁶¹ et qui, à ce titre, changent de nature, « *tous les contrats administratifs ne donnent pas lieu à une discussion relative à leur contenu : celui-ci est parfois largement prédéterminé et non négociable* »²⁶⁶². C'est le cas des contrats dits d'« adhésion ». Il s'agit des contrats « *dont le contenu est peu ou prou dicté par l'administration* »²⁶⁶³. Ainsi visent-ils « *à orienter l'action des administrés dans un sens déterminé, conforme aux objectifs d'une politique publique* »²⁶⁶⁴. Dès lors, la marge de négociation du cocontractant de l'administration est considérablement réduite. Dans ces cas, il faut prendre acte que « *pas plus que la loi ne s'exprime toujours à l'impératif (...) le contrat n'est exclusif de tout élément de domination et de contrainte* »²⁶⁶⁵.

644. L'exemple des contrats conclus en France dans le cadre de la protection des sites Natura 2000 illustre la limitation du caractère négocié des contrats. L'article L. 414-3 du code de l'environnement permet aux personnes titulaires d'un droit réel ou personnel à l'intérieur d'un site Natura 2000 de conclure avec l'administration des « contrats Natura 2000 ». Le cocontractant doit s'acquitter d'obligations visant à la bonne gestion du site. En échange, il reçoit des aides de l'Etat. Ces contrats administratifs par détermination de la loi peuvent être considérés comme des contrats d'adhésion dans la mesure où leur contenu doit

²⁶⁵⁹ Carole HERMON, « La délégation de la police des installations classées (ou) la police n'est plus ce qu'elle était ! », *Mélanges en l'honneur de René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 252.

²⁶⁶⁰ Carole HERMON, « La délégation de la police des installations classées... », *op. cit.*, p. 253.

²⁶⁶¹ V. Raphaël ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux », *AJDA*, 1989, p. 9 ; Bertrand SEILLER, « Acte administratif (I – Identification) », *op. cit.*, n° 36 et s.

²⁶⁶² CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, *op. cit.*, p. 130.

²⁶⁶³ Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2010, p. 150.

²⁶⁶⁴ CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, *op. cit.*, p. 132.

²⁶⁶⁵ Jacques CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », *CCC*, n° 17, 2004, p. 81.

impérativement être conforme au contenu du « DOCOB » du site Natura 2000, document d'objectif approuvé par la puissance publique. On sait que les contrats d'adhésion sont souvent une « *formule privilégiée par l'administration pour obtenir un soutien minimum lorsqu'une politique publique risque de se heurter aux résistances d'une catégorie de citoyens* »²⁶⁶⁶. Dans le cas de Natura 2000, il s'agit essentiellement d'obtenir la collaboration des agriculteurs et des propriétaires des terrains situés à l'intérieur du périmètre du site. Pour autant, la marge de négociation de ces derniers est particulièrement réduite. En effet, « *tout dans ce contrat échappe au principe de liberté contractuelle* »²⁶⁶⁷, principalement en raison de la nécessaire conformité du contrat au DOCOB. Le choix du cocontractant se réduit « *à conclure ou à ne pas conclure* »²⁶⁶⁸.

645. Dès lors que la liberté contractuelle est considérablement limitée, on peut se demander si le recours au procédé contractuel présente encore des avantages comparativement au recours à l'acte unilatéral. En effet, « *le procédé conventionnel présente le triple inconvénient de n'être ni obligatoire (le contrat suppose l'accord du propriétaire ou de l'exploitant), ni universel (le contrat ne lie que les parties), ni permanent (à défaut d'être obligatoire, il n'est pas certain que toute la zone soit couverte de façon permanente par des contrats)* »²⁶⁶⁹. La part de liberté contractuelle qui demeure se transforme en un inconvénient redoutable. Si le propriétaire refuse de signer ou de renouveler le contrat, c'est une partie du site qui s'en trouvera dépourvue de protection, sinon de gestion. De plus, outre le coût des aides versées, c'est le principe de l'effet relatif des contrats qui pose problème. Ceux-ci ne produisent pas d'effet à l'égard des tiers. Or, la gestion d'un site Natura 2000 dépasse largement les parties au contrat pour s'étendre à l'ensemble des utilisateurs de la nature sur lesquels seul un acte unilatéral peut faire peser des obligations de protection du site. Cela a d'ailleurs été à juste titre relevé par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la mise en œuvre de la directive Oiseaux²⁶⁷⁰. L'ensemble de ces éléments contribue à alimenter le doute sur l'efficacité du recours au procédé contractuel.

B. Une efficacité aléatoire

L'efficacité de l'utilisation des procédés de type contractuel est aléatoire selon le contexte dans lequel ceux-ci s'incèrent. La situation semble globalement satisfaisante lorsqu'ils sont utilisés pour coordonner l'action publique (1). Il en va autrement dans le cadre des relations contractuelles de la puissance publique avec les personnes privées (2).

²⁶⁶⁶ CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, *op. cit.*, p. 132.

²⁶⁶⁷ Eve TRUILHE-MARENGO, « Contractualisation, réglementation : quelle articulation entre les outils de gestion des sites Natura 2000 ? », RJE, 2005, p. 135.

²⁶⁶⁸ Eve TRUILHE-MARENGO, *ibidem*, p. 139.

²⁶⁶⁹ Jean-Marc FEVRIER, « La gestion des sites Natura 2000 », AJDA, 2004, p. 1397.

²⁶⁷⁰ CJCE, 5 octobre 1994, *Commission c. France*, C-255/93 : le contrat « *ne vaut pas à l'égard des tiers dont les activités peuvent présenter une menace pour la conservation de la zone* ».

1) Des instruments de coordination de l'action publique

646. Le contrat s'est largement développé dans le cadre des relations entre personnes publiques, à tel point que ce procédé s'est largement banalisé²⁶⁷¹, notamment en matière d'aménagement du territoire²⁶⁷². Ainsi, « les contrats entre l'Etat et les collectivités locales concilient décentralisation et orientation de l'action locale »²⁶⁷³. Ils permettent de coordonner la mise en œuvre de l'action publique dans la mesure où « la contractualisation des rapports entre entités administratives infléchit les règles de dévolution des compétences et d'exercice des contrôles inhérents à la conception traditionnelle de la légalité »²⁶⁷⁴. Ces contrats procèdent d'une « logique horizontale de coordination »²⁶⁷⁵ et répondent à une exigence de transversalité qui est parfois mieux à même d'être efficace que la division traditionnelle des compétences administratives²⁶⁷⁶.

Dans le domaine de l'environnement, ce procédé a notamment été utilisé en matière de gestion de l'eau, permettant d'adapter l'action publique à l'échelle de la gestion d'un bassin hydrographique. Les contrats de rivière²⁶⁷⁷ passés entre l'Etat, les agences de l'eau et les collectivités territoriales « apparaissent ainsi comme les instruments opérationnels de mise en œuvre des SAGE »²⁶⁷⁸, les schémas d'aménagement et de gestion des eaux, en ce qu'ils permettent d'adapter la mise en œuvre des objectifs des SAGE, notamment en l'accompagnant de subventions. Le bilan de leur application est plutôt positif²⁶⁷⁹, même s'ils ne constituent qu'une simple « directive pour l'administration »²⁶⁸⁰. Il ne faut donc pas en attendre davantage qu'un simple instrument de programmation et de coordination. En effet, ces contrats ne présentent « pas les caractéristiques juridiques d'un véritable contrat, dont ils ne produisent d'ailleurs pas les effets »²⁶⁸¹.

²⁶⁷¹ V. Laurent RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA, 2003, p. 973.

²⁶⁷² V. CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, op. cit., p. 70 et s..

²⁶⁷³ Laurent RICHER, *Droit des contrats...*, op. cit., p. 6. Ils relèvent souvent de la catégorie des contrats d'adhésion. Leur contenu « est prédéterminé par les textes ou par l'Etat » (Nadine POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », RFDA, 1999, p. 551) et c'est l'Etat qui dispose des moyens financiers indispensables à l'exécution du contrat.

²⁶⁷⁴ Jacques CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », op. cit., p. 82.

²⁶⁷⁵ Jacques CHEVALLIER, *ibidem*, p. 82.

²⁶⁷⁶ Les contrats de plan Etat-régions sont des contrats administratifs (CE, Ass., 8 janvier 1988, *Ministre du Plan et de l'aménagement du territoire c. CUS*, rec., p. 3 ; *Revue administrative*, 1988, p. 141, note Philippe TERNEYRE). Néanmoins, un tel contrat « n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des opérations qu'il prévoit » (CE, 25 octobre 1996, *Assoc. Estuaire-Ecologie*, rec., p. 416 ; RFDA, 1997, p. 339, concl. Jacques-Henri STAHL).

²⁶⁷⁷ V. Bernard DROBENKO, *Droit de l'eau*, op. cit., p. 109 et s. ; « Les contrats de rivière et le droit communautaire de l'eau », REDE, 2004, p. 383.

²⁶⁷⁸ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2011, p. 172.

²⁶⁷⁹ V. Alain SAOUT, *Théorie et pratique du droit de l'eau*, op. cit., p. 207.

²⁶⁸⁰ V. TA Lyon, 10 décembre 1989, *FRAPNA*, RJE, 1990, p. 123.

²⁶⁸¹ Bernard DROBENKO, *Droit de l'eau*, op. cit., p. 112.

2) Les inconvénients de la contractualisation avec des personnes privées

647. « L'Etat ne cherche plus à imposer sa volonté par la contrainte ; il discute avec les entreprises et s'efforce d'obtenir leur collaboration, qui n'est jamais acquise d'avance »²⁶⁸². Ainsi, l'utilisation des procédés de type contractuel avec les personnes privées s'avère parfois délicate. Pêle-mêle, les inconvénients rencontrés sont l'inégalité qui en résulte entre les personnes privées, un déficit démocratique, le coût de l'action publique par contrat, le manque d'ambition de certains contrats et parfois l'inefficacité pure et simple de l'utilisation de procédés de type contractuels. C'est ce qu'il est possible d'illustrer à travers plusieurs exemples tirés du droit de l'environnement.

648. En premier lieu, il faut revenir un instant sur les contrats de branche conclus par le passé entre le ministère de l'environnement et certaines entreprises industrielles²⁶⁸³. A l'origine, c'est pourtant « la volonté d'obtenir une meilleure effectivité des législations pré-existantes qui a enclenché la mise en place des procédures négociées »²⁶⁸⁴. Si ces contrats ont pu donner satisfaction sur le plan de leur efficacité²⁶⁸⁵, ils tendaient à favoriser la mise en conformité des installations industrielles par le biais d'une aide financière mais ont parfois donné lieu à des « arrangements réglementaires »²⁶⁸⁶ engendrant parfois des amnisties pures et simples. Au-delà, ces contrats ont engendré une importante inégalité entre les industriels. En effet, « on pouvait imaginer que le contrôle sur ces établissements et le degré de tolérance à leur égard était plus grand que pour des usines ne faisant pas partie du contrat de branche »²⁶⁸⁷. Outre un manque de transparence, ces contrats aboutissaient aussi parfois à un alignement de la norme par le bas sur le niveau de sévérité que voulaient bien consentir les destinataires de la norme. Le risque d'alignement du *sollen* sur le *sein* était alors particulièrement important.

649. En deuxième lieu, la contractualisation avec les agriculteurs a été largement développée, comme le montrent les expériences des « contrats territoriaux d'exploitation » et des « contrats d'agriculture durable »²⁶⁸⁸. Au delà, les programmes de maîtrise des pollutions agricoles (PMPOA) ont donné lieu à des contrats de maîtrise des pollutions agricoles. Dans

²⁶⁸² Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 678.

²⁶⁸³ V. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., *op. cit.*, p. 167 ; Pierre LASCOUMES, « Les contrats de branche et d'entreprise en matière de protection de l'environnement en France », in Charles-Albert MORAND (dir.), *L'Etat propulsif – Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, Paris, 1991, p. 221 ; « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 47 et s..

²⁶⁸⁴ Pierre LASCOUMES, *ibidem*, p. 49.

²⁶⁸⁵ V. Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 41.

²⁶⁸⁶ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 41.

²⁶⁸⁷ Michel PRIEUR, « La déréglementation en matière d'environnement », RJE, 1987, p. 319. Sur l'inégalité qui en résulte, v. Pierre LASCOUMES, « Les contrats de branche... », *op. cit.*, p. 229.

²⁶⁸⁸ V. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2011, p. 171 ; Guillaume ROBILLARD, « Les contrats d'agriculture durable : une traduction juridique délicate de la contractualisation de l'action administrative », AJDA, 2008, p. 1272.

ce cadre « *les pouvoirs publics paient pour que des normes (obligatoires, par définition) soient appliquées* »²⁶⁸⁹, révélant un cruel « *aveu d'impuissance de la part des pouvoirs publics* »²⁶⁹⁰. L'inefficacité de ces démarches a d'ailleurs été stigmatisée par le juge administratif dans l'affaire des algues vertes²⁶⁹¹, comme par le juge de l'Union européenne. Ce dernier a ainsi jugé, dans le cadre de la mise en œuvre de la directive dite « Oiseaux »²⁶⁹², que les mesures agro-environnementales « *ont un caractère volontaire et purement incitatif à l'égard des agriculteurs exploitant des parcelles situées dans le Marais poitevin. Dès lors, ces mesures ne sont pas, en tout état de cause, susceptibles de compléter efficacement le régime de protection des ZPS classées* »²⁶⁹³.

650. En troisième lieu, la mise en œuvre des contrats Natura 2000 représente un coût financier important à la charge de l'Etat. Comme le souligne un rapport du Conseil d'Etat, cela est « *le prix à payer par une collectivité publique lorsqu'elle renonce à user de ses prérogatives unilatérales au profit du contrat* »²⁶⁹⁴. Cela est d'autant plus délicat que l'effet dissuasif des sanctions prévues en cas d'inexécution du contrat « *n'est pas prouvé* »²⁶⁹⁵. En outre, ce type de contrat, comme ceux évoqués précédemment, est affecté par un important déficit démocratique. Spécialement dans le domaine de l'environnement, « *ni les dispositions du droit des contrats administratifs ni le droit civil ne permettent de prendre en compte l'exigence d'information et de participation du public qu'implique la nature environnementale de ce dispositif* »²⁶⁹⁶.

651. En dernier lieu, le recours à ce qu'il est convenu d'appeler les « *approches volontaires* »²⁶⁹⁷, s'il laisse une grande liberté aux personnes privées, ne s'avère pas toujours performant. Outre une grande diversité de labels et de certifications²⁶⁹⁸, il est arrivé que la puissance publique incite fortement les personnes privées à s'entendre « *librement* » autour d'objectifs concourant à l'intérêt général. Dans ce cas, la puissance publique n'est pas partie au contrat, mais elle joue un rôle important pour inciter à sa formation. Les normes qui en résultent sont parfois peu ambitieuses²⁶⁹⁹. De façon générale, « *l'efficacité de ces instruments, comme leur caractère authentiquement volontaire, reste largement à démontrer* »²⁷⁰⁰. Un exemple en est fourni par les accords environnementaux conclus entre les constructeurs de

²⁶⁸⁹ INSPECTION GENERALE DES FINANCES, cité par Alain SAOUT, *Théorie...*, *op. cit.*, p. 250.

²⁶⁹⁰ Alain SAOUT, *Théorie et pratique du droit de l'eau*, Editions Johanet, 2011, p. 250.

²⁶⁹¹ CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, n° 07NT03775, *op. cit.*.

²⁶⁹² Directive n° 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages (JOCE n° L 103 du 25 avril 1979, p. 1 ; codifiée par la directive n° 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, JOUE n° L 020 du 26 janvier 2010, p. 7)

²⁶⁹³ CJCE, 25 novembre 1999, *Commission c. France*, C-96/98, § 26 et 27 ; *Droit de l'environnement*, n° 75, 2000, p. 5, note Laurent LE CORRE.

²⁶⁹⁴ CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, *op. cit.*, p. 132.

²⁶⁹⁵ Jean-Marc FEVRIER, « La gestion des sites Natura 2000 », *op. cit.*, p. 1397.

²⁶⁹⁶ Eve TRUILHE-MARENGO, « Contractualisation, réglementation... », *op. cit.*, p. 141.

²⁶⁹⁷ V. Nathalie HERVE-FOURNEREAU (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, 2008.

²⁶⁹⁸ Tels les certifications ISO et les éco-labels.

²⁶⁹⁹ V. Nathalie HERVE-FOURNEREAU « Présentation générale », in *ibidem*, p. 39.

²⁷⁰⁰ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 47.

voiture à propos des émissions de CO₂ de ces véhicules²⁷⁰¹. Au début des années quatre-vingt-dix, la Commission européenne a annoncé sa volonté d'élaborer une directive pour limiter ces émissions. Partant, une association européenne des constructeurs automobiles a protesté contre ce projet et il a finalement été remplacé par la conclusion d'un accord volontaire entre les entreprises du secteur. En 2004, l'association des constructeurs annonce que ces derniers ne seront pas en mesure d'atteindre leurs objectifs. Dans une communication de 2007²⁷⁰², la Commission a considéré que « *les progrès réalisés jusqu'à présent ont permis de se rapprocher de l'objectif de 140 g CO₂/km d'ici à 2008-2009, mais en l'absence de mesures supplémentaires, l'objectif de 120 g CO₂/km que s'est fixé l'UE ne sera pas atteint à l'horizon 2012. L'approche volontaire n'ayant pas fonctionné, la Commission considère nécessaire de recourir à une approche législative* ». Finalement, en 2009, un règlement est adopté par l'Union européenne et impose une limite de 130 grammes de CO₂ par kilomètre²⁷⁰³. Le bilan est donc particulièrement décevant. Outre le déficit démocratique du recours à ce type d'engagement volontaire, force est de constater que l'atteinte des objectifs environnementaux de l'Union européenne a subi une importante perte de temps.

652. En définitive, la capacité des instruments de type contractuel d'induire l'adhésion des destinataires de la norme grâce à leur caractère négocié et par là, d'être efficaces, s'avère beaucoup plus nuancée que l'approche théorique pourrait le laisser penser. D'autres instruments, différents, ont pour objet d'inciter les destinataires de la norme à atteindre ses objectifs.

III. Inciter : les instruments inspirés du fonctionnement du marché

653. Norberto Bobbio a beaucoup travaillé sur la notion d'incitation dans le cadre d'une théorie plus vaste portant sur le passage d'un ordre juridique répressif à un ordre juridique « promotionnel ». Dans un ordre juridique de type répressif, « *toute mesure directe destinée simplement à décourager la transgression d'une norme donnée sert à maintenir le statu quo* »²⁷⁰⁴. A l'inverse, dans le cadre de la « fonction promotionnelle du droit », « *la technique de l'encouragement vise non seulement à protéger mais aussi à provoquer l'exercice des actes conformes, (...), en rendant particulièrement réjouissants les actes obligatoires, et*

²⁷⁰¹ V. Ludwig KRAMER, « Les approches volontaires et le droit communautaire de l'environnement », in Nathalie HERVE-FOURNEREAU (dir.), *Les approches...*, op. cit., p. 90 et s..

²⁷⁰² COM (2007) 19 final du 7 février 2007, *Résultats du réexamen de la stratégie communautaire de réduction des émissions de CO₂ des voitures et véhicules commerciaux légers*, p. 7.

²⁷⁰³ Règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers (JOUE, n° L 140 du 05 juin 2009, p. 1).

²⁷⁰⁴ Norberto BOBBIO, « La fonction promotionnelle du droit », 1969, in *Essais...*, op. cit., p. 77.

particulièrement répugnants les actes interdits »²⁷⁰⁵. Selon Bobbio, « *la fonction promotionnelle du droit peut être exercée grâce à deux différents types d'expédients : les incitations et les récompenses. J'entends par "incitations" les mesures qui servent à faciliter l'exercice d'une activité économique déterminée et par "récompenses" les mesures qui visent à donner satisfaction à ceux qui ont déjà accompli une activité déterminée. L'incitation accompagne l'activité dans sa formation ; la récompense la succède* »²⁷⁰⁶. Pour lui, le concept de sanction positive relève de la récompense²⁷⁰⁷.

654. A ce stade, il faut revenir temporairement à une définition plus large de l'incitation. Dans le cadre qui est le nôtre, inciter, c'est « *pousser à une action* »²⁷⁰⁸. Dès lors, les instruments juridiques dont l'objet est l'incitation sont très nombreux dans la mesure où la notion recoupe la fonction même du droit qu'est la direction des conduites. Ainsi, l'incitation n'est évidemment pas le monopole des instruments inspirés du fonctionnement du marché. Tous les instruments, que ce soit les sanctions utilisées dans le cadre de la police administrative ou des procédés de type contractuel, cherchent à inciter. Pour autant, les instruments inspirés du fonctionnement du marché semblent avoir une tendance plus marquée en ce sens. Il y a en effet, dans l'idée d'inciter, une idée identique à celle de ces instruments, à savoir celle d'influencer indirectement les conduites.

On peut distinguer deux grands types d'instruments qui s'inspirent du fonctionnement du marché. Dans les deux cas, il s'agit de limiter les « externalités négatives »²⁷⁰⁹ produites par l'absence d'encadrement. Le droit se saisit alors des deux principaux moyens d'action sur les externalités proposés par la théorie économique. D'un côté, Arthur Cecil Pigou propose d'instituer des taxes pénalisant la production d'externalités négatives ; de l'autre, Ronald Coase propose d'attribuer des droits de propriété sur le bien à réguler et d'en organiser l'échange à travers le libre jeu du marché²⁷¹⁰. Notre objet n'est pas de trancher la controverse qui demeure entre ces deux approches économiques mais de comprendre le rôle joué par les instruments qui s'en inspirent vis-à-vis de la mise en œuvre d'objectifs tirés de normes supérieures. Gardant néanmoins à l'esprit ces deux approches, il est possible de distinguer d'une part les instruments qui agissent sur les prix tels que la fiscalité ou les aides publiques (A) et l'échange de droit sur un marché d'autre part (B). Si le droit de l'environnement sera privilégié en raison du développement de ces instruments dans ce domaine, l'analyse est tout à fait transposable à toute autre secteur connaissant des externalités négatives.

²⁷⁰⁵ Norberto BOBBIO, *ibidem*, p. 73.

²⁷⁰⁶ Norberto BOBBIO, « Vers une théorie fonctionnaliste du droit », in *De la structure à la fonction – Nouveaux essais de théorie du droit* (trad. David Soldini), Dalloz, 2012, p. 105.

²⁷⁰⁷ Norberto BOBBIO, « Les sanctions positives », 1968, in *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 176.

²⁷⁰⁸ V. entrée « inciter » in CNRTL, *op. cit.*, www.cnrtl.fr.

²⁷⁰⁹ L'externalité négative est un effet secondaire, négatif, d'une activité qui ne fait pas l'objet d'une compensation de la part de son producteur.

²⁷¹⁰ V. François LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, Repères, La Découverte, 2004, p. 24 et s..

A. L'action sur les prix : la fiscalité et les aides publiques

655. L'action sur les prix consiste à augmenter ou à diminuer artificiellement – l'artifice sur le marché étant l'intervention de la puissance publique – le prix d'un bien ou d'un service afin d'en influencer la consommation. Les principaux instruments juridiques qui exercent une influence sur les prix sont la fiscalité et les aides publiques.

656. En ce qui concerne d'une part la fiscalité, pour comprendre le rôle joué par cet instrument, il faut revenir aux distinctions opérées par Norberto Bobbio. D'une part, la « facilitation », qu'il assimile à l'« incitation », est un « *contrôle consistant dans la promotion de l'activité dans la direction voulue -, non pas en allouant une récompense à l'action désirée après qu'elle ait été accomplie, mais en faisant en sorte que son accomplissement soit rendu difficile ou moins facile* »²⁷¹¹. Rapporté aux instruments fiscaux, relèvent de cette catégorie les taxes qui ont pour objet de pénaliser un comportement particulier. Cela est évidemment le cas des « éco-taxes » d'inspiration Pougouvienne. D'autre part, la « récompense » et les « sanctions positives » succèdent à l'action. Relèvent alors de cette catégorie les diverses exonérations fiscales accordées en raison de l'accomplissement de certaines « bonnes » actions.

Le droit de l'environnement, et au demeurant le droit de l'urbanisme²⁷¹², utilise largement l'instrument fiscal pour inciter à la protection de l'environnement²⁷¹³. En effet, les instruments fiscaux « *sont indispensables à la mise en œuvre d'une politique effective de préservation de l'environnement* »²⁷¹⁴. Marquée par la multiplicité des dispositifs la fiscalité de l'environnement est un « *édifice de caractère composite et complexe* »²⁷¹⁵, même si la taxe générale sur les activités polluantes a regroupé cinq taxes préexistantes²⁷¹⁶. On peut identifier quelques éléments qui favorisent la performance de la fiscalité écologique. En premier lieu, l'assiette de la taxe doit être large et ne pas trop souffrir d'exemptions. Pour autant, la fiscalité écologique possède une « *dimension fortement dérogatoire* »²⁷¹⁷. C'est d'ailleurs la principale raison qui a conduit à la censure par le juge constitutionnel de la contribution carbone

²⁷¹¹ Norberto BOBBIO, « Les sanctions positives », *op. cit.*, p. 180.

²⁷¹² La fiscalité de l'urbanisme n'a que récemment adopté une orientation finaliste. Ainsi pouvait-on, par le passé, considérer que « *la fiscalité de l'urbanisme, qui existe, n'est à peu près pas du tout une fiscalité d'incitation, d'orientation : son seul souci est de faire participer tel ou tel aux coûts de l'urbanisation* » (Jean-Bernard AUBY, « Quelques réflexions... », *op. cit.*, p. 36). Elle a cependant été mise « *au service de la politique urbaine* » (Y. JEGOUZO et J.-P. LEBRETON, « La réforme de la fiscalité de l'urbanisme », AJDA, 2011, p. 210) avec, notamment, la création du versement pour sous densité qui vise à pénaliser, pour des raisons environnementales, l'étalement urbain.

²⁷¹³ Sur la fiscalité de l'environnement, v. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 178.

²⁷¹⁴ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 49.

²⁷¹⁵ Agathe VAN LANG, *ibidem*, p. 49.

²⁷¹⁶ V. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 180.

²⁷¹⁷ Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 49.

envisagée un temps par le gouvernement et insérée dans un projet de loi de finance²⁷¹⁸. Celle-ci a été considérée comme contraire au principe d'égalité en raison d'un nombre trop important d'exemptions. Le juge constitutionnel a d'ailleurs à juste titre relevé l'inefficacité globale qui en résultait. En second lieu, le taux « *doit être rigoureusement proportionnel à la pollution émise* »²⁷¹⁹ et son niveau doit être suffisamment élevé pour être dissuasif. En dernier lieu, le domaine de l'eau a montré de « *fortes inégalités entre les catégories d'usagers* »²⁷²⁰. Ainsi, alors que l'agriculture correspond à une part majoritaire de la pollution de l'eau, sa contribution fiscale est minime, le différentiel étant assumé par la contribution des ménages²⁷²¹. Cette situation est non seulement injuste envers les ménages, mais aussi inefficace sur le plan de la lutte contre les pollutions d'origine agricole.

657. En ce qui concerne d'autre part les aides publiques²⁷²², il faut les distinguer des taxes qui ont pour objet de pénaliser une externalité négative. A l'inverse, une aide a pour objet de favoriser une action souhaitée par la puissance publique. Il s'agit d'une incitation au sens où l'entend Bobbio dès lors que son versement est acté avant la réalisation de l'action. La circonscription de l'objet de l'aide en fait en soi un instrument incitatif. Au-delà de son objet spécifique, l'aide peut aussi favoriser un objectif annexe lorsqu'elle est conditionnée²⁷²³. En matière d'environnement, outre les aides publiques qui ont pour objet la réalisation d'une action en faveur de l'environnement, par exemple dans le cadre de Natura 2000, certaines collectivités publiques mettent en place une éco-conditionnalité pour l'attribution ou la bonification d'aides économiques aux entreprises. En outre, il pèse sur les distributeurs d'électricité une obligation d'achat, à un tarif garanti par la voie réglementaire, de l'électricité produite à partir d'une source renouvelable²⁷²⁴. On peut y voir un dispositif qui peut être assimilé à une aide publique d'Etat au sens de l'article 87 TCE²⁷²⁵.

B. L'échange de droits : l'exemple des quotas d'émission de CO2

658. La mise en place d'un système d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre au sein de l'Union européenne s'est inspirée de l'expérience américaine en la matière²⁷²⁶. Pour

²⁷¹⁸ CC, 29 décembre 2009, n° 2009-599 DC. V. Wanda MASTOR, « La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 : chronique d'une mort – et d'une renaissance ? – annoncée », AJDA, 2010, p. 277.

²⁷¹⁹ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 180.

²⁷²⁰ Alain SAOUT, *Théorie et pratique du droit de l'eau*, op. cit., p. 191. V aussi, COUR DES COMPTES, *Rapport annuel 2010*, op. cit., p. 628 et s..

²⁷²¹ Sur la redevance de pollution perçue au profit des agences de l'eau, v. L. 213-10 du code de l'environnement ; Bernard DROBENKO, *Droit de l'eau*, op. cit., p. 263 et s..

²⁷²² V. Jean-Philippe COLSON et Pascale IDOUX, *Droit public économique*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2010, p.341 et s..

²⁷²³ V. Jean-Philippe COLSON et Pascale IDOUX, *ibidem*, p. 383.

²⁷²⁴ Article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

²⁷²⁵ V. la question préjudicielle posée en ce sens par le Conseil d'Etat à la CJUE (CE, 15 mai 2012, *Association Vent de Colère! Fédération Nationale et autres*, n°324852).

²⁷²⁶ V. François LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, op. cit., p. 40 et s..

autant, il ne s'agit pas d'un pur mécanisme de marché. Dès lors que la puissance publique institue et régule le marché d'échanges des quotas, « *il s'agit plutôt d'une régulation publique utilisant les mécanismes de marché* »²⁷²⁷. Il y a en effet un « *maintien de l'intervention normative de la puissance publique* »²⁷²⁸. Les défenseurs de ce type d'instrument l'opposent au « *command and control* » et soulignent, par opposition à la réglementation et à la police, sa flexibilité et son absence de lourdeur administrative.

Ce système d'échange a été mis en place par l'Union européenne afin de satisfaire ses engagements internationaux de réduction des gaz à effet de serre résultant du Protocole de Kyoto²⁷²⁹. Son fonctionnement est le suivant. Au début de chaque période d'engagement, la puissance publique alloue aux acteurs du marché, principalement des entreprises industrielles, une quantité de « quotas » d'émission en principe proportionnel à son niveau présent d'émission. La quantité totale disponible sur le marché est déterminée par la puissance publique, en fonction du niveau des objectifs qu'elle poursuit. Si elle souhaite faire baisser le niveau global d'émission sur le marché, elle diminuera la quantité de quotas disponibles. A la fin de chaque période, lorsqu'une installation a produit des émissions à un niveau supérieur à celui de la quantité de quotas dont elle dispose, elle devra compenser la différence en achetant, sur le marché, des quotas supplémentaires. Dans le cas contraire, elle pourra vendre les quotas excédentaires dont elle dispose. Si le Conseil d'Etat a pu considérer, dans un rapport, que « *l'échange contractuel de ces droits sur le marché aboutit à un système efficace d'incitations* »²⁷³⁰, ce dispositif pose de nombreuses questions, notamment au stade de sa mise en œuvre opérationnelle.

659. En premier lieu, le système ne concerne pas l'ensemble des gaz à effet de serre produits par la société. Le marché englobe moins de la moitié des émissions de CO₂²⁷³¹ et ne concerne pas les autres gaz qui contribuent de façon significative à l'effet de serre. Il est donc limité par l'étroitesse de son champ d'application. En deuxième lieu, entre 2005 et 2007, de nombreux Etats ont choisi d'attribuer gratuitement les quotas d'émission aux entreprises, alors même que la possibilité leur été offerte de les mettre aux enchères. Dans la période 2008-2012, il n'y a pas eu d'amélioration sensible. Seuls l'Allemagne, l'Italie et le Royaume Uni ont procédé à des enchères. Or, la gratuité des quotas nuit globalement à l'efficacité du système²⁷³². Face à ces limites, l'Union européenne a réagi à travers une directive du 23 avril

²⁷²⁷ Yves JEGOUZO, « L'évolution des instruments... », *op. cit.*, p. 33.

²⁷²⁸ Michel BAZEX, « Les instruments du marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement : l'exemple du système des quotas d'émission de gaz à effet de serre », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, p. 1193.

²⁷²⁹ Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques (signé le 11 décembre 1997 et entré en vigueur le 16 février 2005).

²⁷³⁰ CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique...*, *op. cit.*, p. 58.

²⁷³¹ V. Maya BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 43.

²⁷³² V. Maya BACACHE-BEAUVALLET, *ibidem*, p. 44.

2009, transposée en France par voie d'ordonnance²⁷³³. Celle-ci procède ainsi à un élargissement des secteurs industriels concernés par le marché et a ouvert la porte à l'inclusion d'autres gaz contribuant à l'effet de serre. En outre, l'ordonnance limite timidement les possibilités d'attribution de quotas à titre gratuit, même si au terme de l'article L. 229-8 du code de l'environnement, cela sera désormais impossible dans certains secteurs. En troisième lieu, une quantité trop importante de quotas a été distribuée sur le marché. Ainsi, il est intéressant de constater qu'« en France, les émissions réelles en 2005 ont été inférieures de 14 % à l'enveloppe globale de permis distribués ». Cela « a abouti à un décrochage brutal puis à une baisse progressive du prix de la tonne de CO₂, qui est proche de zéro en 2008 »²⁷³⁴. L'échec de la régulation du carbone était alors total. En dernier lieu, ce système a donné lieu à des fraudes fiscales massives, notamment sur la TVA. Cette dernière a constitué, selon la Cour des comptes, la « fraude fiscale la plus importante jamais enregistrée en France en un temps aussi bref »²⁷³⁵. La Cour a ainsi identifié comme origine de la fraude un déficit de régulation du marché et mis en cause un ensemble d'institutions de régulation. Plus globalement, il a résulté de cette fraude massive à la TVA un effet de distorsion sur le prix du carbone, ce qui a pu *in fine* altérer la capacité de cet instrument à réduire les émissions²⁷³⁶.

660. Il résulte de l'ensemble de ces faiblesses un paradoxe au regard des prétendus avantages présentés par le recours aux instruments du marché comparativement à l'approche « *command and control* ». En effet, « la régulation s'impose (...) à de multiples égards »²⁷³⁷. La directive du 23 avril 2009, l'ordonnance du 28 juin 2012 et le fait que la lutte contre la fraude à la TVA nécessite désormais l'intervention du droit pénal²⁷³⁸ en sont la meilleure démonstration. A la prétendue légèreté du recours au marché succède la lourdeur et la complexité d'un système qui, pour fonctionner de façon satisfaisante, requiert l'intervention accrue de la puissance publique.

661. En définitive, l'analyse de l'adoption des normes d'application, indispensables à la concrétisation des normes supérieures, révèle le paradoxe selon lequel les lois et règlements impliquent une obligation d'adopter les normes nécessaires à leur application alors que la Constitution ne donne lieu à aucune obligation explicite et générale tendant à sa mise en œuvre. En outre, l'analyse des instruments à la disposition du pouvoir exécutif pour l'application des normes supérieures montre qu'aucune catégorie d'instrument ne prend *a priori* le dessus sur l'autre. L'acte unilatéral présente des avantages indéniables mais sa

²⁷³³ Directive n° 2009/29/CE améliorant et étendant le système communautaire d'échange de quotas ; ; ordonnance n° 2012-827 du 28 juin 2012 relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (JORF, 29 juin 2012, p. 10617).

²⁷³⁴ Maya BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit... », *op. cit.*, p. 45.

²⁷³⁵ COUR DES COMPTES, « La fraude à la TVA sur les quotas de carbone » in *Rapport public annuel 2012*, février 2012, p. 175.

²⁷³⁶ Katherine NIELD et Ricardo PEREIRA, « Fraud in the EU Emissions Trading Scheme », *European Energy and Environmental Law Review*, 2011, p. 259.

²⁷³⁷ Jean-Philippe COLSON et Pascale IDOUX, *Droit public économique*, *op. cit.*, p. 209.

²⁷³⁸ Katherine NIELD et Ricardo PEREIRA, « Fraud in the EU... », *op. cit.*, p. 279 et s..

coordination pose des problèmes importants. Le charme théorique des procédés contractuels est souvent relativisé dans le champ de la mise en œuvre de l'action publique. Du côté des instruments de marché, la fiscalité ne présente pas toujours les garanties pour être dissuasive et l'échange des quotas de gaz à effet de serre s'avère largement décevant dans la pratique. La promesse d'un instrument flexible et sans contrainte administrative ne semble pas être tenue. Deux remarques finales peuvent être faites concernant les instruments. D'une part, il convient de les aborder sous l'angle des complémentarités. Le recours au marché dans la protection du climat n'exclut pas que l'acte unilatéral vienne fixer des limites d'émission aux installations industrielles. L'exemple du droit de l'environnement montre bien que toute la variété d'instruments est mise à contribution. D'autre part, l'analyse de ces instruments montre aussi que leurs faiblesses proviennent souvent de leur conception. Dès lors, les concepteurs de la « *structure de mise en œuvre* »²⁷³⁹ ont une partie de l'effectivité ou de l'ineffectivité des normes supérieures entre leurs mains. La conception de cette structure de mise en œuvre constitue ainsi une condition de l'effectivité de la norme, que ce soit au niveau de l'adoption des normes d'application ou du choix des instruments, voire, plus largement encore, au niveau de la capacité de cette structure à susciter la confiance des destinataires de la norme.

²⁷³⁹ Erhard BLANKENBURG, « La recherche de l'efficacité de la loi... », *op. cit.*, p. 83.

Section II : Les conditions de la confiance des destinataires de la norme

662. La Charte de déontologie signée par les membres du gouvernement au printemps 2012 affirme que « *le bon fonctionnement d'une démocratie passe par l'existence d'un lien de confiance entre les citoyens et ceux qui gouvernent. Cette confiance ne se confond pas avec la légitimité donnée, directement ou indirectement, par le suffrage universel* »²⁷⁴⁰. La « confiance » est ainsi placée au cœur du bon déroulement de l'action gouvernementale. Au-delà, c'est aussi la prévention de l'ineffectivité qui est en jeu. Celle-ci peut être promue en suscitant l'adhésion des destinataires de la norme à cette dernière. La confiance passe donc en partie par l'ouverture et la démocratisation de l'administration. Son lien avec l'effectivité des normes juridiques est avancé en science administrative. Ainsi, « *en acceptant d'exposer ses intentions, d'expliquer le sens de ses démarches, d'éclairer les ressorts de son fonctionnement, l'administration cherche à améliorer la qualité de ses relations avec le public et, partant, l'efficacité de son action* »²⁷⁴¹. Or, l'efficacité de l'action administrative passe en partie par l'effectivité de la norme. Par conséquent, la confiance des destinataires de la norme constitue une condition de l'effectivité. Ainsi, « *l'administration, au lieu d'ordonner, d'imposer, d'enjoindre, cherche à convaincre, persuader, séduire* »²⁷⁴².

663. En outre, associer les destinataires de la norme à sa mise en œuvre permet de mieux appréhender la complexité et la pluralité des acteurs qui y participent. La démocratie administrative et la participation « *contribuent à produire de la légitimité par le sentiment d'équité procédurale qu'elles communiquent aux citoyens* »²⁷⁴³ et elles permettent aussi d'espérer une limitation du risque de désobéissance à la norme. On sait en effet que la désobéissance civile peut provenir d'une contestation de la légitimité de la norme²⁷⁴⁴. Ainsi, il faut « *bien souvent se préoccuper de motiver les acteurs dont l'adhésion aux objectifs de la politique est essentielle. Il en résulte la nécessité d'impliquer les groupes d'intérêts dans la prise de décision publique ou dans la mise en œuvre afin de réduire les possibilités de résistance* »²⁷⁴⁵.

664. Pour autant, traditionnellement, on considère que compte tenu du fait que le gouvernement résulte de la démocratie parlementaire, la question de la démocratie dans l'administration ne se pose pas, cette dernière assurant une fonction purement exécutive qui n'implique pas de décision de nature politique²⁷⁴⁶. En principe, « *c'est de leur rapport à la*

²⁷⁴⁰ *Charte de déontologie des membres du gouvernement, op. cit.*, Paris, 17 mai 2012.

²⁷⁴¹ Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, 4^{ème} éd, PUF, 2007, p. 444.

²⁷⁴² Jacques CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », RFAP, n° 137-138, 2011, p. 220.

²⁷⁴³ Jean-Bernard AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », RFAP, 2011, n° 137-138, p. 18.

²⁷⁴⁴ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes, op. cit.*, p. 167.

²⁷⁴⁵ Patrice DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politiques et Management public*, Vol. 11, n° 4, 1993, p. 34.

²⁷⁴⁶ Sur cette question, v. Bruno DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », RFAP, n° 137-138, 2011, p. 27 et s..

représentation nationale que les producteurs, les acteurs principaux du droit administratif tirent leur légitimité »²⁷⁴⁷. Jean-Bernard Auby a cependant montré comment on s'est progressivement éloigné de ce schéma théorique. Sous la V^{ème} république, l'exécutif n'est pas seulement un pouvoir exécutant, il est aussi à la base de l'impulsion de l'action publique. Il faut ajouter à cela que le développement de la décentralisation et des autorités administratives indépendantes nous a éloignés encore un peu plus de la vision unitaire du pouvoir exécutif. Dénonçant la « *naïveté* » de ce schéma²⁷⁴⁸, Jean-Bernard Auby considère qu'il faut prendre acte de ces évolutions en comblant le déficit démocratique de la fonction exécutive de l'administration. On pourrait encore mettre en évidence, en soutien à cette analyse, la crise de la représentation qui affecte le Parlement et par conséquent, *in fine*, le gouvernement et l'administration. Le déficit de légitimité démocratique de l'administration est alors plus net.

665. L'enjeu contemporain est donc de mettre en place « *la démocratie dans le quotidien du droit administratif* »²⁷⁴⁹. Or, le quotidien de l'administration, c'est l'exécution et la mise en œuvre des normes juridiques, deux questions qui concernent directement l'effectivité de la norme. Au delà du principe démocratique lui-même, la prévention de l'ineffectivité est un argument qui vient en soutien de la démocratisation de l'administration. Jean Rivero l'a très tôt identifié. Ainsi, « *sur le terrain de l'efficacité, il est évident que l'exécution est d'autant plus facile que la décision a été comprise ; si l'on a pris la peine d'expliquer à l'homme le pourquoi et le comment de ce qui lui est imposé, sa liberté et sa raison entreront en jeu ; elles sont, pour l'action, des auxiliaires plus féconds que la hargne* »²⁷⁵⁰.

Le rapport d'implication entre la confiance des destinataires de la norme et son effectivité n'est donc pas nouveau. Indirectement, Jean Rivero souligne l'importance de l'information du public, de la motivation des décisions administratives et de la prise en considération des résultats de la participation. Pour lui, « *dans l'optique de l'exécution, l'efficacité n'est pas du côté de l'autorité, fut-elle technocratique, mais du côté de l'adhésion, c'est-à-dire de la démocratie* »²⁷⁵¹. Lors de nos développements précédents, nous avons cherché à mettre en évidence le rôle de la démocratisation au regard du renforcement de la légitimité de la norme, elle-même envisagée comme une condition d'effectivité. Désormais, il s'agit de montrer qu'elle constitue un facteur de la confiance des destinataires de la norme (§1), celle-ci étant considérée comme indispensable au bon déroulement de la mise en œuvre de la norme dans la mesure où elle contribue à la prévention de l'ineffectivité en suscitant l'adhésion. Si l'administration s'est largement démocratisée ces dernières décennies, demeurent néanmoins un certain nombre d'éléments qui contribuent à altérer la confiance des destinataires de la norme (§2). Les domaines de l'environnement et de l'urbanisme ont d'ailleurs été le théâtre de cet approfondissement de la démocratie. Véronique Champeil-Desplats remarque ainsi à juste titre que « *le droit international de l'environnement est sans*

²⁷⁴⁷ Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, 2006, ét. 3, § 7.

²⁷⁴⁸ Jean-Bernard AUBY, *ibidem*, § 9.

²⁷⁴⁹ Jean-Bernard AUBY, *ibidem*, § 6.

²⁷⁵⁰ Jean RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration... », in *op. cit.*, p. 828.

²⁷⁵¹ Jean RIVERO, *ibidem*, p. 832.

doute l'un des premiers à avoir promu des concepts renouvelés de démocratie et de citoyenneté »²⁷⁵² et cela se ressent nettement en droit interne positif. Pour autant, les facteurs qui contribuent à rompre la confiance – tels les dérogations, les tolérances, les régularisations ou l'inertie administrative – sont aussi particulièrement présents en droit de l'environnement et en droit de l'urbanisme.

§1 – La confiance par la démocratisation de la fonction exécutive de l'administration

666. « Si la contrainte est au cœur de l'institution étatique, cette contrainte est d'autant mieux acceptée, donc d'autant plus efficace, que les commandements de l'autorité sont perçus comme légitimes ; la croyance en la légitimité de l'appareil d'Etat favorise l'adhésion spontanée aux ordres émis en son nom et permet d'assurer l'effectivité de ses décisions en faisant l'économie du recours à la force »²⁷⁵³. Ainsi la mise en œuvre des normes juridiques est favorisée par le triptyque « légitimité, confiance, adhésion », lequel implique la démocratisation de l'administration²⁷⁵⁴.

Cette démocratisation s'est largement développée en France dans les années soixante dix, sous l'impulsion du législateur²⁷⁵⁵. Désormais, on assiste clairement à une internationalisation des impératifs liés à la démocratisation de l'administration, que ce soit au niveau du droit international, du droit de la Convention EDH ou de l'Union européenne²⁷⁵⁶. Deux voies principales marquent la démocratisation de l'administration. D'une part, la transparence de son action s'est améliorée. Néanmoins, elle se contente ici d'ouvrir ses portes, principalement par le biais de l'accès à l'information. Dans ce cas, la démocratisation est essentiellement passive (I). D'autre part, avec la participation du public et la motivation de ses décisions, l'administration doit associer le public à ses décisions et se justifier. La démocratisation est ici active (II).

²⁷⁵² Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La citoyenneté administrative », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 401.

²⁷⁵³ Danièle LOCHAK, « Le principe de légalité – Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 387.

²⁷⁵⁴ Sur la notion de citoyenneté administrative, v. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La citoyenneté administrative », *op. cit.*, p. 402 ; Gilles DUMONT, *La citoyenneté administrative*, thèse, droit, Paris I, 2002.

²⁷⁵⁵ V. la loi n° 1973-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur de la République ; la loi n° 1978-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; la loi n° 1978-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ; la loi n° 1979-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Plus récemment, v. la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

²⁷⁵⁶ V. l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantit le droit à une bonne administration. Il s'agit d'un « droit gigogne » (Jean-Paul JACQUE, in RFAP, n° 137/138, 2011, p. 81) qui regroupe un ensemble de droits préexistants : droit d'être entendu ; droit d'accéder à son dossier ; obligation de motivation, etc. Sur la Convention EDH, v. Patrick Wachsmann, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », AJDA, 2010, p. 3138. En droit international, v. à titre principal la Convention d'Aarhus.

I. Une démocratisation passive : la transparence et l'information

667. « *Le secret est le contraire même de la démocratie (...) il engendre la perte de confiance des citoyens dans l'administration* »²⁷⁵⁷. Ainsi, la recherche de transparence dans l'action de l'administration vise selon Jacques Chevallier « *à dissiper le mystère qui entoure l'administration, en donnant à l'administré la faculté de comprendre la logique qui commande les gestes administratifs* ». Le principal moyen choisi pour améliorer la transparence de l'administration a été d'assurer un accès le plus large possible à l'information qu'elle détient. On escompte que les décisions de l'administration « *seront mieux acceptées et mieux appliquées si leur sens est connu et compris des administrés* »²⁷⁵⁸. Il s'agit « *d'éliminer l'ignorance, la méconnaissance et l'incompréhension qui compromettent la bonne exécution des décisions* »²⁷⁵⁹. L'objectif d'une ouverture de l'accès à l'information administrative est donc clairement d'améliorer la mise en œuvre des décisions de l'administration en favorisant un climat de confiance entre elle et les destinataires de son action. Il faut y ajouter que pour les destinataires de la norme, l'information est le préalable indispensable à toute action future en faveur de la mobilisation des effets de la norme. Elle conditionne tant leur participation à l'élaboration des normes d'application que leur éventuelle saisine du juge.

Depuis 1978, l'accès à l'information s'est largement développé (A), spécialement dans le domaine de l'environnement qui en a fait un droit fondamental (B), même si des limites demeurent.

A. Le développement de l'accès à l'information administrative

668. Le développement de l'information en tant que moyen de démocratisation de l'administration se limite essentiellement, en ce qui concerne le droit commun, à la possibilité d'avoir accès à des informations détenues par l'administration. En dehors du domaine de l'environnement, il ne pèse sur l'administration aucune obligation positive d'informer le public. C'est le cas aussi bien dans le champ du droit international que dans celui du droit interne.

669. En ce qui concerne le droit international, une convention du Conseil de l'Europe du 18 juin 2009²⁷⁶⁰ a reconnu un droit général d'accès aux informations²⁷⁶¹. Du côté de la

²⁷⁵⁷ François OST, « La responsabilité, fil d'Ariane... », *op. cit.*, p. 316.

²⁷⁵⁸ Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, 4^{ème} éd., PUF, 2007, p. 442.

²⁷⁵⁹ Jacques CHEVALLIER, *ibidem*, p. 446.

²⁷⁶⁰ Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (signée le 19 juin 2009 ; non encore entrée en vigueur).

jurisprudence de la Cour EDH, « le droit à l'information du public revêt principalement la forme d'un droit à la communication de documents administratifs. La reconnaissance d'une obligation à la charge de l'administration d'informer de sa propre initiative le public demeure, en l'état, circonscrite au domaine des activités à risque »²⁷⁶². Au niveau de l'Union européenne, l'article 15 du TFUE²⁷⁶³ comme l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux énoncent un droit d'accès à l'information.

670. Du côté du droit interne français, le Conseil d'Etat a considéré que le droit d'accès aux documents administratifs constitue une liberté publique²⁷⁶⁴ et c'est la loi du 17 juillet 1978 qui en organise le régime juridique²⁷⁶⁵. C'est seulement dans le domaine de l'environnement que ce droit est constitutionnalisé. Concrètement, le droit d'accès aux documents administratifs implique le droit de consulter gratuitement, sur place, le document administratif et le droit d'en obtenir une copie. En cas de refus de l'administration, toute personne, sans avoir à justifier d'un intérêt à agir et sans motiver sa demande, peut saisir la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), d'une demande d'avis portant sur la communicabilité d'un document²⁷⁶⁶. Suite à l'avis de la CADA, la personne peut éventuellement saisir le juge administratif.

671. Outre de n'être qu'un droit « d'accès », celui-ci souffre de certaines limites posées par la loi du 17 juillet 1978. Son article 6 expose la liste des secrets qui donnent lieu à un refus de communication du document ; par exemple, le secret de la défense nationale ou le secret industriel²⁷⁶⁷. De plus, parmi les restrictions au droit d'accès, les notions de documents inachevés et de documents préparatoires jouent un rôle particulièrement important. D'une part, le droit d'accès ne s'exerce qu'à l'égard des documents achevés²⁷⁶⁸. S'il s'agit en principe d'assurer la sérénité de la prise de décision administrative, la contrepartie de cette limitation est presque mécanique. Cela altère fortement la possibilité d'une « co-élaboration » de la décision administrative avec le public, même si des exceptions existent, notamment dans le cadre de la participation du public aux actes réglementaires²⁷⁶⁹. D'autre part, l'article 2 de la loi de 1978 exclut les documents préparatoires, c'est-à-dire ceux « qui concourent à

²⁷⁶¹ V. Frédéric EDEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics : premier traité consacrant un droit général d'accès aux documents administratifs », RFAP, n° 137/138, p. 59 et s.. Cette convention n'a été ni signée ni ratifiée par la France.

²⁷⁶² Jean-François FLAUSS, « L'apport de la jurisprudence... », RFAP, 2011, p. 51.

²⁷⁶³ V. aussi le règlement n° 1049/2001/CE du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

²⁷⁶⁴ CE, 29 avril 2002, *Ullmann*, AJDA, 2002, p. 691, note Philippe RAIMBAULT.

²⁷⁶⁵ V. Alexandre LALLET, « Documents administratifs (Accès et réutilisation) », *Rép. Cont. Adm., Dalloz*, 2009, n° 40 et s. ; Sophie BOISSARD, « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », AJDA, 2003, p. 1309 ; Yves JEGOUZO, « La loi du 17 juillet 1978 a vingt-cinq ans », AJDA, 2003, p. 1297.

²⁷⁶⁶ V. Jean-Pierre LECLERC, « Le rôle de la commission d'accès aux documents administratifs », RFAP, n° 137/138, 2011, p. 171. La CADA dispose du statut d'AAI.

²⁷⁶⁷ La loi distingue les secrets qui justifient que le document ne puisse être communiqué à quiconque des secrets qui autorisent l'intéressé des documents à y accéder.

²⁷⁶⁸ CE, sect., 11 février 1983, *Ministre de l'urbanisme et du logement c. Alurely*, rec., p. 56 ; confirmé par la nouvelle rédaction de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 issue de la loi du 12 avril 2000.

²⁷⁶⁹ L'article L. 120-1 du code de l'environnement prévoit ainsi la publication des projets de décret.

l'élaboration d'une décision administrative et sont inséparables de ce processus »²⁷⁷⁰, des documents communicables aussi longtemps que la décision est en cours d'élaboration, le document devenant communicable une fois la décision adoptée. Il s'agit là aussi d'un obstacle à la participation du public à l'élaboration des décisions administratives. C'est notamment la raison pour laquelle celui-ci a été levé en matière d'environnement, domaine qui connaît un régime juridique spécifique qui coexiste avec le régime de droit commun tout en allant singulièrement plus loin.

B. Les conditions et les limites de l'exercice du « droit » à l'information en matière d'environnement

672. Un véritable « droit » à l'information a été reconnu en matière d'environnement, au niveau international²⁷⁷¹ comme au niveau interne. Dans le champ du droit international, la Cour EDH, dans un arrêt *Guerra c. Italie* du 19 février 1998²⁷⁷², si elle a refusé de reconnaître un droit autonome sur le fondement de l'article 10 de la Convention, a énoncé, sur le fondement de l'article 8 – le droit au respect de la vie privée, de la vie familiale et du domicile – une obligation positive d'information à la charge des Etats. Dépassant les limites d'un simple droit d'accès à l'information traditionnellement reconnu dans ce domaine, la Cour reconnaît un droit pour les riverains d'une installation Seveso de recevoir de la part des autorités administratives les informations leur permettant d'évaluer le risque qu'ils courent en vivant à côté de cette installation. L'administration ne saurait donc demeurer passive, elle doit par elle-même prendre l'initiative d'informer le public. La même logique est poursuivie par la Convention d'Aarhus adoptée quelques mois après l'arrêt *Guerra*. Si son article 4 porte sur l'accès à l'information, l'article 5 va beaucoup plus loin. Il impose notamment la création de bases de données sur les informations environnementales, la diffusion d'un rapport, à intervalle régulier, sur l'état de l'environnement et la diffusion des normes juridiques portant sur l'environnement. Il prévoit surtout que « *toutes les informations susceptibles de permettre au public de prendre des mesures pour prévenir ou limiter d'éventuels dommages qui sont en la possession d'une autorité publique soient diffusées immédiatement et sans retard aux personnes qui risquent d'être touchées* ».

Au niveau interne, si le constituant a reconnu à l'article 7 de la Charte de l'environnement le droit de toute personne « *d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques* », l'essentiel du régime juridique de

²⁷⁷⁰ Alexandre LALLET, « Documents administratifs... », *op. cit.*, n° 105.

²⁷⁷¹ Sur la consécration du droit à l'information en matière d'environnement à tous les échelons des ordres juridiques, v. Michel PRIEUR, « Information et participation du public en matière d'environnement, influence du droit international et communautaire », in Michel PAQUES et Michaël FAURE, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité*, Bruylant, 2003, p. 293 ; Bénédicte DELAUNAY, « De la loi du 17 juillet 1978 au droit à l'information en matière d'environnement », *AJDA*, 2003, p. 1316

²⁷⁷² Cour EDH, 19 février 1998, *Guerra c. Italie* ; *JDI*, 1999, p. 218, note Paul TAVERNIER.

l'information environnementale préexistait à la constitutionnalisation de ce droit. Si le droit à l'information environnementale va singulièrement plus loin que le droit commun (1), il souffre encore de certaines limites (2).

1) L'environnement, aiguillon du droit à l'information

673. Le droit de l'environnement a développé un régime spécial d'information du public qui est partiellement plus large que le régime de droit commun²⁷⁷³. En premier lieu, le champ de ce droit est particulièrement large. Il n'est pas attaché à la notion de « document » mais concerne tout type d'information. En outre, l'article L. 124-2 du code de l'environnement énumère de façon très large ces informations. Il en résulte en principe la communicabilité de « toute information donnant une indication sur l'état passé, présent ou à venir de l'environnement »²⁷⁷⁴. En second lieu, lorsque l'information demandée n'est en principe pas communicable, alors que la loi de 1978 fait obligation à l'administration de refuser la communication, l'article L. 124-4 du code de l'environnement prévoit simplement la possibilité de refuser l'information. En troisième lieu, l'article L. 124-5 de ce code prévoit que certaines restrictions liées notamment au secret industriel ne sont plus opposables lorsque la demande concerne des niveaux d'émission dans l'environnement. En quatrième lieu, le juge fait parfois preuve, comme en matière d'organismes génétiquement modifiés, d'exigences particulières concernant la précision de l'information communicable et interprète strictement les faits susceptibles de justifier un refus²⁷⁷⁵. En cinquième lieu, il s'agit, nous l'avons souligné, d'une obligation active d'information²⁷⁷⁶.

674. Au-delà, le droit de l'environnement est plus protecteur en ce qui concerne le régime des documents préparatoires et inachevés, et dont le rôle est particulièrement important sur le plan de la confiance des destinataires de la norme. Ainsi, contrairement à ce qui prévaut en droit commun, les documents préparatoires sont accessibles en matière d'environnement. Cette restriction de la loi de 1978 a en effet été jugée contraire au droit de l'Union européenne²⁷⁷⁷. En ce qui concerne le régime des « documents inachevés », l'article L. 124-4 du code de l'environnement prévoit la possibilité de rejeter les demandes portant sur des

²⁷⁷³ L. et R. 124-1 du code de l'environnement. V. Alexandre LALLET, « Documents administratifs... », *op. cit.*, n° 269 et s. ; Bénédicte DELAUNAY, « De la loi... », *op. cit.*, p. 1316.

²⁷⁷⁴ Alexandre LALLET, « Documents administratifs... », *op. cit.*, n° 275.

²⁷⁷⁵ V. Julien BETAÏLLE, « Information du public en matière d'OGM : un pas en avant, un pas de côté, note sur CJCE, 17 février 2009, *Commune de Sausheim c/ Azelvandre*, aff. C-552/07 », REDE, 2009, p. 297. Cela s'explique par certaines dispositions contenues dans des directives sectorielles de l'Union européenne, par exemple la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement.

²⁷⁷⁶ L. 124-7 et L. 124-8 du code de l'environnement.

²⁷⁷⁷ CE, 7 août 2007, *Assoc. des habitants du littoral du Morbihan* ; BJDU, 4/2007, p. 272, concl. Claire LANDAIS et obs. Jean-Claude BONICHOT, JCP A, n° 50, 2007, p. 19, note Philippe BILLET.

documents « *en cours d'élaboration* ». Cependant, le rejet de ce type de demande doit être assorti d'un délai dans lequel le document sera achevé²⁷⁷⁸.

2) *Les insuffisances de l'information*

675. La plupart des limites de l'information du public ne sont pas propres au domaine de l'environnement. Ainsi a-t-on pu estimer, de façon générale, que « *l'accès aux données publiques, documents administratifs, fichiers publics, archives publiques, est toujours enfermé dans des limites sévères. Surtout, un simple regard périphérique nous fait tous les jours percevoir que mille et une décisions publiques, recélant parfois des arbitrages d'intérêts de grande importance, se prennent toujours dans le secret des cabinets et des bureaux, le citoyen devant attendre le produit final pour savoir que quelque chose qui le concerne s'est en ces lieux tramé* »²⁷⁷⁹. En effet, on note la « *persistance de secrets opposables aux administrés* »²⁷⁸⁰. Or, « *c'est précisément quand les affaires sont les plus délicates et sensibles que l'administration peut faire obstacle à la communication d'un document* »²⁷⁸¹. Certes, les avis défavorables de la CADA ne représentent que 8,3 %²⁷⁸², mais le Président de cette autorité relève lui même, « *malgré l'arrivée à l'âge de la maturité, la survivance d'une certaine réticence de l'administration à communiquer* »²⁷⁸³.

676. En ce qui concerne l'information environnementale, un récent rapport relève plusieurs limites²⁷⁸⁴. Outre la dispersion de l'information environnementale, l'accès aux informations sur internet s'avère encore trop faible et si, au niveau local, l'accès à l'information se déroule dans de bonnes conditions auprès des services de l'Etat, cela n'est pas toujours le cas lorsque l'information est sollicitée auprès des collectivités locales, moins familières de cette législation. Ce rapport envisage aussi de rendre exécutoire certains avis de la CADA rendus en matière environnementale. A ce titre, il est vrai que le public se heurte parfois à la persistance d'un refus, malgré un avis positif de la CADA. D'ailleurs, à propos de « *la suite donnée par l'administration aux avis favorables, dont la (CADA) doit être tenue informée, elle est positive dans deux tiers des cas, et n'est pas connue dans un cinquième de ceux-ci* »²⁷⁸⁵

677. Ces insuffisances sont *in fine* d'autant plus sérieuses que « *l'information n'est qu'un préalable et n'est utile que si elle permet aux administrés de mieux protéger leurs droits et*

²⁷⁷⁸ Dans un avis du 27 nov. 2008, « *la CADA estime que la seule circonstance que des données seraient qualifiées de "provisoires" et comporteraient des inexactitudes ne suffit pas à caractériser l'inachèvement du document qui les contient* » (Alexandre LALLET, « Documents administratifs... », *op. cit.*, n° 279).

²⁷⁷⁹ Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, 2006, ét. 3, § 10.

²⁷⁸⁰ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La citoyenneté administrative », *op. cit.*, p. 427.

²⁷⁸¹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *ibidem*, p. 427.

²⁷⁸² V. Jean-Pierre LECLERC, « Le rôle de la commission d'accès... », *op. cit.*, p. 176.

²⁷⁸³ Jean-Pierre LECLERC, « Le rôle de la commission d'accès... », *op. cit.*, p. 174.

²⁷⁸⁴ V. Bertrand PANCHER, *La concertation au service de la démocratie environnementale – Pour une définition d'un cadre général de la gouvernance environnementale*, Rapport au Président de la République Française, 2011, p. 35 et s..

²⁷⁸⁵ Jean-Pierre LECLERC, « Le rôle de la commission d'accès... », *op. cit.*, p. 176.

d'avoir une influence sur les décisions qui les concernent »²⁷⁸⁶. Cela est précisément l'objet des instruments d'une démocratisation plus active de l'administration que sont la participation du public et la motivation des décisions administratives.

II. Une démocratisation active : la participation et la motivation

678. La participation du public à l'élaboration des décisions de l'administration et la motivation de ces dernières peut jouer un rôle important dans la mise en œuvre de la norme. Ainsi, la participation oblige l'administration à associer les destinataires de la norme à sa mise en œuvre et à prendre en considération leurs observations de façon directe ou indirecte, alors même que ceux-ci jouent un rôle important au stade de la mise en œuvre. Dans le domaine de l'environnement, la doctrine américaine a montré qu'une participation effective du public peut aussi susciter une pression sur le pétitionnaire d'un projet. Cela peut l'amener à produire davantage d'information sur les impacts de son projet, voire conduire à la modification du projet afin de prendre en considération l'environnement²⁷⁸⁷, ce qui est précisément l'objectif des normes environnementales. La participation « *build trust* »²⁷⁸⁸ et, « *although the process may require more time initially, it leads to more effective and timely implementation later* »²⁷⁸⁹. De manière plus large, la participation est aussi un moyen de contrôle des gouvernants. Elle participe directement à ce que les anglo-saxons appellent l'*accountability*²⁷⁹⁰ et indirectement au contrôle de la bonne mise en œuvre des normes supérieures. De ce point de vue, il en va de même pour la motivation des décisions administratives²⁷⁹¹. Elle oblige l'administration à justifier dûment ses choix. Envisagé de façon exigeante, c'est une garantie de qualité et de rationalité de la décision administrative qui permet aussi de limiter l'arbitraire. *In fine*, le couple participation/motivation est porteur d'une « *dynamique cognitive*

²⁷⁸⁶ Bénédicte DELAUNAY, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, p. 216.

²⁷⁸⁷ V. LeRoy PADDOCK, « Environmental Accountability and Public Involvement », *Pace Environmental Law Review*, vol. 21, 2004, n° 2, p. 250.

²⁷⁸⁸ Thomas C. BEIERLE et Jerry CAYFORD, *Democracy in Practice – Public Participation in Environmental Decisions*, RFF PRESS, Washington, 2002, p. 74.

²⁷⁸⁹ Thomas C. BEIERLE et Jerry CAYFORD, *Democracy in Practice...*, *op. cit.*, p. 55.

²⁷⁹⁰ V. Marie-Anne COHENDET, « Responsabilité politique et démocratie participative », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *Responsabilité et démocratie*, Dalloz, 2008, p. 37.

²⁷⁹¹ Cela est aussi le cas lorsqu'une procédure contradictoire est imposée à l'administration. L'article 24 de la loi du 12 avril 2000 impose, pour les décisions qui doivent être motivées au titre des articles 1 et 2 de la loi du 11 juillet 1979, que la personne intéressée ait été « *mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales* ». Des exceptions à cette obligation sont prévues, notamment en cas de risque d'atteinte à l'ordre public, de circonstances exceptionnelles ou encore d'urgence. Sur l'application de cette dernière hypothèse en matière d'interruption de travaux par le maire, v. CE, 10 mars 2010, *M. et Mme Thévenet*, AJDA, 2010, p. 1217 : « *que la situation d'urgence (...) s'apprécie tant au regard des conséquences dommageables des travaux litigieux que de la nécessité de les interrompre rapidement en raison de la brièveté de leur exécution* ». V. Pierre-Laurent FRIER, « Vice de procédure », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2004, n° 74.

circulaire »²⁷⁹² entre l'administration et les destinataires de la norme, laquelle est à même de renforcer leur « confiance » mutuelle et ainsi de favoriser l'effectivité de la norme.

Dans le cas de la participation (A) comme dans celui de la motivation (B), on assiste à un important développement des procédures, notamment à partir des années soixante dix. Pour autant, dans les deux cas, les limites importantes qui demeurent ne permettent pas à ces procédures de jouer pleinement leur rôle dans le renforcement de la confiance entre l'administration et des destinataires de la norme.

A. La participation des destinataires de la norme à l'élaboration des décisions administratives

« Il n'existe pas, en France, de droit général des administrés à participer à l'adoption des décisions administratives »²⁷⁹³. Pour autant, la participation du public à l'élaboration des décisions de l'administration s'est largement développée dans certaines branches sectorielles du droit administratif²⁷⁹⁴. Cela est singulièrement le cas en matière d'environnement et d'urbanisme qui sont, traditionnellement, deux domaines dans lesquels les procédures de participation ont été promues et mises en place par la puissance publique (1). Sous l'effet du droit international, l'environnement est aussi un domaine dans lequel les procédures de participation sont en principe plus exigeantes. Le droit de l'environnement et le droit de l'urbanisme peuvent ainsi permettre de mieux comprendre les conditions dans lesquelles la participation peut jouer un rôle constructif sur le plan de la « confiance » (2).

1) Le large développement des procédures de participation en matière d'environnement et d'urbanisme

679. Le droit de la participation du public en matière d'environnement et d'urbanisme a fait l'objet d'une lente construction historique²⁷⁹⁵. Si certaines procédures comme l'enquête publique sont très anciennes, le droit de la participation a subi une rénovation importante dans les années quatre-vingt et connaît désormais, sous l'effet du droit international, des évolutions

²⁷⁹² Gérard MONEDIAIRE, « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, p. 635.

²⁷⁹³ Gweltaz EVEILLARD, « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés ? », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 109.

²⁷⁹⁴ Pour un aperçu plus large, v. Gilles DUMONT, *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 218 et s..

²⁷⁹⁵ V. Jean-Claude HELIN, « Décision administrative concertée et performance », in Nathalie ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, AFDA, LexisNexis, 2010, pp. 71-88. Au-delà des travaux cités ci-après, v. Pascale IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, 2005, ét. 26 ; Jean-Marc SAUVE, *La démocratie environnementale aujourd'hui*, intervention du 17 novembre 2010 ; Gérard MONEDIAIRE, « La participation du public organisé par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte », *Participation*, 2011, p. 134.

importantes. L'article 6, paragraphe 4, de la Convention d'Aarhus dispose ainsi que « *la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence* ». Cela impose de distinguer les procédures de participation qui interviennent au début et à la fin du processus de décision²⁷⁹⁶.

680. En premier lieu, la procédure de « concertation » prévue par l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme est applicable à l'élaboration des documents d'urbanisme²⁷⁹⁷. Elle intervient au début de la procédure d'élaboration. La collectivité qui a la charge de l'élaboration du document délibère sur les modalités de la concertation puis délibère à nouveau pour dresser le bilan de la concertation. Cette procédure, qui pourrait constituer le cadre d'un véritable dialogue continu entre la collectivité et les citoyens, demeure, comme nous le verrons, assez limitée quant à sa portée.

681. En deuxième lieu, la procédure du « débat public »²⁷⁹⁸ est applicable à une série de grands projets tels que des infrastructures de transport, des lignes à haute tension ou des centrales nucléaires. Il est organisé par la Commission nationale du débat public (CNDP), laquelle est une autorité administrative indépendante, garante du bon déroulement du débat. Son trait le plus remarquable est que ce débat intervient très en amont dans le processus de décision, ce qui lui permet théoriquement de porter sur l'opportunité du projet, et non simplement sur ses modalités. Introduit en 1995 à titre expérimental, il a été systématisé en 2002 afin de répondre aux exigences de la Convention d'Aarhus. A plus d'un titre, il s'agit de la procédure de participation qui se rapproche le plus du modèle délibératif. Le débat est ouvert à un public très large et dure en général près de quatre mois. Le maître d'ouvrage est présent lors du débat et les parties prenantes ont la possibilité de rédiger des « cahiers d'acteurs » exposant leurs arguments, lesquels sont mis à disposition du public par la CNDP. Le débat public permet ainsi un véritable échange d'arguments, notamment dans le cadre des réunions publiques organisées.

682. En troisième lieu, la procédure de l'enquête publique, dont les origines remontent au début du XIX^e siècle, intervient à la fin du processus de décision, que cela soit dans le cadre de l'élaboration des documents d'urbanisme ou des projets ayant une incidence sur l'environnement. Le cas échéant, elle se cumule avec l'une des deux procédures

²⁷⁹⁶ Le droit français fait globalement une lecture restrictive de l'article 6, paragraphe 4, de la Convention d'Aarhus. V. Jean-Claude HELIN, « Les directives "plans-programmes" et la participation du public », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, op. cit.*, p. 509 ; Julien BETAÏLLE, « Le droit français de la participation du public face à la convention d'Aarhus », *AJDA*, 2010, p. 2083.

²⁷⁹⁷ D'autres procédures de « concertation » peuvent être recensées (v. Jean-Claude HELIN, « Sur l'encadrement juridique de la concertation », *AJDA*, 2012, p. 969). Ainsi, l'article L. 121-9 du code de l'environnement permet à la Commission nationale du débat public (CNDP) de recommander l'organisation d'une concertation en lieu et place d'un véritable « débat public ». En outre, l'article L. 121-16 du même code permet à la personne responsable d'un projet d'organiser, selon sa volonté, une concertation en amont de l'enquête publique.

²⁷⁹⁸ V. L. 121-1 et s. du code de l'environnement ; Bénédicte DELAUNAY, *Le débat public*, *AJDA*, 2006, p. 2322 ; Jacques CHEVALLIER, « Le débat public en question », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 489.

précédentes²⁷⁹⁹. Initialement organisée en matière d'expropriation dans le but de protéger les droits des propriétaires, cette procédure est ensuite devenue un moyen d'information mutuelle entre l'administration et le public. En dépit de sa réforme en 1983, ce n'est qu'en 2010 que le législateur en a, sur le papier, fait une procédure de « participation »²⁸⁰⁰. Chacun connaît le fonctionnement de cette procédure. Un avis d'enquête est publié quinze jours avant son ouverture. Parallèlement, un « commissaire-enquêteur » est désigné par le Président du tribunal administratif. C'est ce dernier qui a la responsabilité de l'enquête. Concrètement, l'échange avec le public se limite à des permanences tenues par le commissaire-enquêteur et à un registre d'enquête sur lequel le public peut consigner ses observations. Ce n'est que de façon excessivement mesurée que le commissaire se risque à l'organisation d'une réunion publique, exercice pour lequel il n'est d'ailleurs en général pas formé. Au terme de la procédure, il rédige un rapport exposant les contributions déposées lors de l'enquête assorties des réponses éventuelles du maître d'ouvrage ainsi que des conclusions motivées débouchant sur un avis favorable ou défavorable, lorsqu'il ne comporte pas de simples réserves. Jean Rivero avait déjà, dès 1965, largement fait la critique de cette procédure²⁸⁰¹. La réforme de 1983 n'a pas radicalement changé la donne et, malgré certains ajustements bienvenus, celle de 2010 ne devrait pas combler les importantes lacunes de cette procédure. Ces enquêtes sont « *de l'avis de tous ceux qui en ont observé le fonctionnement, plus des exercices formels que des occasions d'expression citoyenne et d'évaluation des choix publics à venir qu'elles devraient être* »²⁸⁰².

2) *La faible prise en considération des résultats de la participation du public*

683. La mise en place de procédures de participation du public ne peut être à même de renforcer la confiance entre les destinataires de la norme et l'administration que si leurs résultats sont pris en considération par la décision finale, cela a déjà été souligné pour la participation à l'élaboration de certains actes réglementaires²⁸⁰³. Etant donné que l'article 6, paragraphe 8 de la Convention d'Aarhus dispose que « *chaque Partie veille à ce que, au moment de prendre la décision, les résultats de la procédure de participation du public soient*

²⁷⁹⁹ Il faut encore noter que dans les hypothèses où une enquête publique n'est pas prévue, une procédure de « mise à disposition du public » peut s'y substituer (v. Jean-Claude HELIN, « La participation du public : du flou et du mou », AJDA, 2010, p. 2281).

²⁸⁰⁰ L. 123-1 nouveau du code de l'environnement, tel qu'issu de la loi Grenelle II du 12 juillet 2010. V. Julien BETAILLE, « La réforme de l'enquête publique issue de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Complément territorial*, décembre 2010, p. 26 ; Jean-Claude HELIN, « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et la réforme des enquêtes publiques », RJE, n° spécial, 2010, p. 201 ; Yves JEGOUZO, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation », AJDA, 2010, p. 1812.

²⁸⁰¹ Jean RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration... », *op. cit.*, p. 824.

²⁸⁰² Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, 2006, ét. 3, § 12.

²⁸⁰³ V. *supra*, § 552 et s..

dûment pris en considération », c'est aussi le respect des engagements internationaux qui est ici en jeu. Dans la mesure où ce propos a déjà été mis en avant dans deux études antérieures²⁸⁰⁴, il convient de se limiter ici à en rappeler les traits essentiels et à y inclure la procédure de « concertation ».

684. En premier lieu, un rapide tour d'horizon des procédures de participation permet d'en mettre en évidence les lacunes. Tout d'abord, la procédure de concertation prévue à l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme²⁸⁰⁵ a été largement neutralisée par le législateur comme par le juge. Cette disposition porte ainsi en elle une « validation préétablie »²⁸⁰⁶ prévue par le législateur. Du côté du juge, la décision du Conseil d'Etat la plus significative se limite à exiger que la concertation ait lieu « *avant que le projet ne soit arrêté dans sa nature et ses options essentielles* »²⁸⁰⁷. La doctrine peut ainsi logiquement en conclure qu'« *il n'existe aucune garantie ni textuelle ni jurisprudentielle sur la question des modalités d'organisation de la concertation qui peut se limiter à une simple information du public* »²⁸⁰⁸. In fine, « *rien dans la rédaction de l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme (ne garantit que) ses avis soient "dûment pris en considération"* »²⁸⁰⁹, contrairement à ce qu'exige la Convention d'Aarhus. Ensuite, la procédure du débat public, même si elle demeure la plus aboutie, « *ne garantit que le droit d'être informé et de participer à la discussion qui précède la décision. Elle ne garantit nullement une prise en compte des points de vue exprimés et ne permet pas nécessairement d'associer le citoyen à la décision collective* »²⁸¹⁰. Cette procédure n'offre pas, sur le plan juridique, de réelles garanties au public. Les modalités du débat sont fixées par la CNDP et ne sont pas contrôlées par le juge. Certes, les décisions d'ouverture ou de refus d'ouverture d'un débat public par la CNDP peuvent être contestées devant le juge administratif²⁸¹¹. Cependant, les modalités de l'organisation du débat ne peuvent pas être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir²⁸¹². Le législateur n'ayant pas prévu les modalités du débat, celles-ci demeurent à l'entière discrétion de la CNDP. Cette situation peut présenter le bénéfice de la souplesse. Cependant, cette absence de garantie écrite peut entraîner un déficit de confiance du public dans la sincérité de la procédure et ainsi alimenter tous les soupçons. En outre, le lien entre le débat et la décision administrative n'est pas assuré. La CNDP établit un bilan au terme du débat, lequel est joint au dossier soumis à

²⁸⁰⁴ V. Julien BETAILLE, « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », RJE, 2010, p. 197 ; « Le droit français de la participation du public face à la convention d'Aarhus », AJDA, 2010, p. 2083.

²⁸⁰⁵ V. Jean-Claude HELIN, « La concertation de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme », AJDA, 2006, p. 2332.

²⁸⁰⁶ V. *supra*, § 369.

²⁸⁰⁷ CE, 6 mai 1996, *Aquitaine Alternatives*, rec., p. 144.

²⁸⁰⁸ Jean-Claude HELIN, « Décision administrative concertée... », *op. cit.*, p. 80.

²⁸⁰⁹ Jean-Claude HELIN, *ibidem*, p. 82. L'auteur rapporte qu'en pratique une même délibération sert parfois à tirer le bilan de la concertation et à approuver le SCOT, « *ce qui fait douter de l'impact de la procédure sur la décision arrêtée* ».

²⁸¹⁰ Bénédicte DELAUNAY, « Le débat public », *op. cit.*, p. 2322.

²⁸¹¹ V. CE, 14 juin 2002, *Assoc. pour garantir l'intégrité rurale restante*, n° 215214, rec., p. 963.

²⁸¹² CE, ass., 25 avril 2004, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame des Landes*, AJDA, 2004, p. 2100, note Bénédicte DELAUNAY.

enquête publique. Pour Jacques Chevallier, le débat public est ainsi relégué « *en marge du processus décisionnel ; la publication du bilan du débat public et sa transmission aux décideurs ne constituent qu'un pis-aller* »²⁸¹³. Enfin, le principal défaut de l'enquête publique²⁸¹⁴ est son absence quasi totale de caractère délibératif. Essentiellement écrite, cette procédure n'a rien à voir avec ce que les anglo-saxons appellent les « hearings ». En dehors des projets qui mobilisent de forts enjeux, elle est d'ailleurs largement désertée par le public, même si cet argument peut facilement être écarté²⁸¹⁵. Le second défaut de cette procédure est indéniablement son caractère tardif. Elle intervient à un moment où la majorité des choix ont déjà été officieusement opérés par la seule puissance publique. Cela a maintes fois été souligné. De plus, elle ne comporte aucune garantie réelle de prise en considération des résultats de la participation du public²⁸¹⁶. Plagiant timidement la Convention d'Aarhus, la loi « Grenelle II » a cependant récemment modifié l'article L. 123-1 du code de l'environnement en disposant que « *les observations et propositions recueillies au cours de l'enquête sont prises en considération par le maître d'ouvrage et par l'autorité compétente pour prendre la décision* ».

685. En deuxième lieu, l'impératif de « prise en considération » pose des questions plus larges. Le droit américain se heurte d'ailleurs à peu près aux mêmes obstacles. La doctrine en appelle ainsi à une participation plus « effective », moins tardive dans le processus de décision²⁸¹⁷ et qui soit mieux prise en compte par l'administration : « *government agencies must clearly reflect in their decisions how the information provided by the public was considered in their final decisions or, if it was not considered, why the information was not relevant to the decision* »²⁸¹⁸. En outre, la question de la prise en considération pose la question plus générale de l'architecture globale du processus de décision. Jean-Claude Hélin propose ainsi, probablement à juste titre, de ne pas segmenter le processus de décision avec plusieurs procédures de participation²⁸¹⁹. Au contraire, ce serait vers une procédure continue, tout au long de processus, qu'il conviendrait d'aller pour améliorer la prise en considération. Plus profondément encore, le déficit de prise en considération est souvent lié à l'échelle à laquelle la participation est mise en œuvre. Dans la plupart des cas, le public se mobilise lorsqu'un projet concret est envisagé, alors que celui-ci s'insère dans une politique plus vaste. Par exemple, lors de débats concernant l'implantation de tel ou tel réacteur nucléaire, le public met parfois en avant le choix de l'énergie nucléaire par la France et regrette que cet

²⁸¹³ Jacques CHEVALLIER, « Le débat public en question », *op. cit.*, p. 505.

²⁸¹⁴ En ce qui concerne la procédure de « mise à disposition du public », il n'existe pas davantage de garantie de prise en considération des résultats de la participation. Le bilan de la participation est d'ailleurs dressé par le maître d'ouvrage lui-même.

²⁸¹⁵ V. Jean-Claude HELIN, « Décision administrative concertée... », *op. cit.*, p. 83.

²⁸¹⁶ Simplement, en cas d'avis défavorable du commissaire-enquêteur, lequel ne reflète pas toujours l'avis du public, l'article L. 123-16 du code de l'environnement prévoit que la décision de l'administration doit être motivée. Cet avis est en outre purement indicatif.

²⁸¹⁷ LeRoy PADDOCK, « Environmental Accountability and Public Involvement », *op. cit.*, p. 255.

²⁸¹⁸ LeRoy PADDOCK, *ibidem*, p. 264.

²⁸¹⁹ V. Jean-Claude HELIN, « Le schéma de cohérence territoriale et le public (concertation et enquête publique) », in GRIDAUH, *Evaluation juridique des premiers schémas de cohérence territoriale*, Les cahiers du GRIDAUH n° 19, 2009, p. 74-75.

argument ne soit pas pris en compte dans ce cadre. Cela est précisément la raison pour laquelle la participation du public aux plans et aux programmes, telle que le droit positif la prévoit, est d'une impérieuse nécessité. On peut simplement regretter que le public soit moins enclin à se mobiliser lorsque les orientations de ces documents sont élaborées. Par exemple, dans le domaine des transports, la mobilisation est beaucoup plus forte autour d'un projet d'autoroute que lorsque se dessine le schéma national des infrastructures de transport. Or, c'est précisément ce document qui opère les choix stratégiques qui sont ensuite contestés lorsqu'un projet d'infrastructure est envisagé.

686. En troisième lieu, il faut se résoudre à ce que la prise en considération des résultats de la participation passe à titre principal par la motivation des décisions administratives, tel que le suggère la lecture combinée des paragraphes 8 et 9 de l'article 6 de la Convention d'Aarhus²⁸²⁰. Le lien entre la prise en considération et la motivation a déjà été souligné²⁸²¹. S'il n'est pas envisageable de contraindre l'administration à suivre l'avis exprimé par le public – à supposer qu'il ne s'agisse pas d'une foultitude d'avis partiellement ou totalement contradictoires entre eux – il est en revanche parfaitement possible, tel que le fait déjà le droit américain, d'obliger l'administration à justifier sa décision au regard des remarques du public. En effet, « *seule une motivation explicite est susceptible d'exprimer en quoi les apports de la participation ont été retenus ou écartés* »²⁸²². Pour autant, comme cela sera développé ci-après, le champ d'application du régime français de la motivation des actes administratifs est particulièrement restreint. Toute décision donnant lieu à une procédure de participation du public n'est pas nécessairement soumise à la loi du 11 juillet 1979 et nous avons eu l'occasion de démontrer que certaines décisions administratives portant sur des projets privés, notamment lorsqu'elles y sont favorables, ne donnent pas lieu à une obligation spécifique de motivation²⁸²³. En outre, la motivation telle qu'elle est conçue en France n'a pas pour objet de répondre aux remarques exprimées par le public, contrairement à ce qui existe dans le cadre de la procédure américaine du *Notice and comment*. La lumière pourrait-elle alors venir des dispositions du droit de l'Union européenne inspirées de la Convention d'Aarhus ? Alors que les directives européennes adoptées en la matière renvoyaient aux Etats-membres le soin de fixer les modalités de la motivation²⁸²⁴, la Cour de Luxembourg a jugé, dans un arrêt *Mellor*²⁸²⁵, que ces dispositions n'exigent pas que la décision contienne en elle-même les motifs qui y ont conduit. Cependant, sur demande de l'intéressé, l'administration a l'obligation de lui communiquer les motifs pour lesquels cette décision a été prise. De plus,

²⁸²⁰ Le paragraphe 9 de cet article dispose que « *chaque Partie veille aussi à ce que, une fois que la décision a été prise par l'autorité publique, le public en soit promptement informé suivant les procédures appropriées. Chaque Partie communique au public le texte de la décision assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite (la dite) décision est fondée* ».

²⁸²¹ V. *supra*, § 552 et s..

²⁸²² Gérard MONEDIAIRE, « Vers la motivation des actes administratifs généraux... », *op. cit.*, p. 615.

²⁸²³ V. Julien BETAÏLLE, « La contribution du droit aux effets de la participation... », *op. cit.*, p. 215.

²⁸²⁴ V. l'article 9 de la directive 85/337/CE.

²⁸²⁵ CJCE, 30 avril 2009, *Mellor*, C-75/08 ; AJDA, 2009, p. 1537, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay e. a. c. Région Wallone*, C-182/10 ; Europe, n° 4, 2012, p. 30, note Denys SIMON ; RJE, 2012, p. 584, chron. Julien BETAÏLLE.

les motifs communiqués au public doivent permettre au public « *de juger de l'opportunité de former un recours* ». Cette décision n'est cependant pas pleinement satisfaisante. Outre le fait que la motivation intervient, sans réelle justification, postérieurement à la décision, sa communication n'est pas automatique et nécessite une demande de la part du public. Surtout, la Cour n'exprime aucune exigence quant au contenu de la motivation. Dès lors, rien ne garantit qu'elle soit envisagée comme une justification de la décision au regard des remarques effectuées par le public. Dans de telles conditions, la prise en considération semble vouée, comme la « confiance » y afférant, à demeurer aléatoire, soumise à la bonne volonté de l'administration.

B. La justification, par l'administration, de ses propres décisions : la motivation

687. Motiver une décision administrative implique en principe pour son auteur d'« *exposer les raisons de fait ou de droit qui l'ont déterminé à intervenir, tenter de justifier sa position et fournir des explications aux destinataires de la décision* »²⁸²⁶. La motivation ne constitue en réalité que la publication des motifs d'une décision. En principe, ces derniers existent à chaque fois qu'une décision est adoptée²⁸²⁷. Avec l'obligation de motivation, c'est seulement leur publicité qui varie. La motivation relève donc d'abord d'une obligation de transparence. Pour autant, elle se rattache plus aisément à ce que nous avons dénommé une démocratisation active de l'administration. En effet, elle « *contraint l'administration à un examen attentif des dossiers et facilite ensuite le contrôle de son action par le juge* »²⁸²⁸. Au-delà, elle constitue l'une des « épreuves de validation » que Pierre Rosanvallon met en avant pour justifier la légitimité démocratique d'une institution. En expliquant et en justifiant sa décision à l'égard des destinataires de la norme, l'administration a l'opportunité d'exposer la rationalité de sa décision, de justifier qu'elle répond à l'intérêt général et in fine de favoriser la « confiance ».

688. En dépit de ces avantages, il n'existe pas, en France, d'obligation générale de motivation²⁸²⁹. La motivation est facultative, sauf si une disposition expresse la prévoit²⁸³⁰. Au-delà d'une foudroyante de textes spéciaux²⁸³¹, la loi du 11 juillet 1979 indique les décisions qui doivent faire l'objet d'une motivation. Pour autant, « *la loi de 1979 n'a pas opéré un changement de méthode en posant un principe de motivation assorti d'exceptions comme*

²⁸²⁶ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 12^{ème} éd., *op. cit.*, p. 333.

²⁸²⁷ Quoi qu'il en soit, pour les actes qui ne font pas l'objet d'une obligation de motivation, le juge pourra, au stade contentieux et en vertu de ses pouvoirs inquisitoriaux, solliciter auprès de l'administration les motifs de la décision (v. CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel et a.*, rec., p. 308).

²⁸²⁸ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 12^{ème} éd., *op. cit.*, p. 333. Le défaut ou l'insuffisance de la motivation constitue un vice de forme entraînant l'annulation de la décision.

²⁸²⁹ CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, rec., p. 419.

²⁸³⁰ CE, 7 juillet 1978, *CEVAPIC*, n°01593, *Dalloz*, 1979, p. 187.

²⁸³¹ V. Olivier GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative », RFDA, 2012, p. 61.

dans de nombreux pays européens »²⁸³². Ainsi, en vertu des articles 1 et 2 de cette loi, les principales décisions administratives qui doivent être motivées sont celles qui restreignent les libertés publiques, les mesures de polices, les sanctions, les autorisations assorties de prescriptions, les retraits et abrogations d'actes créateurs de droit, les décisions de refus ou encore les dérogations. Une première limite se fait ainsi jour. De nombreuses décisions échappent à l'obligation de motivation, notamment les actes administratifs réglementaires et les actes individuels favorables.

En outre, le contenu de la motivation est lui aussi limité. L'article 3 de la loi de 1979 exige ainsi que « *la motivation exigée par la présente loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision* ». A l'examen du contenu effectivement exigé par le juge administratif²⁸³³, la motivation ne présente, le cas échéant, aucun lien avec les résultats de la participation du public, comme nous l'avons suggéré précédemment. Plus largement, la motivation des actes individuels est destinée à la personne à laquelle l'acte s'adresse directement. Il n'existe en principe aucune obligation de motivation à l'égard des tiers, comme nous avons eu l'occasion de le montrer dans le domaine des installations classées²⁸³⁴. Comme cela a été remarqué, « *l'exercice se complique lorsque l'administration noue avec les administrés des relations que l'on peut qualifier de "triangulaires" car une décision peut être favorable au pétitionnaire mais défavorable pour un tiers* »²⁸³⁵. Or, le caractère défavorable de la décision est apprécié par le juge administratif exclusivement à l'égard du pétitionnaire²⁸³⁶. Ainsi, en dehors des éventuelles prescriptions techniques imposées par l'administration, la décision d'autorisation d'exploiter une carrière ne fait pas l'objet d'une obligation de motivation²⁸³⁷. Or, ce type de décision, favorable au pétitionnaire, est aussi parfois défavorable au tiers, par exemple aux riverains ou aux défenseurs de l'environnement et l'administration n'a, à leur égard, aucune obligation de justifier la délivrance de l'autorisation. Ainsi, « *le système français, en écartant les tiers du bénéfice de la motivation, ne leur laisse d'autre alternative que la voie contentieuse* »²⁸³⁸, ce qui leur est d'ailleurs souvent reproché.

Par ailleurs, le cas des décisions implicites pose des difficultés particulières. On aurait pu s'attendre à ce qu'une décision sur laquelle pèse une obligation de motivation ne peut pas, par définition, être implicite. Il n'en est rien. L'article 5 de la loi de 1979 procède à une

²⁸³² Jean-Louis AUTIN, « La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens », RFAP, n° 137/138, 2011, p. 93.

²⁸³³ V. Nadine POULET-GIBOT LECLERC, « Le Conseil d'Etat et le contenu de la motivation des actes administratifs », *Dalloz*, 1992, p. 61.

²⁸³⁴ Julien BETAÏLLE, « La contribution du droit aux effets de la participation... », *op. cit.*, p. 216.

²⁸³⁵ Jean-Louis AUTIN, « La motivation des actes administratifs unilatéraux... », *op. cit.*, p. 96.

²⁸³⁶ CE, sect., 9 décembre 1983, *Vladescu*, rec., p. 497 ; *Dalloz*, 1984, p. 158, concl. Bruno GENEVOIS. L'auteur d'une note à l'AJDA a cependant pu déceler dans un arrêt du Conseil d'Etat (CE, 25 novembre 2009, *Association Promouvoir*, AJDA, 2010, p. 614), une inflexion de cette jurisprudence. Pour autant, à la lecture de l'arrêt du 25 novembre 2009, il ne semble absolument pas possible de conclure à un retour sur la jurisprudence *Vladescu*.

²⁸³⁷ CE, 15 mars 2006, *Association pour l'étude et la protection de l'Allier*, n° 264699 ; RDI, 2006, p. 286, note Laurent FONBAUSTIER.

²⁸³⁸ Nadine POULET-GIBOT LECLERC, « Le Conseil d'Etat et le contenu... », *op. cit.*, p. 61.

« validation préétablie » en disposant qu'« *une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation* »²⁸³⁹. La motivation ne disparaît pas pour autant et la loi a recours à un dispositif similaire à celui prévu par l'arrêt *Mellor*. Ainsi, le même article prévoit qu'« *à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande* »²⁸⁴⁰. Cette disposition implique dès lors que « *l'administration peut se soustraire à son obligation chaque fois que l'administré ne lui présente pas une demande de motivation expresse* »²⁸⁴¹.

689. *In fine*, la France se situe « *en retrait par rapport à d'autres Etats qui consacrent une obligation générale de motivation des décisions individuelles ou ne prévoient que de rares exceptions* »²⁸⁴². La situation pourrait cependant évoluer sous l'effet de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁸⁴³. Il prévoit en effet une obligation générale de motivation des décisions administratives. Ainsi, la formulation de cet article « *est bien plus généreuse que le dispositif juridique français, en imposant notamment la motivation des décisions réglementaires, des actes individuels favorables ou encore des décisions d'espèce* »²⁸⁴⁴. Améliorer la confiance entre l'administration et les destinataires de la norme nécessiterait au moins la motivation des décisions individuelles à l'égard des tiers et celle des actes réglementaires. Si le droit de l'environnement et le droit de l'urbanisme connaissent déjà, à travers des documents préparatoires tels que les évaluations environnementales ou les rapports de présentation des documents d'urbanisme²⁸⁴⁵, une forme diffuse de motivation des actes réglementaires, il ne s'agit pas d'une motivation directe de la décision elle-même. Or, les actes réglementaires sont souvent le reflet d'une complexification des composantes variées et enchevêtrées de l'intérêt général. « *La motivation de l'acte administratif devient alors essentielle puisque les raisons qui ont déterminé l'autorité publique sont éminemment relatives et prêtent à discussion* »²⁸⁴⁶.

690. En définitive, si la démocratie a largement progressé au sein de la fonction exécutive de l'administration, force est de constater qu'elle demeure timide dans la plupart de ses composantes. Assurer la confiance des destinataires de la norme à l'égard de l'administration impliquerait de donner un nouvel élan à cette démocratisation. « *Et qu'on ne réponde pas que l'augmentation des procédures aura pour effet d'alimenter un contentieux administratif déjà fort encombrant. Il faut se convaincre de ce que les procédures de participation des citoyens*

²⁸³⁹ V. CE, 21 juil. 2009, *Assoc. Fédération Droit au logement et a.*, n° 314070, AJDA, 2009, p. 1465.

²⁸⁴⁰ Les décisions implicites d'acceptation ne font pas l'objet d'une motivation obligatoire. V., à propos d'un permis de construire tacite, CE, sect., 30 juin 1978, *Lenert*, AJDA 1978, p. 442.

²⁸⁴¹ Olivier GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire... », *op. cit.*, p. 61.

²⁸⁴² Gweltaz EVEILLARD, « La citoyenneté administrative... », in *op. cit.*, p. 103.

²⁸⁴³ V. Olivier GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire... », *op. cit.*, p. 61.

²⁸⁴⁴ Olivier GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire... », *op. cit.*, p. 61.

²⁸⁴⁵ V. Gérard MONEDIAIRE, « Vers la motivation... », *op. cit.*, p. 607 et s.

²⁸⁴⁶ Jean-Louis AUTIN, « La motivation des actes administratifs unilatéraux... », *op. cit.*, p. 98.

sont plus importantes que le contentieux. (...) c'est aux citoyens et non au juge de dire où se situe l'intérêt général »²⁸⁴⁷. Au-delà, mettre en œuvre les conditions de la confiance implique aussi d'encadrer le mieux possible les différents procédés qui peuvent induire une rupture de la confiance, du moins l'altérer.

§2 – Les facteurs d'une rupture de confiance

691. Il existe, dans le droit administratif comme dans la pratique administrative, un ensemble de procédés qui sont de nature à porter atteinte à la confiance lentement bâtie entre les destinataires de la norme et l'administration. Ils limitent donc indirectement, voire directement pour certains, l'effectivité de la norme. Quatre procédés particuliers retiendront ici l'attention : les dérogations, les procédures de régularisation, l'inertie administrative et les régimes de décisions tacites qu'elle implique ainsi que les tolérances administratives.

692. La dérogation et la tolérance visent, selon Aude Rouyère, à « assouplir la contrainte normative initialement prévue »²⁸⁴⁸. Il en va de même pour les procédures de régularisation qui *in fine* annihilent le caractère préalable d'une autorisation alors que l'inertie administrative paralyse la mise en œuvre. De manière générale, l'ensemble de ces procédés donne le sentiment soit d'une négociation sur le droit, soit d'une mauvaise volonté de l'administration. Cela peut avoir un impact important sur la confiance. En matière d'urbanisme, on a même pu considérer que « l'impression que la norme est toujours susceptible d'être contournée est fortement ancrée. Tout paraît négociable, rien n'est jamais définitif à condition d'avoir le temps et d'y mettre le prix. Le développement de cette idée porte en germe la remise en cause du droit lui-même »²⁸⁴⁹. La plupart de ces procédés aboutissent *in fine* à des inégalités entre les destinataires de la norme. Certains alimentent une perte de crédit de l'administration, incapable de faire face à ses missions.

693. Pour autant, l'affaire n'est pas aussi simple. Tous ces procédés sont aussi, sur un plan général, des vecteurs de souplesse dans la mise en œuvre des normes juridiques. Ils s'insèrent dans le contexte d'un droit « réflexif », « soumis à une obligation permanente d'adaptation »²⁸⁵⁰. Ils sont des outils concrets de la réflexivité et permettent à l'administration d'adapter la règle à des situations de fait sans cesse plus complexes. Dans une large étude consacrée à la pollution de l'eau, Alain Supiot affirme à juste titre que « l'administration ne doit évidemment pas être conçue comme un outil mécanique d'application de la règle de droit

²⁸⁴⁷ Jean-Bernard AUBY, « Droit administratif et démocratie », *op. cit.*, § 17.

²⁸⁴⁸ Aude ROUYÈRE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse, droit, Bordeaux, 1993, p. 69.

²⁸⁴⁹ Henri SAVOIE et Laurent TOUVET, « L'urbanisme : pour un droit plus efficace – commentaire libre du rapport du Conseil d'Etat », RFDA, 1992, p. 713.

²⁸⁵⁰ Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 680.

aux administrés. La pratique administrative a largement pour objet de transposer, d'adapter ces règles aux multiples situations concrètes où elles sont applicables »²⁸⁵¹.

694. Néanmoins, le risque est évidemment que la souplesse, l'adaptation, aille trop loin et annihile ainsi la fonction de direction des conduites propre au droit. En effet, à travers cette souplesse, on peut se demander si ce n'est pas le droit qui cherche à rattraper le fait, plutôt que le fait qui se soumet au droit. Ces diverses adaptations s'insèrent dans un schéma largement négocié de l'application de la règle de droit. Or, « trop de négociation tue le droit. Aucune négociation le fige et le conduit à l'autre quasi mort de l'ineffectivité totale et de l'inadéquation par désuétude »²⁸⁵². Dès lors, on se retrouve de nouveau face à un facteur à double face. L'ensemble de ces procédés, en brisant la confiance, nuit à l'environnement dans lequel évolue la mise en œuvre des normes. D'un autre côté, ils sont les instruments d'une souplesse indispensable à la mise en œuvre.

Les quatre procédés identifiés ne relèvent cependant pas tous de catégories identiques. Les dérogations et les régularisations relèvent de la sphère du « droit » dans la mesure où elles sont organisées et prévues par le législateur (I). En revanche, les tolérances et l'inertie administratives relèvent du « fait » (II).

I. Les facteurs de droit

Les premiers facteurs qui sont susceptibles d'altérer la confiance des destinataires de la norme sont les procédures de dérogation (A) et de régularisation (B). Pour autant, ceux-ci sont largement encadrés par des normes juridiques qui les prévoient et les encadrent.

A. Les dérogations

695. La dérogation est définie comme l' « action d'écartier l'application d'une règle dans un cas particulier »²⁸⁵³. Ainsi, en droit administratif, une dérogation peut être accordée « dans un cas particulier, par une décision unilatérale de l'administration qui, en considération d'une situation concrète, fait bénéficier un intéressé d'un régime plus favorable que le régime ordinaire »²⁸⁵⁴. Aude Rouyère, auteur d'une thèse sur les dérogations en droit public, dénonce l'imprécision de ces définitions. Selon elle, « la condition existentielle de la technique dérogatoire est l'existence d'une contrainte normative légale »²⁸⁵⁵. L'acte dérogatoire

²⁸⁵¹ Alain SUPIOT, « Recherche sur l'application des textes relatifs à la pollution de l'eau d'origine industrielle », *La semaine juridique*, 1975, n° 2692, n° 4.

²⁸⁵² Bernard CUBERTAFOND, *La création du droit*, Ellipses, 1999, p. 108.

²⁸⁵³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 298.

²⁸⁵⁴ Gérard CORNU, *ibidem*, p. 298.

²⁸⁵⁵ Aude ROUYÈRE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 109.

« n'existe que parce que (l'acte auquel il déroge) préexiste, provoque son apparition et fonde sa validité »²⁸⁵⁶. La dérogation suppose impérativement une habilitation à déroger et un acte de dérogation²⁸⁵⁷. L'habilitation à déroger est prévue par l'auteur de la norme de référence. Elle attribue à l'autorité en charge de l'exécution le pouvoir de déroger. Le pouvoir normatif lui est transféré. En principe contraire à la hiérarchie des normes, la dérogation y est réintroduite par l'habilitation. En outre, le pouvoir discrétionnaire est un « élément déterminant du processus dérogatoire »²⁸⁵⁸. Le but de l'institution d'une dérogation étant de s'adapter au « fait », l'autorité titulaire du pouvoir de déroger dispose logiquement d'un large pouvoir discrétionnaire. C'est ici « une composante structurelle de la dérogation »²⁸⁵⁹, même si cela ne veut pas dire que des conditions ne puissent pas être imposées au pouvoir de déroger. C'est aussi cela qui permet de distinguer la dérogation et l'exception. Cette dernière est prévue par la norme et ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire à l'autorité en charge de la mettre en œuvre. Dans le cas de l'exception, « on déroge dans la règle, on ne déroge pas à la règle »²⁸⁶⁰.

La fonction des dérogations dans l'ordre juridique permet d'expliquer en quoi elle peut contribuer à altérer la confiance des destinataires de la norme et donc, par ricochet, l'effectivité (1). L'exemple du droit de l'urbanisme, terrain privilégié du procédé dérogatoire, permet de l'illustrer (2).

1) La dérogation : vectrice de souplesse dans l'ordre juridique

696. « La pente qui menace l'usage de la technique (dérogatoire) est facile à imaginer. Les protagonistes du processus dérogatoire, ceux qui décident de son déroulement, comme ceux qui en bénéficient, seront inévitablement tentés d'accroître sa portée, en élargissant son champ d'intervention et en multipliant les situations dérogatoires par un assouplissement des conditions d'octroi »²⁸⁶¹. Or, l'atteinte au principe d'égalité, incontestablement inhérente à la dérogation²⁸⁶², altère directement la confiance des destinataires dans la norme. La dérogation véhicule aussi un sentiment délétère, celui que la règle de droit est ajustée sur mesure au gré de tel ou tel intérêt individuel. En outre, la dérogation est un « facteur d'érosion de la contrainte normative »²⁸⁶³. En tant que « violation organisée de la règle de droit »²⁸⁶⁴, la dérogation peut, si elle est utilisée de façon trop fréquente, conduire, de fait, à remettre en

²⁸⁵⁶ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 170.

²⁸⁵⁷ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 137.

²⁸⁵⁸ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 160.

²⁸⁵⁹ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 160.

²⁸⁶⁰ Jean-Bernard AUBY, Hugues PERINET-MARQUET et Rozen NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 487.

²⁸⁶¹ Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 178.

²⁸⁶² V. Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 438 et s..

²⁸⁶³ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 468.

²⁸⁶⁴ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. III.

cause la norme de laquelle elle dérive. Par conséquent, les inconvénients des dérogations dépassent largement leurs effets sur la confiance des destinataires de la norme.

697. Pour autant, « *il existe un lien de causalité entre les dangers (que la dérogation) recèle et la mission qu'elle assure* »²⁸⁶⁵. Par nature, elle est un instrument d'adaptation de la norme au fait. C'est en cela qu'elle permet d'assurer une certaine souplesse dans la confrontation entre la norme et le fait. Cette confrontation est anticipée par le législateur qui transfère alors à l'administration, en lui attribuant un pouvoir de dérogation, la responsabilité de concilier fait et norme. La dérogation est donc « *d'abord, et avant tout, un instrument de continuité de la production normative, lorsque la norme initiale s'épuise contre le fait* »²⁸⁶⁶. Derrière cette apparente capitulation de la norme face à la puissance des faits, Aude Rouyère a mis en évidence le rôle de la fonction d'adaptation véhiculée par la dérogation vis-à-vis de l'ordre juridique. Or, « *l'idée d'adaptation est étroitement liée à la recherche d'effectivité* »²⁸⁶⁷. La dérogation permet d'adapter la norme, générale et abstraite, à la variété des faits. « *La remise en cause ponctuelle de la règle (...) peut être un moyen de sauvegarder sa finalité essentielle. (Il s'agit d') assurer la conciliation d'une "fonction immédiate" du droit et d'une "fonction médiate (diffuse)" du droit administratif* »²⁸⁶⁸. Ainsi, « *la dérogation tend à sauvegarder l'acceptabilité de la norme en vigueur. Lorsque à l'issue de la confrontation du fait et de la norme, l'acceptabilité de cette dernière est menacée, la stabilité du système juridique dépend de sa capacité à produire une norme alternative* »²⁸⁶⁹.

698. L'intérêt des dérogations sur le plan de la souplesse qu'elles introduisent dans l'ordre juridique ne saurait cependant faire oublier leurs inconvénients. Du moins, ceux-ci sont suffisamment importants pour justifier leur encadrement. En effet, « *c'est par un encadrement juridique adéquat qu'elle parviendra à effacer les soupçons qui pèsent sur elle* »²⁸⁷⁰. Or, l'encadrement juridique des dérogations n'a pas fait l'objet d'une systématisation par le législateur. Des régimes juridiques épars sont construits au cas par cas par le législateur et le juge s'efforce, à travers son contrôle, d'harmoniser l'ensemble. Cependant, des éléments communs se dégagent. D'une part, sur le plan de la légalité externe, le juge contrôle évidemment la compétence de l'auteur de l'acte dérogatoire. Il contrôle aussi la régularité des avis consultatifs qui sont souvent requis préalablement à l'octroi d'une dérogation²⁸⁷¹. En outre, les dérogations font évidemment l'objet d'une motivation en vertu de l'article 2 de la loi de 1979. Pour autant, les dérogations qui ne sont pas désignées comme telles échappent souvent à cette obligation²⁸⁷², sauf si la loi qui institue la dérogation la prévoit elle-même²⁸⁷³ ou

²⁸⁶⁵ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 250.

²⁸⁶⁶ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 250.

²⁸⁶⁷ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 407.

²⁸⁶⁸ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 408.

²⁸⁶⁹ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 410.

²⁸⁷⁰ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 251.

²⁸⁷¹ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 292 et s..

²⁸⁷² Sur les limites de l'obligation de motivation en la matière, v. Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 317 et s..

²⁸⁷³ Cela est par exemple le cas pour les dérogations à la règle de la constructibilité limitée prévue par l'article L. 111-1-2 du code de l'urbanisme.

si la motivation est exigée par la jurisprudence²⁸⁷⁴. Le cas des décisions tacites dérogatoires est particulier. Par exemple, les permis de construire tacites dérogatoires n'ont pas à être motivés²⁸⁷⁵, ce qui soulève évidemment d'importantes critiques²⁸⁷⁶. D'autre part, sur le plan de la légalité interne, le juge administratif s'est orienté en 1973 vers un contrôle du bilan, à l'occasion de l'arrêt *Ville de Limoges*²⁸⁷⁷. Pour autant, en dépit de cet approfondissement du contrôle, « *il n'y a pas véritablement suppression du pouvoir discrétionnaire mais plutôt transfert de celui-ci vers le juge* »²⁸⁷⁸, ce dernier appréciant alors l'opportunité de la décision dérogatoire. Cela ne correspond pas « *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* »²⁸⁷⁹.

699. *In fine*, en dépit de l'apport de la jurisprudence au régime juridique des dérogations, « *le juge ne pallie pas l'absence de théorie générale de la dérogation dans l'œuvre du législateur* »²⁸⁸⁰. Par exemple, « *toutes les dérogations non expressément qualifiées comme telles, sont exonérées (du respect de ce régime juridique)* »²⁸⁸¹. Dès lors, il n'est absolument pas certain que cette situation permette de pallier les risques que présente l'usage des dérogations. Compte tenu du rôle qu'elles jouent dans l'ordre juridique, l'utilisation des procédés dérogatoires ne doit pas être négligée, mais cela nécessite de clarifier davantage les traits communs de leur encadrement. On pense notamment à leur encadrement procédural, seul à même de limiter l'effet négatif des dérogations sur la confiance des destinataires de la norme. Outre de combler les lacunes qui touchent la motivation des dérogations, il conviendrait de systématiser les consultations préalables, soit par le biais d'organes consultatifs, soit directement par le biais de procédures de participation du public adaptées. Les tiers à la dérogation auraient ainsi la possibilité de donner leur avis sur son opportunité, ce qui pourrait être bénéfique en terme de transparence et *in fine* de confiance.

2) L'urbanisme dérogatoire

700. L'urbanisme dérogatoire dégage comme « *un parfum de scandale* »²⁸⁸². Largement répandu dans les années soixante-dix, il a directement contribué à ruiner la « *crédibilité* » de la politique d'urbanisme, des normes que celle-ci sous-tend et *in fine* celle de l'administration.

²⁸⁷⁴ Cela est notamment le cas pour les « adaptations mineures », des dérogations prévues par l'article L. 123-1 du code de l'urbanisme (CE, 31 janvier 1979, *Dame Géniteau* ; CE, 29 janvier 1992, *SA Les Ateliers d'Occitanie*, n° 84117).

²⁸⁷⁵ CE, sect., 3 juillet 1981, *SA Michel Buisson*, rec. p. 302.

²⁸⁷⁶ Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 340.

²⁸⁷⁷ CE, ass., 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, rec., p. 530 ; RDP, 1974, note Marcel WALINE ; AJPI, 1974, p. 782, note Robert SAVY.

²⁸⁷⁸ Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 347.

²⁸⁷⁹ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 372. V. *infra*, § 777 et s..

²⁸⁸⁰ Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 280.

²⁸⁸¹ Aude ROUYERE, *ibidem*, p. 280.

²⁸⁸² Jérôme CHAPUISAT, « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », AJDA, 1974, I, p. 3.

L'inégalité qui résulte de la multiplication des dérogations en matière d'urbanisme « *affecte aussi bien la cohérence et l'effectivité des documents d'urbanisme dont les dispositions sont écartées que la sécurité juridique des propriétaires* »²⁸⁸³, pouvait-on lire dans la doctrine de l'époque. Le recours à la technique dérogoire a ainsi été limité par la loi du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme²⁸⁸⁴, mais cette technique demeure encore largement dans ce domaine, sous des formes variées. Elle avance parfois masquée, quand ce n'est pas la doctrine qui en propose la réintroduction.

701. En premier lieu, certaines procédures, anciennes, relèvent clairement de la dérogation. Sans en dresser une liste exhaustive, il est possible de présenter les plus significatives. Tout d'abord, la loi du 31 décembre 1976 a posé le principe de l'interdiction des dérogations pour l'application des règles et servitudes des POS. Cependant, cela est « *à l'exception des adaptations mineures rendues nécessaires par la nature du sol, la configuration des parcelles ou le caractère des constructions avoisinantes* »²⁸⁸⁵. Pour autant, « *l'adaptation, même mineure, demeure une dérogation* »²⁸⁸⁶. Néanmoins, le contrôle du juge est relativement strict. Pour être légale, l'adaptation doit être indispensable pour que le projet puisse être autorisé²⁸⁸⁷ et être justifiée par l'un des trois motifs mentionnés par le code de l'urbanisme. De plus, l'adaptation ne peut demeurer « mineure » que si la différence entre le projet autorisé et les règles ou servitudes est très faible²⁸⁸⁸. De surcroît, « *elle ne peut jamais revêtir un caractère implicite et la décision qui la contient doit être motivée* »²⁸⁸⁹. Ensuite, l'application de la règle de la constructibilité limitée prévue par l'article L. 111-1-2 du code de l'urbanisme fait l'objet d'« exceptions ». Rappelons que cette règle prévoit qu'en l'absence de PLU, de carte communale, ou de document en tenant lieu, il est interdit de construire en dehors des « *parties actuellement urbanisées de la commune* ». Cependant, est prévu au point quatre de cet article que des constructions peuvent être autorisées sur délibération motivée du Conseil municipal, sous certaines conditions et s'il considère que l'intérêt de la commune le justifie²⁸⁹⁰. La doctrine estime ainsi que ce mécanisme n'est pas une exception mais une dérogation²⁸⁹¹, notamment en raison de l'imprécision des conditions dans lesquelles le Conseil municipal

²⁸⁸³ Jérôme CHAPUISAT, « Le droit administratif à l'épreuve... », *op. cit.*, p. 4.

²⁸⁸⁴ V. Jérôme CHAPUISAT, « Le droit administratif à l'épreuve... », *op. cit.*, p. 3 ; Claude BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme », RDP, 1975, p. 5.

²⁸⁸⁵ L. 123-1-9 al. 1^{er} du code de l'urbanisme.

²⁸⁸⁶ Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 55.

²⁸⁸⁷ CE, 21 février 1993, *Beck*, n° 127198.

²⁸⁸⁸ CE, 18 mars 1988, *Romain*, n° 71229.

²⁸⁸⁹ Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 308 ; CE, 31 janvier 1979, *Dame Géniteau* ; CE, 29 janvier 1992, *SA Les Ateliers d'Occitanie*, n° 84117.

²⁸⁹⁰ Au terme de l'article L. 111-1-2 4° du code de l'urbanisme, seules sont autorisées (...) « *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, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à la sauvegarde des espaces naturels et des paysages, à la salubrité et à la sécurité publique, qu'elles n'entraînent pas un surcroît important de dépenses publiques et que le projet n'est pas contraire aux objectifs visés à l'article L. 110 et aux dispositions des chapitres V et VI du titre IV du livre Ier ou aux directives territoriales d'aménagement précisant leurs modalités d'application* ».

²⁸⁹¹ Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 60.

peut délibérer. Cela implique un large pouvoir discrétionnaire²⁸⁹², lequel caractérise les dérogations. En outre, des dérogations à la loi « littoral » sont prévues à l'article L. 146-4 I. al. 2 du code de l'urbanisme. En vertu de cet article, dans les communes soumises à la loi « littoral », l'urbanisation doit se réaliser, soit en continuité avec les agglomérations et villages existants, soit par le biais de hameaux nouveaux intégrés à l'environnement. Il est cependant possible d'y déroger, sous certaines conditions, pour les constructions à usage agricole, sous la réserve que cela ne porte pas atteinte à l'environnement ou aux paysages²⁸⁹³. La dérogation est aussi soumise à l'accord du préfet²⁸⁹⁴, celui-ci statuant après avis de la Commission départementale compétente en matière de nature, de paysages et de sites. Enfin, l'article R. 111-20 du code de l'urbanisme prévoit des dérogations au règlement national d'urbanisme. Ainsi, « *des dérogations aux règles édictées dans la présente sous-section (R. 111-16 à 19 du code de l'urbanisme) peuvent être accordées par décision motivée de l'autorité compétente, après avis du maire de la commune lorsque celui-ci n'est pas l'autorité compétente* ». Une telle dérogation ne peut intervenir que pour un motif d'intérêt général²⁸⁹⁵ et le juge opère ici un contrôle du bilan²⁸⁹⁶.

702. En second lieu, la dérogation se cache parfois des procédures qui lui sont *a priori* étrangères. D'une part, le permis de construire « précaire » constitue l'une des formes les plus dissimulées et les plus contestables de dérogation²⁸⁹⁷. En effet, depuis la réforme de 2005, « *le permis précaire peut être délivré partout (c'est-à-dire dans n'importe quelle zone de n'importe quelle commune) et en dérogation à n'importe quelle règle d'urbanisme de fond* »²⁸⁹⁸. En principe, ce type de permis est délivré à titre temporaire mais « *l'autorité qui le délivre n'est pas tenue de fixer un délai à l'expiration duquel le pétitionnaire devra enlever la construction autorisée* »²⁸⁹⁹. Ainsi, « *dans les zones urbaines ou à urbaniser, au sens large du terme, ne faisant pas l'objet d'une protection particulière, un permis "précaire" non temporaire peut être délivré* »²⁹⁰⁰. De plus, « *rien ne limite, dans le texte, l'ampleur du non-respect des règles d'urbanisme de fond qui peut être couvert par la délivrance du permis* »²⁹⁰¹ et l'obligation de motivation de ce type de permis n'est absolument pas claire²⁹⁰². Le permis précaire est donc totalement dérogatoire au droit commun mais n'est accompagné d'aucune limitation ou garantie importante. D'autre part, Henri Jacquot a montré que la facilité avec laquelle les documents d'urbanisme peuvent être modifiés conduit *in fine* à des

²⁸⁹² Le juge contrôle cependant la réalité du motif invoqué (CE, 17 déc. 2007, *Malot*, n° 295425 ; RDI, 2007, p. 165, note Pierre SOLER-COUTEAUX).

²⁸⁹³ Le juge administratif contrôle effectivement cette condition (CAA Marseille, 4 novembre 2009, *Assoc. interdép. et intercom. pour la protection du lac de Sainte-Croix*, n° 07MA02143).

²⁸⁹⁴ Le juge administratif opère un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'accord du préfet (même arrêt, CAA, 15 mars 2012, n° 07MA02143).

²⁸⁹⁵ CE, sect., 16 décembre 1977, *Cluzeau*, rec., p. 509.

²⁸⁹⁶ CE, 9 juil. 1993, *Mme Y Martin*, n° 109370 ; CAA Marseille, 7 mai 2010, *Noël C*, n° 08MA01621.

²⁸⁹⁷ Article L. 433-1 et s. du code de l'urbanisme.

²⁸⁹⁸ Hugues PERINET-MARQUET, « Permis précaire ou permis dérogatoire ? », *Constr.-Urb.*, 2006, ét. 21, § 6.

²⁸⁹⁹ Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme*, op. cit., p. 807.

²⁹⁰⁰ Hugues PERINET-MARQUET, « Permis précaire ou permis dérogatoire ? », op. cit., § 8.

²⁹⁰¹ Hugues PERINET-MARQUET, *ibidem*, § 9.

²⁹⁰² Hugues PERINET-MARQUET, *ibidem*, § 12.

dérogrations. Certes, l'adaptation des règles locales d'urbanisme est admissible dans un certain nombre d'hypothèses, « *mais il en va différemment lorsque l'objet de la révision ou de la modification est de mettre la règle en conformité avec un projet de construction ou d'aménagement quelconque et qu'au lieu d'adapter le projet à la règle on en arrive à adapter la règle au projet* »²⁹⁰³. Or, ces dernières années, les procédures permettant de faire évoluer les documents d'urbanisme se sont multipliées²⁹⁰⁴.

703. *In fine*, l'exemple de l'urbanisme montre l'hétérogénéité des régimes juridiques des dérogations qui jalonnent ce domaine. Sur le plan procédural, les garanties varient d'un régime à l'autre et sur le fond, le contrôle du bilan n'est pas systématiquement appliqué, notamment lorsqu'un régime dérogatoire n'est pas désigné comme tel par les textes. Cet exemple révèle donc la nécessité d'édifier un régime de droit commun applicable à toutes les dérogations, faute de quoi la confiance des destinataires de la norme pourrait être largement altérée, notamment lorsque des dérogations sont dissimulées derrière des procédures qui ne présentent pas de garanties suffisantes. Malgré cette situation, la doctrine a pu proposer de réintroduire des dérogations en matière d'urbanisme²⁹⁰⁵, le but étant de pouvoir introduire de la « souplesse » dans l'application de la planification locale de l'urbanisme. Cet objectif peut apparaître légitime au regard de la fonction de la « souplesse » dans l'ordre juridique. Pour autant, le souci de préserver la confiance des destinataires de la norme qui doit nécessairement accompagner un tel développement impose qu'un régime juridique favorisant la transparence et les consultations préalables soit mis en place. C'est indirectement ce que suggère Jean-Pierre Lebreton à propos des procédures permettant l'évolution des documents d'urbanisme : « *plutôt que maquiller la réalité et d'emprunter une procédure de modification de la règle qui n'est pas la plus adéquate, ne vaudrait-il pas mieux restaurer la possibilité d'accorder des dérogations en l'assortissant de garanties destinées à prévenir l'usage abusif qui les a, naguère, disqualifiées ?* »²⁹⁰⁶.

B. Les procédures de régularisation

La régularisation consiste à « *rendre un acte ou une situation conforme à la règle* »²⁹⁰⁷. L'auteur d'une thèse sur la régularisation en droit administratif la définit plus précisément comme une « *correction positive d'une illégalité préexistante* »²⁹⁰⁸. Le régime juridique de la régularisation révèle, outre certains inconvénients, des paradoxes vis-à-vis de la légalité (1). Ce procédé, qui permet de faire revenir dans le champ de la légalité une situation irrégulière,

²⁹⁰³ Henri JACQUOT, « L'impossible stabilisation des règles locales d'urbanisme », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 592.

²⁹⁰⁴ Article L. 123-13 du code de l'urbanisme. V. Yves JEGOUZO, « Nouvelle réforme des procédures de gestion des documents d'urbanisme », *AJDA*, 2012, p. 6.

²⁹⁰⁵ GRIDAUH, « La règle locale d'urbanisme en question », *op. cit.*, n° 60.

²⁹⁰⁶ Jean-Pierre LEBRETON, « Présentation générale », in *Etat de droit et urbanisme*, *op. cit.*, p. 25.

²⁹⁰⁷ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 792.

²⁹⁰⁸ Jean-Jacques ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français*, thèse, droit, LGDJ, 1981, p. 9.

est largement développé en matière d'installations classées et d'autorisations d'occupation du sol (2).

1) Les paradoxes de la régularisation

704. La régularisation présente au moins deux inconvénients à même d'altérer la confiance des destinataires de la norme. D'une part, elle peut être perçue comme inégalitaire. Alors que d'aucun prennent la peine de solliciter une autorisation préalable, d'autres bénéficient d'une seconde chance et obtiennent une autorisation postérieurement à son exécution, même s'ils ont mis l'administration devant le fait accompli. La régularisation alimente ainsi l'idée que l'administration accepte les comportements désinvoltes qui méprisent le caractère préalable d'une autorisation administrative. D'autre part, la régularisation représente un paradoxe à l'égard de la légalité. D'un côté, elle permet à l'acte administratif irrégulier de « *revivre dans la légalité pleinement retrouvée* »²⁹⁰⁹. De l'autre, elle « *visé au maintien des effets de l'acte irrégulier ou de la situation entachée d'illégalité* »²⁹¹⁰. Le droit cherche ici à appréhender le fait accompli, lequel constitue une négation pure et simple du caractère préalable de l'autorisation administrative. Même si juridiquement, elle ne se substitue pas à la sanction, elle est un moyen de réguler en souplesse les illégalités. En matière d'urbanisme par exemple, et sous réserve d'inventaire, la régularisation semble ainsi beaucoup plus fréquente que les sanctions pénales ou civiles prononcées à l'encontre de constructions édifiées sans permis de construire.

705. Si elle est un instrument de souplesse indispensable, la régularisation doit néanmoins, compte tenu de ses inconvénients, être encadrée. Face à une situation de fait ou à un acte irrégulier, l'administration « *peut en général édicter un nouvel acte administratif, lequel aura pour objet de faire cesser l'illégalité et pour effet de maintenir la situation de fait, créée le plus souvent par un acte initial* »²⁹¹¹. Pour autant, en principe, la régularisation n'est pas toujours possible. D'une part, dans certains cas, la décision de régularisation « *ne doit pas être prise dans un but exclusif de régularisation* »²⁹¹². En effet, un acte ne peut pas, sans violer la chose jugée, avoir pour unique objet et seul effet de régulariser une situation de fait devenue irrégulière consécutivement à une décision du juge administratif²⁹¹³. D'autre part, la régularisation peut rencontrer des obstacles de fait ou de droit²⁹¹⁴. Par exemple, en matière d'urbanisme, « *il est des cas où le permis irrégulier ne saurait être remplacé par un permis régulier sans un changement de la réglementation violée par l'acte initial* »²⁹¹⁵. Qu'à cela ne

²⁹⁰⁹ Georges VEDEL, *Préface*, in Jean-Jacques ISRAEL, *La régularisation...*, *ibidem*, p. I.

²⁹¹⁰ Jean-Jacques ISRAEL, *ibidem*, p. 9.

²⁹¹¹ Jean-Jacques ISRAEL, *ibidem*, p. 145.

²⁹¹² Jean-Jacques ISRAEL, *ibidem*, p. 200.

²⁹¹³ CE, 17 janvier 1978, *Fourcade*, rec., p. 34.

²⁹¹⁴ V. Jean-Jacques ISRAEL, *La régularisation...*, *op. cit.*, p. 189.

²⁹¹⁵ Jean-Jacques ISRAEL, *ibidem*, p. 191.

tienne, l'administration n'hésite parfois pas à modifier, sur mesure, les règles du PLU pour permettre la régularisation d'une construction. Une zone A pourra ainsi passer en zone AU ou faire l'objet d'une micro zone constructible dans le but de lever l'inconstructibilité juridique de la parcelle. D'ailleurs, le juge administratif est relativement clément à l'égard de ce type de manœuvre juridique. En effet, la mise en œuvre de la procédure de modification du POS n'est pas en soi entachée d'un détournement de pouvoir dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle ait poursuivi un but étranger à l'intérêt général²⁹¹⁶. Ce type de pratique est pourtant choquante et altère directement la confiance des destinataires de la norme. En effet, « *la frustration est aggravée lorsque, pour laver le manquement, l'administration choisit de régulariser l'opération intéressée, en changeant la règle applicable ; de fort bonnes raisons peuvent justifier de recourir à cette solution, mais il faut prendre garde qu'il ne saurait en être fait un usage immodéré sans affaiblir la légalité qui deviendrait ajustable aux circonstances* »²⁹¹⁷. Dans ce cas, le « fait » – c'est-à-dire ici la volonté de régulariser une construction illégale – remonte dans la hiérarchie des normes au niveau supérieur, suscite l'instabilité des règles du PLU, laquelle peut éventuellement être une source de conflit avec des normes supérieures.

706. Pour autant, « *la régularisation n'opère jamais une restitutio in integrum de la légalité* »²⁹¹⁸. C'est là la seule véritable garantie qu'offre le régime juridique de la régularisation. En principe, l'acte qui régularise, comme tout acte administratif, n'est pas rétroactif²⁹¹⁹. Par conséquent, l'illégalité originelle ne disparaît pas sous l'effet de l'acte qui régularise. Si cette illégalité est constitutive d'une infraction pénale, celle-ci pourra être poursuivie malgré une régularisation postérieure. La régularisation affecte seulement la réparation civile²⁹²⁰.

2) Les régularisations en matière d'installations classées et d'autorisations d'occupation du sol

707. En premier lieu, le droit des installations classées fait partie des domaines dans lesquels les procédures de régularisation se sont largement développées²⁹²¹. On y dénombre d'ailleurs un nombre élevé de régularisations²⁹²². La procédure de régularisation est prévue par l'article L. 514-2 du code de l'environnement²⁹²³. Ainsi, « *lorsqu'une installation classée est exploitée sans avoir fait l'objet de la déclaration, de l'enregistrement ou de l'autorisation*

²⁹¹⁶ CAA Nancy, 7 février 2008, n° 07NC00079, *Constr.-Urb.*, 2008, comm. 65, N. ROUSSEAU.

²⁹¹⁷ Jean-Pierre LEBRETON, « Présentation générale », in *Etat de droit et urbanisme*, *op. cit.*, p. 9.

²⁹¹⁸ Georges VEDEL, *Préface*, in Jean-Jacques ISRAEL, *La régularisation...*, *op. cit.*, p. I.

²⁹¹⁹ V. les exceptions à ce principe, in Jean-Jacques ISRAEL, *ibidem*, p. 211 et s..

²⁹²⁰ V. Jean-Jacques ISRAEL, *ibidem*, p. 230.

²⁹²¹ V. David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, n° 396 et s..

²⁹²² David Deharbe relève ainsi « l'importance pratique » du régime de la régularisation (*Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 323). V. aussi David DEHARBE, « Le contentieux administratif de la régularisation des installations classées – Un laboratoire du droit de l'environnement industriel », *Droit de l'environnement*, n° 68 et 69, 1999, p. 15 et 15.

²⁹²³ Cet article devient, à compter du 1^{er} juillet 2013, l'article L. 171-7 du code de l'environnement.

requis par le présent titre, le préfet met l'exploitant en demeure de régulariser sa situation dans un délai déterminé en déposant, suivant le cas, une déclaration, une demande d'enregistrement ou une demande d'autorisation. Il peut, par arrêté motivé, suspendre l'exploitation de l'installation jusqu'au dépôt de la déclaration ou jusqu'à la décision relative à la demande d'enregistrement ou d'autorisation ». Face au fonctionnement irrégulier d'une installation classée, le préfet a l'obligation de mettre en demeure l'exploitant de régulariser sa situation²⁹²⁴. Pour autant, notamment si l'exploitant ne dispose d'aucune autorisation, la régularisation peut nécessiter de longs mois puisque l'exploitant devra suivre la procédure de droit commun pour obtenir une autorisation²⁹²⁵. Dès lors, la question qui se pose à l'administration est celle de savoir si, dans l'attente de la délivrance de l'autorisation, le fait accompli doit être accepté ou non. Si ce n'est pas le cas, l'exploitation de l'installation devrait logiquement être automatiquement suspendue jusqu'à ce qu'un acte vienne, sur le plan juridique, l'autoriser. En revanche, permettre, d'une manière ou d'une autre, l'exploitation de l'installation en attendant l'intervention d'une autorisation revient à accepter purement et simplement la mise devant le fait accompli et la violation, par l'exploitant, du caractère préalable de l'autorisation. Le choix entre les deux options de l'alternative n'est pas simple sur le plan juridique. L'article L. 514-2 précité n'oblige pas l'administration à suspendre, c'est-à-dire à refuser la mise devant le fait accompli, ce n'est qu'une simple faculté dont dispose le préfet. En pratique, s'il choisit de ne pas suspendre, le préfet délivrera une autorisation provisoire. Le Conseil d'Etat a validé cette hypothèse dans un arrêt du 15 octobre 1990²⁹²⁶. Ainsi, la décision de suspendre l'installation relève du pouvoir discrétionnaire du préfet et, si une demande d'autorisation est en cours d'instruction, le préfet peut, au lieu de suspendre, délivrer une autorisation provisoire permettant la poursuite de l'exploitation, cela pour des motifs d'intérêt général tirés des conséquences d'ordre économique ou social qui résulteraient de son interruption. De plus, la suspension doit avoir logiquement pour objet de sauvegarder les intérêts protégés par la loi sur les installations classées²⁹²⁷, c'est-à-dire la protection de l'environnement au sens large. En outre, le Conseil d'Etat a jugé que la délivrance d'une autorisation provisoire ne peut être envisagée que lorsque la régularisation permet de remédier aux atteintes portées aux intérêts protégés par la loi de 1976 sur les installations classées²⁹²⁸, ce qui revient indirectement, dans ce cas, à l'obligation de suspendre et/ou de fermer l'installation puisque la régularisation, à terme, est impossible.

Pour résumer l'état du droit, la suspension s'impose en présence d'un risque d'atteinte à l'environnement, mais à la condition qu'elle ne porte pas atteinte à un intérêt économique ou social assimilable à l'intérêt général. Plus concrètement, selon un auteur, « *il semble que face à une exploitation irrégulière et portant atteinte aux intérêts protégés par la loi de 1976,*

²⁹²⁴ CE, 1^{er} juillet 1987, *Hardy*, rec., p. 243 ; RFDA, 1987, p. 676, concl. Christian VIGOUROUX.

²⁹²⁵ Une autorisation de régularisation doit satisfaire aux mêmes conditions qu'une autorisation initiale, notamment en ce qui concerne les capacités techniques et financières de l'exploitant (CE, 23 juin 2004, *GAEC de la Ville au Guichou*, n° 247626, *Droit adm.*, 2004, comm. 147, E. GLASER).

²⁹²⁶ CE, 15 octobre 1990, *Province de la Hollande septentrionale*, rec., p. 277, CJEG, 1991, p. 133.

²⁹²⁷ TA Nancy, 30 mars 1993, *SA Union française des pétroles*, n° 921821 et 921822.

²⁹²⁸ CE, 16 octobre 1992, *M. David*, n° 88828.

le juge administratif s'assure, avant de refuser l'autorisation provisoire, de l'absence de toute considération d'intérêt général d'ordre économique et social »²⁹²⁹. In fine, il s'agit donc pour le juge d'arbitrer entre différentes composantes, économiques, sociales et environnementales, de l'intérêt général et dans ces circonstances, il peut être d'intérêt général d'entériner le fait accompli par la délivrance d'une autorisation provisoire, par exemple si un exploitant exerce un « chantage à l'emploi ». Dans cette situation, le seul véritable garde fou résulte de la possible intervention du juge pénal, la régularisation ne faisant pas disparaître l'infraction d'exploitation sans autorisation²⁹³⁰ commise lorsque l'exploitation a commencé²⁹³¹.

708. En second lieu, les régularisations sont aussi le lot commun du droit des autorisations d'urbanisme. Elles peuvent d'une part résulter du contrôle de l'achèvement des travaux par l'administration. Ainsi, suite à la déclaration d'achèvement des travaux effectuée par le bénéficiaire du permis de construire, l'article L. 462-2 du code de l'urbanisme prévoit que l'administration peut mettre en demeure ce dernier, soit de déposer un dossier modificatif du permis, soit de mettre les travaux en conformité avec le permis. Dans la seconde hypothèse, le droit prime sur le fait, dans la première, le fait prime sur le droit puisqu'il implique une modification du permis initialement délivré. D'autre part, une régularisation peut résulter du contrôle effectué par l'administration à l'occasion d'une demande portant sur l'extension d'une construction initiale irrégulière. C'est cette hypothèse qui a donné lieu aux développements les plus importants.

Il faut distinguer deux cas de figure, celui des constructions illégales *ab initio* et celui des constructions devenues illégales consécutivement à la modification des règles d'urbanisme. Dans le cas des constructions devenues illégales²⁹³², des travaux sur ces constructions peuvent être autorisés s'ils ont pour objet de rendre la construction davantage conforme aux dispositions méconnues du nouveau plan d'urbanisme en vigueur²⁹³³ ou si ils sont complètement étrangers à ces dispositions méconnues²⁹³⁴. Ces hypothèses n'appellent pas de commentaire particulier dans la mesure où ici, la nécessité d'une régularisation ne résulte pas d'une mise devant le fait accompli mais d'un changement des règles de droit applicables à la construction postérieurement à son édification.

En revanche, le cas des illégalités *ab initio* est plus intéressant dans la mesure où il concerne le non-respect pur et simple des règles d'urbanisme au moment où la construction a été édifiée. Dans ce domaine, le Conseil d'Etat, « *après avoir interdit toute possibilité, ouvre la voie à des perspectives contrastées en autorisant un permis sur une construction irrégulière* »²⁹³⁵. Depuis les décisions *Macé* et *Thalamy* adoptées en 1984 et en 1986, le Conseil d'Etat considère que les travaux sur des constructions illégales *ab initio* sont

²⁹²⁹ David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 324.

²⁹³⁰ L. 514-9 I. du code de l'environnement.

²⁹³¹ V. David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, n° 398.

²⁹³² V. Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 308.

²⁹³³ CE, 23 décembre 1976, *Ministre de l'équipement c. Casseau*, rec., p. 579.

²⁹³⁴ CE, 27 mai 1988, *Madame Sekler*, rec., p. 223 ; AJDA, 1988, p. 546, note Jean-Bernard AUBY.

²⁹³⁵ Bernard DROBENKO, *Droit de l'urbanisme*, Gualino, 6^{ème} éd., 2011, p. 199.

possibles à condition que la demande du pétitionnaire porte non seulement sur les travaux envisagés, mais aussi sur la construction ou la partie de construction édifiée illégalement²⁹³⁶, sauf si bien sûr, les travaux envisagés sont dissociables de la construction irrégulière²⁹³⁷. L'esprit de cette jurisprudence est qu'« une construction inexistante au regard du droit de l'urbanisme ne saurait servir de support à des travaux nouveaux tant que son existence n'a pas été officialisée »²⁹³⁸. Cette position ouvre la voie à des régularisations puisque qu'elle ne consiste absolument pas à interdire tous les travaux sur des constructions pourtant illégales. Pour autant, « cette régularisation aux yeux du droit de l'urbanisme n'est possible que si les règles de fond applicables à la date où l'administration statue sur la demande la permettent. Si tel n'est pas le cas, non seulement la construction "clandestine" ne sera pas régularisée, mais tous les travaux prenant appui sur elles ne pourront être autorisés »²⁹³⁹.

Même s'il résulte de cette jurisprudence une certaine libéralisation des travaux sur les constructions illégales, la jurisprudence *Thalamy* a été critiquée en ce qu'elle limiterait de façon excessive l'évolution future des constructions irrégulières. C'est ainsi qu'une prescription administrative a été établie par le législateur afin de poursuivre cette libéralisation. Le principe est posé à l'article L. 111-12 du code de l'urbanisme que « lorsqu'une construction est achevée depuis plus de dix ans, le refus de permis de construire (...) ne peut être fondé sur l'irrégularité de la construction initiale ». Une régularisation automatique est ainsi instituée par voie législative. Cependant, les débats parlementaires ont permis d'adjoindre à ce principe une série d'exceptions. La prescription ne concerne notamment pas les constructions édifiées sans aucun permis de construire, ce qui a pour effet de limiter son champ d'application aux constructions édifiées en violation du permis de construire et/ou des autres règles d'urbanisme. En outre, une décision du Conseil d'Etat est venue tempérer, dans des limites raisonnables, la jurisprudence *Thalamy*. La décision *Ely* du 3 mai 2011²⁹⁴⁰ ouvre ainsi la possibilité, alors même qu'une demande globale aurait conduit au refus du permis de régularisation, d'autoriser certains travaux sur des constructions édifiées sans aucun permis de construire, à condition qu'un délai d'au moins dix ans se soit écoulé. Cette possibilité est limitée aux travaux nécessaires à la préservation de la construction et au respect des normes, ces deux conditions étant bien entendu cumulatives.

²⁹³⁶ CE, 9 mars 1984, *Macé*, n° 41314 ; CE, 9 juillet 1986, *Mme Thalamy*, n° 51172, AJDA, 1986, p. 648, concl. M. FORNACCIARI. Sur le cas particulier des changements de destination, voir les hypothèses résultant de CE, 12 janvier 2007, *Epoux Fernandez*, n°274362, RDI, 2007, p. 188, note Philippe SOLER-COUTEAUX ; CE, 27 juillet 2009, *SCI La Paix*, n°305920, BJD, 2009, p. 281, concl. Jean-Claude BONICHOT.

²⁹³⁷ CE, 25 avril 2001, *M. et Mme Ahlborn*, BJD, 2001, p. 327, concl. I. De SILVA.

²⁹³⁸ Elise CARPENTIER, « Jurisprudence Thalamy : rappel, précisions et tempérament », AJDA, 2011, p. 1799.

²⁹³⁹ Elise CARPENTIER, *ibidem*, p. 1799.

²⁹⁴⁰ CE, 3 mai 2011, *Ely*, n° 320545, AJDA, 2011, p. 1799, note Elise CARPENTIER. Cette décision ajoute au principe posé par la jurisprudence *Thalamy* que « dans l'hypothèse où l'autorité administrative envisage de refuser le permis sollicité parce que la construction dans son entier ne peut être autorisée au regard des règles d'urbanisme en vigueur à la date de sa décision, elle a toutefois la faculté, dans l'hypothèse d'une construction ancienne, à l'égard de laquelle aucune action pénale ou civile n'est plus possible, après avoir apprécié les différents intérêts publics et privés en présence au vu de cette demande, d'autoriser, parmi les travaux demandés, ceux qui sont nécessaires à sa préservation et au respect des normes, alors même que son édification ne pourrait plus être régularisée au regard des règles d'urbanisme applicables »

Enfin, comme pour les installations classées, la régularisation *a posteriori* d'une construction ne fait pas pour autant disparaître l'infraction de construction édictée sans permis de construire²⁹⁴¹. En revanche, sur le plan civil, la régularisation fait obstacle au prononcé de la démolition de la construction à titre de réparation²⁹⁴².

709. Dans sa thèse sur la régularisation en droit administratif, Jean-Jacques Israel considérait finalement que l'acte administratif qui régularise « *caractérise la victoire du droit sur le fait, conciliant plus ou moins parfaitement la stabilité juridique avec la continuité des faits et de l'action administrative* »²⁹⁴³. Ainsi la régularisation permet-elle au droit, dans une certaine mesure, de rattraper le « fait » pour l'approprier à nouveau. Pour autant, cela ne peut faire oublier ce qui caractérise au premier plan la régularisation : celle-ci reste une procédure qui permet de valider la retraite du droit par rapport au fait, la mise devant le fait accompli de l'administration. Celle-ci constitue avant tout une attitude de défiance par rapport à la primauté de la règle de droit et elle engendre au surplus des inégalités entre les destinataires de la norme, tout comme le sentiment que la règle peut toujours être contournée. Pourtant, le législateur comme le juge tend à étendre l'usage des procédures de régularisation. La souplesse qu'elles procurent l'emporte ici nettement sur la confiance qu'elles altèrent.

II. Les facteurs de fait

Au delà des dérogations et des régularisations, d'autres facteurs contribuent à altérer la confiance des destinataires de la norme à son égard et affectent ainsi l'effectivité de la norme. Cependant, contrairement aux précédents qui sont prévus par des règles de droit, l'inertie administrative (**A**), comme les tolérances administratives (**B**), relèvent de la sphère du « fait ».

A. L'inertie administrative

L'inertie administrative révèle une résistance passive ou volontaire de l'administration qui s'abstient d'agir. Elle est une « *absence de réaction et d'initiative, un état d'immobilisme* »²⁹⁴⁴. Un certain nombre de raisons peuvent expliquer ce phénomène (**1**) mais il implique parfois un remède qui peut aboutir à la démission partielle du droit, celui des décisions implicites d'acceptation (**2**).

²⁹⁴¹ Cass. Crim., 3 décembre 1974, Bull. crim. 1974, n° 359.

²⁹⁴² Cass. Crim., 10 mai 1983, RDI, 1983, p. 512.

²⁹⁴³ Jean-Jacques ISRAEL, *La régularisation...*, *op. cit.*, p. 235.

²⁹⁴⁴ Entrée « inertie », in CNRTL, *op. cit.*.

1) *Les raisons de l'inertie*

710. Pour Jean Carbonnier, « *la négligence des administrations chargées de l'application* »²⁹⁴⁵ est une cause de l'ineffectivité. Ces négligences relèvent parfois de l'inertie de l'administration face à une situation donnée. Celle-ci peut d'une part résulter d'un manque de moyens mis à la disposition de l'administration pour exercer des contrôles²⁹⁴⁶. La diminution du nombre de fonctionnaires et la baisse des crédits peuvent ainsi influencer négativement la capacité de l'administration à répondre aux sollicitations, que ce soit au niveau de l'instruction des demandes d'autorisation ou du contrôle *a posteriori* du respect des autorisations. D'autre part, l'inertie peut aussi résulter d'un manque de volonté, voire de mauvaise volonté. C'est la raison pour laquelle, afin d'éviter que l'administration ne se réfugie derrière le silence pour refuser un droit, le législateur a dans certaines hypothèses institué un régime de décision implicite d'acceptation, même si l'inertie est traditionnellement combattue par le biais du régime de responsabilité pour faute²⁹⁴⁷.

2) *Un remède pernicieux : les décisions implicites d'acceptation*

711. L'article 21 de la loi du 12 avril 2000 prévoit qu'en principe, au-delà d'un délai de deux mois, le silence de l'administration vaut rejet de la demande²⁹⁴⁸. C'est la raison pour laquelle « *il n'existe pas de droit à l'obtention d'une décision administrative ou, si l'on préfère, de droit à obtenir une réponse en cas de demande adressée à l'administration* »²⁹⁴⁹. Cette règle est une source de simplification de l'action administrative mais l'on peut se demander dans quelle mesure elle incite à l'inertie administrative. Plus précisément, si l'administration reste inerte suite à la demande d'un administré, la réponse sera automatiquement défavorable.

712. Il arrive cependant que cette règle soit inversée, que le silence de l'administration vaille acceptation de la demande. Ce renversement permet en principe d'inciter l'administration à ne pas demeurer inerte. Dès lors que son silence vaut acceptation de la demande, il est escompté que celle-ci aura à cœur d'instruire réellement les demandes qui lui sont transmises dans la mesure où, en cas d'inertie de sa part, les conséquences dommageables de l'autorisation pourront éventuellement lui être reprochées. De plus, une

²⁹⁴⁵ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 103.

²⁹⁴⁶ Par exemple, sur le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, v. *supra*, § 161. Sur les moyens de contrôle de l'inspection des installations classées, v. *supra*, § 279.

²⁹⁴⁷ La mise en évidence d'une « carence » de l'administration est un moyen pour l'administré de combattre l'inertie administrative (v. *supra*, § 402).

²⁹⁴⁸ Son article 19 prévoit par ailleurs que « *toute demande adressée à une autorité administrative fait l'objet d'un accusé de réception* », ce qui permet de faire courir le délai.

²⁹⁴⁹ Gweltaz EVEILLARD, « La citoyenneté administrative... », *op. cit.*, p. 109.

décision tacite ne permet pas à l'administration d'imposer des prescriptions. Au-delà, une telle inversion du principe profite largement aux pétitionnaires. En enfermant l'instruction dans des délais prédéterminés et en prévoyant que le silence vaut acceptation, comme cela est le cas en matière de permis de construire, on s'assure que l'éventuelle inertie de l'administration ne pénalisera pas les pétitionnaires.

Les juges ont largement accueilli le recours aux décisions implicites d'acceptation. Le Conseil constitutionnel en a validé le principe dès 1969²⁹⁵⁰ et le Conseil d'Etat admet même l'année suivante, contrairement au juge constitutionnel, qu'au delà du législateur, le pouvoir réglementaire puisse prévoir des hypothèses dans lesquelles le silence de l'administration vaut décision implicite d'acceptation²⁹⁵¹. Le législateur a ensuite prévu lui-même le principe des décisions implicites d'acceptation dans l'article 22 de la loi du 12 avril 2000.

Un exemple de décision implicite d'acceptation est fourni par la procédure du permis de construire tacite²⁹⁵². Dans ce domaine, l'objectif d'une telle procédure est clairement de limiter les conséquences de l'inertie de l'administration. L'article R. 424-1 du code de l'urbanisme prévoit ainsi, en principe, que l'absence de notification d'une décision expresse au terme du délai d'instruction vaut permis de construire²⁹⁵³. Dès lors que le délai est expiré, le permis tacite autorise le pétitionnaire à exécuter les travaux qui avaient été décrits dans sa demande de permis²⁹⁵⁴. Par nature, le permis tacite ne comprend aucune prescription, ce qui limite considérablement les prérogatives de l'administration. En revanche, un tel permis peut régulariser une construction irrégulière, ce qui fait obstacle à une mesure de démolition de l'ouvrage²⁹⁵⁵.

713. Si l'objectif de ce type de procédure est de limiter au maximum les conséquences négatives de l'inertie administrative sur les pétitionnaires, il n'est pas sans inconvénients. En premier lieu, la délivrance de nombreux permis de façon implicite pourra laisser planer l'idée que l'administration ne traite pas sérieusement les demandes. Il en résulte inévitablement une perte de crédit. En second lieu, ce procédé est à double tranchant : soit sa mise en place aura pour conséquence de remobiliser l'administration sur l'instruction des demandes, celle-ci souhaitant éviter les délivrances tacites, soit le même niveau d'inertie demeure et à ce moment là, c'est le contrôle administratif qui sera défaillant en raison de l'absence systématique de prescriptions. En troisième lieu, il n'est pas certain que la sécurité juridique des pétitionnaires en sorte totalement gagnante. Certes, au terme de l'article R. 424-13 du code de l'urbanisme, le bénéficiaire d'un permis tacite peut demander à l'administration qu'elle lui délivre un certificat attestant de l'obtention du permis, mais « *cette disposition ne*

²⁹⁵⁰ CC, 26 juin 1969, n° 69-55 L, *Protection des sites*, § 9 ; JCP G, 1969, n° 2290 bis, note Michèle VOISSET.

²⁹⁵¹ CE, Ass, 27 février 1970, *Commune de Bozas*, rec., p. 139 ; AJDA, 1970, p. 222, chron. Renaud de DENOIX de SAINT-MARC et Daniel LABETOULLE.

²⁹⁵² V. Jean-Marc LAVIEILLE, « Le permis de construire tacite automatique », RDP, 1974, p. 991.

²⁹⁵³ Il en va de même pour les permis d'aménager, de démolir et pour les décisions de non opposition à déclaration préalable. Des exceptions sont cependant prévues aux articles R. 424-2 et 3 du même code.

²⁹⁵⁴ Paradoxalement, le permis tacite est affiché en mairie dans les 8 jours de sa délivrance implicite et doit être affiché sur le terrain pour que les délais de recours commencent à courir.

²⁹⁵⁵ V. Cass. Crim., 8 septembre 2009, n° 09-82.036, *Constr. Urb.*, 2009, comm. 138, P. Cornille.

fixe aucun délai de délivrance, et ne prévoit aucune sanction en cas de refus de délivrance »²⁹⁵⁶. En outre, en cas de permis tacite, il existe probablement un risque plus important que l'administration utilise sa faculté de retirer le permis, du moins dans le cas où la délivrance tacite est due à une administration prise de vitesse par les délais d'instruction. Cela sera probablement le cas lorsque le terrain d'assiette du permis est inconstructible en raison d'une servitude d'utilité publique découlant d'un plan de prévention des risques, naturels ou technologiques.

B. Les tolérances administratives

714. Les tolérances administratives²⁹⁵⁷ peuvent être définies simplement comme « la latitude que se donne l'autorité publique de ne pas sanctionner certaines illégalités manifestes, mais jugées bénignes »²⁹⁵⁸. Ainsi, elles « traduisent le refus des autorités administratives d'user des moyens dont elles disposent face à une violation de la règle de droit »²⁹⁵⁹. On peut encore les considérer comme la « situation juridique constituée lorsque l'administration dispose légalement du pouvoir de réglementer ou d'empêcher un comportement irrégulier d'un administré ou l'accomplissement illégal d'un acte mais s'abstient de le mettre en œuvre et laisse se développer une activité ou une situation irrégulière »²⁹⁶⁰. En définitive, si l'administration a connaissance d'une illégalité, qu'elle dispose de la possibilité ou qu'elle a l'obligation de la sanctionner, et qu'elle choisit de ne pas le faire, on dit alors qu'il s'agit d'une « tolérance » de l'administration. Cette question heurte par conséquent de plein fouet celle de l'effectivité de la norme, du moins celle de sa sanction. Plusieurs exemples de « tolérances » administratives ayant déjà été abordés dans le domaine des sanctions administratives applicables aux installations classées²⁹⁶¹, il n'est pas utile d'y revenir.

Les tolérances accordées par l'administration relèvent purement de son bon vouloir. C'est en cela que l'on peut dire qu'elles appartiennent à la sphère factuelle dans la mesure où elles ne sont pas prévues par les textes. D'ailleurs, « il ne naît jamais de droit acquis du fait d'une tolérance antérieure (...) La sanction peut resurgir à tout moment et sans limite si la puissance publique le souhaite »²⁹⁶². Pour autant, elles ne sont pas exclues de tout contrôle. Il existe un moyen assez simple sur le plan contentieux pour en limiter l'usage par

²⁹⁵⁶ Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme*, op. cit., p. 777.

²⁹⁵⁷ V. Lucile TALLINEAU, « Les tolérances administratives », AJDA, 1978, p. 3 et s. ; Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation...*, op. cit., p. 75 et s. ; Pierre LASCOUMES et Jean-Pierre LE BOURHIS, « Des "passes-droits" aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et Société*, n 32, 1996, p. 51.

²⁹⁵⁸ Denys de BECHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 83.

²⁹⁵⁹ Lucile TALLINEAU, « Les tolérances administratives », op. cit., p. 6.

²⁹⁶⁰ Frédéric LOMBARD, « Les tolérances administratives en matière d'occupation sans titre du domaine public », RRJ, 2007, p. 808.

²⁹⁶¹ V. *supra*, § 288 à 295.

²⁹⁶² Denys de BECHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 83.

l'administration. En effet, le refus de l'administration d'adopter une sanction lorsqu'une situation de fait est à même de le justifier, peut être déféré au juge administratif par toute personne ayant un intérêt à agir. En matière d'installations classées, une association agréée de protection de l'environnement pourra en principe effectuer cette démarche. Si la compétence de l'administration pour sanctionner est liée, alors son refus de sanctionner sera annulé. Si l'adoption d'une sanction relève du pouvoir discrétionnaire, ce qui est plus fréquemment le cas, comme en matière d'installations classées, le juge opérera un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et pourra dans ce cadre censurer indirectement une tolérance.

715. Les tolérances administratives se situent elles-aussi aux confins de la souplesse et de la dégradation de la confiance. En ce qui concerne d'un côté la souplesse, les tolérances administratives, dans la mesure où elles ne sont pas trop importantes et/ou systématiques, peuvent constituer un facteur d'adaptation du droit au fait qui permet de fluidifier la mise en œuvre de la norme. Dans ce cas, certains auteurs parlent plutôt d'« indulgence » de l'administration²⁹⁶³. Celle-ci « *légitime l'action administrative, qui n'est plus une simple application mécanique de textes abstraits* »²⁹⁶⁴. Ainsi une tolérance peut-elle être motivée « *par des arguments d'ordre économique, sociaux et politiques extérieurs à la nature même de l'objet* »²⁹⁶⁵. Elle est alors « *un moyen de ménager des transitions et de tenir compte par là même de la capacité économique des agents à supporter des mutations brusques* »²⁹⁶⁶, comme cela est par exemple le cas en matière d'installations classées. Cependant, d'un autre côté, les tolérances administratives heurtent de plein fouet, et à plus d'un titre, la confiance que les destinataires de la norme peuvent avoir avec l'administration. Les tolérances sont d'abord génératrices d'inégalités. Elles « *sont, le plus souvent, préjudiciables à ceux qui n'en profitent pas. Ainsi, en matière économique, elles conduisent à des inégalités qui faussent le jeu de la concurrence* »²⁹⁶⁷. En outre, on peut se demander quels sont les critères qui conduisent à accorder une tolérance. Est-ce la faible gravité de l'« infraction » qui justifie la tolérance, ou le nombre important d'emplois en jeu, ou encore des relations personnelles ? On voit bien alors comment peut naître l'arbitraire. Ensuite, « *la prise en considération systématique des difficultés d'application peut conduire à ôter toute rigueur à la règle de droit* »²⁹⁶⁸ et, au delà de la perte de crédit de l'administration, c'est la norme elle-même qui en est décrédibilisée. Enfin, dans le cas de tolérances à grande échelle, c'est la capacité de la norme d'atteindre ses objectifs qui est en jeu. Par exemple, Lucile Tallineau considérerait, peu après les lois adoptées en 1976, que l'« *on peut craindre, en particulier, que les efforts récents réalisés pour mettre au point une législation et une réglementation cohérentes dans les domaines de l'environnement et de l'urbanisme, ne soient singulièrement réduits par les tolérances*

²⁹⁶³ V. Frédéric COLIN, « De l'indulgence en droit administratif », AJDA, 2012, p. 794 et s..

²⁹⁶⁴ Frédéric COLIN, *ibidem*, p. 799.

²⁹⁶⁵ Lucile TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *op. cit.*, p. 13.

²⁹⁶⁶ Lucile TALLINEAU, *ibidem*, p. 13.

²⁹⁶⁷ Lucile TALLINEAU, *ibidem*, p. 34.

²⁹⁶⁸ Lucile TALLINEAU, *ibidem*, p. 38.

consenties lors de leur application »²⁹⁶⁹. Cette analyse est toujours valable aujourd'hui. Ce que le législateur accorde sous la lumière des projecteurs, l'administration peut le reprendre dans l'ombre des tolérances. Il faut reconnaître que le domaine de l'environnement est largement marqué par ce contraste saisissant entre des événements médiatiques comme le Grenelle de l'environnement et l'insignifiance des sanctions dans la pratique. Dans ces conditions, la confiance des destinataires de la norme dans cette dernière ne peut qu'en être sinon rompue, du moins largement altérée.

716. *In fine*, la dérogation, la régularisation, l'inertie et la tolérance administrative témoignent toutes des difficultés du « droit » de lutter contre la puissance des « faits ». Le droit tente péniblement d'appriivoiser le fait et prend acte de la nécessité d'introduire de la souplesse dans la mécanique de mise en œuvre des normes supérieures. Cependant, tous ces procédés présentent des inconvénients souvent similaires qui altèrent la confiance des destinataires de la norme, d'autant plus dans le cas des facteurs de fait. Pour préserver la confiance, les facteurs de droit doivent bénéficier d'une amélioration des garanties procédurales. La situation est plus difficile pour les facteurs de fait dès lors que l'inertie ne peut être réglée autrement que par une prise de conscience politique et l'abus des tolérances administratives ne peut être réduit que par un contrôle attentif du juge.

²⁹⁶⁹ Lucile TALLINEAU, *ibidem*, p. 38.

CONCLUSION

717. La mise en œuvre de la norme permet d'en concrétiser les effets, directement par l'adoption des normes d'application et le choix des instruments de mise en œuvre, mais aussi indirectement en favorisant les conditions de la confiance des destinataires de la norme. Par conséquent, ces trois éléments sont autant de conditions de l'effectivité de la norme.

718. L'adoption des normes d'application est relativement bien assurée dans l'ordre juridique interne, mais paradoxalement, le droit français ne connaît aucune obligation générale de mettre en œuvre la Constitution. En ce qui concerne le choix des instruments de la mise en œuvre, tout dogmatisme dirigé à l'encontre ou au profit d'une seule variété d'instruments semble devoir être écarté au profit d'une recherche des complémentarités et des combinaisons entre les instruments qui reste encore largement à construire. D'un point de vue plus global, améliorer la confiance des destinataires de la norme implique de combler les lacunes de la démocratie administrative et, lorsque cela est possible, d'accompagner les différents facteurs qui altèrent la confiance par des garanties juridiques suffisantes – cet ensemble pourrait d'ailleurs trouver sa place au sein d'un hypothétique code de procédure administrative non contentieuse. L'adoption des normes d'application, le choix des instruments et la confiance des destinataires de la norme demeurent donc des conditions relatives de l'effectivité de la norme qui sont encore largement perfectibles.

719. En outre, si la confiance des destinataires de la norme est si importante, c'est parce qu'elle est en mesure d'engendrer une réelle adhésion à celle-ci. Une telle adhésion est de nature à réduire l'écart entre le « droit » et le « fait », au profit du « droit ». Alors que la dérogation ou la régularisation adapte le droit au fait, le couple confiance/adhésion amène le fait vers le droit. Ainsi, « *la réception approchera de la perfection lorsque l'application de la règle sera devenue un comportement sinon mécanique, du moins usuel. Et la passion peu à peu s'éteindra. Le droit, dit-on alors, est entré dans les mœurs, la loi s'est transformée en coutume et c'est sa réussite* »²⁹⁷⁰.

²⁹⁷⁰ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, op. cit., p. 104.

CONCLUSION DU TITRE I

720. Plusieurs conditions de l'effectivité de la norme tiennent, au sens large, à la « conception » de la norme. Cette dernière recouvre à la fois l'élaboration de la norme, mais aussi la conception de sa mise en œuvre. D'une part, l'effectivité est prédéterminée par les « qualités » de la norme et par sa légitimité. D'autre part, la mise en œuvre de la norme permet d'en concrétiser les effets, mais c'est aussi à ce stade, lorsqu'elle est directement confrontée au fait, que les menaces d'ineffectivité sont les plus nombreuses. Les effets de la norme peuvent ainsi être pénalisés par l'absence de normes d'application, par le choix d'un instrument exclusif partiellement inefficace, par des dérogations trop systématiques, par l'absence de moyens au bénéfice de l'administration ou par des pratiques administratives trop tolérantes. L'adoption d'une conception large de la mise en œuvre implique donc de prêter davantage d'attention à la confiance des destinataires de la norme, à l'environnement de sa mise en œuvre. Cette confiance permet ainsi de prévenir les différentes ineffectivités.

721. *In fine*, les conditions de l'effectivité afférentes à la conception de la norme apparaissent, comme ses conditions classiques, particulièrement relatives. Si un rapport d'implication entre la condition et l'effectivité peut être mis en évidence, il demeure nécessairement souple compte tenu des limites du droit positif. En revanche, ces conditions se différencient des conditions classiques de l'effectivité en ce qu'elles sont susceptibles d'influencer plus directement que les précédentes le « degré » d'effectivité de la norme. Cela est par exemple le cas du choix des instruments de mise en œuvre dont la combinaison peut conduire à une variabilité des effets de la norme. Il en va encore de même de la confiance des destinataires de la norme qui, selon son niveau, est plus ou moins de nature à prévenir l'ineffectivité. Les conditions de l'effectivité qu'il reste à identifier au stade de la réception de la norme semblent elles-aussi présenter cette caractéristique.

TITRE II : LA RECEPTION DE LA NORME

722. Recevoir c'est « être mis en possession d'accepter, d'accueillir »²⁹⁷¹ quelque chose. Elaborée puis mise en œuvre par la puissance publique, la norme est ensuite mise en possession de ses destinataires et du juge. En la mobilisant devant le juge, les destinataires de la norme participent ainsi de ce que Rudolf Von Jhering appelle une « lutte pour le droit ». Une fois la norme entrée dans le droit positif, cette lutte devient en quelque sorte une lutte pour son effectivité. Ainsi, « ce n'est point pour la loi abstraite que se poursuit la lutte, mais pour son incarnation dans un droit concret »²⁹⁷².

723. Il est possible que la norme ne soit pas utilisée de façon prolongée par les acteurs du droit. C'est l'hypothèse de la désuétude de la norme. Pour autant, la désuétude n'entraîne ni l'abrogation de la loi, ni celle de l'acte réglementaire. La norme est simplement en sommeil. Elle est toujours susceptible d'être réanimée par ses destinataires et appliquée par le juge. Jean Carbonnier explique d'ailleurs que « la loi inappliquée n'en demeure pas moins disponible aux convenances du public, et c'est cette disponibilité qui est son utilité essentielle. Pour cette espèce de lois, l'applicabilité importe plus que l'application ; elle est à elle seule effectivité »²⁹⁷³.

724. Néanmoins, l'effectivité de la norme est en principe plus importante lorsque cette dernière est mobilisée par les acteurs du droit. Ainsi, les normes « ne font rien si elles ne sont mobilisées par des sujets ou agents en fonction de leurs intérêts, de leurs intentions civiques ou du zèle qu'ils déploient dans l'exercice de leurs attributions. Elles ne procurent donc pas le résultat découlant de leur application si les acteurs ne jugent pas opportun de les mettre en mouvement ou s'entendent (...) pour ne pas le faire »²⁹⁷⁴. Pour Paul Amselek, la pratique du droit, nécessairement déterminée par ses acteurs, contribue « à façonner les instruments juridiques mis en vigueur par le législateur, à leur donner leur portée véritable, leur touche finale, par la manière dont elle les interprète et les applique. Les instruments juridiques ne sont rien d'autre que ce qu'on en fait, ce que les praticiens, les utilisateurs en font ». Dès lors, « n'avoir qu'une vue statique du droit tel qu'il sort pour ainsi dire des mains ou de la bouche du législateur, c'est aussi en avoir une vue très incomplète »²⁹⁷⁵. La réception de la norme, que ce soit par ses destinataires ou par le juge, semble dès lors recéler plusieurs conditions juridiques de son effectivité.

En premier lieu, il convient d'interroger l'aptitude qu'ont les destinataires de la norme à la mobiliser de sorte que celle-ci puisse produire ses effets. En effet, lorsqu'ils y trouvent un

²⁹⁷¹ Entrée « recevoir », in in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr.

²⁹⁷² Rudolf von JHERING, *La lutte pour le droit*, 1890, rééd., Dalloz, 2006, p. 65.

²⁹⁷³ Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit...*, op. cit., p. 138.

²⁹⁷⁴ Antoine JEAMMAUD et Evelyne SERVERIN, « Evaluer le droit », *Dalloz*, 1992, p. 263.

²⁹⁷⁵ Paul AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit... », *RDP*, 1983, p. 1473.

intérêt²⁹⁷⁶, les destinataires de la norme ont une tendance naturelle à « revendiquer » son effectivité. Si cette revendication s'effectue potentiellement dans le cadre de l'ensemble des relations sociales, c'est la mobilisation de la norme devant le juge qui est le plus directement l'objet de l'analyse juridique. Dans ce contexte, la mobilisation de la norme dépend essentiellement du degré d'ouverture de l'accès à la justice. Il s'agit donc de comprendre en quoi l'accès à la justice peut constituer une condition juridique de l'effectivité de la norme (**Chapitre I**).

En second lieu, s'il est saisi, le juge est susceptible de devenir « *le maître de l'effectivité des droits et des lois* »²⁹⁷⁷. Sa fonction est « *d'individualiser et de concrétiser les normes générales* »²⁹⁷⁸. Au cours de cette opération, l'interprétation qu'il fait de la norme lui permet de déterminer jusqu'à quel point celle-ci peut produire effet et les pouvoirs dont il dispose lui permettent d'attribuer plus ou moins de conséquences à son interprétation. L'interprétation faite par le juge et l'utilisation de ses pouvoirs, c'est-à-dire plus largement la réception de la norme par le juge - semble ainsi conditionner l'effectivité de la norme (**Chapitre II**).

Chapitre I : La réception de la norme par ses destinataires

Chapitre II : La réception de la norme par le juge

²⁹⁷⁶ Cet intérêt peut être individuel, altruiste voire politique (v. Eric MILLARD, « La justiciabilité des droits sociaux : une question théorique et politique », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012, p. 452).

²⁹⁷⁷ William BARANES et Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », *Dalloz*, 1996, p. 301.

²⁹⁷⁸ Norberto BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », *APD*, t. 27, 1982, p. 141-142.

CHAPITRE I : LA RECEPTION DE LA NORME PAR SES DESTINATAIRES

725. La phase de réception de la norme se caractérise par « *le rôle essentiel des « usagers » du droit dans la mobilisation de ses potentialités juridiques* »²⁹⁷⁹. Jean Cruet expliquait ainsi en 1908 que « *la loi ne se défend pas toute seule et les droits qu'elle nous concède sont au fond des virtualités ou des possibilités qu'il appartient à chacun de faire passer dans le domaine de l'action* »²⁹⁸⁰. En raison de l'autorité qui s'attache à ses décisions, c'est devant le juge que la mobilisation de la norme par ses destinataires a le plus grand potentiel sur le plan de son effectivité. En défendant leurs intérêts devant le juge, les destinataires de la norme donnent en effet à ce dernier l'opportunité d'interpréter la norme et de faire prévaloir cette interprétation aux moyens des pouvoirs dont il dispose. Cependant, le juge ne peut mettre en œuvre ses pouvoirs sans être préalablement saisi. L'accès à la justice des destinataires de la norme revêt alors une place capitale.

726. En premier lieu, l'accès à la justice des destinataires de la norme constitue une condition de son effectivité, principalement parce qu'il permet au juge d'interpréter et d'appliquer la norme. Cet accès au juge « *se concrétise par l'octroi à chaque requérant d'une possibilité d'exiger, par les voies juridictionnelles, une application ou du moins un contrôle de la légalité conforme à ses anticipations* »²⁹⁸¹. En saisissant le juge, les destinataires de la norme s'assurent que le droit prime sur le fait. L'intérêt individuel du requérant se double d'un intérêt plus large pour l'effectivité de la norme (**Section I**) puisque « *dans mon droit, c'est le droit tout entier qui est violé et contesté ; c'est lui qui est défendu, soutenu et rétabli* »²⁹⁸².

727. En second lieu, l'accès à la justice n'est cependant pas illimité. Les enjeux sont néanmoins importants. Ainsi, pour Jürgen Habermas, « *les personnes juridiques ne peuvent mobiliser leurs prérogatives à la contrainte, attachée à leurs droits, sous la forme d'une prérogative à porter plainte que s'ils ont librement accès à des tribunaux indépendants et fonctionnant efficacement, qui, dans le cadre de la loi, tranchent les litiges d'autorité et de manière impartiale* »²⁹⁸³. Un équilibre doit nécessairement être recherché entre d'une part les impératifs d'une bonne administration de la justice qui impliquent que l'accès au juge ne peut être trop étendu et, d'autre part, la nécessité de s'assurer que le juge puisse être saisi. Or, l'accès à la justice est parfois limité par des éléments qui constituent de véritables obstacles (**Section II**).

²⁹⁷⁹ François OST, « *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge* » in Pierre BOURETZ (dir.), *La Force du droit ; panorama des débats contemporains*, Editions Esprit, Paris, 1991, p. 259.

²⁹⁸⁰ Jean CRUET, *La vie du droit ou l'impuissance des lois*, op. cit., p. 210.

²⁹⁸¹ Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique...*, op. cit., p. 540.

²⁹⁸² Rudolf von JHERING, *La lutte pour le droit*, 1890, rééd., Dalloz, 2006, p. 62.

²⁹⁸³ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, op. cit., p. 142.

Section I : La fonction de l'accès à la justice

728. Un accès suffisamment large à la justice permet aux destinataires de la norme de mobiliser, c'est-à-dire de « *mettre en jeu* »²⁹⁸⁴, les normes juridiques. Ces dernières sont ainsi mises dans le jeu du droit, jeu au sein duquel le juge peut faire prévaloir la norme sur le fait et ainsi en assurer l'effectivité.

La fonction de l'accès à la justice dans la mobilisation des normes juridiques peut être illustrée par les actions d'intérêt collectif (§1). La reconnaissance très large du droit au juge semble d'ailleurs prendre acte de cette fonction. Cette reconnaissance est en effet souvent animée par le souci de faire prévaloir le droit sur le fait, c'est-à-dire *in fine* d'assurer l'effectivité de la norme (§2).

§1) La mobilisation du droit contre le fait : illustration à partir de l'exemple des actions d'intérêt collectif dans le domaine de l'environnement

729. L'action d'intérêt collectif est conduite devant les juridictions par des personnes morales à but non lucratif comme les associations ou les syndicats. A travers la défense d'une cause, ces personnes contribuent à la défense de l'intérêt collectif correspondant à leur objet. La motivation qu'elles tirent de la volonté farouche de défendre cette cause les conduit de façon concomitante à promouvoir avec force le respect de la norme. Certes, cela n'est pas le propre de l'action associative ou syndicale. L'action en justice des individus contribue aussi à mobiliser les effets de la norme. Parmi le flot des requêtes émanant d'individus, on sait le rôle particulier joué par les « requérants d'habitude ». Si ces derniers occupent plus fréquemment que les autres les salles d'audience, ils exercent une action objective de défense de la légalité jugée « *plutôt positive* »²⁹⁸⁵. En effet, l'essentiel est « *qu'en défendant leurs droits, les particuliers contribuent à la défense de l'Etat de droit* »²⁹⁸⁶. Pour autant, les personnes morales semblent mieux armées pour conduire des actions contentieuses pertinentes. En fédérant leurs membres, elles peuvent accumuler davantage de moyens et la défense d'une cause les conduit à établir une véritable stratégie d'action contentieuse.

730. Le domaine de l'environnement se prête particulièrement bien à la mise en évidence du rôle que joue l'action collective sur le plan de la mobilisation de la norme. Un parallèle peut ici être établi avec le rôle occupé par les associations dans d'autres domaines du droit public. Dans le contexte du droit des étrangers, Bruno Genevois a mis en évidence que l'action du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) « *illustre l'efficacité de*

²⁹⁸⁴ Entrée « mobiliser », in *Le Petit Robert de la langue française 2013*.

²⁹⁸⁵ Fabrice LEMAIRE, « Les requérants d'habitude », RFDA, 2004, p. 554.

²⁹⁸⁶ Jean-Pierre LEBRETON, « Présentation générale », in GRIDAUH, *Etat de droit et urbanisme, op. cit.*, p. 29.

l'action collective devant la juridiction administrative »²⁹⁸⁷. Il en va de même de l'action des associations de protection de l'environnement. Ces dernières constituent traditionnellement, grâce à l'accès au juge dont elles disposent, l'un des principaux moteurs du développement du droit de l'environnement et, de façon incidente, du droit de l'urbanisme. Jacqueline Morand-Devilleur souligne ainsi que « *l'intervention des associations, le plus souvent dans l'intérêt général, est à l'origine de l'irrésistible progression de la protection environnementale* »²⁹⁸⁸.

Il convient d'une part d'étayer cette hypothèse en mettant en évidence l'importance la fonction normative de l'action associative, c'est-à-dire la fonction qu'elle assure sur le plan de la mobilisation des normes (I). Cela explique en partie pourquoi cette action a été largement accueillie, d'autant plus en raison du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir (II).

I. La fonction normative de l'action associative

L'action développée devant les tribunaux par les associations ne sert pas simplement la cause qu'elles se donnent pour objet de défendre. Outre que cette cause recoupe très fréquemment l'intérêt général et/ou la protection des droits fondamentaux, l'action associative est nécessairement fondée, devant le juge, sur la défense de la légalité. Elle contribue ainsi à mobiliser les normes devant le juge, ce qui donne l'opportunité à ce dernier d'assurer l'effectivité de ces normes (A). Il faut de plus remarquer que leur action, dès lors qu'elle est organisée par le législateur, permet de dépasser les difficultés liées à la personnification de certains objets du droit objectif (B).

A. La mobilisation des normes par les associations

731. L'action en justice des principales associations environnementales, c'est-à-dire essentiellement celles qui sont agréées au niveau national ou régional, est en règle générale pertinente sur le plan juridique. Mettant en évidence les « *moyens juridiques appropriés* » utilisés par le GISTI, Bruno Genevois considère qu'« *à cet égard, un parallèle pourrait être fait avec certaines associations de défense de l'environnement, agréées au plan national sur le fondement de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature* »²⁹⁸⁹. Il est tout à fait possible de poursuivre la comparaison entre ces deux types d'associations, par exemple en considérant l'action juridique menée par l'association *France Nature Environnement* ou ses associations fédérées. L'action de *France Nature Environnement*, comme celle du GISTI, « *ne répond pas à des mobiles subjectifs et personnels, mais au contraire à une action*

²⁹⁸⁷ Bruno GENEVOIS, « Le Gisti : requérant d'habitude ? La vision du Conseil d'Etat », in GISTI, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009, p. 68.

²⁹⁸⁸ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, 10^{ème} éd., *Que sais-je ?*, 2010, PUF, p. 31

²⁹⁸⁹ Bruno GENEVOIS, « Le Gisti : requérant d'habitude ?... », *op. cit.*, p. 67.

objective »²⁹⁹⁰. Il ne s'agit pas de défendre l'intérêt individuel de certains de ses membres mais de veiller au plus près au respect et par conséquent à l'effectivité du droit de la protection de l'environnement.

732. Louis Boré a distingué trois fonctions de l'action menée devant les tribunaux par les associations²⁹⁹¹. Tout d'abord, leur action a une fonction de « *suppression des illégalités* ». Dans le contexte qui est celui du droit public, on pense ainsi aux nombreux recours qui ont pour objet d'obtenir l'annulation d'actes unilatéraux, voire leur réformation par le juge. Il en va de même des questions prioritaires de constitutionnalité qui visent à purger l'ordre juridique des lois inconstitutionnelles. Une seconde fonction est la « *sanction des auteurs d'infractions pénales et de fautes graves* ». Concernant la sanction des fautes commises par l'administration, même si ce type de contentieux est moins développé par les associations, celles-ci n'hésitent parfois pas à engager la responsabilité de l'administration comme l'illustre l'affaire des *Algues vertes*²⁹⁹². Sur le plan pénal, les associations jouent un rôle très important dès lors qu'elles ont la possibilité de se constituer partie civile²⁹⁹³. Dans ce cadre, leur objectif est d'abord d'obtenir la condamnation du prévenu, même si cela n'est pas l'objet de l'action civile. Se constituer partie civile leur permet de pouvoir obtenir la tenue d'un procès à travers la procédure de citation directe dans les cas où le ministère public ne désire pas poursuivre. Cela les autorise aussi à présenter des observations écrites et orales dans le cadre de l'instance. L'occasion leur est ainsi donnée de démontrer la culpabilité du prévenu, au-delà de leurs prétentions sur le plan du préjudice qu'elles subissent. Enfin, Louis Boré considère qu'elles exercent une fonction d'« *aide à la réparation des préjudices individuels* ». En matière d'environnement, leur objectif est, soit directement soit indirectement, d'obtenir la réparation du préjudice écologique, ce qui, étant donné que la protection de l'environnement est d'intérêt général, constitue une action purement altruiste.

733. Au-delà de ces trois fonctions qui contribuent chacune à renforcer l'effectivité des normes juridiques, l'action associative conduit surtout le juge à interpréter les normes qui sont invoquées devant lui. Cette interprétation influe directement sur le niveau des effets de la norme. Les associations proposent ainsi au juge des interprétations audacieuses qui ont en général pour objet de lui donner plus d'effet²⁹⁹⁴. Elles fournissent par là même un ensemble d'informations qui contribuent à éclairer le juge. Bruno Genevois a décrit l'influence du GISTI sur la jurisprudence²⁹⁹⁵. La même opération pourrait être effectuée par exemple à propos de l'action de *France Nature Environnement* devant les juridictions administratives.

²⁹⁹⁰ Bruno GENEVOIS, « Le Gisti : requérant d'habitude ?... », *op. cit.*, p. 66.

²⁹⁹¹ V. Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 1997, p. 198 et s..

²⁹⁹² V. *supra*, § 405. Plus largement, v. Louis BORE, « L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative », RFDA, 1996, p. 544.

²⁹⁹³ Cela est possible pour les associations agréées de protection de l'environnement (L. 142-2 du code de l'environnement) ainsi que pour certaines associations déclarées depuis plus de cinq ans dans les conditions prévues au même article.

²⁹⁹⁴ V. Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations...*, *op. cit.*, p. 121.

²⁹⁹⁵ V. Bruno GENEVOIS, « Le Gisti : requérant d'habitude ?... », *op. cit.*, p. 70 et s..

Le nombre d'arrêts initiés par cette association et qui font l'objet de commentaires, y compris dans des revues généralistes ou dans les recueils de grands arrêts, en est la meilleure démonstration. Il faut aussi noter le succès de cette association dans le cadre de l'utilisation de la question prioritaire de constitutionnalité²⁹⁹⁶. Il démontre à la fois la pertinence de son action juridique et son inscription dans le cadre du contentieux objectif. Parmi les plus connues des lecteurs de revues juridiques figurent aussi les associations *Eaux et rivières de Bretagne*, *Manche Nature* ou encore *Alsace Nature*, toutes les trois fédérées à *France Nature Environnement*. Par exemple, l'association *Eaux et rivières de Bretagne*, outre des centaines de décisions prononcées par les juridictions administratives bretonnes, a initié le contentieux sur les *Algues vertes*²⁹⁹⁷, était à l'origine de l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 juin 2006 portant sur la Charte de l'environnement²⁹⁹⁸ ou encore de plaintes devant la Commission européenne ayant conduit à la condamnation de la France par la Cour de justice à propos des nitrates²⁹⁹⁹. De manière plus diffuse, l'action des associations de protection de l'environnement permet « de développer une jurisprudence abondante qui vient compléter des normes législatives peu claires ou mal définies »³⁰⁰⁰. Cela a été le cas dans de multiples domaines intéressant le code de l'environnement et le code de l'urbanisme. Il en va notamment ainsi des dispositions de la loi Littoral, sur les installations classées, sur l'étude d'impact, sur la participation du public ou encore dans le domaine de l'accès à l'information.

734. De telles actions sont susceptibles de susciter des critiques, notamment au regard d'une conception élargie du principe selon lequel nul ne plaide par procureur. De plus, la création d'associations de type « NIMBY »³⁰⁰¹ dont l'objectif est de contester une autorisation administrative particulière fait souvent l'objet de critiques car celles-ci reflètent souvent moins un intérêt altruiste qu'un agglomérat des intérêts purement privés des propriétaires voisins de l'installation projetée. Les contentieux des permis de construire, celui des éoliennes ou des installations de traitement des déchets en sont autant d'exemples. Pour autant, ces associations ne doivent pas être confondues avec les associations agréées dont il a été jusqu'ici question. En outre, les associations de type « NIMBY » jouent-elles aussi un rôle positif sur le plan de la préservation de la légalité, même si leurs actions en justice sont souvent plus improvisées. Plus profondément, l'action en justice des associations apparaît

²⁹⁹⁶ V. CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC ; AJDA, 2012, p. 260, ét. Bénédicte DELAUNAY ; CC, 13 juillet 2012, n° 2012-262 QPC ; JCP G, 2012, p. 1590, chron. Bertrand MATHIEU. Ces deux décisions contraignent le Parlement pour qu'il légifère. Un projet de loi a d'ailleurs été déposé en ce sens (v. projet de loi relatif à la mise en oeuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement enregistré à la Présidence du Sénat le 3 octobre 2012). L'étude d'impact de ce projet de loi fait explicitement référence à ces deux décisions du Conseil constitutionnel au titre des raisons qui justifient l'intervention du législateur.

²⁹⁹⁷ CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, *Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, ... c. Association Halte aux marées vertes et a. .* ; AJDA, 2010, p. 903, note Agathe VAN LANG.

²⁹⁹⁸ CE, 19 juin 2006, *Eaux et rivières de Bretagne*, rec., p. 703 ; AJDA, 2006, p. 1584, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA.

²⁹⁹⁹ CJCE, 8 mars 2001, *Commission c. France*, C-266/99 ; RJE, 2001, p. 445, chron. Bernard DROBENKO ; v. *supra*, § 99 et s..

³⁰⁰⁰ Marie-Laure LAMBERT-HABIB, « L'interventionnisme associatif dans la production normative. L'exemple de l'environnement », in *Les associations, acteurs privilégiés du droit et de la gouvernance*, PUAM, 2009, p. 99.

³⁰⁰¹ *Not in my backyard* : pas dans mon arrière-cour.

comme un substitut aux carences de l'Etat dans sa volonté de faire respecter les normes. Ainsi, une analyse de droit comparé montre qu'« *il apparaît très vite que l'administration publique ne remplit pas suffisamment son devoir de protection de la nature, ce que l'on a coutume d'appeler le déficit d'exécution. Ce déficit d'exécution constitue l'argument essentiel en faveur d'une reconnaissance législative et judiciaire des actions associatives* »³⁰⁰². Dans le contexte français, si l'on met de côté l'action pénale des associations qui procède de la même logique, leurs actions devant le juge administratif permettent souvent de combler les lacunes de l'Etat. Ainsi, « *la quasi inexistence du contrôle de légalité a eu (...) pour effet la multiplication des recours des particuliers et des associations* »³⁰⁰³. Selon un rapport du Conseil d'Etat datant du début des années quatre-vingt-dix, « *le juge administratif observe d'ailleurs qu'il prononce l'annulation de nombreux actes importants à la demande des particuliers ou des associations, sans avoir été saisi parallèlement par un déféré préfectoral* »³⁰⁰⁴. Rien ne permet aujourd'hui de penser que la situation ait véritablement changé. Chacun peut par exemple le constater à chaque fois qu'une association obtient l'annulation d'un acte administratif alors même que le préfet n'avait pas déféré cet acte au juge administratif. On sait en effet la faiblesse patente du contrôle de légalité préfectoral³⁰⁰⁵. Là où le préfet a fait preuve d'une certaine mansuétude à l'égard des collectivités territoriales, les associations cherchent à combler le déficit de contrôle. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que leur action soit ensuite critiquée, voire entravée, par des élus locaux qui sont à la fois indirectement les auteurs des plans d'urbanisme annulés à l'initiative des associations, des présidents du syndicat mixte en charge de la gestion des déchets dont le projet d'incinérateur a été porté devant le juge ou encore des parlementaires dont le nom figure sur l'une des multiples propositions de loi visant à limiter les recours associatifs.

735. L'action contentieuse des associations est pourtant bien l'un des plus précieux alliés de la préservation de la légalité. Il faut ajouter à cela que cette action ne bénéficie pas seulement à la légalité et à la réputation de l'association. Bruno Genevois a mis en évidence, à propos du GISTI, que « *lorsqu'elle est couronnée de succès une telle action bénéficie à des tiers en raison de l'effet erga omnes des annulations pour excès de pouvoir. À mon sens il s'agit d'une forme d'action collective à la française* »³⁰⁰⁶ qui ne coïncide cependant pas avec la *class action*³⁰⁰⁷. La situation est la même en ce qui concerne l'action des associations de protection de l'environnement. Par exemple, lorsqu'une association obtient du juge administratif qu'il mette en demeure *Electricité de France* d'assurer la libre circulation des poissons migrateurs en effaçant plusieurs barrages³⁰⁰⁸, la décision bénéficie à l'association, aux pêcheurs qui

³⁰⁰² Eckard REHBINDER, « L'action en justice des associations et l'action populaire pour la protection de l'environnement », REDE, 1997, p. 17.

³⁰⁰³ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, op. cit., p. 55.

³⁰⁰⁴ CONSEIL D'ETAT, *ibidem*, p. 54.

³⁰⁰⁵ V. *supra*, § 161 et s..

³⁰⁰⁶ Bruno GENEVOIS, « Le Gisti : requérant d'habitude ?... », op. cit., p. 69.

³⁰⁰⁷ V. *infra*, § 795.

³⁰⁰⁸ CAA Nantes, 26 novembre 2010, *Union régionale de Bretagne-Maine-Normandie des fédérations pour la pêche et la protection du milieu aquatique*, AJDA, 2011, p. 33, concl. S. Degommier.

fréquentent le cours d'eau, mais encore à l'ensemble de la population qui pourra évoluer au sein d'une diversité biologique plus riche. De façon plus spécifique, l'action de l'association permet aussi la préservation de la diversité biologique pour elle-même, laquelle eut été bien en peine d'intenter une action contentieuse devant le juge.

B. Une fonction de représentation en justice des objets juridiques non personnifiés

736. L'action en justice des associations permet, dans certains cas, d'offrir à des non-sujets de droit, une représentation indirecte en justice. Cela permet ainsi la mobilisation, devant le juge, des normes de droit objectif qui ont pour objet la protection des non-sujets de droit. Cela est par exemple le cas des animaux, des générations futures ou encore de l'environnement, de la nature. Ces différents éléments ont le point commun de ne pas être des « personnes » sur le plan juridique. Dès lors, ils ne peuvent pas, par eux-mêmes, mobiliser les normes favorables à leurs intérêts. Par exemple, lorsqu'une disposition du droit objectif qui limite les atteintes à la propriété n'est pas respectée, le propriétaire lésé peut agir en justice afin de demander le respect de cette disposition. En revanche, lorsqu'une disposition visant la protection de l'animal, des générations futures ou de la nature n'est pas respectée, ces derniers ne peuvent pas, par eux-mêmes, agir en justice, essentiellement parce qu'au-delà d'être des objets de droit, ils ne sont pas simultanément des personnes juridiques. Dès lors, le rôle des associations qui se donne pour objet la protection de ces non-sujets de droit est particulièrement important. Ainsi, en matière d'environnement, leurs actions en justice permettent de contourner l'obstacle de l'absence de personnification de la nature.

Il peut parfaitement être rétorqué que, sur le plan de la technique juridique, la personnification de l'animal, des générations futures, de l'environnement, de la nature ou d'autres éléments se trouvant dans la même situation, est parfaitement envisageable. Certains auteurs tels que l'américain Christopher Stone se sont d'ailleurs brillamment dirigés dans cette direction, estimant que comme les enfants, les esclaves ou les entreprises, l'environnement devait être doté de la personnalité juridique pour pouvoir ester en justice³⁰⁰⁹. Cette proposition a d'ailleurs été reprise par Jean-Pierre Marguénaud à propos des animaux³⁰¹⁰. A la lecture des arguments de ces deux auteurs, force est de constater qu'il ne demeure pas d'obstacle juridique décisif à la reconnaissance de la personnalité juridique des animaux ou de l'environnement. Le choix apparaît bien davantage moral et philosophique que strictement juridique. A cet égard, il faut se garder de discréditer les propositions de Christopher Stone en l'assimilant au courant politique de la *deep ecology* – c'est-à-dire de

³⁰⁰⁹ Christopher D. STONE, « Should trees have standing? Towards legal rights for natural objects », 45 *South California Law Review* 450 (1972), article réédité au sein de l'ouvrage de Christopher D. STONE, *Should trees have standing? and other essays on law, morals and the environment*, Oceana Publications, New York, 1996, p. 1.

³⁰¹⁰ Jean-Pierre MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Dalloz*, 1998, p. 205.

l'écologie « profonde » ou « fasciste », car son argumentation est, sur le plan juridique, quasiment irréprochable. L'argument qui est fréquemment opposé à ce type de proposition est que ces objets non-humains sont bien incapables d'exprimer une volonté, indispensable dans le cadre de l'action en justice. Stone y répond en expliquant que l'observation de la nature permet de déduire sa volonté. Son mauvais état serait le reflet de sa volonté d'être protégée³⁰¹¹. Cet argument pourrait ne pas convaincre. Cependant, Stone rappelle que c'est bien la fonction du recours aux fictions juridiques que de dépasser ce type d'obstacle. Ainsi est-il vrai que la volonté de l'entreprise, en tant que personne morale, n'est pas plus évidente à déceler que celle de la nature ou de l'animal. Dès lors, comme on a confié aux dirigeants de l'entreprise la tâche d'exprimer la volonté de l'entreprise, il conviendrait de confier à des « guardians », celle d'exprimer la volonté de la nature. Cette proposition est parfaitement envisageable sur le plan juridique. Pour autant, c'est elle qui conduit à relativiser fortement l'utilité de reconnaître à la nature ou aux animaux la qualité de personne juridique.

737. En effet, les *guardians* que Stone propose d'instituer jouent, peu ou prou, le même rôle que les associations de protection de l'environnement. D'ailleurs, Jean-Pierre Marguénaud, après avoir mis en avant l'intérêt d'une « personnalité technique » pour les animaux, fait justement directement référence à la possibilité des associations de protection des animaux d'exercer les droits reconnus à la partie civile³⁰¹². Il est possible de rejoindre Marie-Angèle Hermitte lorsqu'elle considère qu'aucune des critiques classiques et récurrentes de la personnification de l'animal ou de la nature n'emporte la conviction³⁰¹³. Pour autant, si l'on met de côté le débat philosophique sur les relations entre l'Homme et la nature, sur lequel chacun peut se faire librement une opinion, force est de constater que sur le plan juridique, l'attribution de la personnalité juridique aux animaux ou à la nature n'apporterait pas d'avantage déterminant au niveau contentieux par rapport aux possibilités actuelles d'action contentieuse des associations³⁰¹⁴. Pour Marie-Angèle Hermitte, l'argument décisif en faveur de la personnification de la nature résulte du principe de l'égalité des armes. Celui-ci impliquerait que, pour que la nature puisse se défendre en justice des atteintes qu'elle subit, elle bénéficie de la qualité de sujet de droit³⁰¹⁵. Si l'on dépasse la dimension symbolique de cette proposition, seule compte la représentation des intérêts de la nature devant la justice. Les auteurs qui proposent la personnification de la nature ou des animaux sont à chaque fois contraints de proposer, de façon concomitante, l'institution de *guardians* ou de tuteurs, ceux-ci devenant la bouche de ces nouveaux sujets de droit. Or, en pratique, les associations se donnent déjà cette mission. En effet, « *n'est-ce pas cette réalité* (de la représentation de la

³⁰¹¹ V. Christopher D. STONE, « Should trees have standing ?... », *op. cit.*, p. 18-19.

³⁰¹² Jean-Pierre MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », *op. cit.*, p. 210.

³⁰¹³ Pour un aperçu de ces critiques, v. Marie-Angèle HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », *Annales HSS*, 2011, n° 1, p. 197 et s.

³⁰¹⁴ V. l'analyse comparable de certains auteurs à propos du statut de l'animal : Olivier Le BOT, « Des droits fondamentaux pour les animaux : une idée saugrenue ? », *Revue Semestrielle de Droit Animalier*, 1-2010, p. 21-22 ; Simon CHARBONNEAU, « A propos de l'animal être sensible », *Revue Semestrielle de Droit Animalier*, 1-2010, p. 29-30.

³⁰¹⁵ V. Marie-Angèle HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », *Annales HSS*, 2011, n° 1, p. 212.

nature par les associations), *inavouée, qui prévaut quelque peu lorsque l'administration donne son agrément à telle ou telle association s'ingéniant à protéger sources, rivières, ou autres éléments de la nature ?* »³⁰¹⁶. Si l'on garde à distance le débat philosophique sous-jacent, nous avons bien du mal à trouver une différence pratique entre la représentation de la nature par des associations agréées et celle effectuée par des tuteurs, des *guardians* ou des avocats qui, nécessairement, devraient bien être désignés par des humains, sauf à considérer que la nature ou l'animal puisse librement déterminer la personne à même de la représenter en justice. Ainsi, François Ost pose la question de savoir s'il ne convient pas « *plutôt d'accorder enfin un réel droit d'action en justice aux associations qui défendent (la nature) ?* »³⁰¹⁷. Cela est à juste titre la voie qui a été suivie par le législateur comme par le droit international³⁰¹⁸. L'action associative est ainsi largement accueillie par le juge, d'autant plus qu'elle s'insère dans le cadre de la philosophie libérale du recours pour excès de pouvoir.

II. Une action largement accueillie

L'action contentieuse menée par les associations est majoritairement de nature objective, sauf les cas où l'association est mandatée par l'un de ses membres. Cette nature objective s'inscrit parfaitement dans celle, tout aussi objective, du recours pour excès de pouvoir³⁰¹⁹. « *Le juge n'ignore pas que pour qu'il y ait une jurisprudence il faut qu'en amont survienne un procès. En l'absence de saisine d'office, un procès suppose l'intervention d'un justiciable* »³⁰²⁰. Sans admettre l'*actio popularis*, le juge administratif français a su admettre largement les recours pour excès de pouvoir (A). Dans ce cadre, il a aussi accueilli favorablement l'action associative, laquelle a été encore renforcée par le législateur dans le domaine de l'environnement (B).

A. L'admission large du recours pour excès de pouvoir

738. Au terme d'une interprétation *contra legem*, la loi ayant exclu tout recours en l'espèce, le Conseil d'Etat a jugé dans l'arrêt *Dame Lamotte* du 17 février 1950 que le recours pour excès de pouvoir est celui « *qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la*

³⁰¹⁶ Gérard MONEDIAIRE, « Sur la nature du droit de la nature », *Caesura, Canoas*, n° 4, 1994, p. 65.

³⁰¹⁷ François OST, *La nature hors la loi – l'écologie à l'épreuve du droit*, 1995, rééd., *La Découverte*, 2003, p. 204.

³⁰¹⁸ V. en ce sens l'article 9 de la Convention d'Aarhus. Certains Etats ont néanmoins fait le choix de reconnaître des droits à la nature (v. Victor DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de droit », *RJE*, 2012, p. 469).

³⁰¹⁹ Certains recours de plein contentieux ont aussi une nature objective (v. Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2011, p. 49). Dans le domaine de l'environnement, c'est le cas du plein contentieux des installations classées ou encore de l'eau.

³⁰²⁰ Bruno GENEVOIS, « Le Gisti : requérant d'habitude ?... », in *op. cit.*, p. 66.

légalité »³⁰²¹. La nature objective de ce recours était ainsi clairement affirmée. Un célèbre Huron a ensuite contribué à l'expliciter³⁰²². Pour René Chapus, le recours pour excès de pouvoir est marqué par trois caractéristiques³⁰²³. C'est un recours d'utilité publique, qui est d'ordre public et qui consiste en un procès fait à un acte. Tel qu'Hauriou l'avait envisagé, le requérant y occupe la fonction « *d'un ministère public poursuivant la répression d'une infraction* »³⁰²⁴. En effet, dès lors qu'il a pour effet de préserver la légalité, le Conseil d'Etat a su se montrer suffisamment libéral pour l'admettre largement. Pour autant, il ne s'agit pas d'une *actio popularis*. L'intérêt de ce recours réside dans la rencontre dont il témoigne entre l'intérêt du requérant et celui de la préservation de la légalité³⁰²⁵. Seuls sont ainsi admis à exercer ce recours les requérants justifiant d'un intérêt à agir.

739. L'appréciation de l'intérêt à agir est globalement libérale, même si elle « *a donné lieu à une jurisprudence aussi subtile que fournie, et toujours très dépendante, comme le rappellent les motifs des jugements et arrêts, des circonstances de l'espèce* »³⁰²⁶. La condition d'intérêt à agir teinte ainsi le recours pour excès de pouvoir d'une touche d'individualisme. Pour autant, elle « *doit servir à canaliser et non à museler le recours pour excès de pouvoir, et l'idée dominante est que pour agir il faut être touché, mais pas forcément blessé par l'acte* »³⁰²⁷. En effet, pour justifier d'un intérêt à agir, le requérant doit démontrer que la décision attaquée lui fait grief, qu'elle porte atteinte à ses intérêts. L'intérêt que le requérant a de voir annulée la décision attaquée doit ainsi être personnel. Il doit être spécialement concerné par la décision. La jurisprudence s'oppose ainsi aux recours qui ont pour seul objet la préservation de la légalité³⁰²⁸. Plus encore, l'intérêt personnel du requérant doit être suffisant. C'est ce qui fait par exemple intervenir, dans le domaine de l'urbanisme, une appréciation du juge portant sur la proximité de la propriété du requérant par rapport au permis de construire contesté³⁰²⁹. Outre d'être légitime et actuel³⁰³⁰, l'intérêt du requérant doit encore être direct et certain³⁰³¹. Si l'appréciation du juge est ici subjective, elle reste libérale. Il en résulte seulement, selon René Chapus, que la lésion de l'intérêt ne doit être « *ni exagérément indirecte, ni exagérément incertaine* »³⁰³². En outre, témoigne encore du fait que le recours pour excès de pouvoir n'est pas une action populaire le fait que l'absence d'intérêt

³⁰²¹ CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, rec., p. 110.

³⁰²² V. Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, chron., 1962, p. 37.

³⁰²³ V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 223 et s.

³⁰²⁴ Maurice HAURIOU, cité par René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 224.

³⁰²⁵ L'intérêt individuel du requérant rencontre souvent l'intérêt général. En matière fiscale, le Conseil d'Etat a ainsi admis l'intérêt à agir du contribuable à l'encontre des décisions qui affectent les finances de la commune (CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec., p. 333 ; S., 1901.3.73, note Maurice HAURIOU).

³⁰²⁶ Gilles PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir (Conditions de recevabilité) », *Rép. cont. adm.*, *Dalloz*, 2010, n° 253.

³⁰²⁷ Bernard PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 17.

³⁰²⁸ CE, 6 octobre 1965, *Marcy*, rec., p. 493.

³⁰²⁹ V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 478.

³⁰³⁰ V. Gilles PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir... », *op. cit.*, n° 254 et s..

³⁰³¹ V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 484.

³⁰³² René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 483.

à agir est un moyen d'ordre public que le juge administratif relève d'office³⁰³³. Pour autant, conscient de l'intérêt qu'elle représente pour la préservation de la légalité, le juge admet largement l'action des associations, même si certaines limites perdurent³⁰³⁴.

B. L'accueil favorable des recours associatifs

« *L'action menée par (le GISTI) au cours des trente dernières années illustre de façon positive le parti qu'un groupement avisé peut tirer du recours pour excès de pouvoir à l'effet de faire respecter le principe de légalité* »³⁰³⁵. En effet, les recours associatifs, et singulièrement ceux présentés par les associations agréées de protection de l'environnement sont largement accueillis par le juge administratif.

740. D'une part, en ce qui concerne les associations de droit commun, celles-ci acquièrent la personnalité juridique, et par conséquent la capacité d'agir en justice, dès lors qu'elles sont régulièrement déclarées. S'agissant des associations non déclarées, contrairement à la Cour de cassation qui considère qu'elles n'ont pas la capacité d'agir en justice, le Conseil d'Etat témoigne une nouvelle fois d'ouverture et juge que « *l'absence de déclaration ne fait pas obstacle à ce que, par la voie du recours pour excès de pouvoir, toutes les associations légalement constituées aient qualité pour contester la légalité des actes administratifs faisant grief aux intérêts qu'elles ont pour mission de défendre* »³⁰³⁶. Encore faut-il que les associations ou autres groupements bénéficient d'un intérêt à agir. Par un arrêt du 21 décembre 1906, le Conseil d'Etat a ainsi admis l'action d'intérêt collectif portée par une association³⁰³⁷. Celle-ci a qualité pour agir en justice afin de défendre son objet social, en l'espèce la préservation de la desserte d'un quartier par les transports en commun. Les recours des associations ayant pour objet de défendre leur objet statutaire sont admis de façon souple par le juge administratif. En raison du principe de spécialité des personnes morales, leur intérêt à agir s'apprécie au regard de l'objet social défini par les statuts de l'association³⁰³⁸. Le juge se livre alors à une comparaison entre le contenu de l'acte attaqué et l'objet social de l'association. Cette dernière n'est recevable que si la décision attaquée porte atteinte à l'intérêt collectif qu'elles ont pour objet de défendre. Là aussi, le juge vérifie le caractère

³⁰³³ CE, 15 octobre 1969, *Forasetto*, rec., p. 437.

³⁰³⁴ V. *infra*, § 787 et s..

³⁰³⁵ Bruno GENEVOIS, « Le Gisti : requérant d'habitude ?... », *op. cit.*, p. 79.

³⁰³⁶ CE, 31 octobre 1969, *Syndicat de défense des eaux de la Durance*, rec., p. 462 ; AJDA, 1970, p. 252, note P. LANDON.

³⁰³⁷ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli*, rec., p. 962 ; S., 1907.3.33, note Maurice HAURIOU. Dans un arrêt rendu une semaine plus tard (CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, rec., p. 977 ; RDP, 1907, p. 25, note Gaston JEZE), le Conseil d'Etat a admis la recevabilité des syndicats pour « *défendre des intérêts dont ils sont chargés* ». En revanche, s'ils peuvent aussi défendre les intérêts individuels de leurs membres, c'est à la condition d'être mandatés spécialement à cet effet.

³⁰³⁸ CE, sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, rec., p. 119 ; RFDA, 1985, p. 707, concl. B. LASSERRE ; CE, 25 mai 1990, *Bauret*, rec., p. 913.

suffisant de l'intérêt à agir des associations. Ainsi, une association de droit commun dont le champ d'action territorial n'est pas limité sur le plan géographique est réputée avoir un objet national³⁰³⁹ et n'a donc pas intérêt à agir à l'encontre d'un acte local³⁰⁴⁰. Il en va de même pour toutes les associations qui ont un ressort territorial plus vaste que celui de l'acte attaqué³⁰⁴¹. En outre, l'objet social de l'association doit être suffisamment précis³⁰⁴². De plus, si l'intérêt à agir des associations à l'encontre des actes réglementaires ne pose pas de difficultés³⁰⁴³, la situation est plus délicate à l'encontre des actes individuels. En principe, l'intérêt à agir n'est reconnu qu'à l'encontre d'un acte individuel positif³⁰⁴⁴.

741. D'autre part, en ce qui concerne les associations de protection de l'environnement, si l'article 2 de la Charte de l'environnement au terme duquel « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » n'a pas pour effet de supprimer les conditions de recevabilité mentionnées³⁰⁴⁵, l'obtention d'un agrément au titre de la protection de l'environnement³⁰⁴⁶ facilite largement la recevabilité de l'action associative. En effet, l'article L. 142-1 al. 2 du code de l'environnement institue en quelque sorte une présomption d'intérêt à agir en disposant que « toute association de protection de l'environnement agréée (...) (justifie) d'un intérêt pour agir contre toute décision administrative ayant un rapport direct avec leur objet et leurs activités statutaires et produisant des effets dommageables pour l'environnement sur tout ou partie du territoire pour lequel elles bénéficient de l'agrément dès lors que cette décision est intervenue après la date de leur agrément ». Ainsi, depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 8 février 1999³⁰⁴⁷, l'intérêt à agir d'une association agréée s'apprécie au regard de trois conditions cumulatives : l'objet statutaire de l'association doit avoir un rapport direct avec la décision attaquée, celle-ci engendre des effets dommageables sur l'environnement, et le périmètre géographique de l'agrément de l'association est supérieur ou égal à celui de la décision attaquée. En outre, une fédération d'associations telle que *France Nature Environnement*, « alors même qu'elle

³⁰³⁹ CE, 23 février 2004, *Communauté de commune du pays loudunais*, rec., p. 803 ; BJD, 2004, p. 67, concl. LE CHATELIER.

³⁰⁴⁰ Néanmoins, le juge administratif semble assouplir sa position. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé, à propos d'une association n'ayant pas délimité son ressort géographique, qu'« en dépit de l'absence de délimitation, dans ses statuts, du ressort géographique de son champ d'action, cette association doit être regardée comme ayant un champ d'intervention local compte tenu des indications fournies sur ce point notamment par son appellation, la localisation de son siège social ainsi que l'existence, dans plusieurs autres départements, d'associations locales ayant un objet analogue et une dénomination similaire » (CE, 25 juin 2012, *Collectif Antinucléaire 13 et a.* n° 346395).

³⁰⁴¹ CE, 26 juillet 1985, *Union régionale pour la défense de l'environnement...*, AJDA, 1985, p. 741, concl. DANDELLOT. V. Louis BORE, « Contentieux associatif », Jcl. Env., fasc. 4990, déc. 2011, n° 31.

³⁰⁴² CE, 9 décembre 1996, *Assoc. pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais*, rec., p. 479.

³⁰⁴³ CE, sect., 27 avril 1934, *Ligue nationale contre l'alcoolisme*, rec., p. 493.

³⁰⁴⁴ CE, ass., 13 juillet 1948, *Société des amis de l'Ecole polytechnique*, rec., p. 330.

³⁰⁴⁵ CE, 3 août 2011, *Assoc. Vivre à Meudon ; Environnement*, 2011, comm. 124, note Pascal TROUILLY : Cet article « ne saurait, par lui-même, conférer à toute personne qui l'invoque intérêt pour former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de toute décision administrative qu'elle entend contester ».

³⁰⁴⁶ V. L. 141-1 et s. du code de l'environnement ; Chantal CANS, « Associations agréées de protection de l'environnement », Jcl. Env., fasc. 2700, août 2009 ; Xavier BRAUD, « La réforme de l'agrément du 12 juillet 2011 : des objectifs louables, une occasion manquée ? », RJE, 2012, p. 63.

³⁰⁴⁷ CE, 8 février 1999, *Fédération des associations de protection de l'environnement et de la nature des côtes d'Armor*, rec., p. 20 ; *Droit de l'environnement*, 1999, n° 66, p. 6, note Benoist BUSSON.

regroupe des associations locales dont au moins l'une d'entre elles eût été recevable à contester personnellement une décision administrative, justifie de l'intérêt que lui confère l'article L. 142-1 du Code de l'environnement, dès lors qu'elle est agréée au plan national »³⁰⁴⁸.

742. En définitive, l'action d'intérêt collectif menée par les associations illustre combien l'ouverture de l'accès à la justice permet la mobilisation des normes dans le but d'en tirer tous les effets qui peuvent en découler. Sur un plan plus juridique, la large reconnaissance de l'accès à la justice est inspirée par la même logique. Elle est, quel que soit son niveau, animée par la volonté de faire primer le droit.

§2 – Une reconnaissance de l'accès à la justice tournée vers la prééminence du droit sur le fait

Si l'importance de l'accès à la justice est reconnue sur la base de fondements variables, elle l'est à tous les niveaux des ordres juridiques (I) et elle est toujours envisagée comme un moyen pour que le droit prime sur le fait. Dans le domaine de l'environnement, l'article 9 de la Convention d'Aarhus souligne l'importance de l'accès à la justice pour assurer l'effectivité des normes environnementales (II). Il influence aujourd'hui largement la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

I. Une reconnaissance très large

En droit international général, la protection du droit au juge figure aux articles 2, paragraphe 3, et 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁰⁴⁹. L'article 8 de la déclaration universelle des droits de l'homme protège quant à lui le droit à un recours effectif devant les juridictions nationales. Pour autant, c'est aux niveaux européens (A) et interne (B) que la reconnaissance de l'importance de l'accès à la justice est la plus marquée. Elle s'est notamment faite à travers la fondamentalisation du droit au juge³⁰⁵⁰.

³⁰⁴⁸ CAA Nancy, 22 déc. 1999, *France Nature Environnement* ; AJDA 2000, p. 364, note Benoist BUSSON.

³⁰⁴⁹ L'article 2, paragraphe 3, reconnaît le droit à un « *recours utile* » au bénéfice des personnes dont les droits protégés par le Pacte ont été violés et l'article 14, paragraphe 1, énonce que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal* ». Le Comité des droits de l'homme de l'ONU veille au respect de ces droits (V. Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel...*, *op. cit.*, p. 520).

³⁰⁵⁰ V. Roland VANDERMEEREN, « Permanence et actualité du droit au juge », AJDA, 2005, p. 1102 ; Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 230 et s..

A. La protection du droit au juge aux niveaux européens

743. En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, c'est à titre principal sur le fondement de l'article 6 de la Convention EDH qu'elle sanctionne le non-respect du droit au juge par les Etats³⁰⁵¹. Ainsi, dans l'arrêt *Golder* du 21 février 1975, c'est le souci d'assurer la « *prééminence du droit* » – notion figurant dans le Préambule de la Convention EDH – qui conduit la Cour à déduire du droit au procès équitable le droit « *d'accès à un tribunal* », ce dernier faisant partie des « *principes fondamentaux de droit universellement reconnus* »³⁰⁵². Puis, à l'occasion de l'arrêt *Airey contre Irlande* du 9 octobre 1979, la Cour affirme solennellement que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (...) La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique* »³⁰⁵³. La mise en œuvre de ce droit implique par ailleurs des obligations positives à la charge des Etats. Pour autant, la Cour a ensuite affirmé que ce droit n'est pas absolu et « *il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus* »³⁰⁵⁴, ce qui confère aux Etats une marge d'appréciation importante.

744. En ce qui concerne l'ordre juridique de l'Union européenne, la Cour de justice n'a pas attendu la reconnaissance du droit au juge par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour protéger l'accès à la justice au niveau national. Pour autant, même si elle est aussi inspirée de l'article 6 de la Convention EDH, cette protection est très clairement tournée vers l'effectivité du droit de l'Union au niveau interne. Ainsi, le contrôle du respect du droit de l'Union européenne exercé par les juridictions nationales est un principe général du droit de l'Union³⁰⁵⁵. Plus concrètement, la Cour affirme dans un arrêt *Rewe* du 16 décembre 1976 qu'« *il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature*

³⁰⁵¹ En outre, l'article 13 de la Convention EDH dispose que « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale* ». Pour autant, ce droit a en principe une portée autonome et joue de façon subsidiaire. Il garantit la possibilité d'avoir un recours au niveau national pour pouvoir se plaindre de la violation des droits garantis par la Convention. V. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., PUF, 2011, p. 477 et s. ; Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel...*, op. cit., p. 514.

³⁰⁵² Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, § 35, série A, n° 18 ; GACEDH, n° 27.

³⁰⁵³ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, n° 32, § 24 ; GACEDH, n° 2

³⁰⁵⁴ Cour EDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, § 57, série A, n° 93.

³⁰⁵⁵ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222/84, rec., p. 1651.

interne »³⁰⁵⁶. Un principe d'équivalence entre les recours permettant d'invoquer le droit interne et ceux permettant d'invoquer le droit de l'Union est ainsi posé. Pour autant, un recours peut être équivalent à ce qui existe en droit interne sans nécessairement être effectif (principe d'effectivité). Ainsi, les modalités d'accès au niveau national ne doivent pas en pratique rendre « impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »³⁰⁵⁷. Par conséquent, dans ce contexte, la finalité du droit au juge « n'est pas la protection des droits et libertés fondamentaux, mais d'assurer la mise en œuvre effective des droits que les citoyens de l'Union tirent de ce système juridique »³⁰⁵⁸.

B. La protection du droit au juge en droit interne

745. Dans l'ordre juridique interne, le juge constitutionnel comme le juge administratif ont reconnu l'existence d'un droit au recours. Ainsi, dans une décision du 21 janvier 1994, le Conseil constitutionnel fait référence au « droit des intéressés d'exercer des recours »³⁰⁵⁹. Puis, dans une décision du 9 avril 1996, il déduit que l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen selon lequel « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » qu'en principe, « il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »³⁰⁶⁰. Ainsi, si le droit au recours est reconnu, celui-ci n'est pas absolu, il peut subir des atteintes non-substantielles³⁰⁶¹. En revanche, là encore, ce droit est tourné vers le souci d'assurer la « garantie des droits » c'est-à-dire la prééminence du droit sur le fait. La logique suivie par le Conseil d'Etat n'est pas différente. Lorsque dans l'arrêt *Dame Lamotte* il juge que le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte, c'est avant tout dans le souci de préserver la légalité. Il a par la suite reconnu le « droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction »³⁰⁶², lequel découle de l'article 16 de la DDHC, c'est-à-dire de la garantie des droits³⁰⁶³.

³⁰⁵⁶ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, § 5, aff. 33-76, rec., p. 1989.

³⁰⁵⁷ CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et s.*, C-295/04 à C-298/04 ; JDI, 2007, p. 671, note Catherine PRIETO.

³⁰⁵⁸ Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 530.

³⁰⁵⁹ CC, 21 janvier 1994, n° 93-335 DC ; RFDA, 1995, p. 7, note Patrick HOCREITÈRE.

³⁰⁶⁰ CC, 9 avril 1996, n° 96-373 DC ; AJDA, 1996, p. 371, obs. Olivier SCHRAMECK ; RFDC, 1996, p. 795, chron. Jean-François CAR.

³⁰⁶¹ V. par exemple CC, 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC, *Association Vivraviry* ; *Dalloz*, 2011, p. 1942, note Olivier LE BOT ; JCP A, 2011, n° 2253, note Philippe BILLET ; JCP G, 2012, p. 1344, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ariana MACAYA.

³⁰⁶² CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, rec., p. 368, op. cit..

³⁰⁶³ CE, 21 décembre 2001, *Hofmann*, rec., p. 652.

II. La protection de l'accès à la justice environnementale sous l'influence de la Convention d'Aarhus

L'article 9 de la Convention d'Aarhus protège le droit d'accéder à la justice dans le but d'assurer l'effectivité du droit de l'environnement (A). Cette logique est aujourd'hui largement reprise par la Cour de justice de l'Union européenne (B).

A. Un droit d'accès à la justice tourné vers l'effectivité de la norme

746. La Convention d'Aarhus, si elle ne concerne que le domaine de l'environnement, fait probablement partie des traités internationaux les plus précis en matière d'accès à la justice. Ainsi, le paragraphe 3 de son article 9 dispose que « *chaque Partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement* ». Cet article permet dès lors au public d'œuvrer en faveur de l'application de l'ensemble du droit interne de l'environnement. Ce droit d'accéder à la justice est donc tourné vers l'effectivité du droit de l'environnement.

En outre, selon le paragraphe 4 du même article, ces procédures de recours « *doivent offrir des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par injonction s'il y a lieu, et doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif* ». Ainsi, outre le caractère équitable des recours qui s'inspire de l'article 6 de la Convention EDH, les Etats doivent prévoir des procédures permettant le prononcé de mesures conservatoires. De façon singulière, la Convention veille à ce que les coûts de l'accès à la justice ne viennent pas annihiler en pratique l'ouverture des recours.

Plus précisément encore, le paragraphe 5 de l'article 9 dispose que « *pour rendre les dispositions du présent article encore plus efficaces, chaque Partie veille à ce que le public soit informé de la possibilité qui lui est donnée d'engager des procédures de recours administratif ou judiciaire, et envisage la mise en place de mécanismes appropriés d'assistance visant à éliminer ou à réduire les obstacles financiers ou autres qui entravent l'accès à la justice* ».

B. Une logique portée par la Cour de justice de l'Union européenne

747. Approuvée par l'Union européenne, la Convention d'Aarhus exerce une grande influence dans l'ordre juridique de l'Union. Elle a d'abord incité la Commission à proposer

une directive sur l'accès à la justice³⁰⁶⁴. Celle-ci ayant été rejetée par le Conseil, les différentes modifications des directives environnementales existantes ont été autant d'occasions pour la Commission de proposer d'y intégrer des dispositions spécifiques sur l'accès à la justice largement inspirées de l'article 9 de la Convention d'Aarhus. Plusieurs directives environnementales comprennent ainsi un article dédié à l'accès à la justice. Cela est notamment le cas de l'article 10 bis de la directive n° 85/337/CEE³⁰⁶⁵. Cette convergence des sources a ainsi permis à la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter les directives à la lumière de la Convention d'Aarhus³⁰⁶⁶, donnant tout son effet à l'article 9 de cette dernière. Ainsi la Cour a mis en évidence une obligation de résultat « *de mettre à disposition du public une information pratique concernant l'accès aux voies de recours administratives et juridictionnelles* » en vertu des directives 85/337/CE, 2003/35/CE et 96/61/CE³⁰⁶⁷. A l'occasion d'un renvoi préjudiciel³⁰⁶⁸, la Cour a aussi précisé que l'exercice du droit de participer au processus de décision ne devait pas priver le public de son droit de contester cette décision en justice.

De plus, une disposition nationale limitant l'accès au juge aux seules associations comptant plus de 2000 membres est contraire au droit de l'Union³⁰⁶⁹. En outre, la Cour a jugé que même si l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus est dépourvu d'effet direct en droit de l'Union, il appartient aux juridictions nationales d'interpréter le droit procédural interne « *conformément tant aux objectifs de l'article 9, paragraphe 3, de cette convention qu'à celui de protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union, afin de permettre à une organisation de défense de l'environnement, (...), de contester devant une juridiction une décision prise à l'issue d'une procédure administrative susceptible d'être contraire au droit de l'Union de l'environnement* »³⁰⁷⁰.

Par ailleurs, dans un arrêt du 12 mai 2011³⁰⁷¹, tout en considérant qu'il revient aux Etats membres de déterminer les conditions de recevabilité des recours (que ce soit à propos de l'intérêt à agir ou de la condition d'atteinte à un droit qui caractérise le droit allemand), la Cour insiste sur le fait que les critères fixés par le droit interne ne sauraient « *priver les associations de défense de l'environnement, qui répondent aux exigences visées à l'article 1^{er},*

³⁰⁶⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement, présentée par la Commission (COM/2003/0624 final).

³⁰⁶⁵ Directive n° 85/337/CEE du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement

³⁰⁶⁶ Cette démarche est particulièrement sensible dans l'arrêt CJUE, 18 octobre 2011, grde. chbre., *Antoine Boxus et a. c. Région wallonne*, C-128/09 ; RTDE, 2012, p. 463, chron. Patrick THIEFFRY ; RJE, 2012, p. 203, chron. Julien BETAÏLLE.

³⁰⁶⁷ CJCE, 16 juillet 2009, *Commission c. Irlande*, C 427/07, § 97.

³⁰⁶⁸ CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, C-263/08 ; RJE, 2010, p. 175, chron. Julien BETAÏLLE ; *Europe*, 2009, n° 464, note Aude BOUVERESSE.

³⁰⁶⁹ CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, C-263/08, *op. cit.*

³⁰⁷⁰ CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-240/09, § 54 ; *Actualités Droits-Libertés*, 12 mars 2011, note Marie-Laure BASILIER-GAINCHE ; ; JDI, 2012, p. 721, note Delphine DERO-BUGNY ; RJE, 2011, p. 459, chron. Julien BETAÏLLE.

³⁰⁷¹ CJUE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein - Westfalen eV c. Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09 ; AJDA, 2011, p. 1619, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Francis DONNAT ; RJE, 2011, p. 653, chron. Julien BETAÏLLE.

paragraphe 2, de (la directive 85/337), de la possibilité de jouer le rôle qui leur est reconnu tant par la directive 85/337 que par la convention d'Aarhus ». Ainsi, « s'il est loisible au législateur national de limiter les droits dont la violation peut être invoquée par un particulier (...) aux seuls droits subjectifs publics, une telle limitation ne peut s'appliquer telle quelle aux associations de défense de l'environnement ». En effet, « quelle que soit l'option d'un État membre quant au critère de recevabilité d'un recours, les associations de protection de l'environnement sont en droit, conformément à l'article 10 bis de la directive 85/337, de former un recours devant une instance juridictionnelle ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi pour contester la légalité, quant au fond ou à la procédure, des décisions, actes ou omissions visés audit article ».

En outre, la Cour précise dans le même arrêt qu'une association doit pouvoir invoquer en justice, dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision d'autorisation entrant dans le champ de la directive 85/337/CE, les normes internes qui découlent de la transposition de l'ensemble du droit de l'Union de l'environnement, et pas seulement celles qui découlent de la transposition de la directive 85/337/CE.

748. Là encore, la reconnaissance de l'importance de l'accès à la justice est clairement tournée vers l'effectivité de la norme. La Cour n'hésite ainsi pas à affirmer explicitement que les dispositions de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus « *ont pour objectif de permettre d'assurer une protection effective de l'environnement* »³⁰⁷².

749. En définitive, qu'il s'agisse d'assurer la prééminence du droit, l'application du droit de l'Union européenne, l'effectivité de la protection de l'environnement, la garantie des droits ou encore la préservation de la légalité, la protection juridique de l'accès à la justice vise toujours, conformément à sa fonction intrinsèque, à assurer le règne du droit sur le fait. Il est ainsi possible de considérer que l'accès à la justice assure une fonction importante sur le plan de l'effectivité de la norme. Pour autant, toutes les juridictions acceptent des limitations à l'exercice du droit au juge³⁰⁷³. C'est d'ailleurs aussi cela qui permet d'en garantir la mise en œuvre. Cependant, par delà des limitations qui visent à assurer la bonne administration de la justice, il demeure plusieurs obstacles, moins justifiés, à l'accès à celle-ci. Ce sont autant de facteurs qui viennent limiter la fonction de l'accès à la justice vis-à-vis de l'effectivité de la norme.

³⁰⁷² CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C 240/09, § 46 ; *Actualités Droits-Libertés*, 12 mars 2011, note Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE ; JDI, 2012, p. 721, note Delphine DERO-BUGNY ; RJE, 2011, p. 459, chron. Julien BETAÏLLE.

³⁰⁷³ V. Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel...*, *op. cit.*, p. 643 et s..

Section II : Les obstacles à l'accès à la justice

Sur un plan général, l'ouverture de l'accès à la justice en France n'a pas conduit à une « américanisation » de la justice³⁰⁷⁴. L'hypothèse d'une « *société contentieuse* » relève ainsi du mythe. L'élargissement de l'accès aux différentes voies de droit « *tient simplement au développement des droits politiques, civils, économiques et sociaux : démocratisation des régimes politiques et libéralisation des systèmes économiques se traduisent, mécaniquement, par un accès au droit plus largement ouvert aux citoyens* »³⁰⁷⁵. Il ne s'agit cependant pas ici de prétendre que l'augmentation constante du nombre de requêtes, notamment devant le juge administratif, ne pose pas de sérieux problèmes et que cela ne doit pas nécessairement engendrer certaines réformes. Il s'agit en revanche plus simplement d'identifier les éléments qui constituent les obstacles les plus sérieux de l'accès à la justice. De ce point de vue, il faut distinguer d'une part les obstacles structurels de l'accès à la justice (§1), c'est-à-dire les obstacles qui sont le résultat de la structure des ordres juridiques ou de prédéterminations historiques, et les obstacles circonstanciels (§2) d'autre part, c'est-à-dire ceux qui sont le résultat d'une pure opportunité saisie par le législateur pour restreindre l'accès à la justice ou qui résultent potentiellement du pouvoir discrétionnaire du juge.

§1 – Les obstacles structurels

En principe, la justice internationale n'accepte pas les recours individuels³⁰⁷⁶. Cela s'explique notamment par le caractère décentralisé de l'ordre juridique international. Il convient cependant d'examiner plus avant le cas de l'accès au recours en annulation devant le juge de l'Union européenne (I). En effet, l'ordre juridique de l'Union européenne est beaucoup plus intégré que l'ordre juridique international. A la différence du droit international qui ne concerne en principe que les Etats, dans le cadre de l'Union européenne, les Etats-membres ont créé « *un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes* »³⁰⁷⁷ et l'on pourrait s'attendre à ce que les ressortissants de l'Union soient en droit de contester en justice les actes de l'Union européenne. Plus largement, envisager les obstacles structurels de l'accès à la justice implique de ne pas se limiter aux conditions de recevabilité des recours. En effet, si le droit au procès équitable présuppose le droit d'accéder à un tribunal, à l'inverse, le droit d'accéder à un tribunal n'est effectif que s'il existe un tribunal indépendant et impartial. C'est notamment sous cet angle qu'il faut interroger l'accès à la

³⁰⁷⁴ Loïc CADIET, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française – Mythe et réalité », APD, n° 45, 2001, p. 89

³⁰⁷⁵ Loïc CADIET, *ibidem*, p. 94.

³⁰⁷⁶ V. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, p. 629 et s. ; sur le cas particulier de l'accès à la Cour EDH, v. l'article 34 de la Convention EDH ; Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 733.

³⁰⁷⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, rec. p. 1141 ; RTDE, 1965, p. 369, note Jean VIROLE.

justice constitutionnelle (II) et le rôle du Conseil d'Etat en tant que juridiction administrative suprême.

I. L'accès réduit des individus au recours en annulation devant la Cour de justice de l'Union européenne

« La Cour de justice semble appliquer la reconnaissance du droit fondamental à un juge avec plus d'exigences en droit interne pour les législateurs et les juridictions nationales que pour elle-même »³⁰⁷⁸. En effet, l'accès au recours en annulation devant la Cour de justice de l'Union européenne est particulièrement restreint (A). Les justifications traditionnelles de cette restriction ne sont pourtant pas convaincantes (B) mais un élargissement de l'accès au recours en annulation semble inéluctable (C).

A. Un accès restreint au recours en annulation

750. Le caractère restreint de l'accès au recours en annulation trouve sa source dans les traités. L'ancien article 230 al. 4 TCE disposait que « toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement ». C'est sur cette base que la Cour de justice a construit sa jurisprudence sur l'accès au recours en annulation. Singulièrement, c'est le critère de l'affectation individuelle qui a fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement restrictive. En effet, pour justifier de sa qualité pour agir dans le cadre d'un recours en annulation contre un acte dont il n'est pas le destinataire, un particulier doit justifier d'être directement et « individuellement » concerné par cet acte. Dans l'arrêt *Plaumann c. Commission* du 15 juillet 1963, la Cour a considéré que « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire »³⁰⁷⁹. Elle a d'ailleurs appliqué le même raisonnement en ce qui concerne les affaires relatives à l'environnement. Ainsi, dans l'arrêt *Greenpeace International c. Commission* du 2 avril 1998, elle a considéré que l'acte de la Commission accordant une aide financière pour la construction de centrales électriques concerne le requérant « de manière générale et abstraite

³⁰⁷⁸ Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 531.

³⁰⁷⁹ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c. Commission*, C-25/62, rec. p. 196 ;

et, en fait, comme toute autre personne se trouvant dans la même situation »³⁰⁸⁰. Dès lors, le requérant n'est pas individuellement concerné.

Une inflexion de cette position a par la suite été proposée par l'avocat général Jacobs. Pour ce dernier, il conviendrait « *d'accepter qu'une personne soit considérée comme individuellement concernée par une mesure communautaire lorsque, en raison de la situation dans laquelle elle se trouve, la mesure nuit, ou est susceptible de nuire, à ses intérêts de manière substantielle* »³⁰⁸¹. Sur la base du constat que la jurisprudence en vigueur conduit à ce que le nombre de personnes affectées par une décision est inversement proportionnel aux chances que se produise un contrôle juridictionnel dans le cadre du recours en annulation, l'avocat général expliquait à juste titre que « *le fait qu'une mesure affecte un grand nombre de particuliers, causant un préjudice étendu plutôt que limité, constitue (...) une raison indiscutable pour accepter qu'un ou plusieurs de ces particuliers intentent une action directe devant le Tribunal* »³⁰⁸². Pour autant, la Cour n'a pas suivi les propositions de l'avocat général, estimant qu'en dépit de la nécessaire prise en considération du principe d'une protection juridictionnelle effective, il ne lui appartenait pas d'écarter les conditions fixées par le traité³⁰⁸³. Gardant toute sa fermeté, la Cour a ensuite cassé une décision du tribunal de première instance dans laquelle ce dernier avait considéré qu'« *afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers, une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes* »³⁰⁸⁴.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le nouvel article 263 TFUE al. 4 prévoit que « *toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* ». Le critère de

³⁰⁸⁰ CJCE, 2 avril 1998, *Greenpeace International c. Commission*, C-321/95 P, § 28 ; Rec. p. I-1651, *Common Market Law Review*, n° 36, 1999, p. 635, note F. BERROD.

³⁰⁸¹ Conclusions de l'avocat général M. Jacobs présentées le 21 mars 2002 sur CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00, § 60 ; RTDE, 2003, p. 23, note Rostane MEDHI.

³⁰⁸² *Ibidem*, § 59.

³⁰⁸³ CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00, § 44 et 45 ; RTDE, 2003, p. 23, note Rostane MEDHI.

³⁰⁸⁴ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quérel et Cie SA c. Commission*, T-177/01, § 51 ; AJDA, 2002, p. 476, chron. Jean-Paul JACQUE ; CJCE, 1^{er} avril 2004, *Commission c. Jégo-Quérel et Cie SA*, C-263/02P ; AFDI, 2004, p. 510, chron. Denys SIMON.

l'affectation individuelle est ainsi supprimé en ce qui concerne les actes réglementaires³⁰⁸⁵ de l'Union européenne, laissant dès lors entrevoir une possible ouverture³⁰⁸⁶.

B. La faiblesse des justifications de la position de la Cour de justice

751. La Cour a souvent justifié son interprétation restrictive de l'accès au recours en annulation par le caractère complet des voies de droit de l'Union européenne³⁰⁸⁷. La Cour a ainsi plusieurs fois réaffirmé la position selon laquelle le traité « a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant au juge communautaire (...). Dans ce système, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité visées à l'article 173, quatrième alinéa, du traité, attaquer directement des actes communautaires de portée générale, ont la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente en vertu de l'article 184 du traité, devant le juge communautaire, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes (...), à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles »³⁰⁸⁸. Pour autant, « l'évocation de la complétude du système de voie de droit tient tout de la figure de style »³⁰⁸⁹. Outre que, sur le plan juridique, ni l'exception d'illégalité³⁰⁹⁰, ni le renvoi préjudiciel en appréciation de validité³⁰⁹¹ ne conduit à l'annulation de l'acte³⁰⁹², le renvoi préjudiciel en appréciation de validité demeure d'une portée limitée. En effet, la transmission d'une question préjudicielle à la Cour de justice reste nécessairement, en dépit de la jurisprudence de la Cour, soumise à l'appréciation des juges nationaux³⁰⁹³. Il semble de ce point de vue que les juges de certains Etats membres soient

³⁰⁸⁵ L'absence de caractère réglementaire d'un acte conduit à appliquer le critère de l'affectation individuelle tel qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour. V. par exemple, Denys SIMON, « Recours individuels – note sur Tribunal de l'Union européenne, ord., 6 sept. 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami et s. c. Parlement et Conseil*, aff. T-18/10 », Europe, 2011, comm. 388.

³⁰⁸⁶ En ce sens, v. Tribunal de l'Union européenne, 25 octobre 2011, *Microban International Ltd*, T-262/10 ; Europe, 2011, comm. 448, note Denys SIMON.

³⁰⁸⁷ CJCE, 23 mars 1993, *Weber c. Parlement*, C-314/91, rec. p. I-1093, § 8 ; LPA, n° 102, 1993, p. 19, note Louis CARTOU.

³⁰⁸⁸ CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00, § 40 ; RTDE, 2003, p. 23, note Rostane MEDHI.

³⁰⁸⁹ Rostane MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu... », RTDE, 2003, p. 31.

³⁰⁹⁰ Art. 277 TFUE.

³⁰⁹¹ Art. 267 TFUE.

³⁰⁹² En ce qui concerne le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, les juges nationaux ont cependant l'obligation d'appliquer une solution identique (CJCE, 13 mai 1981, *International Chemical corporation*, 66/80, rec. p. 1191). En ce qui concerne l'exception d'illégalité, la déclaration de nullité qui frappe cet acte n'aura d'effet qu'en l'espèce. En théorie, l'acte reste applicable, « même si, concrètement, il sera difficile à l'Union de persévérer au risque de voir se multiplier les exceptions contre tous les actes d'application » (Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Cours, Dalloz, 2012, p. 694).

³⁰⁹³ La décision de renvoi relève de la compétence du juge national. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité n'est pas automatique. La juridiction nationale qui statue en dernier ressort est tenue de renvoyer

beaucoup plus réticents que d'autres à transmettre des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne³⁰⁹⁴. Il faut cependant concéder que le traité de Lisbonne a levé un obstacle de taille. L'utilisation du renvoi préjudiciel nécessite que l'acte de l'Union contesté ait fait l'objet d'une mesure d'application au niveau interne susceptible d'être contestée devant le juge national. C'est en effet à cette occasion seulement que le requérant peut demander au juge national de transmettre au juge de l'Union une question préjudicielle en appréciation de validité. En l'absence de mesure d'application, aucun renvoi préjudiciel en appréciation de validité n'était susceptible d'être sollicité auprès du juge national.

Le Traité de Lisbonne semble cependant, à l'avenir, de nature à remédier à cette insuffisance dans la mesure où l'article 263 al. 4 TFUE exonère les requérants de la condition d'affectation individuelle pour les recours contre les actes réglementaires « *qui ne comportent pas de mesures d'exécution* ». Pour autant, cela ne concerne que les actes réglementaires. Pour les actes individuels, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité n'est pas pertinent dans la mesure où ces actes ne donnent pas lieu à des mesures d'application susceptibles d'être déferées devant le juge national. Or, pour ce type d'acte, le critère de l'affectation individuelle demeure et il restreint largement l'accès au recours en annulation à l'encontre de ces actes.

C. Un élargissement inéluctable

Deux éléments pourraient conduire à un élargissement de l'accès au recours en annulation : l'influence de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention en ce qui concerne les recours en matière d'environnement et, plus largement, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH.

752. En premier lieu, dans le domaine de l'environnement, l'évolution de la position de la Cour de justice de l'Union pourrait venir de la possible contrariété de sa jurisprudence avec l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus. Annoncée par la doctrine³⁰⁹⁵, cette circonstance n'a pourtant pas eu pour effet d'infléchir la jurisprudence. En effet, consécutivement à l'approbation de la Convention d'Aarhus par l'Union européenne, les requérants ont rapidement fait valoir l'article 9 de cette Convention. Si le Tribunal de première instance a pris note de cette évolution, cela a été simplement pour conforter la jurisprudence *Plaumann*. Ainsi, « *les éventuels droits que la requérante tire de la convention d'Aarhus (...) lui sont octroyés en sa qualité de membre du public. De tels droits ne sauraient*

seulement si elle a un doute sur la validité du droit de l'Union européenne (CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, rec., p. 4199 ; CJCE, 17 juillet 1997, *Krüger GmbH & Co KG*, C-334/95, rec., p. I-4517).

³⁰⁹⁴ A titre d'exemple, entre 1961 et 2009, l'Allemagne et la France ont respectivement transmis 1731 et 783 questions préjudicielles à la Cour de justice. Entre 1976 et 2009, l'Irlande a transmis 51 questions préjudicielles à la Cour. V. CJCE, *Rapport annuel 2009*, p. 105. Ces statistiques prennent en compte l'ensemble des questions préjudicielles, en appréciation de validité et en interprétation.

³⁰⁹⁵ V. Gérard MONEDIAIRE, « L'accès à la justice communautaire en matière d'environnement au miroir de la convention d'Aarhus », RJE, n° spécial, 1999, p. 63.

donc être de nature à caractériser la requérante par rapport à toute autre personne »³⁰⁹⁶. La Cour a confirmé cette interprétation et n'a donc pas jugé utile de reconsidérer son interprétation du traité à la lumière de la Convention d'Aarhus³⁰⁹⁷. C'est notamment ce qui a conduit le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus à adresser de sévères critiques aux juges de l'Union européenne. Dans sa décision du 14 avril 2011³⁰⁹⁸, il a constaté que la Cour avait toujours appliqué la jurisprudence *Plaumann* aux questions d'environnement, sans jamais tenir compte de leurs spécificités. En effet, par définition, les problèmes environnementaux sont susceptibles d'affecter un grand nombre de personnes, sans que l'on puisse distinguer la situation des uns ou des autres. Les intérêts du public sont dans ces cas par nature diffus et collectifs, ce qui justifie d'autant plus l'intervention d'associations de protection de l'environnement. Ainsi, « *la conséquence de l'application de la jurisprudence Plaumann aux questions d'environnement et de santé est qu'en pratique, aucun membre du public n'a jamais la capacité d'agir contre une décision ou un règlement dans ce genre de cas devant la Cour de justice* »³⁰⁹⁹. Le Comité a cependant considéré que le caractère restrictif de l'accès au recours en annulation ne provenait pas du traité mais bien de l'interprétation qu'en fait la Cour. Selon lui, une interprétation du traité différente aurait pu être opérée à la lumière de la Convention d'Aarhus. En conséquence, le Comité en déduit que la jurisprudence de la Cour est trop stricte pour satisfaire les conditions de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus, en dépit de la flexibilité que laisse cet article aux Parties à la Convention³¹⁰⁰. Ainsi, « *le Comité considère avec regrets que les juridictions de l'Union européenne, en dépit de l'entrée en vigueur de la Convention, n'en ont pas tenu compte et n'ont pas examiné si cela aurait dû avoir des conséquences sur l'interprétation et sur l'application de l'article 230 TCE* »³¹⁰¹. Un récent arrêt du tribunal de première instance de l'Union européenne pourrait susciter quelques espoirs³¹⁰². Il convient cependant de ne pas se méprendre sur la portée de cet arrêt. L'article 10 du règlement n° 1367/2006 du 6 septembre 2006³¹⁰³ autorise les ONG à introduire une demande de « *réexamen interne* », c'est-à-dire l'équivalent d'un recours administratif, auprès des institutions de l'Union. Ces demandes ne peuvent cependant porter que sur des mesures « *de portée individuelle* ». Ainsi, le tribunal juge qu'étant donné qu'au terme de l'article 9 de la Convention d'Aarhus, la notion d'« acte » qui doit pouvoir faire l'objet d'un recours concerne aussi bien les mesures individuelles que les mesures réglementaires, l'article 10 du règlement n° 1367/2006 est contraire à la Convention d'Aarhus. Pour autant, le tribunal affirme à juste titre que si l'article

³⁰⁹⁶ TPICE, 2 juin 2008, *WWF-UK Ltd c. Conseil de l'Union européenne*, T-91/07, § 82.

³⁰⁹⁷ CJCE, 5 mai 2009, *WWF-UK Ltd c. Conseil de l'Union européenne et Commission*, C-355/08.

³⁰⁹⁸ Décision du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus concernant l'Union européenne, n° ACCC/C/2008/32, 14 avril 2011 ; RJE, 2011, p. 547, note Julien BETAÏLLE.

³⁰⁹⁹ § 86 de la décision du Comité (notre traduction).

³¹⁰⁰ § 87 de la décision du Comité.

³¹⁰¹ (notre traduction).

³¹⁰² TPIUE, 14 juin 2012, *Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe c. Commission*, T-338/08. Cette décision fait néanmoins l'objet d'un pourvoi devant la CJUE (n° C-404/12 P).

³¹⁰³ Règlement n° 1367/2006 du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus.

12 du même règlement autorise les ONG à saisir la Cour de justice, c'est seulement dans le respect des conditions fixées par les traités. Or, une ONG n'est pas « *nécessairement directement et individuellement concernée par une mesure de portée individuelle* »³¹⁰⁴. Le problème de la conformité du droit de l'Union à l'article 9 de la Convention d'Aarhus en ce qui concerne l'accès au recours en annulation demeure donc entier.

753. En second lieu, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice pourrait être suggérée par la Cour EDH dès lors que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH sera effective. Jusqu'à présent, l'accès au recours en annulation est resté à l'abri des critiques de la part de la Cour EDH. En effet, dans son arrêt *Bosphorus* du 30 juin 2005, cette dernière a énoncé une présomption simple d'équivalence entre le système des voies de droit de l'Union et le recours individuel de l'article 34 de la Convention EDH³¹⁰⁵, validant ainsi en quelque sorte les restrictions d'accès au recours en annulation. Pourtant, « *le système communautaire des voies de recours (...) (n'offre) nullement un recours comparable au droit de recours individuel de l'article 34 de la CEDH* »³¹⁰⁶. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH pourrait inciter la Cour EDH à réviser cette position et la Cour de justice à réinterpréter l'article 263 al. 4 TFUE à la lumière du droit au juge protégé par les articles 6 et 13 de la Convention EDH. En tant qu'accord international conclu par l'Union, cette Convention se situerait à un niveau inférieur à celui des traités. Cependant, l'article 6, paragraphe 3, du TUE prévoit l'intégration des droits fondamentaux contenus dans la Convention EDH en tant que principes généraux du droit de l'Union. Par conséquent, ceux-ci seraient intégrés dans le droit primaire au niveau « constitutionnel »³¹⁰⁷. Dès lors, « *dans l'hypothèse où une disposition de droit primaire entrerait en contradiction avec un droit garanti par la Convention, nous serions donc en présence d'un conflit de normes de valeur équivalente que la Cour de justice a précisément pour mission de trancher de sorte qu'on peut considérer que l'UE dispose, compte tenu de la place de la Convention en droit de l'Union, de la faculté de vider les dispositions du droit primaire de leur contrariété avec la Convention* »³¹⁰⁸. Dans son arrêt du 12 septembre 2006³¹⁰⁹, faisant suite à l'arrêt *Matthews*³¹¹⁰ de la Cour EDH, « *la Cour de justice a démontré qu'elle pouvait parfaitement interpréter le droit primaire au regard des dispositions de la CEDH. C'est désormais à notre sens un*

³¹⁰⁴ TPIUE, 14 juin 2012, *Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe c. Commission*, § 81, T-338/08.

³¹⁰⁵ Cour EDH, Grde Chbre, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, n° 45036/98, § 155 ; GACEDH, n° 71. V. Florence BENOIT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », RTDH, 2005, p. 845 ; Frédéric SUDRE, « La conventionnalité du système communautaire de protection des droits fondamentaux », JCP G, n° 10128, 2005, p. 1764.

³¹⁰⁶ Frédéric SUDRE, « La conventionnalité du système communautaire... », *ibidem*, p. 1764.

³¹⁰⁷ L'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que « *dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* ».

³¹⁰⁸ Aymeric POTTEAU, « Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ? », RGDIP, 2011, p. 95.

³¹⁰⁹ CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni*, C-145/04, rec. p. I-7917 ; JDI, 2007, p. 612, note Florence CHALTIEL.

³¹¹⁰ Cour EDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, JDI, n° 1-2000, p. 97, note Paul TAVERNIER.

impératif constitutionnel »³¹¹¹. Il ne fait donc plus de doute que « *les perspectives d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme renforcent la nécessité d'envisager l'application du droit au juge dans le cadre des voies de droit communautaire* »³¹¹².

II. La persistance d'obstacles à un accès effectif à la justice constitutionnelle

Depuis le début de la Vème République, les progrès du droit français vers la mise en place d'une véritable justice constitutionnelle ont été constants. Pour autant, en dépit de l'immense progrès constitué par la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité qui a considérablement amélioré l'accès au juge constitutionnel, des obstacles demeurent. D'une part, la composition du Conseil constitutionnel n'a pas évolué alors que le rôle de cette institution s'est considérablement transformé (**A**). D'autre part, des imperfections demeurent en ce qui concerne le renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité devant le juge constitutionnel (**B**).

A. Les problèmes liés à la composition du Conseil constitutionnel

La composition de l'instance « *conditionne la possibilité même pour l'institution de s'acquitter des missions qu'on lui confie* »³¹¹³. Or, depuis 1958, les missions du Conseil constitutionnel se sont transformées et enrichies. Conçu comme un moyen de contrôler le respect des frontières de l'action du Parlement, il assure aujourd'hui les fonctions d'une véritable Cour constitutionnelle. Le système de nomination prévu en 1958 est ainsi devenu inadapté. Outre ses défauts classiques (**1**), l'entrée en vigueur de la QPC met sur le devant de la scène le problème de l'impartialité des membres du Conseil constitutionnel (**2**).

1) Les limites classiques du système de nomination

754. L'article 56 de la Constitution prévoit que trois membres du Conseil constitutionnel sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale

³¹¹¹ Aymeric POTTEAU, « Quelle adhésion de l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 95.

³¹¹² Fabrice PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire – Un mariage de raison », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, p. 908-909.

³¹¹³ Patrick WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 2.

et trois par le président du Sénat. En outre, « *en sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République* ». Plusieurs critiques récurrentes sont adressées à ce système. Ce dernier est d'abord excessivement politisé. Il ne s'agit pas d'escompter la parfaite neutralité politique d'une Cour constitutionnelle compte tenu de la nature de ses attributions. Pour autant, en France, le système de nomination présente le risque qu'une famille politique obtienne largement la majorité au sein du Conseil³¹¹⁴. Prenant acte de la nature politique de cette institution, il s'agit plutôt d'en assurer le pluralisme politique. Or, ce dernier n'est absolument pas garanti « *contrairement à ceux qui existent dans plusieurs cours constitutionnelles des pays européens* »³¹¹⁵. Le système politique présidentieliste que connaît la France implique en effet qu'une même famille politique peut logiquement cumuler le pouvoir de nomination de l'ensemble des neuf membres, ce à quoi il faut ajouter l'arrivée des anciens Président de la République. En outre, le droit français ne prévoit aucune exigence concernant la compétence juridique des personnes nommées, alors que cela est le cas dans la plupart des pays d'Europe. Les membres actuels ont ainsi pour la plupart de faibles compétences juridiques³¹¹⁶ si l'on excepte l'ancien Premier Président de la Cour de cassation et l'ancien vice-Président du Conseil d'Etat. Ainsi, depuis 2007, aucun Professeur de droit ne siège au Conseil constitutionnel³¹¹⁷. Cette situation alimente ainsi l'idée que le Conseil constitutionnel est simplement conçu comme un moyen de « recaser » ses amis politiques, peu importe qu'ils ignorent ou non ce qu'est la discipline juridique. Il ne s'agit pas pour autant de défendre l'idée qu'une Cour constitutionnelle ne peut être composée que de juristes de haut niveau, mais la situation actuelle a de réelles conséquences sur le fonctionnement de l'institution. En effet, « *la réalité de sa composition fait que le Conseil constitutionnel ne comporte que peu de membres qui soient à même de participer activement à l'élaboration des décisions qu'il lui incombe de prendre. Comme il faut néanmoins que ces décisions soient rendues, la véritable capacité décisionnelle ne peut résider que dans quelques-uns seulement des membres du Conseil* »³¹¹⁸. Cela a aussi pour conséquence que la capacité de décision est largement transférée au secrétaire général du Conseil. Ainsi, « *le pouvoir qu'il exerce est celui inhérent à la détention d'un savoir que seule une minorité de conseillers maîtrise : le savoir juridique* »³¹¹⁹. Il rédige les projets de décision, ce qui lui confère évidemment un pouvoir considérable d'influence et ses positions ne peuvent être contestées que par « *un juriste à la fois compétent, déterminé et écouté par les autres membres du Conseil* »³¹²⁰. C'est ainsi le caractère collégial et démocratique de l'institution qui est affaibli.

Le Constituant a cependant tenté de répondre à ces critiques à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2008. Le contrôle des nominations par le Parlement est renforcé. L'article

³¹¹⁴ V. Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.* p. 39.

³¹¹⁵ V. Marie-Anne COHENDET, *ibidem, op. cit.*, p. 39.

³¹¹⁶ V. Patrick WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 4 et s..

³¹¹⁷ V. Fabrice MELLERAY, « Sur une exception française », *AJDA*, 2007, p. 553.

³¹¹⁸ Patrick WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 20.

³¹¹⁹ Patrick WACHSMANN, *ibidem*, p. 23.

³¹²⁰ Patrick WACHSMANN, *ibidem* p. 24.

56 de la Constitution dispose que « *les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée* ». En outre, il prévoit l'applicabilité aux nominations effectuées par le Président de la République de l'article 13 de la Constitution selon lequel « *le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions* ». Pour autant, cela s'avère encore insuffisant. En effet, « *c'est l'exigence d'une approbation de la nomination qui aurait réellement changé les choses* »³¹²¹ puisque « *dans la mesure où la majorité parlementaire est également majoritaire dans ces commissions, ce droit de veto, parfois présenté comme un progrès historique, n'aura probablement qu'une incidence marginale sur les nominations* »³¹²².

755. La présence des membres de droit, c'est-à-dire des anciens Présidents de la République, au sein du Conseil constitutionnel est aussi critiquable. Leur suppression a été proposée par le Comité Balladur à l'occasion de la préparation de la révision constitutionnelle de 2008 mais cette proposition n'a finalement pas été retenue. Outre le fait que les anciens Présidents qui ont siégé au sein du Conseil, même s'ils n'ont pas été nombreux, n'ont pas toujours respecté leur obligation de réserve³¹²³, force est de constater que, singulièrement depuis l'entrée en vigueur du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, un ancien président « *n'est plus véritablement en position de se prononcer impartialement sur la constitutionnalité des lois* »³¹²⁴.

756. Une partie de ces différents problèmes pourrait être atténuée si le Constituant faisait le choix, comme cela existe dans de nombreux autres Etats, de faire procéder à l'élection par le Parlement, à la majorité qualifiée, des membres de la Cour constitutionnelle. « *Même si certaines personnalités peuvent se montrer indépendantes, la crédibilité de l'institution et donc de ses décisions est évidemment plus vite affectée dans ces conditions. La neutralité politique absolue de juges devant apprécier la Constitutionnalité de la loi étant nécessairement illusoire, il est plus raisonnable de prendre en compte cette évidence que de la nier. Aussi la désignation des membres du Conseil doit permettre de garantir à la fois une légitimité démocratique des membres du Conseil et le pluralisme de cette instance* »³¹²⁵. Si un tel système paraît à même de renforcer le consensus politique autour de la nomination des membres du Conseil, il n'est pas certain qu'il puisse résoudre tous les problèmes d'impartialité.

³¹²¹ Patrick WACHSMANN, *ibidem*, p. 8.

³¹²² V. Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 39.

³¹²³ V. Marie-Anne COHENDET, *ibidem*, p. 38.

³¹²⁴ Patrick WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 26.

³¹²⁵ Marie-Anne COHENDET, « Quel régime pour la VI^e République ? », RDP, 2002, p. 182.

2) *Le problème de l'impartialité des membres du Conseil constitutionnel*

757. En tant que juridiction, le Conseil constitutionnel est soumis à l'article 6 de la Convention EDH à chaque fois qu'une instance entre dans le champ d'application de cet article³¹²⁶. L'exigence d'impartialité est donc susceptible de s'appliquer au Conseil constitutionnel, notamment lorsqu'il statue sur une QPC. Or, en l'état actuel des modalités de composition du Conseil constitutionnel, un ou plusieurs de ses membres sont susceptibles, lorsqu'ils ont à juger d'une QPC, d'avoir été impliqués, au cours de leurs fonctions antérieures, dans l'élaboration ou l'adoption de la disposition déférée au Conseil constitutionnel. Il y a donc un risque de conflit d'intérêt susceptible de jeter le doute sur l'impartialité objective du Conseil. La Cour EDH considère qu'il y a violation de l'article 6 de la Convention EDH lorsque deux critères sont réunis : la question posée devant le juge est la même que celle qui a été posée dans un cadre antérieur et un membre de la juridiction a eu à statuer sur la disposition en cause dans le cadre d'une autre fonction antérieure³¹²⁷. Plus concrètement, un problème pourrait se poser si un membre du Conseil constitutionnel participant au jugement d'une QPC avait, au cours de fonctions antérieures à sa nomination au sein du Conseil, à statuer sur la constitutionnalité de la disposition déférée. Or, les anciens Présidents de la République, d'anciens parlementaires ou ministres ou directeurs de cabinet ministériels nommés au sein du Conseil sont susceptibles d'avoir, de près ou de loin, eu à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi qu'ils ont proposée, élaborée, votée ou promulguée. Singulièrement, le Président de la République étant le gardien de la Constitution, il a nécessairement, sur le plan juridique, à juger de la constitutionnalité d'une loi. De même, un parlementaire qui vote une loi se pose nécessairement, surtout s'il est dans l'opposition, la question de sa constitutionnalité. Le risque de conflit d'intérêt est donc bien réel. « *La composition même du Conseil constitutionnel est susceptible de favoriser l'émergence du problème* »³¹²⁸

758. Au moment de l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel a cependant tenté d'anticiper ce problème en organisant un système de récusation de ses membres. Ainsi, l'article 4 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel institutionnalise la pratique du déport et prévoit, concernant la récusation qu'« *une partie (...) peut demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier* ». Cette demande doit être enregistrée auprès du Conseil avant la date fixée pour la réception des premières observations. Elle est ensuite communiquée au membre du Conseil constitutionnel qui en fait l'objet. S'il refuse la récusation, la demande

³¹²⁶ V. Patrick WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 30.

³¹²⁷ Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France*, § 71, RFDA, 2007, p. 342, note Jean-Louis AUTIN et Frédéric SUDRE ; Cour EDH, 15 juillet 2009, *Union fédérale Que Choisir de Côte d'Or c. France*, RFDA, 2009, p. 885, note Bernard PACTEAU.

³¹²⁸ Pierre BON, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 2010, p. 2007.

est examinée par le Conseil sans la participation du membre dont la récusation est demandée. En outre, cet article précise que « *le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation* ». Cette dernière disposition limite évidemment considérablement la portée du dispositif puisqu'elle valide d'office la plupart des hypothèses de récusation. En effet, c'est seulement si, dans le cadre de ses fonctions antérieures, le membre du Conseil a eu à examiner de très près la constitutionnalité de la loi qu'il pourra être récusé³¹²⁹. En outre, compte tenu de la composition du Conseil constitutionnel, un problème d'impartialité risque de se poser pour une grande partie de ses membres. Or, aucun dispositif de remplacement des membres récusés n'est organisé, d'autant plus que cela nécessiterait une révision de la Constitution. En pratique, il n'est pas possible d'envisager de récuser un nombre trop important de membres du Conseil. Cela est d'autant plus prégnant que la récusation « *soulève un risque de blocage avec la règle générale de quorum fixée à sept membres pour le Conseil constitutionnel sur un total à l'heure actuelle de onze* »³¹³⁰. Même si les demandes de récusation sont fondées, elles ne pourront concrètement pas toutes être acceptées. C'est d'ailleurs ce que reflète le premier cas de récusation intervenu en mai 2011. Sur les six demandes de récusation adressées au Conseil à l'occasion d'une QPC, seules deux ont été acceptées³¹³¹. Les quatre demandes refusées n'étaient peut-être pas fondées, mais force est de constater qu'il existe des obstacles pratiques à l'acceptation d'un nombre plus élevé de demandes de récusation.

B. Le non-renvoi de certaines questions prioritaires de constitutionnalité

759. La mise en place d'un contrôle de constitutionnalité a posteriori à travers la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a représenté un progrès très important. Cela a largement étendu le contrôle de constitutionnalité et l'a surtout indirectement ouvert aux citoyens. Ces derniers peuvent ainsi, devant toutes les juridictions, déposer une question prioritaire de constitutionnalité afin que celle-ci soit transmise au Conseil constitutionnel. Cependant, le constituant a prévu un « filtre » afin d'éviter l'engorgement du prétoire constitutionnel. Pour certains, le système de filtrage mis en place « *apparaît comme un élément de complication et un facteur de limitation de l'effectivité du droit reconnu aux parties* »³¹³². Ce système limite nécessairement l'accès à la justice constitutionnelle. Pour autant, ce n'est que dans certaines hypothèses qu'il peut être considéré comme un « obstacle » de l'accès à la justice, celles dans lesquelles le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, en

³¹²⁹ V. Pierre BON, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 2010, p. 2007.

³¹³⁰ Emmanuel CARTIER, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *LPA*, 2011, n° 89, p. 22.

³¹³¹ V. Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 39 ; CC, 30 juin 2011, n° 2011-142/145 QPC ; JCP G, 2012, p. 1344, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ariana MACAYA.

³¹³² Pierre de MONTALIVET, « La question prioritaire de constitutionnalité. Etendue et limites d'un nouveau droit », *Droit administratif*, 2010, ét. 6, ° 29.

charge de ce filtrage, en abusent pour se soustraire eux-mêmes à l'appréciation du juge constitutionnel.

Les critères permettant d'apprécier si une QPC doit ou non être transmise au Conseil constitutionnel sont fixés par le nouvel article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958³¹³³. Ces critères, cumulatifs, sont au nombre de trois. Tout d'abord, la disposition législative contestée doit être applicable au litige. Ensuite, celle-ci ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution. Enfin, la question doit être soit nouvelle, soit sérieuse. En ce qui concerne le caractère nouveau de la question, le Conseil constitutionnel a précisé qu'« *une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel* »³¹³⁴. Autrement dit, même si une disposition législative n'a jamais été examinée par le Conseil constitutionnel, la QPC n'aura pas nécessairement un caractère nouveau si un raisonnement par analogie par rapport à la jurisprudence constitutionnelle permet d'en déduire la conformité à la Constitution. En ce qui concerne le caractère sérieux de la question, aucun critère n'a été déterminé pour l'apprécier³¹³⁵.

760. Il est dès lors possible de se demander si les cours suprêmes, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, jouent raisonnablement le jeu de ces critères et, plus encore, si leur position en fait toujours les instances appropriées pour exercer ce rôle de filtre. La Cour de cassation a, au moins dans certaines espèces, considéré que si la QPC porte non sur la disposition législative elle-même mais sur l'interprétation qu'en fait le juge judiciaire, elle ne peut pas être transmise au Conseil constitutionnel³¹³⁶. Cette solution a ainsi témoigné « *d'une volonté de la Cour de cassation de se protéger face à l'essor du contrôle de constitutionnalité des lois, mettant à l'abri ce qu'elle considère être le cœur de l'office du juge* »³¹³⁷, c'est-à-dire l'interprétation des lois. Elle a ainsi cherché à se protéger de la concurrence du Conseil constitutionnel puisque ce dernier est lui aussi, dans le cadre de son contrôle, amené à opérer une interprétation de la disposition législative, laquelle peut potentiellement venir démentir celle retenue par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Cette position a deux conséquences. La première est qu'elle limite abusivement l'accès des justiciables à la justice constitutionnelle. « *Le résultat est bien en effet de stopper la course à la Question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le justiciable* »³¹³⁸. La seconde est que la jurisprudence de la Cour peut ainsi librement demeurer contraire à la Constitution, le juge constitutionnel étant

³¹³³ Article 23 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 tel qu'il résulte de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

³¹³⁴ CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, § 21.

³¹³⁵ V. René HOSTIOU, « QPC et expropriation : qu'est-ce qu'une question "sérieuse" ? », AJDA, 2011, p. 1504.

³¹³⁶ V. Nicolas MOLFESSIS, « La jurisprudence supra-constitutionem », JCP G, 2010, n° 1039. Elle a cependant aussi accepté l'inverse. V. Serge SLAMA, « Décisions de non renvoi de questions prioritaires de constitutionnalité », *Actualités Droits-Libertés*, 29 sept. 2011 ; Cass., civ. 3, 30 nov. 2010, n° 10-16828).

³¹³⁷ Nicolas MOLFESSIS, « La jurisprudence supra-constitutionem », *op. cit.*, n° 1039.

³¹³⁸ Nicolas MOLFESSIS, *ibidem*, n° 1039.

« *privé de la possibilité de statuer sur une interprétation jurisprudentielle* »³¹³⁹ d'une disposition législative. Si la conformité de la loi à la Constitution peut être vérifiée, celle de l'interprétation de cette loi par la jurisprudence ne peut pas l'être. Cette position est le cas échéant contraire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce dernier ayant explicitement précisé que la QPC a pour objet la contestation de la constitutionnalité « *de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère* »³¹⁴⁰ à une disposition législative.

761. Si l'attitude du Conseil d'Etat face au filtrage des QPC semble plus loyale, elle n'en est pas moins contestable dans certains aspects. En effet, « *en se donnant l'allure d'un élève modèle, le Conseil d'Etat se réserve la possibilité, lorsque le jeu en vaut la chandelle, de refuser de transmettre une question de constitutionnalité qu'il préférerait ne pas voir tranchée* »³¹⁴¹. Un point en particulier retient l'attention. Le refus de renvoyer une QPC est parfois implicitement justifié par la conventionnalité de la disposition législative en cause³¹⁴², alors même que dans le cadre du contentieux de la QPC, le juge administratif n'est pas juge de la conventionnalité d'une disposition. Ainsi, « *au motif inavoué que la loi est, selon lui, compatible avec le droit européen des droits de l'homme, le Conseil d'Etat peut juger non sérieux le moyen tiré de la violation des droits et libertés constitutionnels* »³¹⁴³.

Cela soulève en filigrane le problème de l'impartialité du juge administratif dans le cadre de son rôle de filtre³¹⁴⁴. En effet, « *le procédé est fort utile pour le Conseil d'Etat car il lui permet d'écarter une QPC qu'il ne souhaite pas voir tranchée par le Conseil constitutionnel : s'il saisissait ce dernier, il prendrait en effet le risque que celui-ci statue sur le fondement d'un droit constitutionnellement garanti, dans un sens différent de celui d'une jurisprudence constante du juge administratif* »³¹⁴⁵. Deux exemples tirés du droit de l'urbanisme permettent d'illustrer ce propos.

762. En premier lieu, on sait que, tirant les leçons de la jurisprudence de la Cour EDH³¹⁴⁶, le Conseil d'Etat a, par un arrêt *Bitouzet* du 3 juillet 1995³¹⁴⁷, ajouté une nouvelle exception au principe de non indemnisation des servitudes d'urbanisme. Pour autant, le Conseil Constitutionnel n'a jamais directement eu l'opportunité de se prononcer sur la conformité de ce principe aux droits et libertés constitutionnellement garantis, notamment le droit de propriété. Peu de temps après l'entrée en vigueur de la QPC, une société civile immobilière a vu dans cette nouvelle voie de droit une opportunité de poser cette question au juge constitutionnel. Au moment de statuer sur l'opportunité de transmettre la question au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat a cependant jugé que celle-ci n'était ni nouvelle, ni

³¹³⁹ Nicolas MOLFESSIS, *ibidem*, n° 1039.

³¹⁴⁰ CC, 4 février 2010, n° 2010-96 QPC.

³¹⁴¹ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat. Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi », RFDA, 2011, p. 691.

³¹⁴² V. Agnès ROBLOT-TROIZIER, *ibidem*, p. 708.

³¹⁴³ Agnès ROBLOT-TROIZIER, *ibidem*, p. 709.

³¹⁴⁴ Au surplus, cela contredit le caractère prioritaire de la QPC par rapport à l'examen de la conventionnalité.

³¹⁴⁵ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires... », *op. cit.*, p. 709.

³¹⁴⁶ Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lonroth c. Suède*, n° 7151/75 ; GACEDH, n° 67.

³¹⁴⁷ CE, 3 juillet 1995, *Bitouzet* ; RFDA, 1999, p. 841, note Denys de BECHILLON.

sérieuse³¹⁴⁸. Pour cela, le Conseil se fonde explicitement sur sa jurisprudence *Bitouzet* pour en déduire que l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme n'est pas contraire au droit de propriété. Pour autant, selon Yves Jegouzo, « *il n'aurait sans doute pas été superflu que cette interprétation soit soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel* »³¹⁴⁹, lequel aurait notamment pu vérifier que l'exception au principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme résultant de l'arrêt *Bitouzet* était suffisamment libérale au regard du droit de propriété. On peut ici déceler, comme pour la Cour de cassation, la crainte du Conseil d'Etat d'être déjugé par le Conseil constitutionnel. Cette simple crainte limite ainsi l'accès à la QPC et a pour effet de soustraire une partie de la jurisprudence administrative au contrôle du Conseil constitutionnel et donc *in fine* à la suprématie de la Constitution. Il faut ajouter qu'en pareille situation, c'est-à-dire lorsqu'il statue sur le renvoi d'une QPC portant sur leur propre interprétation d'une disposition législative, le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation, n'y voit aucun problème lié à l'impartialité³¹⁵⁰.

763. En second lieu, dans un arrêt *Association Alcaly* du 16 avril 2010, le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'y avait pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC mettant en cause sa propre impartialité³¹⁵¹. « *On n'imaginait pas, en tout état de cause, une solution différente, qui aurait vu le Conseil d'Etat renvoyer la question au Conseil constitutionnel avec le risque, bien théorique mais explosif en cas de réalisation, d'aboutir à une remise en cause de l'institution* »³¹⁵². La question portait sur la possibilité pour le Conseil d'Etat, au regard de l'exigence d'impartialité, de statuer dans un premier temps au titre d'une section administrative sur un décret portant déclaration d'utilité publique (DUP) puis de statuer dans un second temps sur la légalité de ce même décret dans le cadre de ses fonctions contentieuses. Pour rejeter la demande de renvoi de la QPC, le Conseil d'Etat considère dans un premier temps que son dualisme fonctionnel est prévu par la Constitution elle-même puis dans un second temps qu'il n'y a pas d'atteinte à l'impartialité dès lors que « *les membres du Conseil d'Etat qui ont participé à un avis rendu sur un projet d'acte soumis par le Gouvernement ne participent pas au jugement des recours mettant en cause ce même acte* ». Le raisonnement est implacable, mais il n'en est pas moins contestable. D'une part, pour considérer qu'il est lui-même impartial, le Conseil d'Etat se fonde implicitement sur les critères retenus par la jurisprudence de la Cour EDH qui seront exposés plus loin. Pourtant, comme dans l'exemple précédent, et cela même si les jurisprudences constitutionnelle et européenne ont tendance à converger, le Conseil d'Etat rejette une question portant sur la constitutionnalité de son dualisme fonctionnel au motif de sa conventionnalité, ce qui, nous l'avons vu, est tout à fait critiquable. De plus, sans nécessairement remettre en cause le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel aurait peut-être, s'il avait

³¹⁴⁸ CE, 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n° 334665.

³¹⁴⁹ Yves JEGOUZO, « Le droit de l'urbanisme à l'épreuve de la QPC », RDI, 2011, p. 1.

³¹⁵⁰ V. Fabrice MELLERAY, « Question prioritaire de constitutionnalité et impartialité des juridictions suprêmes », *Droit administratif*, 2011, comm. 93.

³¹⁵¹ CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et a.*, LPA, n° 149, 2010, p. 11, note Olivier Le BOT.

³¹⁵² Olivier Le BOT, « QPC : le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat validé... par le Conseil d'Etat - note sur CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et a.*, n° 320667 », LPA, n° 149, 2010, p. 11.

été saisi, pu se révéler plus exigeant que la Cour EDH sur le plan des garanties de l'impartialité. Or, la validation opérée par le Conseil d'Etat prive le Conseil constitutionnel d'intervenir dans le débat, et le justiciable d'entendre sa réponse.

764. De façon plus préoccupante, ces deux décisions révèlent les situations de conflit d'intérêt dans lesquelles le Conseil d'Etat, ou la Cour de cassation, peut se trouver lorsqu'il statue sur le renvoi d'une QPC portant soit sur sa propre interprétation de la loi, soit sur sa propre organisation. En ce qui concerne la première hypothèse, il faut bien admettre que potentiellement, toutes les QPC portent sur l'interprétation de la loi par les juridictions ordinaires. Dès lors, prévoir dans ces cas-là un renvoi automatique de la QPC devant le Conseil constitutionnel reviendrait à annihiler le filtrage voulu par le constituant³¹⁵³. Pour autant, une appréciation plus souple du caractère sérieux de la QPC par les juridictions suprêmes semble devoir s'imposer dans ces cas-là. Si cela n'était pas le cas, il pourrait en outre être envisagé de confier au Conseil constitutionnel un pouvoir d'évocation des QPC qui lui paraissent devoir être jugées par lui-même. En ce qui concerne la seconde hypothèse, un mécanisme de renvoi automatique de la QPC devant le Conseil constitutionnel serait souhaitable tant le conflit d'intérêt constitué par le fait de juger soit même de sa propre impartialité est patent.

765. En définitive, les questions qui demeurent à propos de la composition du Conseil constitutionnel et à propos du renvoi de certaines QPC montrent l'importance de l'impartialité dans le cadre d'un accès effectif à la justice. Le cas du Conseil d'Etat, souvent confronté à la mise en cause de son impartialité, abonde dans le même sens.

III. Le Conseil d'Etat à l'épreuve des soupçons de partialité

766. Le Conseil d'Etat est « *enfin juge !* »³¹⁵⁴. L'analyse de Philippe Terneyre et Denys de Béchillon est fondée sur la capacité du Conseil d'Etat à traiter désormais rapidement les litiges et à se préoccuper de l'exécution de ses décisions. Si l'on souscrit à cette analyse, il est néanmoins toujours possible, en dépit des différentes réformes qu'a connues la justice administrative dans la période récente³¹⁵⁵, de s'interroger, à certains égards seulement, sur l'impartialité du Conseil d'Etat, au risque de compter parmi les « *obsédés des*

³¹⁵³ V. Fabrice MELLERAY, « Question prioritaire de constitutionnalité et impartialité... », *op. cit.*.

³¹⁵⁴ Philippe TERNEYRE et Denys de BECHILLON, « Le Conseil d'Etat, enfin juge ! », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 61.

³¹⁵⁵ Décret n°2006-964 du 1 août 2006 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative ; décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat. (v. Pierre DELVOLLE et Franck MODERNE, « La réforme du Conseil d'Etat », RFDA, 2008, p. 213 ; Pascale GONOD, « Le Conseil d'Etat à la croisée des chemins ? », AJDA, 2008, p. 630) ; décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement des audiences devant ces juridictions ; Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Perspectives contentieuses des réformes de la justice administrative*, Systèmes, LGDJ, 2011.

apparences »³¹⁵⁶, en référence à la théorie des apparences développée par la Cour EDH³¹⁵⁷. Cette théorie consiste, dans le cadre de l'appréciation de l'impartialité objective, à vérifier s'il est possible de suspecter l'impartialité des juges. Jusque dans ses apparences, la justice ne doit laisser aucun doute sur son impartialité. Cette théorie a parfois été, certainement à raison, considérée comme abusive³¹⁵⁸, mettant en cause la validité des institutions les plus classiques de notre justice administrative comme le « commissaire du gouvernement »³¹⁵⁹.

Les garanties essentielles d'une justice administrative impartiale sont bien présentes en droit français. Même si l'indépendance de la justice administrative n'apparaît pas dans le texte de la Constitution, elle a été reconnue par le Conseil constitutionnel qui en a fait un principe fondamental reconnu par les lois de la République³¹⁶⁰. En outre, en dépit du fait que cette règle « *ne figure pas de manière formalisée dans un texte législatif* »³¹⁶¹, les membres du Conseil d'Etat bénéficient de l'inamovibilité. En outre, ces garanties se traduisent aussi dans les modalités d'administration de la justice administrative. Le vice-président du Conseil d'Etat négocie ainsi lui-même avec le ministère des finances le budget de l'ensemble des juridictions administratives. Il en résulte que « *l'indépendance budgétaire est nettement plus marquée que pour la justice judiciaire* »³¹⁶².

Pour autant, ces garanties ne suffisent pas nécessairement à assurer l'impartialité du Conseil d'Etat, alors même que celle-ci est une condition de l'accès à la justice et, par ricochet, de l'effectivité. Tout d'abord, ses membres entretiennent des relations étroites avec

³¹⁵⁶ Philippe TERNEYRE et Denys de BECHILLON, « Le Conseil d'Etat, enfin juge ! », *op. cit.*, p. 71.

³¹⁵⁷ Sur la théorie des apparences, v. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., PUF, 2011, p. 435.

³¹⁵⁸ Daniel CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress », *AJDA*, 2002, p. 9.

³¹⁵⁹ La Cour EDH a aussi mis en cause la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement (v. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international...*, *op. cit.*, p. 429). Elle a jugé que celle-ci était contraire au principe de l'égalité des armes déduit du droit au procès équitable prévu à l'article 6, paragraphe 1 de la Convention EDH (7 juin 2001, *Kress c. France*, *AJDA*, 2001, p. 675, note Frédéric ROLIN). La Cour considérant le commissaire du gouvernement comme une partie au litige, il s'en suit qu'il ne saurait, comme les autres parties, participer au délibéré. L'assimilation du commissaire du gouvernement à une partie nous semble cependant exagérée. Il aurait tout aussi bien pu être considéré comme un juge en charge de rapporter sur le litige. L'arrêt *Kress* a cependant suscité une modification du code de justice administrative, ce dernier précisant alors que le commissaire du gouvernement assiste au délibéré mais qu'il n'y prend pas part. Pour autant, la Cour EDH a de nouveau jugé que le droit français était contraire à l'article 6 (12 avril 2006, *Martinie c. France*, n° 58675/00). Une nouvelle réforme a donc été mise en place. Le nouvel article R. 733-3 du code de justice administrative prévoit désormais qu'une partie peut demander à ce que le rapporteur public, nouvelle dénomination du commissaire du gouvernement, n'assiste pas au délibéré. Cet article concerne uniquement le Conseil d'Etat. Dans le cadre de l'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, l'article R. 732-2 du code de justice administrative prévoit que « *la décision est délibérée hors la présence des parties et du rapporteur public* ». En ce qui concerne le Conseil d'Etat, il pouvait demeurer des doutes quant à la conventionnalité du dispositif (v. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1026). Ce dernier a cependant été validé par la Cour EDH (15 sept. 2009, *Etienne c. France*, *AJDA*, 2009, p. 2468, note S. EL BOUDOUHI).

³¹⁶⁰ CC, 22 juillet 1980, n° 80-119 DC, *Validations d'actes administratifs*, RDP, 1980, p. 1658, note Louis FAVOREU ; CC, 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence* ; *AJDA*, 1987, p. 345, note Jacques CHEVALLIER.

³¹⁶¹ Hélène PAULIAT, « Le modèle français d'administration de la justice : distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative », *RFAP*, n° 125, 2008, p. 96.

³¹⁶² Hélène PAULIAT, *ibidem*, p. 97.

le pouvoir politique (A). Ensuite, le dualisme fonctionnel du Conseil, même s'il a été validé par la Cour EDH (B), continue de poser d'importantes questions, singulièrement dans le contexte du contrôle de la légalité des déclarations d'utilité publique (C).

A. Des liaisons avec le pouvoir politique

Sous certains aspects, il existe une porosité entre les carrières menées dans la haute administration et la juridiction administrative. Cela se manifeste à travers le recrutement des membres du Conseil d'Etat (1) et dans la gestion de leurs carrières (2).

1) Le recrutement des membres du Conseil d'Etat

767. Le recrutement des membres du Conseil d'Etat est assuré par deux moyens. Ils sont recrutés à titre principal à la sortie de l'Ecole Nationale d'Administration (ENA). Cette école n'est pas dédiée uniquement à la formation des membres du Conseil comme peut l'être l'Ecole Nationale de la Magistrature pour les magistrats de l'ordre judiciaire. A l'ENA, les futurs membres du Conseil d'Etat côtoient de futurs hauts fonctionnaires et certains élèves de cette école comptent ensuite parmi les plus importants dirigeants politiques du pays. Sans parler d'un véritable esprit de corps, il est un fait que dès leur formation initiale, les membres du Conseil d'Etat et une partie des dirigeants du pays acquièrent une culture professionnelle commune, d'autant plus qu'avant d'entrer à l'ENA, ils ont très souvent fréquenté les mêmes grandes écoles³¹⁶³. Cet élément ne permet évidemment pas de conclure à la partialité des membres du Conseil d'Etat mais il constitue un élément de contexte qui doit nécessairement être relevé.

768. Le second mode de recrutement des membres du Conseil d'Etat est plus délicat. A titre complémentaire, ils sont recrutés au « *tour extérieur* »³¹⁶⁴, « *c'est-à-dire quasi-discrétionnairement par le gouvernement* »³¹⁶⁵. Selon Danièle LOCHAK, les nominations au tour extérieur « *ne sont pas politiquement neutres* »³¹⁶⁶, et sont souvent un moyen de replacer des anciens ministres ou des membres de cabinets ministériels³¹⁶⁷. En outre, si l'on met de côté les rares professeurs de droit nommés au Conseil d'Etat par ce biais, les recrutements au tour extérieur concernent des anciens préfets, des directeurs d'administration centrale ou encore des ingénieurs de l'Etat³¹⁶⁸, c'est-à-dire des fonctionnaires qui ont pendant toute leur carrière

³¹⁶³ V. Olivia NUI-XUAN, « Le Conseil d'Etat : quelle composition réelle ? », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 93.

³¹⁶⁴ Articles L. 133-3 et 4 du code de justice administrative.

³¹⁶⁵ Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2011, p. 24.

³¹⁶⁶ Danièle LOCHAK, « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 21.

³¹⁶⁷ V. Benoît RIBADEAU DUMAS, « Les carrières dans et hors le Conseil d'Etat », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 80.

³¹⁶⁸ V. Benoît RIBADEAU DUMAS, *ibidem*, p. 81.

obéi au pouvoir hiérarchique. Plus concrètement, un ancien ministre, un ancien directeur d'un cabinet ministériel ou d'administration centrale est-il vraiment à même de statuer de façon impartiale dans le cadre d'un contentieux portant sur l'illégalité invoquée par voie d'exception d'un décret qu'il a lui-même élaboré ou signé ? Si cette hypothèse ne semble pas lui avoir été soumise, d'une manière générale, la Cour EDH n'a rien trouvé à redire sur le recrutement au tour extérieur³¹⁶⁹. Pour autant, s'il s'agit d'un moyen de diversifier la composition du Conseil d'Etat, ce qui peut évidemment présenter des avantages, selon Camille Broyelle, « *le tour extérieur n'en constitue pas moins pour l'Exécutif un mode de gratification des fidèles (...). Dans une juridiction plus qu'ailleurs, a fortiori lorsque celle-ci est chargée de juger l'administration, une telle immixtion de l'Exécutif – qui ne connaît d'autres remparts que la publication au Journal officiel de l'avis éventuellement défavorable du vice-président du Conseil d'Etat – constitue une anomalie* »³¹⁷⁰. En outre, pour Danièle Lochak, « *le soupçon de politisation trouve il est vrai de quoi s'alimenter dans le maintien d'une emprise du gouvernement sur la nomination des membres du Conseil d'Etat – notamment par le biais du tour extérieur –, et dans les attaches multiples qui lient ses membres au milieu politique et les incite en permanence à aller fréquenter les allées du pouvoir* »³¹⁷¹.

2) La gestion des carrières des membres du Conseil d'Etat

769. La gestion des carrières des membres du Conseil d'Etat est délibérément organisée pour assurer une « respiration » de l'institution par le biais d'allers-retours avec la haute administration. Il s'agit ainsi d'éviter que ces derniers soient pris par l'ennui d'une fonction qui peut s'avérer au bout d'un certain temps assez monotone. Au-delà, il s'agit aussi de s'assurer que le juge de l'administration ait une connaissance concrète des contraintes qui pèsent sur l'administration. Ainsi, « *la méconnaissance des contraintes de l'action administrative pourrait affaiblir le crédit du Conseil d'Etat auprès du gouvernement, qui cherche pour le juger et le conseiller des juristes au fait de ses contraintes* »³¹⁷². Cette justification est contestable dans la mesure où cela engendre le risque que le juge administratif fasse preuve de mansuétude à l'égard des écarts de l'administration avec la légalité. On sait en effet que des membres du Conseil d'Etat exercent notamment des postes de direction des services juridiques des différents ministères³¹⁷³. Au-delà, « *la présence de membres du Conseil d'Etat dans les cabinets ministériels ou parmi les conseillers du président de la République (...) contribue à établir des relations de proximité et de confiance réciproque avec le*

³¹⁶⁹ Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France*, § 68, RFDA, 2007, p. 342, note Jean-Louis AUTIN et Frédéric SUDRE ; JCP A, 2007, n° 2002, note David SZYMCAK.

³¹⁷⁰ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 25.

³¹⁷¹ Danièle LOCHAK, « Le Conseil d'Etat en politique », op. cit., p. 20.

³¹⁷² Benoît RIBADEAU DUMAS, « Les carrières dans et hors le Conseil d'Etat », op. cit., p. 79.

³¹⁷³ V. Benoît RIBADEAU DUMAS, *ibidem*, p. 83.

personnel politique »³¹⁷⁴. Jean Carbonnier constatait d'ailleurs que « *la facilité avec laquelle conseillers, maîtres des requêtes et auditeurs passent dans les cabinets ministériels, et en repartent, crée entre le Conseil et les gouvernements successifs une espèce de confraternité permanente, aux dépens peut-être de l'indépendance* »³¹⁷⁵.

770. Ces possibilités d'allers-retours entre la fonction de juge de l'administration et de membre de l'administration active ont d'ailleurs indirectement conduit à la condamnation de la France par la Cour EDH sur le fondement du droit au procès équitable³¹⁷⁶. En l'espèce, un membre du Conseil d'Etat avait statué sur une requête dirigée contre le ministère de l'économie alors qu'il était, parallèlement, en pourparlers avec ce ministère en vue d'y occuper un poste. Il avait en effet été nommé un mois plus tard en tant que secrétaire général de ce ministère. Si cette décision « *ne saurait être interprétée comme une condamnation du manque d'indépendance du Conseil d'Etat* »³¹⁷⁷, elle soulève cependant les difficultés liées à la gestion des carrières des membres du Conseil d'Etat au regard de l'article 6 de la Convention EDH. Aussi longtemps que les possibilités de passer du Conseil d'Etat à la haute administration seront répandues, il demeurera un risque, si ce n'est de partialité, du moins de condamnation de la France par la Cour EDH.

B. La mise en cause du dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat

771. Le Conseil d'Etat exerce cumulativement deux fonctions. D'une part, il conseille le pouvoir exécutif, principalement en donnant un avis sur les projets de loi et sur certains décrets adoptés « en Conseil d'Etat »³¹⁷⁸. D'autre part, il est le juge suprême de l'administration. Ce dualisme fonctionnel résulte d'une tradition historique datant de l'époque napoléonienne³¹⁷⁹ tirée du principe selon lequel « *juger l'administration, c'est encore administrer* »³¹⁸⁰. Ce dualisme suscite cependant un risque sur le plan de l'impartialité, celui que le Conseil préjuge de la légalité d'un acte sur lequel il a émis un avis. Il est donc logique que la montée en puissance du droit au procès équitable ait fini par interroger directement le dualisme fonctionnel.

772. La Cour EDH distingue l'impartialité objective de l'impartialité subjective. Ainsi, « *si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce*

³¹⁷⁴ Danièle LOCHAK, « Le Conseil d'Etat en politique », *op. cit.*, p. 21.

³¹⁷⁵ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 63.

³¹⁷⁶ Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France*, § 68, RFDA, 2007, p. 342, note Jean-Louis AUTIN et Frédéric SUDRE ; JCP A, 2007, n° 2002, note David SZYM CZAK.

³¹⁷⁷ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 436.

³¹⁷⁸ Sur cette fonction, v. *supra*, § 479.

³¹⁷⁹ V. Bernard PACTEAU, « La désimbrication de la juridiction et de la consultation au Conseil d'Etat. Jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 827.

³¹⁸⁰ V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 44

que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »³¹⁸¹. C'est à travers le prisme d'une appréciation concrète de l'impartialité objective que la Cour examine le dualisme. Pour elle, « l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées »³¹⁸². La Cour a initialement sanctionné l'impartialité « structurelle » du Conseil d'Etat luxembourgeois. Dans un arrêt *Procola c. Luxembourg* du 28 septembre 1995³¹⁸³, elle a considéré que le fait que 4 des 5 membres de la section contentieuse du Conseil d'Etat du Luxembourg aient donné leur avis sur l'acte attaqué dans le cadre de fonctions consultatives est contraire à l'article 6 de la Convention. La proximité entre l'organisation du Conseil d'Etat français et celle de son homologue luxembourgeois a alors fait craindre une condamnation pure et simple du dualisme fonctionnel français, même si le Conseil d'Etat, un an plus tard, n'y a vu aucune atteinte au principe d'impartialité³¹⁸⁴.

Cependant, par la suite, la Cour EDH a adopté une appréciation plus concrète de l'impartialité objective. Ainsi, dans un arrêt *Sacilor-Lormines c. France*, la Cour juge que le dualisme fonctionnel français n'est pas en lui-même contraire à l'article 6 de la Convention EDH³¹⁸⁵. Pour rejeter le moyen fondé sur le dualisme fonctionnel, la Cour avait précisé que l'article 6 n'était pas violé puisqu'on ne pouvait pas considérer que le Conseil d'Etat avait eu à statuer, dans le cadre de sa fonction contentieuse, sur la « même question » ou sur la « même affaire » que celle qui avait fait l'objet de l'avis rendu dans le cadre de sa fonction de conseil³¹⁸⁶. Il n'y avait donc pas d'identité entre l'objet de l'avis et l'objet de l'affaire. Pour autant, on pouvait à ce moment-là déduire de cet arrêt que dans le cas contraire, la France aurait été condamnée. Cela aurait directement condamné le dispositif en place à l'égard des déclarations d'utilité publique (DUP) puisque dans ce cas, le décret portant DUP est adopté en Conseil d'Etat et c'est ce même décret qui est susceptible d'être déféré par un justiciable devant le Conseil d'Etat³¹⁸⁷. L'identité des objets était donc parfaite.

773. Trois années plus tard, c'est justement le cas d'une DUP qui a été porté devant la Cour EDH. Pour autant, dans l'arrêt *Union fédérale Que Choisir de Côte d'Or c. France*³¹⁸⁸, la Cour juge que le cumul des fonctions n'est incompatible avec l'article 6 que si un même membre du Conseil d'Etat a siégé dans la section administrative au titre de la fonction de conseil et dans la section contentieuse en tant que juge de l'administration. Il en résulte que dans un tel contexte, l'impartialité s'apprécie au regard de deux critères : « identité des

³¹⁸¹ Cour EDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack*, § 30, Série A, n° 53 ; JDI, 1985, p. 210, note Paul Tavernier.

³¹⁸² Cour EDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, § 48 ; GACEDH, n° 30.

³¹⁸³ Cour EDH, 28 sept. 1995, *Procola c. Luxembourg* ; AJDA, 1996, p. 383, note Jean-François FLAUSS.

³¹⁸⁴ CE, sect., 5 avril 1996, *Syndicat des avocats de France*, rec., p. 118 ; RFDA, 1996, p. 1195, concl. Jean-Claude BONICHOT.

³¹⁸⁵ Cour EDH, 9 nov. 2006, *Sacilor-Lormines c. France*, § 71, *op. cit.*.

³¹⁸⁶ Cour EDH, 9 nov. 2006, *Sacilor-Lormines c. France*, § 73, *op. cit.*.

³¹⁸⁷ En ce sens, v. Jean-Louis AUTIN et Frédéric SUDRE, « L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause ? », RFDA, 2007, p. 342.

³¹⁸⁸ Cour EDH, 15 juillet 2009, *Union fédérale Que Choisir de Côte d'Or c. France*, RFDA, 2009, p. 885, note Bernard PACTEAU.

membres des instances qui jugent et ont donné un avis et identité des questions posées dans chaque espèce »³¹⁸⁹, l'identité des membres et l'identité des objets. Ce n'est que si les deux critères sont simultanément réunis qu'il y a violation de l'article 6 de la Convention EDH. En ce qui concerne le critère de l'identité des membres, le droit français avait cependant pris les devants, ce qui explique l'absence de condamnation en l'espèce. En effet, l'article R. 122-21-1 du code de justice administrative, tel qu'il résulte du décret du 6 mars 2008, prévoit désormais que « *les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'Etat, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis* ». En outre, la liste des membres ayant participé à la délibération de l'avis de la section administrative peut, sur demande, être communiquée aux parties. En réalité, cette règle existait depuis 1872 mais avait ensuite été abandonnée à partir de 1939. Il lui avait cependant succédé la pratique dite du « déport »³¹⁹⁰ qui voulait qu'un membre du Conseil d'Etat qui avait participé à la délibération de l'avis du Conseil d'Etat se déporte s'il était ensuite amené à juger l'objet de cet avis. Etant donné que seuls les membres du Conseil sont à même de connaître la réalité et la systématisme de cette pratique, il est préférable que le code de justice administrative ait rétabli cette règle dans sa forme écrite.

774. Pour autant, le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat en a-t-il fini avec les soupçons de partialité ? Nous ne le pensons pas. Le brevet de conventionnalité délivré par la Cour EDH, tout comme le brevet de constitutionnalité que le Conseil d'Etat s'est délivré à lui-même dans l'arrêt *Association Alcaly* semble contestable. D'une certaine manière, pour contredire les critiques de la théorie des apparences, on pourrait estimer que la Cour EDH s'en est tout simplement arrêtée aux apparences juridiques. Il faut convenir que celles-ci constituent la limite que le juge ne peut pas franchir. Pour autant, le contexte sociologique dans lequel évolue le Conseil d'Etat est cependant à même de susciter des doutes, qui, même s'ils ne nous permettent absolument pas de conclure à la partialité du Conseil, doivent être versés au débat.

En premier lieu, on peut relever les limites pratiques du critère de l'identité des membres. En effet, au-delà de la participation directe d'un membre du Conseil d'Etat à l'avis de la section administrative puis au délibéré de la section contentieuse, chacun peut cependant admettre que les différents membres du Conseil d'Etat entretiennent des relations étroites, ce qui est d'ailleurs heureux. Il semble ainsi difficile d'admettre qu'il existerait une parfaite étanchéité entre l'avis du Conseil d'Etat et sa décision au stade contentieux. Même si elle date des années quatre-vingt-dix, il faut relever cette déclaration de deux membres du Conseil d'Etat : « *l'usage veut que le contentieux ne puisse prendre une position contraire à celle des formations administratives que dans son instance la plus solennelle, l'Assemblée du*

³¹⁸⁹ Bernard PACTEAU, « La justice administrative française désormais en règle avec la Cour européenne des droits de l'homme ? », RFDA, 2009, p. 885.

³¹⁹⁰ Sur cette évolution, v. Pascale GONOD, « Le Conseil d'Etat à la croisée des chemins ? », AJDA, 2008, p. 630.

contentieux »³¹⁹¹. Il est bien sûr impossible de vérifier si la mise à l'épreuve infligée par la Cour EDH au Conseil d'Etat a modifié cet usage.

En deuxième lieu, nous avons déjà évoqué les problèmes posés par les nominations au tour extérieur. Concrètement, un ancien ministre nommé membre du Conseil d'Etat peut, même sans avoir participé à la délibération de l'avis du Conseil d'Etat, avoir préjugé de la légalité d'un décret s'il en a lui-même été le signataire. Le champ d'application de l'article R. 122-21-1 du code de justice administrative devrait donc être élargi à ce type d'hypothèse.

En troisième lieu, il existe des cas particuliers dans lesquels le Conseil d'Etat n'est pas nécessairement en position d'impartialité. C'est le cas lorsqu'il statue sur sa propre impartialité comme dans l'arrêt *Association Alcaly*. En outre, le cas des décrets adoptés en application de lois concernant la procédure administrative contentieuse pose des problèmes singuliers. On sait en effet que le Conseil d'Etat est souvent celui qui inspire très directement le contenu de ces décrets³¹⁹². Le projet de décret fait ensuite l'objet d'un avis du Conseil et sa légalité est encore susceptible d'être contestée devant lui.

Au-delà, le cas du contrôle de la légalité des DUP mérite une attention particulière dans la mesure où cela est souvent à l'occasion de ce type de contentieux que sont soulevées des questions liées à l'impartialité du Conseil d'Etat.

C. Une apparence de partialité persistante : le contrôle des déclarations d'utilité publique

775. Si la Cour EDH n'a pas décelé de partialité en ce qui concerne le contrôle des DUP par le Conseil d'Etat, ce domaine particulier cristallise depuis longtemps une bonne partie des soupçons de partialité pesant sur le Conseil d'Etat³¹⁹³. Il est vrai que ce dernier semble quasi-systématiquement trancher les litiges en faveur de l'administration. Si l'on compte de nombreux exemples d'annulation de DUP ayant une portée limitée au champ local, ceux qui concernent des projets de grande envergure sont très peu nombreux. De ce point de vue, seuls les exemples de l'annulation d'un projet d'autoroute dans les Alpes³¹⁹⁴ et d'une ligne à très

³¹⁹¹ J. MASSOT et J. MARIMBERT, cité par Jean-Louis AUTIN et Frédéric SUDRE, « L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause ? – note sur Cour EDH, 9 novembre 2010, *Société Sacilor-Lormines c. France* », RFDA, 2007, note 61.

³¹⁹² V. par exemple, à propos de l'élargissement des hypothèses d'intervention du juge unique prévu à l'article 222-1 du code de justice administrative, Dominique BORDIER, « Variations en mineur sur l'excès de pouvoir », AJDA, 2011, p. 373.

³¹⁹³ Sur le plan contentieux, les arrêts *Association Alcaly* et *Union fédérale Que Choisir de Côte d'Or* en témoignent.

³¹⁹⁴ CE, Ass., 28 mars 1997, *Assoc. contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*, rec., p. 120 ; RFDA, 1997, p. 739, concl. Martine DENIS-LINTON, *ibidem*, p.748, note Frédéric ROUVILLOIS ; AFDUH, 1998, p. 225, chron. René HOSTIOU et Jean-François STRUILLLOU.

haute tension dans le Verdon³¹⁹⁵ abondent dans ce sens. Tous les autres grands projets d'infrastructure de transport ont ainsi été validés par le Conseil d'Etat. Ainsi, « *fort peu nombreuses sont les opérations dans lesquelles la protection de l'environnement l'a emporté sur les autres considérations d'intérêt général. Et encore moins nombreuses l'ont été les grosses opérations d'envergure nationale annulées* »³¹⁹⁶. Est-ce à dire que le Conseil d'Etat fait preuve d'une excessive mansuétude à l'égard de l'administration ou que seuls deux projets parmi les dizaines qui ont été soumis au Conseil d'Etat étaient illégaux ? Il est impossible de répondre de manière circonstanciée à cette question, mais l'on peut tenter d'expliquer, à travers l'analyse du contrôle opéré par le Conseil, pourquoi dans ce domaine apparaît très souvent une apparence de partialité.

776. Avant cela, il faut rappeler la vivacité du débat suscité par la jurisprudence sur les DUP. Dans les années quatre-vingt, suite à des propos tenus dans les colonnes du Monde par le vice-Président du Conseil d'Etat de l'époque, ce dernier se félicitant de l'absence d'obstacles imposés par le Conseil au développement de la politique énergétique française, Michel Prieur avait frontalement dénoncé le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat pour expliquer l'attitude, jugée négative, du Conseil à l'égard des préoccupations environnementales³¹⁹⁷. Il reprenait alors la position de Carré de Malberg, favorable à une juridiction administrative extérieure à l'administration : « *dégagée de toute préoccupation administrative, elle fera abstraction des considérations d'opportunité, d'intérêt général, de but à atteindre, et elle n'aura d'autre souci que d'assurer dans chaque espèce le maintien de la légalité ou de donner satisfaction à l'équité* »³¹⁹⁸. Michel Prieur concluait que la « *volonté a priori (du Conseil d'Etat) de faire prédominer l'action des pouvoirs publics ne peut que le conduire, dans certains cas, à ne pas appliquer la règle de droit qui aurait entraîné une condamnation de l'administration* »³¹⁹⁹. Le vice-Président du Conseil d'Etat s'est récemment attaché à démontrer le contraire, adressant, près de trente années plus tard, une réponse explicite au Professeur Prieur³²⁰⁰. Jean-Marc Sauvé s'attache ainsi à démontrer la conversion écologique du Conseil d'Etat. Il est indéniable que la jurisprudence du Conseil d'Etat a largement évolué depuis les années quatre-vingt³²⁰¹ et on ne peut qu'abonder dans le sens de Jean-Marc Sauvé concernant la plupart des exemples cités dans son intervention. Cet exposé appelle cependant deux remarques. D'une part, Jean-Marc Sauvé n'aborde absolument pas le thème central de l'article de Michel Prieur, à savoir le dualisme fonctionnel.

³¹⁹⁵ CE, 10 juillet 2006, *Assoc. intercom. pour la protection du lac de Sainte Croix, des lacs et des sites du Verdon*, n° 288108 ; RFDA, 2006, p. 990, note Marie-France DELHOSTE ; RDI, 2006, p. 367, note Laurent FONBAUSTIER.

³¹⁹⁶ Yves JEGOUZO, « Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement », RJE, n° spécial, 2004, p. 23.

³¹⁹⁷ V. Michel PRIEUR, « Pas de caribous au Palais-Royal », RJE, 1985, p. 137.

³¹⁹⁸ Raymond CARRE DE MALBERG, cité par Michel PRIEUR, « Pas de caribous au Palais-Royal », RJE, 1985, p. 137.

³¹⁹⁹ Michel PRIEUR, « Pas de caribous au Palais-Royal », RJE, 1985, p. 137.

³²⁰⁰ V. Jean-Marc SAUVE, *Y a-t-il des caribous au Palais-Royal ? (Suite)*, intervention du 14 mai 2012.

³²⁰¹ Pour un exposé circonstancié et exhaustif de la jurisprudence environnementale de l'époque, v. Francis CABALLERO, « Le Conseil d'Etat, ennemi de l'environnement ? », RJE, 1984, p. 3.

Il est vrai que comme nous l'avons vu, la situation a largement évolué depuis, notamment sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour EDH, mais les critiques de Michel Prieur mettaient en cause le principe même du dualisme. D'autre part, si le Conseil d'Etat prend en compte les exigences environnementales, c'est aussi parce qu'il y est contraint par les normes d'origine externe. Danièle Lochak a aussi démontré que le Conseil avait tendance à suivre les volontés des pouvoirs publics³²⁰². On sait la promotion qu'ont connue les préoccupations environnementales depuis lors dans le discours politique dominant. Surtout, il demeure certains domaines dans lesquels la jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas fondamentalement évolué. Outre l'absence d'effet direct des dispositions les plus audacieuses des conventions internationales³²⁰³, c'est évidemment le cas du contrôle des DUP qui doit être relevé. De ce point de vue, Jean-Marc Sauvé se limite à rappeler que les exigences environnementales doivent être conciliées avec les autres éléments de l'intérêt général. Cela est indéniable, mais l'examen du contrôle de la légalité interne des DUP laisse dubitatif quant à cette conciliation (1) alors que celui de la légalité externe ne devrait évidemment pas être influencé par cette conciliation. Cela semble pourtant bien être le cas (2).

1) Un contrôle restreint de la légalité interne

777. Le contrôle de la légalité interne des déclarations d'utilité publique est opéré à travers la théorie du bilan coût-avantage. Ainsi, depuis l'arrêt *Ville Nouvelle Est* du 28 mai 1971, « une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente »³²⁰⁴. La formule a été enrichie depuis lors. Le juge prend aussi en compte « l'atteinte à d'autres intérêts publics », au-delà des inconvénients d'ordre social, ce qui laisse une place aux enjeux environnementaux au sein du bilan³²⁰⁵. Pour autant, en raison du faible nombre d'annulations de grands projets prononcées sur ce fondement, « la théorie du bilan apparaît comme un progrès plus symbolique que réel du contrôle de l'utilité publique des opérations d'aménagement »³²⁰⁶. Alors qu'il avait pu apparaître comme un contrôle maximum, le contrôle du bilan apparaît désormais comme un contrôle restreint.

³²⁰² Danièle LOCHAK, « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19 et s..

³²⁰³ V. *supra*, § 133 et s.. En outre, la remarque suivante de Danièle Lochak est tout à fait pertinente en ce qui concerne le droit international de l'environnement, notamment à l'égard de la Convention d'Aarhus. Selon elle, le renoncement du Conseil d'Etat, à partir des années quatre-vingt, « au "nationalisme juridique" qui lui avait été tant reproché doit être relativisé car il ne s'exprime que là où il craint la sanction d'un juge ; celui de Luxembourg ou celui de Strasbourg. Les autres conventions internationales sont nettement moins bien traitées : le Conseil d'Etat continue à refuser tout effet direct – et donc toute effectivité contentieuse aux droits qui y sont énoncés » (Danièle LOCHAK, « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 24).

³²⁰⁴ CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, rec., p. 409, *op. cit.*.

³²⁰⁵ CE, 25 juillet 1975, *Synd. CFDT Marins pêcheurs de la rade de Brest*, rec., p. 1216, RJE, n° 2, 1976, p. 63.

³²⁰⁶ Bertrand SEILLER, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », AJDA, 2003, p. 1472.

778. Le juge administratif se limite en général à un contrôle intrinsèque du projet. En effet, jusqu'à présent, le principe reste que le juge n'exerce pas de contrôle comparatif des autres solutions possibles³²⁰⁷, même si, dans certaines hypothèses, le juge semble, à titre surabondant, comparer le projet retenu avec les solutions alternatives³²⁰⁸. Ainsi a-t-il été proposé en doctrine un contrôle extrinsèque des DUP. Pour Bertrand Seiller « *seul le bilan des bilans est susceptible de conférer une utilité à la jurisprudence Ville Nouvelle Est dans les grands dossiers d'aménagement* »³²⁰⁹. Néanmoins, cela permettrait très certainement au requérant d'exposer plus largement le débat devant le juge, mais il n'est absolument pas certain que cela impliquerait un résultat différent.

779. D'une part, le contrôle du bilan est fondé sur l'analyse coûts-bénéfices. Or, il a été démontré que ce type d'analyse minore quasi-systématiquement les inconvénients environnementaux. Plus largement, « *le danger menace de réduire la pondération des intérêts à un simple calcul, à un bilan coût bénéfices, qui ne prendrait en compte que des valeurs quantifiables, ou qui forcerait tout type d'intérêt à de décliner sous forme monétaire* »³²¹⁰. L'analyse coûts-bénéfices conduit notamment à réduire fortement la dimension temporelle des enjeux. Un avantage aujourd'hui peut se révéler être un inconvénient demain. L'analyse coûts-bénéfices appréhende aussi difficilement le futur. En outre, les dommages irréparables sont difficilement évaluables et leur « coût » risque ainsi d'être largement sous-évalué. Elle se révèle enfin incapable d'appréhender la complexité des phénomènes et des interactions à l'œuvre³²¹¹. Il en résulte que la conciliation entre les différentes composantes de l'intérêt général conduit presque systématiquement à minorer les inconvénients environnementaux. La méthode utilisée par le juge est donc en cause.

780. D'autre part, une partie de la doctrine a mis en évidence le caractère restreint du contrôle effectué par le juge. L'annulation ne pourra être prononcée que si les inconvénients de l'opération sont réellement plus importants que ses avantages³²¹². En outre, « *plus l'intérêt d'une opération est fort, moins ses inconvénients auront de chances de prévaloir dans la comparaison* »³²¹³. Cela montre probablement la mansuétude du juge à l'égard de l'administration. Pour autant, il semble qu'il soit difficile pour le juge de procéder autrement.

³²⁰⁷ CE, 7 oct. 1977, n° 99986, *Syndicat des Paludiers et autres*, rec., p. 380.

³²⁰⁸ CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Minge-Auxances*, AJDA, 2011, p. 2417, note Lamprini XENOU : « *contrairement à ce qui est soutenu, il ne ressort pas des pièces des dossiers que l'aménagement, en lieu et place de la ligne projetée, de la ligne existante permettrait des résultats comparables, notamment en termes de gains de temps et d'augmentation du trafic, sans procéder à des expropriations aussi importantes que celles qu'autorise le décret attaqué* ». Il y existe d'autres hypothèses de contrôle, limité, des solutions alternatives. V. Lamprini XENOU « Expropriation : un pas supplémentaire vers le contrôle des solutions alternatives ? », AJDA, 2011, p. 2417.

³²⁰⁹ Bertrand SEILLER, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », AJDA, 2003, p. 1472.

³²¹⁰ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, p. 438.

³²¹¹ V. Frank ACKERMAN et Lisa HEINZELING, « Pricing the priceless: Cost-Benefit Analysis and Environmental Protection », *University of Pennsylvania Law review*, v. 150, 2002, p. 1553.

³²¹² V. Fabrice MELLERAY, « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2007, n° 51.

³²¹³ Bertrand SEILLER, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque... », *op. cit.*, p. 1472.

Pour Fabrice Melleray, « *la retenue actuelle du juge est justifiée, lui évitant d'opérer des choix qui ne relèvent pas de sa compétence, mais de celle du pouvoir politique* »³²¹⁴. Cet argument nous semble pertinent, mais il semble qu'il puisse tout aussi bien jouer en sens inverse. Pour Michel Prieur, en exerçant un tel contrôle « *sous l'habillage du "bilan", (le Conseil d'Etat) se comporte bien comme un juge qui gouverne* »³²¹⁵. Pour Francis Caballero, « *par peur d'un hypothétique gouvernement des juges, la juridiction administrative se transforme en chambre d'écho du pouvoir* »³²¹⁶.

Quoi qu'il en soit, le contrôle de la légalité interne des grands projets d'aménagement semble bien être réfractaire à une appréhension juridique et il est difficile de démontrer de façon nette que la mansuétude du juge s'explique par son manque d'impartialité ou par la difficulté de trouver un moyen de contrôle plus adéquat. En revanche, l'examen du contrôle de la légalité externe de ces grands projets révèle parfois un tel laxisme qu'il semble être le témoin de la volonté du juge de les laisser en marge du respect de la légalité.

2) La validation des vices de légalité externe

781. La faiblesse du contrôle du juge sur la légalité interne des grands projets semble influencer celui de la légalité externe. Compte tenu des enjeux liés à ces projets, le juge hésite en effet à annuler une DUP sur la base d'un vice de légalité externe. On aboutit ainsi à une quasi-immunité de ce type de projet. D'une part, cela n'est probablement pas un hasard si la théorie des formalités non substantielles, c'est-à-dire des irrégularités qui, bien que constatés par le juge, n'ont pas pour effet d'entraîner l'annulation de la décision³²¹⁷, s'y est largement développée. Les procédures d'étude d'impact environnemental et d'enquête publique s'appliquent systématiquement à ces projets et les vices y afférant sont systématiquement invoqués par les requérants. Soit ces moyens sont rejetés par le juge, soit la réalité de ces vices est admise pour que celui-ci soit immédiatement considéré comme non substantiel. Chacun peut ainsi le constater à la lecture de la plupart des décisions du Conseil d'Etat concernant les grands projets. Nous avons déjà souligné les inconvénients de la théorie des formalités non substantielles. Reste à examiner l'hypothèse du rejet pur et simple des moyens fondés sur un vice de légalité externe.

782. Il ne s'agit évidemment pas d'affirmer que de tels moyens sont systématiquement fondés. Pour autant, la décision du Conseil d'Etat concernant le grand contournement de Strasbourg a de quoi troubler, d'autant plus le Conseil a rejeté des moyens de légalité externe qui étaient pourtant parvenus à convaincre le rapporteur public³²¹⁸. Un moyen en particulier

³²¹⁴ Fabrice MELLERAY, « Recours pour excès de pouvoir... », *op. cit.*, n° 51.

³²¹⁵ Michel PRIEUR, « Pas de caribous au Palais-Royal », RJE, 1985, p. 137.

³²¹⁶ Francis CABALLERO, « Le Conseil d'Etat, ennemi de l'environnement ? », RJE, 1984, p. 3.

³²¹⁷ V. *supra*, § 373 et s..

³²¹⁸ CE, sect., 17 mars 2010, *Assoc. Alsace Nature et a.*, RJE, 2010, p. 485, note René HOSTIOU.

retient l'attention, d'autant plus que le vice en cause serait susceptible d'engager la responsabilité internationale de la France sur le fondement du non-respect de ses obligations conventionnelles tirées de la Convention d'Espoo du 25 février 1991³²¹⁹. Celle-ci impose en effet, lorsqu'un projet est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement en zone transfrontalière, de notifier ce projet à l'Etat voisin afin que il puisse donner un avis sur le projet. Cette obligation est reprise à l'article R. 122-11 du code de l'environnement³²²⁰. En l'espèce, le rapporteur public avait démontré l'incidence notable du projet sur l'environnement transfrontalier en s'appuyant sur des études conduites par l'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie (ADEME), un établissement public sous tutelle du ministère de l'environnement. Cela emportait ainsi une obligation de notifier le projet de grand contournement de Strasbourg à l'Allemagne, ce qui n'avait pas été effectué en l'espèce. La démonstration semblait imparable mais le Conseil d'Etat a pourtant rejeté purement et simplement le moyen. Pour René Hostiou, cette décision « *conduit à s'interroger sur le sens et sur la portée d'un système dans lequel un certain nombre d'éléments – de droit comme de fait – d'un même dossier sont susceptibles de faire l'objet, et ce au sein d'une même instance, d'analyses aussi radicalement opposées, le rapporteur public faisant valoir, aux termes de conclusions d'une rigueur d'airain, tous les motifs qu'il y aurait d'annuler la DUP attaquée, et la formation de jugement, sans doute sensible à des préoccupations d'un autre type, ne voyant pour sa part aucune raison de procéder à l'annulation de celle-ci* »³²²¹. L'affirmation du caractère politique de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière nous semble ici à peine voilée.

783. En définitive, s'il ne permet absolument pas de conclure de façon catégorique à la partialité du Conseil d'Etat, le cas des DUP permet *a minima* d'affirmer que celui-ci n'en a probablement pas fini avec les soupçons de partialité, en dépit de décisions favorables de la Cour EDH. Les obstacles de l'accès à la justice ne se limitent cependant pas aux questions d'impartialité. Derrière ces obstacles structurels existent des obstacles circonstanciels qui, outre qu'ils ne sont que rarement justifiés, pourraient facilement être annihilés.

§2 – Les obstacles circonstanciels de l'accès à la justice

Les obstacles circonstanciels de l'accès à la justice sont souvent le résultat d'une opportunité saisie par le législateur pour restreindre l'accès à la justice dans un domaine particulier. C'est le cas de certains obstacles liés à des procédures particulières (I). Le domaine de l'urbanisme, et donc par contagion celui de l'environnement, en témoigne. En

³²¹⁹ Les constructions d'autoroute et de routes express sont soumises à la Convention d'Espoo (v. le point 7 de l'appendice I de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (signée à Espoo le 25 février 1991 et entrée en vigueur le 10 septembre 1997).

³²²⁰ R. 122-22 nouveau du code de l'environnement.

³²²¹ René HOSTIOU, « Le rapporteur public, la section du contentieux et l'autoroute alsacienne – note sur CE, sect., 17 mars 2010, *Assoc. Alsace Nature Environnement et a.* », RJE, 2010, p. 494.

outre, une action en justice peut potentiellement engendrer des coûts importants, ce qui est évidemment de nature à dissuader d'exercer une action en justice **(II)**.

I. Les obstacles liés à des procédures particulières

Les obstacles liés à des procédures particulières sont d'une grande diversité. Il est cependant possible d'identifier trois types d'obstacles s'exprimant devant le juge administratif. Tout d'abord, le défi représenté par le traitement des contentieux dits « de masse » engendre des effets pervers importants **(A)**. Ensuite, dans le domaine de l'urbanisme, certaines exigences particulières sont venues limiter l'accès à la justice **(B)**. Enfin, la réticence du législateur à renforcer l'accès à la justice s'exprime à travers l'absence, en droit français et par conséquent en droit administratif, de procédure d'action de groupe **(C)**.

Il faut en outre d'ores et déjà préciser que l'enfermement des recours dans des délais ne constitue pas un véritable obstacle de l'accès au juge³²²². Outre qu'ils sont justifiés par la nécessité de protéger la sécurité juridique, ils peuvent aussi assez facilement être contournés par les justiciables les plus malins. La jurisprudence *Alitalia* permet ainsi de solliciter, en tout temps, l'abrogation d'un acte illégal.

A. Les effets pervers des contentieux de masse

Avant d'envisager les conséquences des contentieux de masse **(2)**, il convient d'en exposer la réalité **(1)**.

1) La réalité des contentieux de masse

784. Depuis 1968, on a pu relever un doublement tous les dix ans du nombre de requêtes adressées aux juridictions administratives³²²³. Parallèlement, s'il a indubitablement augmenté, le volume des effectifs des juridictions administratives n'a pas suivi le même ratio. Par exemple, ces vingt dernières années, les effectifs des tribunaux administratifs et des cours

³²²² On notera cependant que ces délais ont été singulièrement réduits dans le contentieux des installations classées (v. Raymond LEOST, « Le contentieux administratif de l'environnement après la loi Grenelle II : nouveaux délais de recours et extension du référé administratif », *Droit de l'environnement*, n° 186, 2011, p. 13 et s..

³²²³ V. Dominique BORDIER, « Variations en mineur sur l'excès de pouvoir », *AJDA*, 2011, p. 369 ; Pour un exposé plus détaillé de données récentes, v. Yves GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA*, 2011, p. 465 et s..

administratives d'appel ont été multipliés par trois³²²⁴. « *On impute souvent la croissance de certains contentieux aux "appels d'air" créés par une modification du dispositif législatif ou réglementaire* »³²²⁵. Cela est par exemple le cas en droit des étrangers, concernant le permis à points, ou encore du fait de la création du droit au logement opposable. Il s'avère justement que ces trois domaines concentrent les contentieux de masse identifiés par la doctrine³²²⁶. En revanche, contrairement à une idée largement répandue, spécialement au niveau du parlement, le contentieux de l'urbanisme et de l'aménagement, et par conséquent une bonne partie de celui de l'environnement, ne représente que 6 % des requêtes présentées devant les tribunaux administratifs et fait partie de ceux qui augmentent le moins vite³²²⁷. En outre, les travaux sociologiques montrent qu'« *en tout état de cause, les moyens dont disposent les associations les incitent plutôt à développer des stratégies contentieuses ciblées qu'à organiser des contentieux de masse* »³²²⁸.

2) *Les conséquences des contentieux de masse*

785. Le développement de contentieux dits de masse, c'est-à-dire qui concentrent un grand nombre de requêtes, peut avoir des conséquences négatives aussi bien dans les domaines concernés par ces contentieux qu'en dehors de ces derniers.

En ce qui concerne les conséquences à l'égard des contentieux concernés, on observe que les réponses à ces contentieux de masse consistent bien souvent à améliorer la productivité du traitement des requêtes, avec les conséquences potentiellement négatives que cela peut engendrer sur la qualité du travail du juge, plutôt qu'à s'interroger sur leurs causes³²²⁹ ou à, faute de mieux, augmenter les moyens de la justice administrative en proportion de l'augmentation du contentieux. La multiplication des hypothèses dans lesquelles un juge unique, qui statue seul par voie d'ordonnance, sans conclusions du rapporteur public et sans audience, en témoigne³²³⁰. On sait par exemple qu'« *au Conseil d'Etat, plus de 40 % des décisions rendues chaque année proviennent d'un juge statuant seul* »³²³¹. L'article R. 222-1 du code de justice administrative a ainsi instauré de nouvelles hypothèses d'intervention du juge unique. Parmi ces hypothèses, le 7° de l'article R. 222-1 est régulièrement critiqué³²³². Sur sa base, les présidents de formation de jugement peuvent, par

³²²⁴ V. Jean-Marc SAUVE, « Allocution de clôture – Dix ans de croissance du contentieux », RFDA, 2011, p. 688.

³²²⁵ Gwénaële CALVES, « Mieux connaître les contentieux de masse : l'apport des travaux sociologiques », RFDA, 2011, p. 478.

³²²⁶ Yves GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines... », *op. cit.*, p. 470.

³²²⁷ V. Yves GAUDEMET, *ibidem*, p. 466.

³²²⁸ Gwénaële CALVES, « Mieux connaître les contentieux de masse... », RFDA, 2011, p. 479.

³²²⁹ En ce sens v. Gwénaële CALVES, « Mieux connaître les contentieux de masse... », *op. cit.*, p. 477.

³²³⁰ V. Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 27 et s..

³²³¹ Camille BROUELLE, *ibidem*, p. 27.

³²³² Au delà de ces critiques, v. Marie-Anne COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », RFDC, 2006, p. 713.

ordonnance, « rejeter, après l'expiration du délai de recours ou, lorsqu'un mémoire complémentaire a été annoncé, après la production de ce mémoire, les requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ». Cet article donne par conséquent des pouvoirs considérables à un juge qui, il faut insister, statue seul. Il apparaît évident que « cette rédaction ouvre largement la porte, par l'imprécision et la subjectivité des critères retenus, à son application pour répondre à la surcharge des juridictions »³²³³. Plus précisément, il est « difficile, au vu d'une requête même sommaire de prévoir à l'avance que l'instruction ne lui permettra pas de prospérer, le requérant pouvant prendre un avocat en cours d'instance, produire des pièces utiles, parfois à la demande du juge, ou soulever des moyens nouveaux »³²³⁴. Potentiellement, cet article peut ainsi donner lieu à des situations proches du déni de justice. Si « certains magistrats s'inquiètent de l'utilisation abusive des ordonnances »³²³⁵, il n'y aurait cependant en pratique que de rares dysfonctionnements, en général sanctionnés en appel³²³⁶. Dans ces hypothèses, cela implique donc pour le justiciable d'avoir la persévérance nécessaire pour aller jusqu'en appel pour que finalement sa cause soit entendue. Il en ressort ainsi le sentiment que l'utilisation des ordonnances permet surtout « d'étoffer les statistiques de productivité »³²³⁷. Ce sentiment se dégage d'ailleurs de la plupart des réformes récentes de la procédure administrative contentieuse. Plus largement, on pourrait ainsi en venir à se demander si la célérité de la justice³²³⁸, imposée indirectement par le droit au procès équitable à travers la figure du « délai raisonnable »³²³⁹, n'en vient pas à produire des effets regrettables sur la qualité du travail de la juridiction administrative.

En ce qui concerne les conséquences des contentieux de masse sur les autres contentieux, Yves Gaudemet a mis en évidence « un effet d'éviction tenant aux comportements de certains justiciables qui renoncent à faire du contentieux, les délais de jugement envisageables étant trop longs en raison de la priorité donnée aux contentieux de masse. (...) Ainsi les contentieux de masse font passer au second plan les autres contentieux, dont les délais de jugement s'allongent, ce qui ne peut que favoriser la renonciation de fait du justiciable « ordinaire » à son droit au juge »³²⁴⁰. Cela est par exemple palpable dans le domaine du contentieux de l'environnement, les associations optant de plus en plus souvent pour le contentieux pénal, réputé plus rapide.

³²³³ Yves GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines... », *op. cit.*, p. 476.

³²³⁴ Elsa COSTA, « Des chiffres et des lettres. La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA*, 2010, p. 1623.

³²³⁵ Dominique BORDIER, « Variations en mineur sur l'excès de pouvoir », *op. cit.*, p. 372.

³²³⁶ V. André SCHILTE, « Les réponses de la juridiction administrative », *RFDA*, 2011, p. 676.

³²³⁷ Dominique BORDIER, « Variations en mineur sur l'excès de pouvoir », *op. cit.*, p. 372.

³²³⁸ V. Hélène PAULIAT, « Célérité de la justice administrative et qualité de la décision juridictionnelle », in Nathalie ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, AFDA, LexisNexis, 2010, p. 247.

³²³⁹ V. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. ... et s..

³²⁴⁰ Yves GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines... », *op. cit.*, p. 475.

786. En définitive, la situation semble inextricable. Le juge administratif doit assurer le traitement de requêtes de plus en plus nombreuses, avec des moyens qui n'augmentent pas aussi vite que la charge de travail, et tout cela dans un délai raisonnable. Le développement de procédures limitant l'accès à la justice semble dans ce contexte plus ou moins inévitable. En revanche, dans le domaine de l'urbanisme, la limitation des recours semble animée par des causes plus politiques.

B. La limitation des recours en matière d'urbanisme

Les recours déposés à l'encontre des permis de construire par des personnes physiques ou par des associations suscitent souvent des polémiques compte tenu des enjeux importants liés à ces projets. Il en va bien souvent du développement d'une commune, que ce soit à travers l'accueil d'une nouvelle entreprise ou à travers l'augmentation escomptée du nombre d'habitants. Face aux annulations prononcées par le juge administratif ou aux retards pris, en raison du dépôt de recours, par certains chantiers, les élus locaux ont trouvé une oreille attentive auprès des parlementaires³²⁴¹ pour tenter de limiter les recours dans ce domaine³²⁴². Il en va ainsi de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme (1) qui limite directement les recours associatifs comme de l'article R. 600-1 du même code qui impose la notification des recours à peine d'irrecevabilité (2). Ces procédures, qui sont à chaque fois justifiées par le législateur par des objectifs tout aussi louables qu'erronés, s'avèrent *in fine* être des obstacles supplémentaires³²⁴³ au respect de la légalité dans un domaine qui, rappelons-le, est largement décentralisé. Elles constituent des obstacles à l'accès à la justice et, ainsi, à l'effectivité de la norme.

1) L'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme

787. La France offre un accès relativement large à la justice pour les associations, spécialement lorsque l'association agit dans le domaine de l'environnement et de l'urbanisme, notamment si elle est agréée. Pour autant, l'adoption en 2006 de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme offre une nouvelle occasion de dénoncer le « mauvais procès » fait aux recours associatifs³²⁴⁴. En vertu de cet article, « une association n'est recevable à agir contre

³²⁴¹ On sait qu'en raison du cumul des mandats, les exécutifs locaux sont parfois tentés de régler un problème local par le biais d'une intervention législative (v. Yves JEGOUZO, « Décentralisation : la pièce continue », AJDA, 2012, p. 1921).

³²⁴² Plus largement, sur le contentieux des collectivités territoriales, v. Catherine TEITGEN-COLLY, « Les collectivités territoriales face au risque contentieux », AJCT, 2012, p. 161 ainsi que le dossier qui y est consacré par cette revue (p. 162 et s.).

³²⁴³ Concernant l'application du principe de légalité en matière d'urbanisme, v. *supra*, § 160 et s..

³²⁴⁴ Benoist BUSSON, « Le mauvais procès des recours des associations : faux arguments et vraies menaces », RJE, 2001, p. 61

une décision relative à l'occupation ou l'utilisation des sols que si le dépôt des statuts de l'association en préfecture est intervenu antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire »³²⁴⁵. En principe, cet article ne concerne pas les associations agréées de protection de l'environnement. Etant donné qu'il s'agit d'une condition pour obtenir l'agrément, celles-ci existent nécessairement depuis plus de trois ans, c'est-à-dire bien avant le dépôt de la demande de permis de construire. Pour autant, il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette disposition. Il s'agit de rendre irrecevables les requêtes déposées par des associations déclarées postérieurement à l'affichage de la « demande » de permis de construire, pas simplement de celles constituées après la délivrance du permis. Autrement dit, il s'agit d'annihiler toute possibilité de réaction collective des citoyens puisque ces derniers ne peuvent pas connaître l'existence d'un projet de construction avant qu'une demande de permis n'ait été déposée auprès de l'administration. Il s'agit donc d'« *un mauvais coup que la loi a porté au contentieux* »³²⁴⁶. Or, cet article est fondé sur des motivations qui s'avèrent en grande partie erronées (a). Pour autant, il a été validé par le juge constitutionnel comme par le juge administratif (b) alors même que sa conventionnalité au regard de la Convention d'Aarhus est, nous semble-t-il, douteuse (c).

a) *Des motivations erronées*

788. L'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme y a été introduit par la loi portant engagement national pour le logement du 13 juillet 2006³²⁴⁷. L'objectif du législateur est reflété par la présentation de cet amendement effectuée lors des débats parlementaires par Monsieur Pierre Jarlier, l'un des auteurs de cet amendement. Selon lui, « *cet amendement d'appel, suggéré par l'association des maires de France, a pour objet d'interpeller le Gouvernement sur le problème des recours abusifs engagés par certaines associations dans le but de se donner les moyens de négocier les prix de terrains où des projets doivent être réalisés* »³²⁴⁸. Les auteurs de l'amendement opèrent ici d'importantes confusions en assimilant plusieurs questions différentes. Sont ainsi assimilées les questions des recours abusifs, du chantage au désistement et des recours associatifs. Cet amalgame a ainsi conduit le législateur à se tromper de cible, alors même que le problème soulevé par le monnayage financier des désistements est une question particulièrement sérieuse.

³²⁴⁵ Antérieurement, le juge administratif admettait les recours formés par des associations déclarées postérieurement à l'intervention du permis de construire attaqué (CE, 25 mars 1991, *SCI Le Soleil Levant*, n° 112031).

³²⁴⁶ Bernard PACTEAU, « Cour administrative de Bordeaux – Décisions de décembre 2008 à mars 2009 », JCP A, 2009, n° 2155. V. aussi Pierre SOLER-COUTEAUX, « L'article L. 600-1-1 n'est pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – note sur CAA Bordeaux, 3 février 2009, *Assoc. de défense de l'environnement Vent de la Gartempe* », RDI, 2009, p. 559 : « *si la motivation du législateur a été, (...), "d'éviter les recours abusifs", le principe de loyauté eût voulu que l'on n'oppose le critère de l'action abusive qu'au recours formé après qu'il a été clairement posé* ».

³²⁴⁷ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

³²⁴⁸ V. le compte rendu intégral des débats de la séance du 6 avril 2006 (article additionnel après l'article 3 sexies) (www.senat.fr).

En premier lieu, l'idée véhiculée indirectement par cet article selon laquelle les recours associatifs encombreraient excessivement le prétoire du juge administratif relève du mythe. En effet, les recours présentés par les personnes physiques et morales devant les tribunaux administratifs dans le domaine de l'urbanisme et de l'aménagement ne représentent que 6,7 % des recours³²⁴⁹. Ce contentieux, d'une importance réduite, englobe aussi bien les recours contre les permis de construire visés par l'article L. 600-1-1 mais aussi les recours contre les autres types d'autorisation ou encore contre les documents d'urbanisme. En outre, les recherches conduites dans le domaine de l'urbanisme montrent que « *ce sont essentiellement des personnes physiques qui alimentent le contentieux de l'urbanisme : elles représentent entre 68 et 79 % des requérants* »³²⁵⁰. Les recours des personnes morales de droit privé représentent « *entre un tiers et un quart des recours* »³²⁵¹. Parmi ces recours, il faudrait encore, pour obtenir la proportion de recours associatifs, retrancher les recours effectués par des sociétés commerciales, relativement fréquents en matière d'urbanisme. Dans ces conditions, il semble très difficile de faire peser sur les associations agissant dans le domaine de l'urbanisme la responsabilité de l'encombrement des tribunaux administratifs.

En deuxième lieu, les recours associatifs jouent un rôle tout à fait bénéfique sur le plan de la préservation de la légalité, notamment dans un domaine où le contrôle de légalité est faible. Sans revenir sur nos précédents propos à ce sujet, la doctrine a montré que les associations « *mènent, qualitativement, les contentieux les plus importants : recours contre le POS essentiellement, voire les schémas directeurs, les ZAC et autres grosses opérations d'aménagement* »³²⁵². Ceci explique aussi certainement pourquoi la limitation des recours associatifs est devenue un objectif à part entière de l'association des maires de France au point qu'elle fasse déposer « en son nom » un amendement devant le Parlement.

En dernier lieu, il reste que les recours associatifs visés par l'article L. 600-1-1 n'ont rien à avoir avec la prétendue motivation du législateur, c'est-à-dire le chantage au désistement. On touche là à un problème réel absolument choquant qui n'est d'ailleurs toujours pas réglé. On sait en effet que dans le domaine de l'urbanisme, des recours « *ne sont parfois introduits que pour monnayer un désistement ultérieur* »³²⁵³. Le titulaire du permis, sachant qu'au pire, son permis sera annulé et qu'au mieux, il prendra un retard équivalent au délai de jugement du tribunal administratif devant lequel le recours a été présenté, préfère souvent échanger le désistement du requérant contre une somme d'argent. Certains requérants crapuleux se sont fait une spécialité de ce genre de chantage. Tout d'abord, il faut rappeler que c'est bien la lenteur de la justice administrative qui suscite ici un effet d'aubaine pour ces requérants peu scrupuleux. Ensuite, l'article L. 600-1-1 n'a aucun

³²⁴⁹ V. *Le Conseil d'État et la justice administrative en 2010 : faits et chiffres* (www.conseil-etat.fr).

³²⁵⁰ René CRISTINI et Pierre-Paul DANNA, « Le contentieux administratif – rapport de synthèse », in GRIDAUH, *Etat de droit et urbanisme*, Les cahiers et GRIDAUH n° 11, *La doc. française*, 2004, p. 79.

³²⁵¹ René CRISTINI et Pierre-Paul DANNA, *ibidem*, p. 79.

³²⁵² René CRISTINI et Pierre-Paul DANNA, *ibidem*, p. 80.

³²⁵³ Daniel LABETOUILLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 406.

effet sur ces pratiques, lesquelles pourraient probablement être mieux réprimées par la voie pénale. Surtout, il peut facilement être démontré que dans l'immense majorité des cas, ce ne sont pas les associations qui pratiquent ce type de chantage. Pourtant, elles ont été directement accusées dans le cadre des travaux parlementaires. En effet, selon un sénateur, « *le nombre significatif de désistements s'explique par le fait que les associations conditionnent l'abandon des recours à l'obtention d'une rétribution financière (séance du 6 avr. 2006). Cette statistique approximative, produite par le parlementaire, ne prend à aucun moment en compte la part que représentent précisément les désistements des associations. En outre, il apparaît pour le moins excessif de considérer que le désistement des parties, dans le cadre d'un contentieux d'urbanisme, n'est conditionné que par ce marchandage financier même si ces pratiques sont bien réelles* »³²⁵⁴. D'une part, les associations ne sont pas responsables des désistements. On voit d'ailleurs mal comment une association, dont le but n'est par définition pas lucratif, pourrait encaisser de telles sommes d'argent pour ensuite les reverser à ses membres. En outre, une étude a montré que si les désistements « *concernent une part significative des requêtes : de 14,3 % (Limoges) à 25,8 % (Orléans) des décisions rendues (...) ils sont le fait le plus souvent de personnes physiques ayant formé une requête individuelle (les deux tiers à Lyon)* ». Par conséquent, une part résiduelle des désistements est le fait de personnes morales. Parmi eux, il faudrait encore retrancher ceux qui sont le fait de personnes morales autre qu'associatives. D'autre part, un désistement peut être motivé par des motifs autres que crapuleux. En pratique, les associations sont parfois conduites à se désister après un échec en référé ne laissant présager qu'un rejet de la requête au fond ou encore en raison d'un défaut d'intérêt à agir.

En désignant les associations comme responsables du chantage au désistement, le législateur s'est manifestement trompé de cible, à moins que la véritable cible ait été les associations, et le prétexte la pratique détestable du chantage au désistement.

b) Une limitation validée par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'Etat

789. L'inconventionnalité, à l'égard de la Convention EDH, de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme n'a pas manqué d'être soulevée par des requérants dont la requête avait été déclarée irrecevable. Pour autant, le Conseil d'Etat a jugé, sans d'ailleurs se montrer très bavard, que cet article n'était pas contraire ni au droit au procès équitable tiré de l'article 6 de la Convention EDH, ni au droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du premier Protocole à la Convention EDH³²⁵⁵. La Cour administrative de Bordeaux, après avoir repris

³²⁵⁴ François BENCHENDIKH, « L'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme : une « modernisation » contestable », AJDA, 2009, p. 1588.

³²⁵⁵ CE, 11 juillet 2008, *Assoc. des amis des paysages Bourgniauds*, n° 313386 ; RDI, 2008, p. 461, note Pierre SOLER-COUTEAUX.

cette solution en ce qui concerne le droit au recours, a jugé qu'il n'était pas davantage contraire à la liberté d'association tirée de la Convention EDH³²⁵⁶.

790. La contestation de la validité de cet article n'a pas davantage convaincu le juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC qui était pourtant parvenue à passer le filtre du Conseil d'Etat, juge que cet article ne porte pas d'atteinte substantielle au droit au recours³²⁵⁷. Il considère, à l'appui de sa position, que le droit des membres de l'association d'agir en justice à titre individuel est préservé et que la limitation du droit au recours est limitée aux seules associations constituées postérieurement à l'affichage de la demande de permis. Pourtant, ces deux justifications « *ne convainquent pas* »³²⁵⁸. En ce qui concerne la première, tous les membres de l'association n'auront pas nécessairement intérêt à agir à l'encontre du permis, sauf à ce qu'ils soient des voisins de la construction projetée. Quant à la seconde, elle revient à nier le rôle, vis-à-vis de la légalité, d'une réaction collective des citoyens, cela alors même que ces associations participent « *à une meilleure défense des droits et (à) une meilleure garantie du droit* »³²⁵⁹.

c) Une limitation probablement contraire à la Convention d'Aarhus

791. Les constructions ayant dans la plupart des hypothèses une incidence sur l'environnement, l'article 9 de la Convention d'Aarhus est largement applicable aux permis de construire. Le paragraphe 2 de cet article protège l'accès à la justice des membres du « *public concerné* » ayant un intérêt suffisant pour agir dans tous les cas où l'acte attaqué a fait l'objet d'une procédure de participation du public, ce qui est le cas de nombreuses hypothèses de permis de construire. Le paragraphe 3 du même article protège les « *membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus* » en droit interne, sachant que ces critères ne doivent pas constituer un obstacle à un accès effectif à la justice.

792. Dès lors, qu'il s'agisse de la notion de « *public* » visée au paragraphe 3 ou de celle de « *public concerné* »³²⁶⁰ visée au paragraphe 2, elles englobent toutes les deux les associations

³²⁵⁶ CAA Bordeaux, 3 février 2009, *Assoc. Vent de la Gartempe*, n° 08BX00890 ; JCP A, 2009, n° 2155, chron. B. PACTEAU.

³²⁵⁷ CC, n° 2011-138 QPC, 17 juin 2011, *Assoc. Vivraviry* ; Dalloz, 2011, p. 1942, note Olivier LE BOT ; JCP A, 2011, n° 2253, note Philippe BILLET ; JCP G, 2012, p. 1344, chron. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ariana MACAYA.

³²⁵⁸ Olivier Le BOT, « Recours des associations *ad hoc* contre les autorisations d'urbanisme : le Conseil constitutionnel valide la restriction au droit d'agir en justice – note sur CC, n° 2011-138 QPC, 17 juin 2011, *Association Vivraviry* », Dalloz, 2011, p. 1942.

³²⁵⁹ Olivier Le BOT, *ibidem*, p. 1942.

³²⁶⁰ Cette notion est définie comme « *le public qui est touché ou qui risque d'être touché par les décisions prises en matière d'environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l'égard du processus décisionnel ; aux fins de la présente définition, les organisations non gouvernementales qui œuvrent en faveur de la protection de l'environnement et qui remplissent les conditions pouvant être requises en droit interne sont réputées avoir un intérêt* » (article 2 § 5 de la Convention d'Aarhus).

et ni l'une ni l'autre n'opèrent, parmi elles, de distinction selon leur date de déclaration. De sérieux doutes demeurent donc quant à la conformité de l'article L. 600-1-1 au regard de la Convention d'Aarhus. Pour l'heure, ce moyen n'a à notre connaissance jamais été invoqué devant le juge administratif, mais il a peu de chance de prospérer devant lui dès que celui-ci refuse d'admettre l'effet direct de l'article 9 de cette convention. Reste alors la possibilité de saisir d'une communication le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus³²⁶¹.

2) *L'article R. 600-1 du code de l'urbanisme*

793. L'article R. 600-1 du code de l'urbanisme impose au requérant de notifier son recours à l'auteur de la décision attaquée et au bénéficiaire éventuel de l'autorisation³²⁶². D'une part, l'objectif affiché de cette disposition est de faire en sorte que le bénéficiaire de l'autorisation comme l'administration soit informé du dépôt d'un recours à l'encontre de celle-ci. En effet, « *entre le dépôt de la requête et sa notification par le juge (à l'administration et au destinataire de la décision) un délai important est susceptible de s'écouler (quelques mois). Le bénéficiaire de l'autorisation, qui prévoit parfois de lourds investissements, est ainsi placé dans une situation d'insécurité* »³²⁶³. Si cet objectif est parfaitement justifié, il faut tout de même observer que cette formalité est supportée par le requérant afin que celui-ci supplée aux difficultés de l'administration judiciaire d'assurer rapidement cette notification. D'autre part, l'effet de cette obligation de notification est de rendre plus complexe l'accès à la justice, même s'il ne s'agit pas d'une formalité insurmontable.

Le champ d'application de l'obligation de notification couvre aussi bien les recours contentieux que les recours administratifs qui, le cas échéant, les précèdent. L'obligation est en outre applicable, le cas échéant, en appel. Elle concerne cependant uniquement le champ des autorisations d'urbanisme. Les recours à l'encontre d'un certificat d'urbanisme, d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou d'un permis de construire, d'aménager ou de démolir doit ainsi être notifié. En revanche, la rédaction de cette obligation par le code de l'urbanisme ne prévoit plus la notification des recours à l'encontre des documents d'urbanisme. En ce qui concerne les modalités de cette obligation, la notification doit intervenir par lettre recommandée avec accusé de réception dans un délai de quinze jours à compter du dépôt du recours. Sur le plan de la portée de l'obligation, l'absence de notification entraîne l'irrecevabilité de la requête, laquelle peut être relevée d'office par le juge. En outre, le Conseil d'Etat a précisé dans un avis que « *l'absence de mention dans*

³²⁶¹ V. Veit KOESTER, « Le comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus : panorama des procédures et de la jurisprudence », REDE, 2007, p. 251 ; Julien BETAILLE, « Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus », AJDA, 2010, p. 2083.

³²⁶² V. Rozen NOGUELLOU, « La notification des recours dirigés contre les autorisations d'urbanisme », *Droit adm.*, 2008, al. 81.

³²⁶³ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2011, p. 113.

l'affichage (du permis) de l'obligation de notification du recours a pour seul effet de rendre inopposable l'irrecevabilité prévue à l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme, mais n'empêche pas le déclenchement du délai de recours contentieux »³²⁶⁴. Ainsi, en l'absence d'affichage en mairie et sur le terrain de cette obligation, celle-ci est inopposable.

794. Il reste cependant à examiner l'effet de cette disposition sur l'accès au juge dès lors que son objectif implicite était aussi de limiter le nombre de recours. Au moment de sa mise en place, Jean-Bernard Auby expliquait que « *l'expérience nous dira si cette obligation de notifier remplit correctement sa fonction de garantie de la sécurité juridique (...) sans nuire au droit d'agir en justice – ce qu'elle pourrait faire s'il s'avérait que l'ignorance de la nouvelle règle conduisait à écarter trop de recours émanant de citoyens peu informés et conseillés* »³²⁶⁵. Près de vingt années plus tard, il semble dans un premier temps que l'obligation de notification a suscité de nombreuses irrecevabilités. Elle continue à en provoquer chez les requérants les moins expérimentés mais elle semble avoir été bien assimilée par les professionnels du droit qui sont désormais à l'abri de ce chausse-trappe. En revanche, si « *l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme n'a pas produit l'effet escompté sur le désengorgement des juridictions (...), son application a donné lieu à une jurisprudence abondante* »³²⁶⁶. Alors que son objectif était d'améliorer la sécurité juridique – des bénéficiaires d'autorisations – elle constitue désormais une obligation complexe qui occasionne nombre de palabres sur la date de l'accusé de réception ou sur la forme de la notification dont la juridiction administrative aurait pu se passer.

C. L'absence d'action de groupe en droit administratif

795. En droit administratif français, les deux procédures se rapprochant le plus de l'action de groupe ne donnent pas satisfaction. Cela est le cas de l'action en représentation conjointe dans le domaine de l'environnement³²⁶⁷, comme dans le domaine de la lutte contre les discriminations³²⁶⁸. Cela s'explique notamment par le fait que l'association qui en a la charge n'est pas autorisée à solliciter des mandats et, le cas échéant, leur gestion s'avère assez lourde.

³²⁶⁴ CE, avis, 19 novembre 2008, *Société Sahelac et Mme Juventin*, AJDA, 2008, p. 2200.

³²⁶⁵ Jean-Bernard AUBY, « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », RFDA, 1995, p. 30.

³²⁶⁶ Nathalie BAILLON et François LERAISNABLE, « Récentes évolutions jurisprudentielles sur la notification des recours contre les autorisations d'urbanisme », AJDA, 2010, p. 1525.

³²⁶⁷ V. Louis BORE, « Action collective et protection de l'environnement », in Olivera BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, op. cit., p. 50 ; L. 142-3 du code de l'environnement : « *Lorsque plusieurs personnes physiques identifiées ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même personne et qui ont une origine commune, (...), toute association agréée (...) peut, si elle a été mandatée par au moins deux des personnes physiques concernées, agir en réparation devant toute juridiction au nom de celles-ci* ».

³²⁶⁸ V. Paul CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif », RFDA, 2009, p. 657 ; article R. 779-9 du code de justice administrative.

796. De façon plus générale, en droit administratif, aucune voie de droit n'est susceptible de procurer les avantages d'une action de groupe³²⁶⁹. Celle-ci peut être définie comme l'action « *par laquelle un représentant agit au nom et pour le compte d'un groupe de personnes identifiées, ou non identifiées, afin d'obtenir la réparation des préjudices qu'elles ont subis* »³²⁷⁰. Plus largement, elle est la « *voie de droit par laquelle un seul justiciable peut, au nom d'une catégorie de personnes dont il est reconnu habilité à porter les intérêts, demander que soit établi par un jugement ayant autorité de chose jugée, la réparation du préjudice ou les droits individuels de tous les membres de cet ensemble, tiers au procès* »³²⁷¹.

Avant d'en envisager les modalités possibles ou proposées (2), il convient de mettre en évidence les bénéfiques potentiels qui peuvent être tirés d'une action de groupe sur le plan de l'accès à la justice et de l'effectivité de la norme (1).

1) *Les bénéfiques potentiels de l'action de groupe sur le plan de l'accès à la justice et de l'effectivité*

797. L'action de groupe présente deux types d'avantages. D'une part, elle permet d'améliorer l'accès à la justice. Elle peut en effet être un « *remède à la faible combativité* »³²⁷² des victimes. Ainsi, dans le contexte du droit administratif, une action de groupe « *aura nécessairement pour effet de permettre à des administrés de se voir reconnaître des droits qu'ils auraient, sinon, négligés, faute d'exercer eux-mêmes une voie de recours individuelle* »³²⁷³. D'autre part, l'action de groupe « *tend à assurer l'effectivité du droit* »³²⁷⁴. D'un point de vue particulier, elle favorise l'effectivité du droit à réparation dans le cas de préjudices individuels multiples mais de faible importance. D'un point de vue plus général, en augmentant le montant total des dommages et intérêts, elle génère un renforcement mécanique de la fonction normative de la responsabilité, c'est-à-dire, dans le cadre de régimes fondés sur la faute, l'effet de sanction qui produit l'engagement de la responsabilité d'une personne.

798. L'action de groupe pourrait s'avérer particulièrement utile en matière d'environnement. Elle est d'ailleurs déjà largement utilisée dans ce domaine au Québec³²⁷⁵. Son introduction pourrait d'ailleurs y être confiée à des associations agréées³²⁷⁶. Par exemple, si l'action de groupe avait été possible dans l'affaire de l'Erika, cela aurait abouti à des

³²⁶⁹ V. Paul CASSIA, *ibidem*, p. 657.

³²⁷⁰ Jean BARTHELEMY et Louis BORE, « Constitution et action de groupe », *Constitutions*, 2012, p. 507.

³²⁷¹ Paul CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif », *op. cit.*, p. 657.

³²⁷² Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op. cit.*, p. 96.

³²⁷³ Laurence HELMLINGER, « Une réponse procédurale : l'action en déclaration collective de droits », RFDA, 2011, p. 681.

³²⁷⁴ Jean BARTHELEMY et Louis BORE, « Constitution et action de groupe », *op. cit.*, p. 507.

³²⁷⁵ V. Ivan TCHOTOURIAN, « Le projet français de class action au regard du recours collectif en matière d'environnement au Québec », *Droit de l'environnement*, n° 149, 2007, p. 168.

³²⁷⁶ V. Jean BARTHELEMY et Louis BORE, « Constitution et action de groupe », *op. cit.*, p. 507.

dommages et intérêts bien plus importants et donc davantage dissuasifs³²⁷⁷. Il en va de même en droit administratif. Par exemple, dans l'affaire des *Algues vertes*, le préjudice subi par les associations a été indemnisé par le juge administratif. Pour autant, la carence fautive de l'Etat en la matière n'avait pas seulement porté préjudice à ces associations. Une action de groupe aurait permis la réparation d'un ensemble d'autres préjudices, par exemple ceux subis par les riverains des plages souillées par les algues ou encore les collectivités territoriales dont l'image touristique a été atteinte par cette pollution.

2) Les modalités possibles d'une action de groupe

799. Selon les auteurs d'une étude à ce sujet, il n'y a pas d'« *incompatibilité fondamentale entre l'action de groupe et les principes constitutionnels* »³²⁷⁸. Pour eux, il résulte cependant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que les personnes susceptibles de participer à l'action de groupe aient été dûment informées, qu'elles aient donné leur accord et qu'elles puissent mettre fin à leur action à tout moment. Cela a pour conséquence de limiter le choix théoriquement possible entre le mécanisme de l'*opt in* et celui de l'*opt out*. Dans ce dernier cas, les personnes susceptibles de bénéficier de l'action de groupe sont présumées adhérentes du groupe. En l'absence de refus explicite de leur part de participer à l'action, elles y sont incluses d'office. Cette option paraît ainsi compromise sur le plan constitutionnel. Dans le cas du mécanisme de l'*opt in*, les personnes qui se manifestent auprès du représentant du groupe sont les seules incluses dans le groupe. Si ce mécanisme semble compatible avec les exigences constitutionnelles, il limite cependant considérablement la portée de l'action de groupe, notamment lorsque les préjudices concernent un nombre très élevé de personnes mais sont, individuellement, très faibles.

Une autre voie a cependant été proposée par un groupe de travail du Conseil d'Etat³²⁷⁹, celui de l'« *action en déclaration collective de droits* ». L'objectif de cette proposition est à titre principal d'apporter une réponse aux contentieux sériels et à titre subsidiaire d'améliorer l'accès à la justice. L'action collective en droit administratif serait ainsi la « *procédure permettant à une personne qui aurait seule la qualité de requérant de demander au juge administratif, au nom d'un groupe d'intérêt virtuel constitué par l'identité de la situation juridique de ses membres au regard du refus d'un droit, de l'imposition d'une obligation ou d'un préjudice subi, la reconnaissance de ce droit ou de la responsabilité d'une personne* ».

³²⁷⁷ V. Louis BORE, « Action collective et protection de l'environnement », *op. cit.*, p. 51.

³²⁷⁸ Jean BARTHELEMY et Louis BORE, « Constitution et action de groupe », *op. cit.*, p. 507.

³²⁷⁹ Sur les détails et la critique de cette proposition, v. Paul CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif », RFDA, 2009, p. 657 et s.. V. aussi Laurence HELMLINGER, « Une réponse procédurale : l'action en déclaration collective de droits », RFDA, 2011, p. 681. En outre, l'introduction d'une action collective a été envisagée, puis abandonnée, dans le cadre de la définition des pouvoirs du défenseur des droits (v. Serge SLAMA, « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », RFAP, 2011, n° 139, p. 473).

publique »³²⁸⁰. L'action du « représentant » du groupe, qui pourrait être une association³²⁸¹, serait recevable s'il est justifié de l'existence d'un groupe. Le mécanisme proposé par ce groupe de travail permet d'éviter le choix difficile entre les mécanismes de l'*opt in* et de l'*opt out* grâce aux effets asymétriques du jugement. Ainsi, dans le cas où le juge ne reconnaît pas le bien-fondé de la demande, les tiers à la procédure pourraient tout de même introduire par la suite une action à titre individuel. En revanche, si le bien-fondé de l'action est reconnu, toute personne se situant dans la même situation pourrait s'en prévaloir vis-à-vis de l'administration. Dès lors que ce type d'action évite la constitution juridique d'un groupe, elle contourne les éventuels obstacles constitutionnels liés à la liberté individuelle. Pour autant, elle présente l'inconvénient, relevé par Paul Cassia³²⁸², de susciter des contentieux supplémentaires. En effet, l'administration, consécutivement à la réception de demandes visant à revendiquer l'appartenance du justiciable à un groupe virtuel victorieux, aura probablement la tentation de rejeter ces demandes, arguant de l'absence d'identité des situations en cause. Dans ce cas, l'action en déclaration collective de droits n'aura ni pour conséquences de réduire le contentieux, ni celle d'améliorer l'accès à la justice.

En définitive, si la mise en place d'une action de groupe en droit administratif semble, pour être véritablement efficace, imposer une réflexion incluant éventuellement une révision de la Constitution, les autres variétés d'obstacles liés à des procédures particulières pourraient plus facilement, sur le plan juridique, être effacées en supprimant ou en réduisant la portée des articles R. 222-1 7° du code de justice administrative, R. 600-1 et L. 600-1-1 du code de l'urbanisme. Il reste cependant à s'assurer que les justiciables puissent obtenir davantage de garanties concernant le coût potentiel de l'action en justice.

II. Les obstacles liés au coût potentiel de l'action en justice

De façon générale, la situation française sur le plan des coûts de l'action en justice est, du moins devant le juge administratif, satisfaisante³²⁸³. Ces coûts ne constituent en général pas un obstacle insurmontable. Pour autant, le justiciable doit d'une part pouvoir se doter d'un conseil juridique adéquat (A). D'autre part, il doit pouvoir connaître à l'avance de la manière la plus lisible possible les autres frais qui sont susceptibles d'être engendrés par son action en justice. Or, qu'il s'agisse des frais irrépétibles (B) ou des conséquences financières d'un recours « abusif » (C), les coûts engendrés sont d'autant plus difficiles à prévoir qu'ils dépendent très largement du pouvoir discrétionnaire du juge. Ces éléments peuvent parfois constituer des obstacles à l'accès à la justice et, ainsi, à l'effectivité de la norme.

³²⁸⁰ Laurence HELMLINGER, « Une réponse procédurale... », *op. cit.*, p. 681.

³²⁸¹ Laurence HELMLINGER, *ibidem*, p. 682.

³²⁸² Paul CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif », *op. cit.*, p. 657.

³²⁸³ Il faut néanmoins signaler le rétablissement du droit de timbre (V. Lucienne ERSTEIN, « Le renouveau du droit de timbre », JCP A, 2011, n° 712), autrefois qualifié de « rétrograde » par René Chapus (René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 231).

A. Le coût lié à la défense de ses intérêts par un conseil juridique

800. Même si le ministère d'avocat n'est pas obligatoire, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, en première instance³²⁸⁴, l'action en justice, pour être menée à bien, nécessite l'aide d'un conseil juridique, que celui-ci soit un avocat ou plus simplement un juriste. Cela est d'ailleurs la principale raison pour laquelle un système d'aide juridictionnelle est organisé³²⁸⁵. Celle-ci est définie comme le « *concours apporté aux personnes dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice, en les dispensant totalement ou partiellement des frais occasionnés par l'instance* »³²⁸⁶. Cette aide constitue dès lors une garantie importante de l'accès au juge. La Cour EDH a ainsi logiquement jugé, dans le célèbre arrêt *Airey c. Irlande*, qu'en l'absence de système d'aide juridictionnelle, le droit à un recours effectif est méconnu³²⁸⁷. Pour le Conseil d'Etat, l'aide juridictionnelle « *a pour objet de rendre effectif le principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours* »³²⁸⁸.

Pour autant, ce droit n'est pas reconnu de façon égale aux différentes catégories de personnes. Si cette aide peut bénéficier, de façon totale ou partielle, aux personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice, ce n'est qu'« *exceptionnellement* » que son bénéfice peut être accordé « *aux personnes morales à but non lucratif ayant leur siège en France et ne disposant pas de ressources suffisantes* »³²⁸⁹, ce qui signifie que les personnes morales ne bénéficient pas ici d'un « droit » d'obtenir cette aide³²⁹⁰. En pratique, il semble d'ailleurs que « *cette aide soit rarement accordée aux associations* »³²⁹¹.

801. Néanmoins, en ce qui concerne les actions contentieuses exercées par les associations dans le domaine de l'environnement, l'article 9, paragraphe 4, de la Convention d'Aarhus impose que les recours prévus en droit interne soient équitables et que leur coût ne soit pas prohibitif. A l'occasion d'une communication adressée au Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus à propos du droit anglais, la pratique selon laquelle les associations de protection de l'environnement sont contraintes de recourir aux services

³²⁸⁴ R. 431-2 du code de justice administrative ; v. Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2011, p. 105 ; René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 443 et s..

³²⁸⁵ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

³²⁸⁶ Jeannette BOUGRAB, « L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ? », AJDA, 2001, p. 1016.

³²⁸⁷ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73 ; série A, n° 32 ; GACEDH, n° 2 ; CE, 21 décembre 2001, *Hofmann*, n° 222862, rec., p. 652.

³²⁸⁸ CE, sect., 10 janvier 2001, *Coren*, rec., p. 5 ; RFDA, 2001, p. 518.

³²⁸⁹ Article 2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

³²⁹⁰ CE, 24 novembre 1982, *Assoc. SOS Défense*, rec., p. 390.

³²⁹¹ Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 1997, p. 181.

d'avocats peu expérimentés ou agissant à titre bénévole a été mise en évidence³²⁹². Soucieux d'assurer le respect du principe de l'égalité des armes, non explicitement prévu par la Convention mais découlant du caractère équitable de la procédure, le Comité a considéré que cette pratique désavantageait les associations par rapport à la partie adverse. Ainsi, pour le Comité, elles ne doivent pas, en pratique, être contraintes de recourir à ce type d'avocats. Dès lors, il pourrait être déduit des dispositions de l'article 9, paragraphe 4, l'exigence que les associations de protection de l'environnement aient la possibilité de se doter d'un conseil juridique équivalent à celui de la partie adverse. La protection de l'accès à la justice par la Convention d'Aarhus se poursuit en outre sur le terrain des frais de procédure.

B. Les risques liés à la répartition des frais irrépétibles

802. Au terme d'un procès, le juge administratif a la possibilité de mettre à la charge des parties divers types de frais occasionnés par la procédure. Outre les dépens, qui sont les « *frais occasionnés par les mesures d'instruction éventuellement prescrites, autre que celles dont le coût est supporté par l'Etat* »³²⁹³, cela recouvre principalement les frais dits « irrépétibles »³²⁹⁴. Dénommés les frais « non compris dans les dépens » par le code de justice administrative, les frais irrépétibles sont essentiellement constitués des honoraires d'avocat. L'article L. 761-1 du code de justice administrative dispose qu'en principe, les frais irrépétibles sont mis à la charge de la partie perdante³²⁹⁵. Cependant, le même article dispose que « *le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ». Pour autant, l'application de cette disposition est à l'entière discrétion du juge.

803. Même si ces hypothèses semblent rares, il arrive parfois que le juge fasse un usage inéquitable de l'article L. 761-1, mettant ainsi à la charge d'une partie disposant de faibles moyens les frais irrépétibles, dont l'appréciation du montant relève aussi de sa discrétion. Or, un seul cas d'application inéquitable et disproportionnée de cet article peut être suffisant pour décourager un ensemble de requérants potentiels de saisir la juridiction administrative. Par exemple, en 2001, le Conseil d'Etat a imposé à une association de défense de l'environnement le paiement d'une somme de 20 000 francs au titre de l'article L. 761-1 dans un litige

³²⁹² Décision du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus n° ACCC/C/2008/33 du 24 septembre 2010 ; RJE, 2012, p. 110, chron. Julien Bétaille.

³²⁹³ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2011, p. 256. Cela recouvre à titre principal les éventuels frais d'expertise ou d'enquête (v. R. 761-1 du code de justice administrative : en principe, « *ils sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties* »).

³²⁹⁴ V. Victor HAIM, « Frais de justice », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2011, n° 69 et s..

³²⁹⁵ Y compris dans les cas où cette partie bénéficie de l'aide juridictionnelle (CE, 9 juin 2006, *M^{me} Delrue*, n° 283001).

l'opposant à la société COGEMA³²⁹⁶. Cette somme, alors supérieure au budget annuel de l'association, l'avait ainsi réduite au silence. Cet exemple montre que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge peut aussi bien s'exprimer dans le sens de l'équité que dans un sens très défavorable à l'accès à la justice.

804. La jurisprudence de la Cour EDH a cependant par la suite adressé une sorte d'avertissement au juge administratif français pour qu'il use de façon plus raisonnable son pouvoir discrétionnaire. Ainsi, dans son *Collectif stop Melox et Mox c. France* du 12 juin 2007, même si elle ne condamne pas la France, la Cour précise que l'« *on peut s'étonner que, faisant application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat a jugé équitable de condamner l'association requérante, dont les ressources sont limitées, au paiement des frais exposés par une multinationale prospère. Il a non seulement pénalisé la partie la plus faible, mais aussi pris une mesure susceptible de décourager l'association requérante d'user à l'avenir de la voie juridictionnelle pour poursuivre sa mission statutaire ; or, comme la Cour l'a souligné dans sa décision sur la recevabilité de l'affaire, la défense devant les juridictions internes de causes telles que la protection de l'environnement fait partie du rôle important que jouent les organisations non gouvernementales dans une société démocratique* »³²⁹⁷. Pour autant, deux années plus tard, le Conseil d'Etat a mis à la charge d'une association largement reconnue pour la pertinence de son action contentieuse la somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1³²⁹⁸ à l'occasion d'un litige dans lequel le bénéficiaire de l'autorisation contestée est aussi, pour reprendre les termes de la Cour EDH, une « *multinationale prospère* », à savoir la société *Syngenta*, spécialiste des biotechnologies.

805. Par ailleurs, deux décisions récentes du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus concernant le Royaume-Uni³²⁹⁹ semblent de nature à faire peser une menace sur le droit français, même si le contexte d'outre-manche est beaucoup plus pénalisant pour les associations. A l'occasion de la première, le Comité a considéré que l'incertitude qui pèse sur les associations requérantes en raison du fait qu'aucune règle contraignante n'interdit le caractère prohibitif des frais de justice était contraire à l'article 9, paragraphe 4, de la Convention d'Aarhus. A l'occasion de la seconde, le Comité précise que doivent être pris en considération, dans la répartition des frais, le fait que les associations poursuivent, à travers l'objectif de protection de l'environnement, un intérêt public. Dès lors, le fait qu'en l'espèce l'ensemble des frais aient été supportés par les associations requérantes apparaît au Comité comme étant inéquitable et ainsi contraire à l'article 9, paragraphe 4, de la Convention.

³²⁹⁶ CE, 23 mai 2001, *ADEPAL c. COGEMA*, n° 201938 ; CJEG, 2001, p. 474, concl. Francis LAMY ; RDP, 2001, n° 4, p. 30, note J.-N. CLEMENT et D. PEZENNEC.

³²⁹⁷ Cour EDH, 12 juin 2007, *affaire Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox - Collectif stop Melox et Mox c. France*, n° 75218/01, § 15.

³²⁹⁸ CE, 23 mars 2009, *France Nature Environnement*, n° 325194.

³²⁹⁹ Décisions du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus n° ACCC/C/2008/33 et ACCC/C/2008/27 du 24 sept 2010 ; RJE, 2012, p. 109, chron. Julien BETAÏLLE.

806. Une dernière situation, spécifique aux pourvois en cassation, peut se révéler inéquitable. Certes, dans les cas où le Conseil d'Etat règle l'affaire au fond en utilisant son pouvoir de règlement du litige, la partie qui sort victorieuse du pourvoi en cassation mais dont les prétentions au fond sont rejetées ne peut pas obtenir le versement de frais irrépétibles³³⁰⁰. Il en va en revanche différemment lorsque le juge de cassation choisit de renvoyer le litige devant une Cour administrative d'appel. Un récent arrêt du Conseil d'Etat permet d'illustrer cette hypothèse³³⁰¹. Dans cette affaire, une association avait obtenu devant une Cour administrative d'appel l'annulation d'un permis de construire délivré à Monsieur Guy A.. Ce dernier s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'Etat, lequel a accueilli favorablement le pourvoi et a cassé l'arrêt de la Cour administrative d'appel en raison d'une erreur commise par la Cour elle-même. L'association qui avait initialement attaqué le permis de construire n'était donc en rien responsable de cette erreur³³⁰². Pour autant, Monsieur Guy n'étant pas la partie perdante dans le cadre du pourvoi, le Conseil d'Etat met les frais irrépétibles à la charge de l'association³³⁰³. Quel que soit le résultat de l'affaire au terme de son renvoi ultérieur devant une Cour administrative d'appel, l'association aura du supporter les frais liés à un pourvoi qu'elle n'a pas provoqué et dont elle ne sort pas réellement perdante. Cela pourra *a posteriori* apparaître équitable si l'association perd finalement le procès au terme du renvoi. En revanche, si l'annulation du permis est confirmée et que l'association sort victorieuse du renvoi, c'est de façon nous semble-t-il tout à fait inéquitable qu'elle aura eu à supporter les frais irrépétibles liés au pourvoi en cassation.

C. Le faible encadrement des amendes pour recours abusif

807. L'article R. 741-12 du code de justice administrative dispose que le juge administratif « peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il estime abusive une amende dont le montant ne peut excéder 3 000 euros ». Cette amende est, le cas échéant, prononcée d'office par le juge³³⁰⁴. Si elle peut être infligée à une personne privée³³⁰⁵ ou même à une collectivité

³³⁰⁰ CE, 15 novembre 2000, *Assoc. de sauvegarde du site de Courcourt*, n° 200819 ; RDI, 2001, p. 97, note Pierre SOLER-COUTEAUX.

³³⁰¹ CE, 16 avril 2012, *M. Guy A.*, n° 348138.

³³⁰² En l'espèce, la Cour avait omis de répondre à une fin de non recevoir présentée par Monsieur Guy A. dans des écritures devant le tribunal administratif mais non reproduites en appel.

³³⁰³ « Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de M. A, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Association bonifacienne comprendre et défendre l'environnement, sur le fondement des mêmes dispositions, le versement à M. A de la somme de 3 000 euros ».

³³⁰⁴ Des conclusions déposées en ce sens sont irrecevables (CE, 2 avril 1971, *Sté Strudel*, rec., p. 1158). Une partie à un procès qui s'estime victime d'un recours abusif peut, sur le plan civil, intenter une action en « indemnité pour procédure abusive ». Il s'agit d'obtenir la condamnation du demandeur aux fins de réparation du préjudice né de l'exercice abusif de son droit d'action (v. Victor HAIM, « Frais de justice », *op. cit.*, n° 219 et s.). Cette possibilité a été admise par le Conseil d'Etat (CE, 25 octobre 1946, *Grossier et Gastu*, rec., p. 247). Cette action est conduite devant le juge administratif si elle est liée à une procédure devant la juridiction administrative (CE, sect., 24 novembre 1967, *Noble*, rec., p. 443 ; *Dalloz*, 1968, p. 142, concl. J. BAUDOIN).

territoriale³³⁰⁶, cela n'est pas possible à l'égard de l'Etat³³⁰⁷. L'utilisation de cet article par le juge administratif semble globalement raisonnable. Le risque serait en effet qu'il soit utilisé pour décourager de façon arbitraire les requérants. C'est principalement pour cette raison que ce dispositif doit inévitablement être encadré.

808. Cependant, il faut bien admettre que cet encadrement n'est pas venu du juge. Le système des amendes pour recours abusif a été largement validé par la jurisprudence³³⁰⁸. Néanmoins, si la Cour EDH admet, en raison du faible montant des amendes, la conventionnalité des amendes pour recours abusifs, il n'est pas certain qu'une augmentation du plafond des amendes ne conduirait pas à la condamnation de la France³³⁰⁹.

809. En outre, une très grande liberté est laissée au juge qui bénéficie ici d'un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, il détermine discrétionnairement s'il y a lieu d'infliger une amende³³¹⁰, tout comme le montant de cette amende³³¹¹, dans la limite du plafond de 3000 euros. Seule « la qualification juridique à laquelle il se livre pour estimer qu'une requête présente un caractère abusif peut être utilement discutée devant le juge de cassation »³³¹². Or, le pouvoir discrétionnaire confié au juge n'est absolument pas contrebalancé par des garanties procédurales. C'est l'aspect le plus critiquable du régime des amendes pour recours abusif dans la mesure où il laisse entre ouverte la porte d'une utilisation arbitraire de ce pouvoir. En effet, le juge administratif n'est pas tenu de respecter une procédure contradictoire préalablement au prononcé de l'amende³³¹³, pas davantage que de motiver sa décision d'infliger une amende³³¹⁴. Il en résulte qu'il est bien difficile de dresser un inventaire précis des critères utilisés par le juge pour infliger de telles amendes, ce qui est d'autant plus regrettable que leur prononcé peut avoir des conséquences importantes sur l'accès à la justice en intimidant d'éventuels requérants. Au contraire, exposer clairement les critères qui y conduisent aurait un effet préventif évident. Les requérants tentés d'utiliser de manière

Le Conseil d'Etat a cependant tendance à rejeter ce type de demande, sans que l'on puisse en connaître véritablement la raison, celui-ci ne motive pas suffisamment ses décisions de rejet en la matière (v. Victor HAIM, « Frais de justice », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2011, n° 225 ; Benoist BUSSON, « Le mauvais procès des recours des associations... », *op. cit.*, p. 63. Il en va de même devant le juge civil. V. par exemple TGI de Grasse, 7 février 1989, *CRICA*, RFDA, 1993, p. 149, note F. BOUYSSOU).

³³⁰⁵ Y compris en cas de désistement : CAA Lyon, 25 mai 1993, *Sté BP France*, rec., p. 961.

³³⁰⁶ CE, 26 mars 1971, *Département de Seine et Marne*, rec., p. 261.

³³⁰⁷ CE, Ass., 27 avril 1979, *Ministre de l'économie c. Mme Lestrade*, rec., p. 172.

³³⁰⁸ Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que l'amende pour recours abusifs n'était pas contraire aux articles 2 et 17 de la DDHC, aux principes constitutionnels, aux principes généraux du droit, au Pacte international des droits civils et politiques ou encore à l'article 6 de la Convention EDH (v. Victor HAIM, « Frais de justice », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2011, n° 162 ; Paul CASSIA, « Amende pour recours abusif – note sur CE, ass., 31 oct. 1980, *Fédération nationale des unions de jeunes avocats* », in *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 59, p. 1091).

³³⁰⁹ Cour EDH, 6 déc. 2005, *Maillard c. France*, n° 35009/02. Il a récemment été envisagé de relever le plafond de l'amende (Rozen NOGUELLOU, « Les recours abusifs », *Droit adm.*, 2011, al. 46).

³³¹⁰ CE, 3 juillet 1957, *Maillot*, rec., p. 443.

³³¹¹ CE, sect., 9 novembre 2007, *Mme Pollart* ; RFDA, 2008, p. 137, concl. Terry OLSON.

³³¹² *ibidem*.

³³¹³ CE, Ass., 5 juillet 1985, *CGT et CFDT*, rec., p. 217.

³³¹⁴ CE, 17 nov. 1999, *Sté Sodex*, rec., p. 964 ; CE, sect., 9 nov. 2007, *Pollart* ; RFDA, 2008, p. 137, concl. Terry OLSON ; CE, 23 janv. 2008, *Mazo*, n° 308591.

abusive leur droit d'agir en justice pourraient prévoir la possible intervention de l'amende et ainsi raviser leurs intentions. D'un autre côté, les requérants de bonne foi ne seraient pas inutilement intimidés par l'éventuelle intervention d'une amende dès lors qu'ils auront pu estimer que leur requête ne risque pas d'être considérée comme abusive. Deux auteurs ont cependant tenté d'établir une classification des critères utilisés par le juge, mais c'est dans les deux cas avec beaucoup de retenue, compte tenu de la difficulté, à la lecture des décisions, d'identifier ces critères³³¹⁵. Sont ainsi relevés la désinvolture du requérant à l'égard du juge, le dépôt d'un recours à l'encontre d'une décision qui n'existe pas, l'absence d'intérêt à agir, l'incompétence de la juridiction, l'absence de motivation raisonnablement pertinente, le caractère systématiquement inopérant des moyens invoqués, l'absence de motivation de la requête, la méconnaissance de l'autorité de chose jugée, la mauvaise foi ou encore les recours appuyés sur des faux.

810. Il existe évidemment de nombreux cas dans lesquels l'amende pour recours abusif est tout à fait justifiée, par exemple si, à plusieurs reprises, un requérant dépose une requête ne comprenant que des moyens de légalité externe à l'encontre d'une décision pour laquelle l'administration était en situation de compétence liée. Pour autant, il nous semble que le régime juridique de l'amende pour recours abusif gagnerait à être renforcé, au moins sur le plan des garanties procédurales. Le souci d'éviter tout risque d'arbitraire, mais surtout l'efficacité même de ces amendes, impose en outre une meilleure lisibilité des critères utilisés par le juge. En ce qui concerne enfin l'idée selon laquelle le relèvement du montant de l'amende permettrait de diminuer le phénomène du chantage au désistement et des désistements monnayés qui s'est développé dans le domaine de l'urbanisme³³¹⁶, il nous semble que cela ne ferait que renforcer le risque d'arbitraire. En effet, au delà de simples suspicions, encore faudrait-il que le juge puisse obtenir la preuve de tels agissements. Il n'est absolument pas certain que le juge administratif soit le mieux placé, ni le plus volontaire, pour exercer cette mission³³¹⁷. Le juge judiciaire est probablement mieux à même de sanctionner les abus. C'est en tout cas ce que suggère une décision récente de la Cour de cassation validant une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence condamnant l'auteur d'un recours à verser

³³¹⁵ V. Victor HAIM, « Frais de justice », *op. cit.*, n° 177 et s. ; Paul CASSIA, « Amende pour recours abusif », *op. cit.*, p. 1098 et s..

³³¹⁶ V. Rozen NOGUELLOU, « Les recours abusifs », *Droit adm.*, 2011, al. 46.

³³¹⁷ Le juge civil exerce en revanche cette mission lorsque deux personnes privées sont en cause. Il peut en effet, sur la base de l'article 1382 du code civil, réparer les conséquences de l'abus du droit d'ester en jugement. V. l'article Philippe S. HANSEN (« Les recours abusifs dans le contentieux de l'urbanisme », *BJDU*, 2005, p. 236). Dans un arrêt du 9 mai 2012, la Cour de cassation a jugé que le titulaire d'un permis de construire peut saisir le juge judiciaire en raison de l'exercice abusif d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ce permis. Ainsi, « la cour d'appel a retenu, à bon droit, que les juridictions de l'ordre judiciaire étaient en principe compétentes pour connaître des actions en responsabilité civile exercées par une personne privée à l'encontre d'une autre personne privée et qu'il n'était pas justifié en la cause d'une exception à ces principes qui ne saurait résulter de la seule nature particulière du recours pour excès de pouvoir ni de la simple application de la règle selon laquelle le juge saisi d'une instance serait nécessairement celui devant connaître du caractère abusif de sa saisine » (Cass., 3^{ème} civ., 9 mai 2012, n° 11-13.597).

plus de 385 000 euros en réparation du préjudice subit par le pétitionnaire d'un permis de construire³³¹⁸.

811. En définitive, si la situation de l'accès à la justice apparaît satisfaisante sur un plan général, un certain nombre d'obstacles, d'importance inégale, demeurent. Les obstacles structurels, même s'ils ne remettent pas nécessairement frontalement en cause l'accès à la justice, sont sérieux. L'importante limitation de l'accès au recours en annulation devant le juge de l'Union européenne tend à relativiser la capacité de l'Union à être un « Etat de droit » à part entière. Dans un autre registre, les limites relatives à la configuration du Conseil constitutionnel le laissent en retrait par rapport à ce que l'on pourrait attendre d'une véritable Cour constitutionnelle et la position institutionnelle du Conseil d'Etat le rend particulièrement vulnérable aux mises en doute de son impartialité. Les obstacles circonstanciels n'atteignent pas plus frontalement l'accès à la justice que les obstacles structurels mais ils demeurent des limites importantes. Ces obstacles de l'accès à la justice limitent nécessairement la contribution de ce dernier à l'effectivité de la norme.

³³¹⁸ Cass., 3^{ème} civ., 5 juin 2012, n° 11-17919.

CONCLUSION

812. Dans le cadre de l'accès à la justice, les destinataires de la norme occupent le premier rôle. Parce qu'ils y trouvent un intérêt, il mobilisent les effets potentiels de la norme devant le juge, lequel pourra *in fine* les concrétiser. C'est ce que donne à voir l'action des associations devant le juge. Il est dès lors logique qu'à tous les niveaux des ordres juridiques, la protection de l'accès à la justice ait comme objectif d'assurer la prééminence de la norme face à la puissance des faits. L'accès à la justice constitue ainsi une condition juridique de l'effectivité de la norme.

813. Pour autant, même s'il serait excessif d'affirmer que la situation de l'accès à la justice en France n'est pas globalement satisfaisante, il est cependant indispensable d'en relever les obstacles, fussent-ils relatifs ou simplement « apparents ». Les limites qui affectent cet accès sont susceptibles de réduire sa contribution à l'effectivité. Le degré d'ouverture du prétoire influence nécessairement les effets des normes qui sont susceptibles d'y être invoquées.

814. Cependant, la possibilité d'accéder au juge ne constitue qu'une première étape. L'effectivité est surtout influencée par la manière dont le juge reçoit la norme, c'est-à-dire principalement par la manière dont il l'interprète et par l'étendue des pouvoirs dont il dispose pour lui donner effet. L'accès à la justice n'est en fait qu'une condition indirecte de l'effectivité. Il ne conditionne l'effectivité que dans la mesure où la réception de la norme par le juge influence directement son effectivité.

CHAPITRE II : LA RECEPTION DE LA NORME PAR LE JUGE

815. Si la mobilisation de la norme par ses destinataires est indispensable pour que celle-ci puisse déployer ses effets, elle n'est pas suffisante. L'essentiel se joue une fois que l'action en justice a été admise. La réception de la norme par le juge revêt alors une grande importance.

816. L'interprétation n'est certes pas le monopôle du juge. Celle qui en est faite par les autorités en charge de l'application de la norme et par ses destinataires est en effet importante³³¹⁹. Ainsi la norme peut-elle produire des effets en dehors de toute saisine du juge et par conséquent en dehors de toute interprétation du juge. Cependant, l'interprétation qui est délivrée par le juge s'impose en principe sur celle qui est effectuée aussi bien par l'auteur de la norme que par les autorités en charge de son application ou par ses destinataires. L'influence de la réception de la norme par le juge sur son effectivité peut ainsi être mise en évidence en distinguant deux aspects tout aussi différents qu'interdépendants.

817. En premier lieu, au stade de la réception de la norme, le juge est nécessairement amené à interpréter la norme pour en faire application dans le cadre du litige qui est soumis à son jugement. Or, selon l'interprétation de la norme qui est retenue – plusieurs étant en général possibles –, les effets que celle-ci peut produire sur le réel sont susceptibles d'importantes variations. Ainsi, l'interprétation influence non seulement l'effectivité en général, mais elle détermine aussi directement son degré (**Section I**).

818. En second lieu, la seule opération d'interprétation de la norme par le juge ne suffit pas à lui assurer un effet concret. La portée de cette interprétation dépend des pouvoirs dont le juge dispose (**Section II**). Or, ces pouvoirs lui permettent d'attribuer plus ou moins de conséquences à son interprétation. Il convient donc d'exposer quels sont ces pouvoirs, de mettre en évidence leurs limites et de tenter d'appréhender l'utilisation qui en est faite par le juge. Dans cette entreprise, le droit de l'environnement, comme le droit de l'urbanisme, permettent « *de montrer tous les ressorts de l'intervention du juge* »³³²⁰.

³³¹⁹ V. *supra*, § 621.

³³²⁰ Philippe BILLET, « Rapport de clôture », in Olivier LECUCQ et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, 2008, p. 371.

Section I : L'influence de l'interprétation de la norme sur son effectivité

819. Appréhender l'influence de l'interprétation de la norme sur son effectivité implique de caractériser l'opération d'interprétation effectuée par le juge et ainsi de mettre en évidence ses liens avec l'effectivité de la norme (§1). Plusieurs théories de l'interprétation ont été développées en théorie du droit³³²¹ et il convient dès lors d'expliquer les raisons qui conduisent à retenir l'une plutôt que l'autre.

820. Plusieurs illustrations permettent en outre de matérialiser le lien entre l'effectivité et l'interprétation. On perçoit alors plus clairement qu'à la variabilité des interprétations possibles de la norme correspond une variabilité de son effectivité. Il apparaît dès lors un lien d'implication entre l'interprétation et le degré d'effectivité de la norme (§2).

§1 – Caractérisation de l'opération d'interprétation de la norme

La question de l'interprétation a fait l'objet d'une littérature juridique considérable porteuse d'importants débats. Pour autant, un point d'accord semble, au moins partiellement et à des degrés variables, pouvoir s'établir autour de l'idée que l'interprétation n'est pas uniquement un acte de connaissance mais qu'elle est bien souvent un acte de volonté témoignant ainsi de la liberté de l'interprète (I). En revanche, la question de savoir si l'interprétation crée purement et simplement la norme ou si elle se contente de faire application d'une norme préexistante fait l'objet de controverses dont il faut rendre compte avant de tenter de mettre en évidence le lien entre l'interprétation et l'effectivité de la norme (II).

I. La liberté de l'interprète

En fonction de perspective théorique retenue, « *interpréter, c'est indiquer la signification d'une chose ou c'est déterminer la signification de cette chose* »³³²². Il semble néanmoins que même si celle-ci demeure sous contraintes (B), l'interprétation constitue bien un acte de volonté conférant à l'interprète une part de liberté (A).

³³²¹ Pour une présentation des deux principales théories de l'interprétation, v. Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2006, p. 87 et s..

³³²² Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Léviathan, PUF, 2001, p. 69.

A. L'interprétation : un acte de volonté

821. Deux manières d'appréhender l'interprétation peuvent être distinguées. Selon la première, interpréter n'est qu'un acte de connaissance qui consiste simplement à révéler la signification d'un énoncé. Le juge se fait alors la « bouche de la loi », pas davantage. Tout au plus recherche-t-il, pour indiquer cette signification, l'intention de l'auteur du texte ou le contexte de son adoption. Pour autant, « *il est depuis longtemps reconnu que le texte ne peut pas tout dire de la solution juridique ni le législateur tout prévoir* »³³²³. On doit à la théorie réaliste d'avoir singulièrement mis en évidence les limites de l'appréhension de l'interprétation en tant qu'acte de connaissance. En effet, faire de l'interprétation un acte de connaissance implique souvent que l'on soit en mesure d'indiquer la signification d'un énoncé sur la base de la volonté du législateur. Or, comme l'indique Michel Troper, « *il existe de nombreux textes pour lesquels une intention n'existe pas* »³³²⁴. Ainsi, lorsque c'est une autorité collégiale qui a adopté le texte, comme cela est notamment le cas des Parlements, les intentions de ses membres peuvent être multiples, voire contradictoires, ce qui implique nécessairement que l'interprète dépasse le strict champ de la connaissance pour accomplir un acte de volonté. Quand bien même, les membres d'une autorité collégiale « *n'ont pu avoir une intention concernant la situation concrète pour laquelle il faut interpréter le texte* »³³²⁵ et « *si le juge s'en tient à ce qu'il peut connaître de l'état mental du législateur, il ne pourra jamais appliquer la loi à des situations que celui-ci n'a pas considérées et il devra refuser de juger* »³³²⁶. Ainsi, dès lors que la théorie de l'interprétation-connaissance ne peut pas déterminer la seule et unique signification d'un énoncé, l'interprétation est nécessairement un acte de volonté qui consiste dans une décision portant sur les différentes significations possibles d'un énoncé.

822. Hans Kelsen considérait lui-aussi que l'interprétation du juge est un acte de volonté, celui-ci ayant nécessairement pour fonction de choisir l'une des différentes interprétations possibles d'une même norme³³²⁷. Sa position était cependant plus nuancée. Selon lui, « *la théorie, née sur le sol de la common law anglo-américaine, que seuls les tribunaux créent du droit, est aussi unilatérale que la théorie, née sur le sol du droit législatif, c'est-à-dire sur le continent européen, que les tribunaux ne créent en aucune façon du droit, mais ne font qu'appliquer un droit déjà créé. (...) La vérité se trouve entre ces deux conceptions. Les tribunaux créent du droit, et plus précisément, en règle générale, du droit individuel. (...) Les décisions juridictionnelles représentent la continuation du processus de création de droit, et non son commencement* »³³²⁸. Kelsen rejette ainsi dos-à-dos les deux manières d'appréhender

³³²³ Michel VILLEY, « Préface », in *L'interprétation dans le droit*, APD, n° 17, Sirey, 1972, p. 4.

³³²⁴ Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat, Léviathan*, PUF, 2001, p. 72.

³³²⁵ Michel TROPER, *ibidem*, p. 73.

³³²⁶ Michel TROPER, *ibidem*, p. 73.

³³²⁷ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 339.

³³²⁸ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 253-254.

l'interprétation. Si elle n'est pas un acte de pure connaissance, le fait qu'elle puisse être un acte de volonté n'en fait pas pour autant l'acte de naissance de la norme qui est interprétée. Nous y reviendrons dans les lignes qui suivent.

823. La position défendue par François Ost et Michel Van de Kerchove, que l'on peut qualifier de mixte, participe de la même idée. Ces derniers refusent de « *substituer le monopole du juge sur le sens au monopole du législateur* ». Au contraire, « *c'est une théorie dialectique qu'il s'agit de construire pour faire justice à la pratique – une pratique de coopération entre auteurs et lecteurs qui tous, à leur place, contribuent à la lecture-écriture du droit en réseau* »³³²⁹. On retrouve ainsi l'idée kelsénienne de « processus de création » à la différence que pour ces auteurs, il n'y a pas de « *point de départ absolu et radical de la juridicité* »³³³⁰. Il s'agit davantage d'une « *interprétation continuée d'un texte juridique virtuellement infini* »³³³¹.

824. Même si les conclusions qui en sont tirées sont différentes, le positivisme kelsénien, le positivisme réaliste, du moins celui de Michel Troper, mais aussi l'approche de François Ost et Michel Van de Kerchove, s'accordent sur le fait que l'interprétation constitue, totalement ou partiellement, un acte de volonté. Pour autant, la liberté de l'interprète n'est pas totale. C'est là aussi, semble-t-il, un point de convergences entre les différentes théories de l'interprétation, même si les facteurs ou les causes de limitations de cette liberté ne sont pas identifiées de la même manière.

B. Une liberté sous contraintes

825. La théorie de l'interprétation-volonté peut soulever deux types de critiques. D'une part, on peut critiquer la liberté de l'interprète sous l'angle démocratique. Elle pourrait conduire à un « gouvernement des juges » contraire à la démocratie dès lors que ceux-ci ne sont en général pas élus et ne bénéficient pas de la légitimité démocratique dont jouit le Parlement ou le constituant. C'est ainsi la volonté du peuple qui serait battue en brèche par une interprétation trop libre de la norme. Dans une optique normativiste, qui a notre préférence, il est possible de répondre à cette critique en considérant que l'auteur de la norme a toujours la possibilité de la modifier ou de la préciser pour combattre ou encadrer l'interprétation retenue par le juge. Dès lors, le risque pour la démocratie représenté par la liberté de l'interprète « *est inversement proportionnel au système de contraintes qui pèse sur le juge. Ce risque de confiscation peut être limité en renforçant le système de contraintes et/ou en prévoyant que la volonté du peuple souverain pourra surmonter ce blocage par une*

³³²⁹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2002, p. 390.

³³³⁰ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *ibidem*, p. 398.

³³³¹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant – PUAM, 1995, p. 152.

révision de la Constitution »³³³². D'ailleurs, en France, des révisions constitutionnelles interviennent fréquemment en réaction à une interprétation du Conseil constitutionnel³³³³. Des exemples similaires peuvent aussi être trouvés en ce qui concerne l'interprétation de la loi³³³⁴. A l'inverse, selon Chaïm Perelman, « *le fait de maintenir un ancien texte de loi ne signifie nullement que le législateur actuel désire qu'il soit interprété conformément à l'esprit de celui qui l'a adopté. Le plus souvent, le législateur actuel consacre, par son silence, l'interprétation nouvelle que la jurisprudence donne de temps en temps d'un texte ancien* »³³³⁵. Dans une optique réaliste, malgré l'intervention du législateur ou du constituant, il sera toujours possible pour le juge d'interpréter tout aussi librement le nouvel énoncé que le précédent. En revanche, la liberté de l'interprète est, toujours dans l'optique réaliste, limitée par des contraintes, juridiques et extra-juridiques, qui s'exercent sur lui. La même raison peut permettre de limiter la portée d'une seconde critique de la liberté de l'interprète selon laquelle cette liberté ruine la sécurité juridique qui résulte d'une norme stable. En effet, dès lors que l'interprète est libre, la signification de l'énoncé normatif est susceptible de variation. C'est ainsi que, selon Philippe Raimbault, « *la majorité des juristes (souhaite) masquer la diversité des interprétations possibles afin de préserver la légitimité d'un droit pourvoyeur de sécurité* »³³³⁶. Les contraintes qui s'exercent sur le juge permettraient cependant d'assurer un minimum de prévisibilité des interprétations³³³⁷.

826. L'existence de facteurs de limitation de la liberté de l'interprète a été progressivement mise en évidence par Michel Troper³³³⁸. Ainsi, « *le comportement de l'interprète obéit à des causes multiples* »³³³⁹. Outre les contraintes extra juridiques qui s'exercent sur l'interprète, les contraintes juridiques sont définies comme « *une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il*

³³³² Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 110.

³³³³ V. David DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 2001, p. 185 et s. L'auteur souligne ainsi qu'entre 1958 et 2001, 70 % des lois constitutionnelles contenaient des dispositions adoptées pour tirer les conséquences d'une censure du Conseil constitutionnel (p. 188).

³³³⁴ Sans anticiper sur nos développements futurs concernant l'interprétation de la loi littoral (v. *infra*, § 848 et s.), il est possible de mentionner un exemple de modification législative consécutive à une interprétation jurisprudentielle. Interprétant l'article L. 146-4 III du code de l'urbanisme selon lequel l'interdiction de construire dans une bande littorale de 100 mètres « *ne s'applique pas aux constructions ou installations nécessaires à des services publics ou à des activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau* », le Conseil d'Etat a jugé qu'une station d'épuration n'exigeait pas la proximité immédiate de l'eau (CE, 19 mai 1993, *Assoc. Les Verts Var*, n° 124983 ; RDI, 1993, p. 367, chron. Yves GAUDEMET, Henri SAVOIE et Laurent TOUVET). Moins d'un an plus tard, le législateur a institué une dérogation ministérielle « à titre exceptionnel » pour permettre l'implantation de stations d'épurations dans la bande littorale de 100 mètres (L. 146-8 al. 2 issu de la loi Bosson du 9 février 1994, *op. cit.*).

³³³⁵ Chaïm PERELMAN, « L'interprétation juridique », in APD, n° 17, Sirey, 1972, p. 31.

³³³⁶ Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique...*, thèse, *op. cit.*, p. 437.

³³³⁷ Philippe RAIMBAULT, *ibidem*, p. 440.

³³³⁸ Sur l'apparition de la théorie des contraintes dans la pensée de Michel Troper, v. Stéphane RIALS, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 56.

³³³⁹ Michel TROPER, « Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ*, 1994, p. 270.

opère »³³⁴⁰. Ainsi, de ces contraintes résulte le fait que le juge ne statue pas en pure opportunité. Les décisions des juges sont notamment soumises à une « *épreuve de justification* »³³⁴¹ qui limite nécessairement les possibilités d'une interprétation fantaisiste.

827. D'autres courants de la théorie du droit mettent eux-aussi en évidence, sous des formes différentes, les limites de la liberté de l'interprète. Tout d'abord, pour les normativistes, la liberté de l'interprète est nécessairement encadrée par la norme interprétée. Si l'interprétation est un acte de volonté, cela ne signifie pas pour autant que le juge peut valablement retenir une interprétation *contra legem*. D'ailleurs, « *rare sont les hypothèses où une juridiction – fut-elle suprême – a fait dire à un texte quelque chose de fondamentalement inverse ou différent de ce qui pouvait se déduire d'une lecture "scientifique" de ce même texte (celle d'un professeur de Droit, par exemple)* »³³⁴². Hans Kelsen distingue l'interprétation authentique, c'est-à-dire celle qui est effectuée par une autorité habilitée à cet effet, notamment le juge, de l'interprétation scientifique, c'est-à-dire celle qui est dégagée par la doctrine. Alors que l'interprétation scientifique met en lumière les différentes significations possibles de la norme, l'interprétation authentique est un choix parmi ces différentes significations³³⁴³. Le juge ne crée pas la norme, il la concrétise à l'intérieur du cadre que celle-ci détermine. Dans une certaine mesure, l'interprétation authentique est prédéterminée par la norme elle-même. Ensuite, François Ost et Michel Van de Kerchove mettent en avant l'existence de « directives d'interprétation »³³⁴⁴. Si l'interprétation est une pratique collective entre les différents acteurs du droit, elle fonctionne sur le mode du jeu. Celui-ci est en principe libre, mais il s'inscrit néanmoins à l'intérieur de cadres prédéfinis que sont les règles du jeu³³⁴⁵. Enfin, dans la théorie du droit de Ronald Dworkin, certains éléments extra-normatifs s'imposent au juge³³⁴⁶, ce sont les « principes ». Il développe ainsi l'idée d'une « chaîne du droit » en s'appuyant sur la métaphore du roman. Le juge serait ainsi l'un des auteurs d'un roman collectif. Pour écrire un nouveau chapitre, il doit tenir compte du chapitre précédent tout en cherchant à améliorer le roman. L'unité du roman est comparée à l'unité du droit de laquelle il résulte que le juge doit « *en conséquence reconnaître certaines contraintes interprétatives* »³³⁴⁷ que sont les principes.

³³⁴⁰ Michel TROPER et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant – LGDJ, 2005, p. 12.

³³⁴¹ Michel TROPER et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Introduction », in Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant – LGDJ, 2005, p. 3.

³³⁴² Denys de BECHILLON, « Réflexions critiques », RRJ, 1994, p. 254.

³³⁴³ V. Pierre BRUNET, « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche*, n° 11, 2011, p. 28.

³³⁴⁴ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », *op. cit.*, p. 135.

³³⁴⁵ V. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 408 et s..

³³⁴⁶ V. Pierre BRUNET, « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche*, n° 11, 2011, p. 22.

³³⁴⁷ Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 82.

828. Par conséquent, affirmer que l'interprétation est un acte de volonté ne revient pas à admettre que l'interprète soit pleinement libre. Si cet élément semble pouvoir, de différentes façons, être admis par les principaux courants de la théorie du droit, seule la théorie normativiste admet que l'interprétation ne constitue que l'application d'une norme préexistante.

II. L'interprétation : l'application d'une norme préexistante

S'essayer à une confrontation de la théorie réaliste de l'interprétation avec la théorie normativiste (A) permet de mieux mettre en évidence le lien qui peut exister entre l'interprétation de la norme et son effectivité (B).

A. Tentative de confrontation des théories de l'interprétation

Dés lors que l'on peut admettre que l'interprétation est, au moins en partie, un acte de volonté, deux positions différentes sont possibles. D'une part, il est possible de considérer que l'interprétation consiste en réalité en la création de la norme interprétée (A). C'est la raison pour laquelle la théorie réaliste de l'interprétation distingue soigneusement les énoncés, c'est-à-dire les textes adoptés par l'auteur, des normes qui sont créées par l'interprétation de l'énoncé. D'autre part, il est possible de considérer, à l'instar des normativistes, que la norme préexiste à son interprétation, celle-ci ayant seulement pour effet de créer un acte d'application, de concrétisation, de la norme qui est lui-même une norme, mais une norme différente (B).

1) La théorie réaliste : l'interprétation crée la norme

829. Selon la théorie réaliste³³⁴⁸ de l'interprétation défendue par Michel Troper, « *avant l'interprétation, il n'y a pas de norme, mais un simple texte* »³³⁴⁹. Les différentes méthodes d'interprétation « *conduisent à des résultats différents entre lesquels on ne peut trancher qu'au moyen d'une décision. C'est alors la décision de l'interprète de faire prévaloir une méthode sur une autre qui seule produit le sens* »³³⁵⁰. Il considère ainsi que « *préalablement à*

³³⁴⁸ Il existe différentes théories réalistes. Nous rendons seulement compte ici de celle de Michel Troper. V. Eric MILLARD, « Réalisme », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1297.

³³⁴⁹ Michel TROPER, « Interprétation », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 845.

³³⁵⁰ Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 74.

l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens »³³⁵¹, d'où la distinction entre les énoncés que sont les textes et les normes.

830. La conséquence logique de ce raisonnement est que la norme ne préexiste pas à l'interprétation. En effet, « *si la norme se définit comme la signification prescriptive d'un texte, le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais l'interprète* »³³⁵². Cette théorie opère ainsi un cinglant renversement de perspective. Elle semble tout aussi radicale que la position qui consiste à nier le rôle de l'interprétation dans la concrétisation des normes juridiques et à considérer que le juge n'est que la « bouche de la loi ». Elle ne saurait pour autant être écartée pour ce simple motif.

2) *La théorie normativiste : la norme préexiste à l'interprétation*

831. Sans rendre compte de l'ensemble des critiques adressées à la théorie réaliste de l'interprétation³³⁵³, il convient d'exposer en quoi la théorie normativiste s'oppose à la théorie réaliste sur la question de l'« acte de naissance » de la norme afin de saisir les conséquences de cette controverse sur le rapport entre l'interprétation et l'effectivité de la norme. Selon la théorie normativiste, l'interprétation ne crée pas la norme soumise à l'interprétation, elle crée un acte de concrétisation, d'application de cette norme.

832. En premier lieu, Denys de Béchillon avance l'idée que « *la norme édictée, la volonté subjective de son auteur, si l'on préfère, conditionnera, à la base, l'action du juge de par la terminologie même dont elle procède* »³³⁵⁴, induisant ainsi que la norme préexiste à l'interprétation. En effet, « *une proposition peut paraître dans toute la puissance de sa normativité à l'instant exact de son édicition première ; (...). Il y a bien une normativité objective spontanée* »³³⁵⁵. Dans le même ordre d'idée, Marie-Anne Cohendet explique ainsi que si l'on suit la théorie réaliste de l'interprétation, « *en interprétant la "Valse de l'adieu" de Chopin comme une marche militaire, je créerais le sens de ce morceau, j'en ferais une marche militaire. (...). En interprétant l'article 5 de la Constitution comme donnant au Président de la République les pleins pouvoirs, le Conseil constitutionnel pourrait créer le sens de ce texte qui, sans cela, ne contiendrait pas de norme ?* »³³⁵⁶. Cela renvoie à la question de savoir s'il peut exister des textes clairs qui ne nécessitent pas d'être interprétés pour être appliqués. Michel Troper considère que ces textes ne peuvent exister. A l'inverse, Chaïm

³³⁵¹ Michel TROPER, *ibidem*, p. 74.

³³⁵² Michel TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », CCC, n° 22, 2007, p. 127.

³³⁵³ Pour un complément, v. Otto PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », RFDC, 2002, p. 279 ; Michel TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », RFDC, 2002, p. 335 ; Otto PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », RFDC, 2002, p. 759.

³³⁵⁴ Denys de BECHILLON, « Réflexions critiques », RRJ, 1994, p. 255.

³³⁵⁵ Denys de BECHILLON, *ibidem*, p. 261.

³³⁵⁶ Marie-Anne COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 – mai 1988)*, t. 2, *op. cit.*, p. 25.

Perelman avance qu'« *un texte est clair aussi longtemps que toutes les interprétations raisonnables qu'on pourrait en donner conduisent à la même solution* »³³⁵⁷. Il faut cependant bien admettre qu'en pratique, rares sont les textes qui ne peuvent donner lieu qu'à une seule signification. Cela ne revient pas pour autant à affirmer que le juge crée la norme par son interprétation du texte, mais simplement que l'interprétation de la norme est souvent indispensable à son application.

833. En deuxième lieu, Stéphane Rials avance que « *l'intervention de la juridiction est statistiquement marginale dans le flux immense et continu de l'administration "du droit"* »³³⁵⁸. Suivre la théorie réaliste pourrait conduire à affirmer que seules sont des normes les énoncés qui ont fait l'objet d'une interprétation. Or, de nombreux énoncés ne font jamais l'objet d'une interprétation authentique, du moins d'une interprétation par un juge. Il existe en effet une application des normes en dehors de l'interprétation du juge. Par exemple, une norme juridique qui reprend simplement une norme morale comprise, admise et respectée par tous ne fera probablement pas l'objet d'une interprétation par le juge. Retenir la position réaliste conduirait ainsi à éliminer du champ de la normativité un champ entier de normes qui pourtant, sont effectives. Au contraire, on peut retenir avec Charles-Albert Morand qu'« *une norme juridique existe avant même d'être appliquée et non pas dès qu'un juge peut s'exprimer à son sujet* »³³⁵⁹.

834. En troisième lieu, Stéphane Rials considère que « *Michel Troper, à l'instar me semble-t-il des autres "réalistes", ne parvient pas à la conclusion qui saute à mes yeux peut-être hallucinés : le lieu de la norme est le lieu le plus bas, lieu infini, lieu insaisissable sauf à l'œil de Dieu* »³³⁶⁰. La norme ne pourrait ainsi apparaître que dans l'être alors même qu'elle est un devoir être. En effet, la théorie réaliste de l'interprétation conduit « *à nier la raison d'être du droit, qui est d'établir une distinction entre ce qui est (le sein) et ce qui doit être (le sollen)* »³³⁶¹. C'est ici la raison principale qui explique notre distanciation par rapport à l'approche réaliste³³⁶².

835. En dernier lieu, si le juge ne crée pas la norme lorsqu'il l'interprète, encore convient-il d'expliquer en quoi consiste alors l'opération d'interprétation. Pour la théorie normativiste, l'interprétation ne consiste pas à créer la norme contenue dans l'énoncé mais à l'appliquer. Cette application donne en revanche lieu à la création d'une autre norme. Ainsi, le mot « interprétation » « *désigne d'une part une opération d'explication et d'analyse scientifique de la signification d'un texte et c'est là le propre du travail doctrinal ; mais il désigne également, (...) le fait qu'un organe applique un texte à un cas particulier. (...) Cet organe concrétise une norme relativement plus générale par une norme relativement plus particulière. Il convient donc de distinguer strictement entre ces deux opérations que nous*

³³⁵⁷ Chaïm PERELMAN, « L'interprétation juridique », in APD, n° 17, Sirey, 1972, p. 30.

³³⁵⁸ Stéphane RIALS, « La démolition inachevée... », *op. cit.*, p. 81.

³³⁵⁹ Charles-Albert MORAND, « La sanction », in APD, t. 35, 1990, p. 303.

³³⁶⁰ Stéphane RIALS, « La démolition inachevée... », *op. cit.*, p. 81.

³³⁶¹ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 109.

³³⁶² V. *supra*, § 66 à 68.

allons appeler respectivement "interprétation doctrinale" et "concrétisation organique". La motivation qui permet à l'organe de statuer dans un sens ou dans un autre relève de l'interprétation doctrinale, mais ce n'est pas elle qui en tant que telle, constitue la norme. Celle-ci constitue le résultat d'une concrétisation organique »³³⁶³. Alors que Michel Troper parle de « détermination » de la norme par le juge, « pour le normativiste, cette "détermination" est, en tant qu'acte normatif, une concrétisation organique et non la détermination d'une signification puisqu'elle ne change ni n'apporte à la signification de la formulation de la norme qui reste tout aussi vague et indéterminée qu'auparavant »³³⁶⁴. Plus simplement encore, pour Marie-Anne Cohendet, « le juge applique la Constitution à un cas concret, (...) il ne crée pas une règle qui s'imposerait d'elle-même. En choisissant l'une des interprétations possibles de la norme, il ne crée pas la norme, il l'applique. (...) Il crée un acte d'application de la Constitution »³³⁶⁵. Le même raisonnement est aussi valable pour des normes autres que constitutionnelles. Hans Kelsen ne nous semble pas dire autre chose lorsqu'il affirme que, si le juge crée « du droit »³³⁶⁶, au sens large, « l'application d'une norme générale à un cas concret consiste à créer une norme individuelle, à individualiser, à concrétiser, la norme générale »³³⁶⁷. La création ne porte donc pas, comme chez les réalistes, sur la norme interprétée, mais sur une norme individuelle dont l'objet est d'appliquer la norme interprétée. En plaçant l'interprétation au cœur du processus d'application de la norme, et non au cœur de sa création, le positivisme kelsénien nous semble par conséquent demeurer un cadre théorique plus approprié pour envisager le lien entre l'interprétation de la norme et son effectivité.

B. Le lien entre l'interprétation de la norme et son effectivité

836. Si le cadre théorique kelsénien nous semble plus approprié à la mise en évidence du lien entre l'interprétation de la norme et son effectivité, cela ne revient pas pour autant à affirmer qu'il est le seul à pouvoir mettre en évidence ce lien. Dans une perspective théorique réaliste, il nous semble que l'on pourrait aussi s'intéresser au rôle que joue l'interprétation dans le passage de l'« énoncé » à l'effectivité de cet énoncé. Le choix théorique qui nous conduit à retenir que la norme préexiste à son interprétation permet cependant, nous semble-t-il, une compréhension plus aisée du rôle de l'interprétation.

837. Dans cette dernière perspective, l'interprétation s'inscrit dans un processus d'individualisation de la norme particulièrement important pour assurer son effectivité, sa capacité à influencer le réel. En effet, « jamais une règle générale ne peut embrasser tous les

³³⁶³ Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 12^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2012, p. 95.

³³⁶⁴ Louis FAVOREU et al., *ibidem*, p. 96.

³³⁶⁵ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 109.

³³⁶⁶ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 340.

³³⁶⁷ Hans KELSEN, *ibidem*, p. 232.

cas auxquels le juge sera confronté»³³⁶⁸. La fonction du juge est de déduire de la norme générale ses conséquences normatives dans le cas qui lui est soumis. Ainsi, « *l'interprétation permet de passer de l'abstraction de la règle à la réalité des situations concrètes : c'est le moyen d'opérer les ajustements indispensables pour rendre la règle opératoire et garantir son effectivité* »³³⁶⁹.

838. Au delà de la nécessité de rendre les normes « opératoires », si l'on tient pour acquis que « *toutes les normes juridiques appellent une interprétation en tant qu'elles doivent être appliquées* »³³⁷⁰ et que l'interprète est, dans une certaine mesure, libre, alors l'effectivité est susceptible de varier de façon concomitante à la variation de l'interprétation. En effet, le juge peut retenir l'une ou l'autre des interprétations possibles, lesquels peuvent être plus ou moins restrictives ou constructives³³⁷¹ selon le point de vue à partir duquel on se place³³⁷². A chaque signification possible de la norme correspond des conséquences concrètes sur la réalité. Il y a donc une correspondance possible entre la variabilité des interprétations et la variabilité des effets de la norme. L'interprétation nous semble ainsi déterminer directement le degré d'effectivité de la norme. C'est ce que nous voudrions maintenant illustrer.

§2 – Illustrations de la correspondance entre la variabilité des interprétations et la variabilité des effets de la norme

Le choix opéré par le juge entre les différentes significations possibles de la norme a des conséquences très concrètes sur le fait. Il est possible de s'en faire une meilleure idée à travers deux illustrations particulières. La première est tirée des sources constitutionnelles du droit de l'environnement (**I**), la seconde résulte de l'interprétation, par le juge administratif, de la loi « littoral » (**II**).

I. Les variabilités résultant de l'interprétation constitutionnelle : illustration à partir de la Charte de l'environnement

Il ne s'agit pas ici d'analyser les méthodes d'interprétation utilisées par les juges dans le but de comprendre les raisonnements qui les conduisent à retenir telle ou telle signification de

³³⁶⁸ Michel VILLEY, « Préface », in *L'interprétation dans le droit*, APD, n° 17, Sirey, 1972, p. 4.

³³⁶⁹ Jacques CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant – PUAM, 1995, p. 126.

³³⁷⁰ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 335.

³³⁷¹ Pour Daniel Labetoulle, « *qui peut imaginer que le juge ne s'interrogera pas, aussi, sur la portée et les conséquences de la décision qui va être prise ?* » (Daniel LABETOULLE, « Présentation – Le réalisme en droit constitutionnel », CCC, n° 22, 2007, p. 124).

³³⁷² Certains juges comme ceux de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour EDH font même de l'effectivité un principe d'interprétation. Sur leur utilisation de l'effet utile et de l'effectivité comme principes d'interprétation v. Florent COUVEINHES, *L'effectivité en droit international*, op. cit., p. 151 et s.

la norme³³⁷³. Ce qui importe à ce stade, c'est de montrer que selon l'interprétation qui est retenue, l'effectivité de la norme est susceptible de variation. Il est possible d'en prendre la mesure à travers deux exemples d'interprétations constitutionnelles : celle du droit à la participation du public reconnu à l'article 7 de la Charte de l'environnement (A) et celle de l'« effet cliquet » attaché aux droits fondamentaux (B).

A. Les variations possibles de l'interprétation du droit à la participation du public

839. L'article 7 de la Charte de l'environnement dispose que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Seulement une poignée de décisions du Conseil constitutionnel est intervenue à propos de cet article. Elles permettent néanmoins de se faire une idée des différentes interprétations possibles de celui-ci.

840. Cet article a fait l'objet de peu d'interprétations du juge constitutionnel mais, au-delà de la jurisprudence constitutionnelle actuelle, il est possible d'en montrer l'étendue des interprétations possibles. Tout d'abord, il faut examiner le statut constitutionnel de ce droit. Outre le fait d'avoir mentionné explicitement qu'il s'agit bien là d'un droit ayant, comme les autres droits et devoirs énoncés par la Charte de l'environnement, valeur constitutionnelle³³⁷⁴, le Conseil constitutionnel a reconnu son invocabilité dans le cadre de la QPC³³⁷⁵. La formulation de cet article, qui est clairement énoncé comme un droit, justifie parfaitement cette solution. Si la solution retenue avait du être inverse, les conséquences sur l'effectivité de ce droit auraient été négatives. Ce dernier aurait en effet été privé du bénéfice du mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, limitant considérablement les chances pour qu'une disposition législative contraire soit invalidée sur son fondement compte tenu de l'étroitesse de la saisine du juge constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. Les effets d'une disposition législative contraire à ce droit pourraient ainsi plus facilement jouer à l'encontre de son effectivité.

841. Ensuite, le champ d'application de ce droit est limité aux « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Si le juge constitutionnel avait fait une interprétation

³³⁷³ Pour une présentation synthétique, v. Marie-Anne COHENDET, « Les épreuves en droit public, 4^{ème} éd., LGDJ, p. 24 et s.. V. aussi Michel TROPER, « Interprétation », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 844 ; Constance GREWE, « Interprétation (Méthodes d' -) », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008 ; François GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1919.

³³⁷⁴ CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relatives aux OGM* ; RDP, 2009, p. 1216, note Jean-Pierre CAMBY. V. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La Charte de l'environnement prend son envol aux deux ailes du Palais Royal », RJE, 2009, p. 219.

³³⁷⁵ CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, *Assoc. France Nature Environnement*, § 6 ; AJDA, 2012, p. 260, ét. Bénédicte DELAUNAY.

restrictive de cette disposition, cela aurait conduit à ce qu'un nombre considérable de décisions publiques échappent à l'obligation de faire l'objet d'une participation du public, annihilant ainsi l'effectivité de ce droit dans ces hypothèses là. La notion d'« incidence sur l'environnement » est en effet suffisamment fuyante pour imaginer une telle interprétation. S'il n'a pour l'heure fixé aucune limite objective au champ d'application de ce droit, le Conseil constitutionnel semble en retenir une interprétation relativement large. Ainsi a-t-il considéré que les décrets de nomenclature qui déterminent le régime applicable aux installations classées³³⁷⁶, comme les arrêtés ministériels qui imposent des prescriptions générales aux différentes catégories d'installations classées, étaient des décisions « *ayant une incidence sur l'environnement* » et qu'à ce titre, elles étaient soumises à l'article 7 de la Charte de l'environnement³³⁷⁷. Cette interprétation n'allait pas nécessairement de soi. Si par exemple, une déclaration d'utilité publique a une incidence claire sur l'environnement en ce qu'elle prévoit la réalisation de travaux préjudiciables à l'environnement, les décisions qui étaient visées en l'espèce sont au contraire en principe protectrices de l'environnement puisqu'elles ont pour objet d'imposer des obligations environnementales aux exploitants d'installations classées. Par conséquent, pour déclarer les dispositions législatives en cause contraires à la Constitution, le juge constitutionnel a dû interpréter la notion d'« incidence » de manière relativement souple³³⁷⁸, conférant ainsi une plus grande effectivité au droit à la participation par l'élargissement de son champ d'application.

842. Enfin, les modalités d'application du droit à la participation peuvent aussi faire l'objet d'interprétations variables. Une première interprétation de l'article 7 de la Charte de l'environnement pourrait conduire à considérer que la simple mise à disposition du public du projet de décision est suffisante pour satisfaire ses exigences. L'effectivité de ce droit en serait cependant amputée de sa part essentielle, à savoir la possibilité pour le public de faire valoir ses observations concernant le projet de décision en cause. Le Conseil constitutionnel a au contraire retenu une interprétation inverse. Outre d'exiger la publication du projet de décision, il considère aussi que cette seule publication n'est pas suffisante pour satisfaire les exigences du droit à la participation³³⁷⁹. Implicitement, cela implique que le public doit avoir la possibilité de faire valoir ses observations. Le champ des interprétations possibles ne s'arrête pas là. Si le juge a logiquement suggéré que les modalités procédurales de la participation du public pouvaient être différenciées selon la nature de la décision³³⁸⁰, il

³³⁷⁶ Ces décrets déterminent les installations qui sont soumises aux trois régimes prévus par la législation sur les installations classées : l'autorisation, l'enregistrement ou la simple déclaration.

³³⁷⁷ CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, *Assoc. France Nature Environnement*, § 7 ; AJDA, 2012, p. 260, ét. Bénédicte DELAUNAY.

³³⁷⁸ Dans une décision ultérieure, le Conseil constitutionnel a implicitement admis que le droit à la participation s'applique aux actes réglementaires et « *aux autres décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* » (CC, 27 juillet 2012, n° 2012-269 QPC, *Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et a.* ; § 6 ; JCP G, 2012, p. 1590, chron. Bertrand MATHIEU).

³³⁷⁹ CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, *Assoc. France Nature Environnement* ; § 8 ; AJDA, 2012, p. 260, ét. Bénédicte DELAUNAY.

³³⁸⁰ CC, 27 juillet 2012, n° 2012-269 QPC, *Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et a.* ; § 6 ; JCP G, 2012, p. 1590, chron. Bertrand MATHIEU.

pourrait adopter une conception constructive du droit à la participation en en tirant une obligation de prendre en considération les résultats de la participation du public, comme cela est d'ailleurs exigé par les articles 6 à 8 de la Convention d'Aarhus³³⁸¹. L'effectivité du droit à la participation du public serait alors mieux assurée, d'autant plus si cette interprétation se doublait d'une interdiction faite au législateur d'abaisser les garanties légales de ce droit.

B. Les variations de l'interprétation de l'« effet cliquet » attaché aux droits fondamentaux

843. Le législateur est parfois susceptible, à l'occasion de la modification de dispositions législatives antérieures, de faire régresser le niveau des garanties légales de tel ou tel droit fondamental. L'interprétation du juge constitutionnel est néanmoins susceptible de limiter cette possibilité. Ainsi, en fonction de l'interprétation retenue par le juge, les garanties légales d'un droit, comme son effectivité, sont susceptibles de varier³³⁸².

844. En France, avant 1984, le Conseil constitutionnel n'encadrait pas le pouvoir de modifier des lois anciennes protégeant un droit fondamental. Le législateur avait alors le loisir de faire régresser les garanties légales et l'effectivité d'un droit. A partir de 1984, le Conseil constitutionnel a décidé de limiter cette possibilité, la doctrine ne tardant alors pas à parler d'« effet cliquet » ou d'« effet cliquet anti-retour » selon les termes de Louis Favoreu³³⁸³. Ainsi, dans sa décision du 20 janvier 1984 relative aux libertés universitaires, le Conseil constitutionnel juge que « *l'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968 dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conforme à la Constitution* »³³⁸⁴. Il sanctionne ainsi l'abrogation de certaines dispositions protectrices d'un droit fondamental et exige que celles-ci soient remplacées par des garanties « équivalentes ». Le juge constitutionnel ne tolère alors aucune régression dans la protection de ce droit fondamental. Il va ensuite aller plus loin en imposant quasiment une « progression » de l'effectivité d'un droit fondamental. Il juge en effet dans une décision du 11 octobre 1984 que « *s'agissant d'une liberté fondamentale (...), la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec*

³³⁸¹ V. *supra*, § 555 et s..

³³⁸² V. Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, thèse, droit, Bruxelles, Bruylant, 2009.

³³⁸³ V. Caroline BOYER-CAPELLE, « "L'effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », AJDA, 2011, p. 1718 et s. ; Grégory MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », RFDC, 2005, p. 257 ; Jessica MAKOWIAK, « La concrétisation du principe de non régression en France », in Michel PRIEUR et Gonzalo SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012, p. 259.

³³⁸⁴ CC, n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Indépendance des professeurs d'université*, § 42 ; AJDA, 1984, p. 163, note Jean BOULOUIS.

celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »³³⁸⁵. On passe donc en moins d'un an de l'absence d'exigences particulières à une exigence de garanties équivalente puis à une exigence de garanties plus effectives.

845. Cependant, en 1986, la jurisprudence du Conseil constitutionnel recule d'un cran. Dans une décision du 19 juillet 1986, il juge que l'exercice du pouvoir du législateur de modifier des dispositions législatives « *ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »³³⁸⁶. On passe alors de l'« effet cliquet » à l'« effet artichaut » dans la mesure où le Conseil « *ne protège plus que le cœur de ces droits* »³³⁸⁷. Il ne s'agit plus d'imposer des garanties équivalentes, encore moins d'imposer des garanties plus effectives, mais simplement de s'assurer que les modifications législatives ne portent pas atteinte à la substance des droits, à la manière d'une « *logique de seuil minimal* »³³⁸⁸.

846. L'interprétation du juge constitutionnel a ainsi singulièrement évolué, voire fluctué, avant semble-t-il de trouver un point d'équilibre. A chaque fluctuation correspond un niveau de « garanties légales » et *in fine* un niveau d'effectivité des droits fondamentaux. La situation pourrait d'ailleurs encore évoluer, au moins dans certains domaines, si le Conseil constitutionnel venait par exemple à retenir l'interprétation de l'article 2 de la Charte de l'environnement proposée par Michel Prieur. Cet article impose en effet à toute personne de prendre part à la préservation et à « *l'amélioration* » de l'environnement. Ainsi, pour Michel Prieur, « *un recul dans les protections de l'environnement, à travers une diminution des devoirs environnementaux, pourrait donc être considéré comme une violation de la Constitution trouvant son origine dans le constat d'une régression* »³³⁸⁹. Une telle interprétation aurait pour conséquence, sinon de renforcer, du moins de garantir un certain niveau d'effectivité au droit de chacun à l'environnement reconnu à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement.

847. La variation de l'interprétation du juge constitutionnel est donc bien susceptible d'influencer directement le niveau de l'effectivité d'un droit fondamental. Pour autant, le contrôle de constitutionnalité concerne le rapport entre deux normes et l'abstraction de cette opération de contrôle rend probablement plus difficile la manifestation du lien entre l'interprétation opérée par le juge et l'effectivité de la norme. L'analyse de l'interprétation de la loi littoral devrait permettre de s'en faire une idée beaucoup plus claire.

³³⁸⁵ CC, 11 octobre 1984, n° 84-181 DC, *Entreprises de presse* ; AJDA, 1984, p. 684, note Jean-Jacques BIENVENUE.

³³⁸⁶ CC, n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Réforme juridique de la presse*, § 2 ; AJDA, 1986, p. 527, note Guillaume PEPY ; confirmé par CC, n° 2002-461 DC, 19 août 2002 ; LPA, n° 178, 2002, p. 4, note Jean-Eric SCHOETTL.

³³⁸⁷ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 88.

³³⁸⁸ Caroline BOYER-CAPELLE, « "L'effet cliquet" à l'épreuve... », *op. cit.*, p. 1719.

³³⁸⁹ Michel PRIEUR, « Le nouveau principe de "non régression" en droit de l'environnement », in Michel PRIEUR et Gonzalo SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012, p. 33.

II. Les variabilités résultant de l'interprétation de la loi : illustration à partir de la loi « littoral »

848. Les dispositions d'urbanisme de la loi dite « littoral »³³⁹⁰ étant en principe directement applicables aux autorisations individuelles d'urbanisme³³⁹¹, les conséquences de leur interprétation par le juge administratif sont nécessairement très concrètes. De cette interprétation dépend en effet le sort d'un projet de construction en zone littorale. L'effectivité de la protection du littoral est directement affectée. Selon l'interprétation retenue, soit elle recule, soit elle se développe.

849. En outre, les dispositions de cette loi peuvent être considérées comme des normes « à texture ouverte »³³⁹². De nombreuses notions contenues dans cette loi sont malléables, ce qui en fait un terrain propice à l'étude des variations d'interprétation. Dans ce domaine, « paradoxalement, l'effectivité du droit ne peut être assurée qu'au prix d'une certaine indétermination »³³⁹³ compte tenu de la nécessité d'appréhender la complexité des systèmes littoraux³³⁹⁴, c'est-à-dire la complexité du réel.

Le plus important travail d'interprétation du juge administratif à propos de la loi littoral a concerné l'article L. 146-4 du code de l'urbanisme. En effet, les notions qu'il contient laissent « en quelque sorte à l'autorité régulatrice le soin de déplacer le curseur sur l'échelle des normes afin de déterminer la mesure adéquate »³³⁹⁵. Pour cette raison, ces dispositions constituent le terrain privilégié de cette étude. L'analyse de la jurisprudence montre tout d'abord que l'interprétation de l'obligation d'étendre l'urbanisation uniquement en continuité des agglomérations existantes ou par le biais de hameaux nouveaux est relativement exigeante, ce qui se traduit par une bonne effectivité de ces dispositions au regard de l'objectif de protection du littoral (A). Ensuite, l'interprétation de la notion d'« espaces proches du rivages » fait apparaître des évolutions qui induisent nécessairement une variation des effets des dispositions correspondantes (B). Enfin, l'interprétation de l'interdiction de construire dans la bande littorale de 100 mètres montre de façon encore plus tangible le lien entre l'interprétation de la norme et son effectivité (C).

³³⁹⁰ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (L. 146-1 et s. du code de l'urbanisme). Sur l'interprétation de cette loi, v. notamment Loïc PRIEUR, *Droit et littoral : recherches sur un système juridique*, thèse, droit, Brest, 2001 ; Jean-François MOUTTE, *L'évolution de l'application de la loi littoral par le juge administratif*, RJE, n° spécial, 2012, à paraître ; Henri COULOMBIE, « Littoral : le retour vers l'équilibre (2^{ème} partie) », BJD, 2006, p. 82 ; Lilian BENOIT et al., « La loi, littoral devant les cours administratives d'appel », AJDA, 2002, p. 600 ; Patrick FRAISSEIX, « Le juge administratif et l'article L. 146 du code de l'urbanisme : onze années d'interprétation prétorienne », RFDA, 1998, p. 834 ; Jacques CAILLOSSE, « Qui a peur du droit littoral ? », RJE, 1993, p. 513.

³³⁹¹ CE, 29 juillet 1994, *Commune de Frontignan c. Société Nébot*, rec., p. 409 ; RDI, 1995, p. 94, chron. Yves GAUDEMET, Henri SAVOIE et Laurent TOUVET.

³³⁹² V. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 1961, *op. cit.*, p. 155 et s.

³³⁹³ Yann TANGUY, « Le littoral en questions – Entre simplismes et complexité », AJDA, 2005, p. 354.

³³⁹⁴ La notion de « gestion intégrée des zones côtières » est topique de cette complexité. V. Michel PRIEUR, « La gestion intégrée des zones côtières : le défi méditerranéen », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, *op. cit.*, p. 902.

³³⁹⁵ Yann TANGUY, « Le littoral en questions – Entre simplismes et complexité », AJDA, 2005, p. 354.

A. L'interprétation exigeante de l'obligation d'urbanisation en continuité ou en hameaux nouveaux intégrés à l'environnement

850. L'article L. 146-4 I. du code de l'urbanisme dispose que, sauf dérogations³³⁹⁶, « 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 ». L'objectif de cet article est, pour les communes soumises à la loi littoral, d'éviter le mitage³³⁹⁷ dans le cadre de l'urbanisation vers l'intérieur des terres. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a considéré qu'il était applicable à tout terrain situé sur une commune littorale, y compris ceux qui ne sont pas situés à proximité du rivage³³⁹⁸. Une interprétation en sens inverse aurait strictement encadré le champ géographique de la notion de littoral et aurait ainsi privé d'effectivité une partie de l'objectif de protection du littoral.

851. Le champ d'application de cette disposition, et par conséquent son effectivité « dans l'espace », dépend aussi de l'interprétation de la notion d'« agglomération et villages existants ». Interprétée de façon souple, l'urbanisation aurait pu se développer plus facilement au dépend de la protection du littoral. C'est la direction inverse qui a été suivie par le juge administratif. Par exemple, un lotissement ne constitue pas une agglomération ou un village existant³³⁹⁹ et par conséquent, aucun projet ne peut s'appuyer sur lui pour étendre l'urbanisation. Cela a évidemment des effets très concrets par rapport à l'objectif de protection du littoral. La position du juge, et par conséquent l'effectivité de cette disposition, est cependant susceptible d'évoluer. En effet, pour apprécier l'existence d'une agglomération ou d'un village existant, le juge utilise désormais la notion de « zones déjà urbanisées, caractérisées par une densité significative des constructions »³⁴⁰⁰, mais rien ne dit que l'appréciation *in concreto* du juge va radicalement varier.

852. L'effectivité de l'article L. 146-4 I. est en outre dépendante de l'interprétation de la notion d'« extension de l'urbanisation ». Celle-ci serait par exemple réduite si le juge considérait que cette notion n'englobe pas les projets qui portent sur la construction d'un ou de quelques bâtiments. Il est vrai que la notion d'« urbanisation » pourrait conduire à exclure de son champ la construction d'un simple pavillon. C'est là aussi la position inverse qui a été retenue par le juge administratif. Ainsi, la délivrance d'un seul permis de construire peut être considérée comme une extension de l'urbanisation³⁴⁰¹, même s'il ne porte que sur un seul

³³⁹⁶ V. l'alinéa 2 du même article.

³³⁹⁷ Le mitage est la « prolifération anarchique des constructions en milieu rural ou périurbain » (in *Le Petit Robert de la langue française 2013*)

³³⁹⁸ CE, 27 septembre 2006, *Commune du Lavandou*, n° 275924.

³³⁹⁹ CE, 3 juillet 1996, *SCI Mandelieu Maure-Vieil*, rec., p. 261.

³⁴⁰⁰ CE, 19 octobre 2007, *GRIMA*, BJDU, 2007, p. 264, concl. Terry OLSON.

³⁴⁰¹ CE, 9 novembre 1994, *Constantini*, n° 121297.

bâtiment³⁴⁰², par exemple un hangar³⁴⁰³ ou une simple maison³⁴⁰⁴. La conséquence concrète en est que ce type de projet doit nécessairement, soit être réalisé en continuité de l'existant, soit par le biais d'un hameau nouveau intégré à l'environnement.

853. Or, ces deux dernières notions de « hameau » et de « continuité » sont interprétées strictement par le juge. Concernant la première, le juge réserve cette notion à des projets de faible importance. Par exemple, ne constitue pas un hameau l'urbanisation de 23 800 m² de surface de plancher³⁴⁰⁵. Concernant la seconde, le Conseil d'Etat considère qu'aucune construction ne peut être autorisée, même en continuité, dans les zones d'urbanisation diffuse éloignées des agglomérations et villages existants³⁴⁰⁶.

854. L'interprétation de l'article L. 146-4 I. du code de l'urbanisme est donc relativement homogène et stable. Le juge a semble-t-il, de part les interprétations qu'il a retenues, majoritairement refusé de priver ces dispositions d'effectivité au regard de l'objectif de protection du littoral.

B. L'évolution de l'interprétation de la notion d'« espace proche du rivage »

855. L'interprétation de dispositions législatives est susceptible d'évoluer d'un tribunal à un autre. Cela a notamment été le cas de certaines dispositions de la loi littoral selon le tribunal administratif saisi³⁴⁰⁷. Selon que le projet était situé sur la côte méditerranéenne à l'urbanisation intense ou sur la façade atlantique relativement épargnée par les complexes touristiques de masse, la sévérité des juges a pu varier. Dans ce type d'hypothèse, il appartient aux juridictions supérieures de faire œuvre d'harmonisation des interprétations. En revanche, les variations demeurent lorsqu'elles sont le fait du Conseil d'Etat lui-même. De telles variations peuvent ainsi être mises en évidence concernant la notion d'« espaces proches du rivage » utilisée à l'article L. 146-4 II du code de l'urbanisme. L'alinéa 1^{er} de ce dernier dispose en effet que « *l'extension limitée de l'urbanisation des espaces proches du rivage ou des rives des plans d'eau intérieurs (...) doit être justifiée et motivée, dans le plan local d'urbanisme, selon des critères liés à la configuration des lieux ou à l'accueil d'activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau* ».

³⁴⁰² CE, avis, 12 octobre EDCE, 1993, p. 382.

³⁴⁰³ CAA Nantes, 31 mai 2000, *Commune de Dragey-Ronthon*, n° 98NT02101.

³⁴⁰⁴ CAA Nantes, 9 mars 2012, n° 10NT01664, *Environnement*, 2012, comm. 57, obs. Marcel SOUSSE.

³⁴⁰⁵ CE, 3 juillet 1996, *SCI Mandelieu Maure-Vieil*, rec., p. 261.

³⁴⁰⁶ CE, 27 septembre 2006, *Commune du Lavandou*, n° 275924.

³⁴⁰⁷ V. Patrick FRAISSEIX, « Le juge administratif et l'article L. 146 du code de l'urbanisme : onze années d'interprétation prétorienne », RFDA, 1998, p. 834.

856. L'interprétation de la notion d'« *espaces proches du rivage* »³⁴⁰⁸ détermine directement le champ d'application de cet article. A l'intérieur de ces espaces, l'urbanisation doit nécessairement être « limitée ». Dès lors, l'interprétation de la notion a des conséquences directes sur l'effectivité de la protection de ces espaces. Or, celle-ci a fait l'objet d'importantes évolutions dans la jurisprudence du Conseil d'Etat³⁴⁰⁹. Ainsi, à partir d'une norme inchangée, l'effectivité de cette norme est susceptible de varier selon l'interprétation qui en est retenue. Pour Henri Coulombié, « *une interprétation souple (...) permet, dans la ville, de combler les dents creuses et les friches urbaines (...). Une interprétation rigide aboutit à dédensifier le tissu urbain littoral proche du littoral* »³⁴¹⁰. Ces variations peuvent être observées à deux niveaux.

D'une part, dans un arrêt *Commune de Gassin* du 12 février 1993, le Conseil d'Etat avait considéré que pouvait être considéré comme situé dans un espace proche du rivage un terrain situé à 800 mètres de celui-ci, même en l'absence de visibilité depuis le rivage, en présence de constructions et d'une ligne de crête entre le lieu d'implantation de l'opération et le rivage³⁴¹¹. Il en résultait trois critères d'appréciation permettant de localiser les terrains situés dans des espaces : la visibilité, la distance et la configuration des lieux, étant entendu que le seul critère de visibilité n'était pas déterminant pour exclure qu'un terrain puisse être situé dans un espace proche du rivage. Le critère de la distance était alors prépondérant. A l'inverse, le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt *Barrière* du 3 mai 2004 qu'en principe un terrain qui n'est pas perceptible du rivage n'est pas un espace proche du rivage³⁴¹². L'absence de visibilité entre le terrain et le rivage a donc pour conséquence d'exclure ce terrain des espaces proches du rivage et ainsi de le faire échapper aux dispositions de l'article L. 146-4 II du code de l'urbanisme. L'histoire ne s'arrête cependant pas là puisque dans un arrêt du 3 juin 2009, *Commune de Rognac*³⁴¹³, la position du juge administratif semble de nouveau évoluer. Ainsi, « *si le critère de covisibilité est à prendre en compte pour la définition d'un (...) espace proche du rivage, il n'implique (...) pas que chacune des parcelles situées au sein de l'espace ainsi qualifié soit situé en covisibilité de la mer, dès lors que ces parcelles ne peuvent être séparées de l'ensemble cohérent dont elles font partie* ». Dès lors, dans certaines conditions, des parcelles qui ne satisfont pas au critère de visibilité peuvent tout de même être incluses dans des espaces proches du rivage et ainsi tomber sous le coup de l'obligation du caractère « limité » de l'extension de l'urbanisation.

D'autre part, la question s'est posée de savoir si les zones urbanisées pouvaient être considérées comme incluses à l'intérieur des espaces proches du rivage. L'article L. 146-4 II al. 1^{er} n'exclut pas des espaces proches du rivage ce type de zones et une lecture littérale du

³⁴⁰⁸ Sur cette notion, v. Loïc PRIEUR, *Droit et littoral : recherches sur un système juridique*, thèse, droit, Brest, 2001, p. 338 et s..

³⁴⁰⁹ V. Henri COULOMBIE, « Littoral : le retour vers l'équilibre (2^{ème} partie) », BJD, 2006, p. 82 et s..

³⁴¹⁰ Henri COULOMBIE, « Littoral : le retour vers l'équilibre (2^{ème} partie) », BJD, 2006, p. 82.

³⁴¹¹ CE, sect., 12 février 1993, *Commune de Gassin*, rec., p. 26.

³⁴¹² CE, 3 mai 2004, *Barrière*, BJD, 2004, p. 86, concl. MITJAVILLE. *Contra*, v. CAA Nantes, 9 mars 2012, *Société OCDL*, n° 11NT00985.

³⁴¹³ CE, 3 juin 2009, *Commune de Rognac*, n° 310587 ; RJE, 2010, p. 544, chron. Bernard DROBENKO.

texte pouvait ainsi conduire à les inclure dans son champ d'application. Dans ce cas, l'extension de l'urbanisation doit aussi être « limitée » à l'intérieur des zones urbanisées. Cependant, dans un premier temps, le Conseil d'Etat a jugé que les espaces proches du rivage ne comprenaient pas les zones urbanisées³⁴¹⁴. Puis, dans une décision *Commune de Bidart* du 27 septembre 1999³⁴¹⁵, il a inversé cette position en considérant que les dispositions de l'article L. 146-4 II étaient applicables « *indépendamment du caractère urbanisé ou non de l'espace dans lequel se situent les constructions envisagées* ». Cependant, le juge a ensuite adouci sa jurisprudence à l'égard des opérations situées dans les espaces urbanisés. En effet, avant sa décision *Soleil d'Or* du 7 février 2005³⁴¹⁶, le juge « *a toujours considéré qu'en tout état de cause, il existait une limite physique, c'est-à-dire un nombre de mètres carrés de surface constructible, à ne pas dépasser* »³⁴¹⁷, et cela y compris dans une commune fortement urbanisée³⁴¹⁸. Par exemple, il a jugé qu'une zone d'aménagement concerté de 87 000 mètres carrés de surface hors œuvre nette³⁴¹⁹ ou un golf de 45 000 mètres carrés³⁴²⁰ ne constituaient pas des extensions limitées de l'urbanisation. En revanche, pouvait constituer une extension limitée de l'urbanisation la construction de seize logements³⁴²¹ ou d'un immeuble de cinq étages³⁴²². Désormais, depuis la décision *Soleil d'Or*, le juge administratif considère que dans les espaces urbanisés, ne constituent des extensions de l'urbanisation que les opérations qui conduisent « *à étendre ou à renforcer de manière significative l'urbanisation de quartiers périphériques* » ou celles qui modifient « *de manière importante les caractéristiques d'un quartier, notamment en augmentant sensiblement la densité des constructions* ». En revanche, « *la seule réalisation dans un quartier urbain d'un ou plusieurs bâtiments qui est une simple opération de construction ne peut être regardée comme constituant une extension au sens de la loi* »³⁴²³. Par conséquent, ce type de construction échappe au champ d'application de l'article L. 146-4 II du code de l'urbanisme. Ainsi, selon l'interprétation qui est retenue des notions d'espace proche du rivage et d'extension limitée y afférant, l'effectivité du régime de protection de ces espaces est susceptible d'importantes variations.

³⁴¹⁴ CE, 10 mai 1989, *Association de défense du patrimoine Sétois*, rec., p. 1003.

³⁴¹⁵ CE, 27 septembre 1999, *Commune de Bidart*, rec., p. 282 ; BJD, 1999, p. 336, concl. SEBAN ; CE, 30 juillet 2003, *Syndicat de défense du Cap d'Antibes*, BJD, 2003, p. 401, concl. PIVETEAU.

³⁴¹⁶ CE, 7 février 2005, *Société Soleil d'Or, Commune de Menton*, BJD, 2005, p. 10, concl. Yann AGUILA.

³⁴¹⁷ Jean-Marie BECET, *Le droit de l'urbanisme littoral*, Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 141.

³⁴¹⁸ CE, 5 février 2001, *SNC d'aménagement d'Antibes*, n° 211877.

³⁴¹⁹ CE, 29 mars 1993, *Commune d'Argelès-sur-mer*, rec., p. 1078.

³⁴²⁰ CE, sect., 12 février 1993, *Commune de Gassin*, rec., p. 26.

³⁴²¹ CE, 27 avril 1994, *OPHLM de Vannes*, BJD, 1995, p. 116, concl. LOLOUM.

³⁴²² CE, sect., 9 juin 2004, *Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, BJD, 2004, p. 166, concl. MITJAVILLE.

³⁴²³ CE, 7 février 2005, *Société Soleil d'Or, Commune de Menton*, BJD, 2005, p. 10, concl. Yann AGUILA.

C. Les effets concrets de l'interprétation de l'interdiction de construire dans la bande littorale de 100 mètres

857. L'article L. 146-4 III alinéa 1^{er} du code de l'urbanisme dispose qu'« *en dehors des espaces urbanisés, les constructions ou installations sont interdites sur une bande littorale de cent mètres à compter de la limite haute du rivage ou des plus hautes eaux pour les plans d'eau intérieurs* ». Le champ d'application, et ainsi l'effectivité, de cette règle, dépend de l'interprétation de la notion d'« *espace urbanisé* »³⁴²⁴ puisque l'interdiction de construire à l'intérieur de la bande littorale de 100 mètres est applicable uniquement en dehors de ces espaces³⁴²⁵. A l'intérieur de ces espaces, il est possible de construire à moins de 100 mètres de la limite haute du rivage. Or, si le juge administratif a logiquement considéré que ne constituait pas un « espace urbanisé » un terrain de 3,5 hectares vierge de toute construction³⁴²⁶, ou encore une parcelle comportant une ancienne casemate³⁴²⁷, il a aussi retenu la même solution concernant une zone qui, bien qu'urbanisée, ne l'était que de façon diffuse³⁴²⁸. Les effets de cette interprétation sont particulièrement tangibles dans la mesure où, si celle-ci avait été inverse, ce type de zone aurait pu voir fleurir des constructions à moins de 100 mètres de la limite haute du rivage.

858. En définitive, l'interprétation de la norme est clairement liée à sa plus ou moins grande capacité à produire des effets sur le réel. Elle apparaît ainsi comme conditionnant directement le degré d'effectivité de la norme. A partir d'une norme préexistante, l'interprète accomplit un acte de volonté qui le conduit à choisir, dans de nombreux cas, entre plusieurs significations possibles. Cet acte de volonté se matérialise dans un acte d'application de la norme. Or, selon la signification qui est choisie, les effets de la norme sont susceptibles de varier tel que l'illustrent l'interprétation des normes constitutionnelles à caractère environnemental ou, plus nettement encore, celle de la loi littoral. L'ensemble de ces considérations fait à nos yeux de l'interprétation l'une des conditions de l'effectivité de la norme. Néanmoins, la capacité de l'interprétation de la norme à influencer son effectivité, c'est-à-dire sa portée concrète, est aussi conditionnée par les pouvoirs dont dispose le juge pour concrétiser l'interprétation qu'il retient.

³⁴²⁴ V. Loïc PRIEUR, *Droit et littoral : recherches sur un système juridique, op. cit.*, p. 346 et s..

³⁴²⁵ L'article 8, paragraphe 2, du Protocole relatif à la gestion intégrée des zones côtières (GIZC) de la méditerranée (signé à Madrid le 21 janvier 2008 et entré en vigueur le 24 mars 2011) interdit les constructions dans une zone d'une largeur minimale de cent mètres sans distinguer les zones urbanisées ou non. Néanmoins, cette interdiction peut être adaptée pour les projets d'intérêt public et « *dans des zones présentant des contraintes géographiques particulières, ou d'autres contraintes locales liées notamment à la densité de population ou aux besoins sociaux, lorsque les habitations individuelles, l'urbanisation ou le développement sont prévus par des instruments juridiques nationaux* ». Par conséquent, la possibilité de construire à l'intérieur de la bande des cent mètres dans les zones déjà urbanisées résultant de la loi littoral semble pouvoir entrer dans ce type d'exception.

³⁴²⁶ CE, 4 juillet 1997, *Commune de Cabourg*, BJDU, 1997, p. 374.

³⁴²⁷ CE, 12 avril 1995, *Kirche*, BJDU, 1995, p. 191, concl. FRATACCI. Une casemate est un « *abri enterré, protégé contre les obus, les bombes* » (in *Le Petit Robert de la langue française 2013*).

³⁴²⁸ CE, 5 juillet 1995, *Ministre de l'équipement c. Laurelli*, n° 138326.

Section II : La portée de l'interprétation de la norme

Les différents pouvoirs dont dispose le juge sont déterminants pour s'assurer que l'interprétation qu'il retient puisse avoir une traduction concrète dans la réalité, au-delà même de l'autorité de chose jugée dont peut jouir sa décision³⁴²⁹. « *Il faut d'une part que le juge, en amont de sa décision au fond, puisse, dans certains cas, statuer rapidement pour paralyser, à titre provisoire, une mesure administrative qui porte atteinte aux droits ou intérêts du requérant ou de la collectivité tout entière. (...) Par ailleurs, il faut, en aval, que le jugement (...) produise des conséquences effectives* »³⁴³⁰. Dès lors, le juge doit en premier lieu pouvoir préserver de façon préventive l'interprétation qu'il retiendra au moment de l'examen du recours (§1). A défaut, mise devant le fait accompli, son interprétation pourrait être privée *a priori* de ses effets. En deuxième lieu, son interprétation doit pouvoir être concrétisée par sa capacité à régler totalement une situation juridique (§2). En troisième lieu, la décision qui matérialise son interprétation doit être pleinement exécutée. C'est là un impératif auquel le juge peut lui même contribuer (§3).

Pour comprendre le rôle que jouent ces différents pouvoirs, l'étude de ceux dont dispose le juge administratif sera ici privilégiée. Ils sont assurément bien plus étendus que ceux du Conseil constitutionnel. En effet, aucune procédure de référé ne peut être engagée devant lui même si les questions prioritaires de constitutionnalité sont toutefois jugées relativement rapidement. En outre, le juge constitutionnel ne dispose pas de pouvoir de réformation ou d'injonction, sauf à assimiler les réserves d'interprétations à de tels pouvoirs³⁴³¹. Enfin, en dehors de l'autorité dont jouissent ses décisions, il ne dispose pas de pouvoirs particuliers en matière d'exécution de celles-ci.

§1 – Le pouvoir du juge de préserver son interprétation

859. La préservation de l'interprétation à venir du juge administratif passe par sa capacité à priver d'effet, au moins temporairement, une décision administrative potentiellement illégale. A défaut, la décision est susceptible, si elle est exécutée, de mettre le juge devant le fait accompli et de produire des effets irréversibles, rendant ainsi *a priori* « inutile » la décision au fond du juge. L'interprétation par le juge du fond d'une norme supérieure à l'acte administratif illégal pourrait ainsi être privée d'effet, ce qui entraînerait alors de façon concomitante l'ineffectivité de la norme soumise à l'interprétation. La possibilité de suspendre une décision administrative concourt donc à l'effectivité de la norme supérieure.

³⁴²⁹ V. *supra*, § 343.

³⁴³⁰ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 510.

³⁴³¹ Sur les réserves d'interprétation, v. Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 157 et s. ; Alexandre VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, droit, Montpellier, LGDJ, 1999.

860. Or, les décisions administratives ont en général un caractère exécutoire³⁴³². Le Conseil d'Etat y a même vu une règle fondamentale du droit public français³⁴³³ et rares sont les hypothèses dans lesquelles les recours contentieux ont un effet suspensif³⁴³⁴. Dans certaines hypothèses, il est possible de « remonter le temps » par le biais du caractère rétroactif de l'annulation, lorsque celui-ci joue encore³⁴³⁵. C'est par exemple le cas lorsque le litige porte sur le non versement d'une somme d'argent, mais il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'exécution de l'acte administratif peut produire des dommages irréversibles, c'est-à-dire « dont on ne peut inverser le cours »³⁴³⁶. Ces cas sont évidemment les plus graves, ceux qui mettent le plus en péril le pouvoir d'interprétation du juge et l'effectivité des normes susceptibles de fonder l'illégalité de la décision administrative exécutée. Maurice Hauriou avait d'ailleurs parfaitement identifié ce problème lorsqu'il écrivait que « toutes les indemnités du monde n'auraient pas réparé la destruction d'un monument historique, parce qu'on ne refait pas un monument historique »³⁴³⁷. Il en va de même pour Prosper Weil qui, dans sa thèse consacrée aux conséquences de l'annulation d'un acte administratif, s'indignait en quelque sorte contre ce problème. On lui doit une autre jolie illustration de ce problème : « si l'administration autorise la construction d'un immeuble qui entraîne l'arrachage d'arbres vieux et beaux dont la disparition transformerait l'aspect du paysage, l'annulation de cette autorisation sur recours des voisins ne remettra pas les arbres en place »³⁴³⁸. Ces enjeux là, comme d'autres, sont bien sûr toujours d'actualité.

861. La procédure administrative contentieuse a cependant depuis longtemps trouvé des outils pour faire face à ce type de problème. Ainsi existe-t-il en droit français trois types de référés d'urgence³⁴³⁹ : le référé-suspension, le référé-liberté et le référé-conservatoire³⁴⁴⁰. Ce dernier ne permet cependant pas la suspension d'un acte d'administratif³⁴⁴¹. Quant au référé-

³⁴³² CE, 13 février 1976, *Assoc. de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, rec., p. 100 ; RDP, 1976, p. 903, note Roland DRAGO.

³⁴³³ CE, 2 juillet 1982, *Huglo*, rec., p. 258

³⁴³⁴ V. Sébastien HOURSON, « Les recours suspensifs en matière administrative », *Droit administratif*, 2012, ét. 9 ; Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, droit, *op. cit.*, p. 145.

³⁴³⁵ A propos de la décision *AC !*, v. *supra*, § 348.

³⁴³⁶ Entrée « irréversible » in CNRTL-CNRS, *op. cit.*, www.cnrtl.fr.

³⁴³⁷ Maurice HAURIOU, note sur CE, 7 mars et 26 décembre 1913, *Abbé Lhuillier*, cité par Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif...*, *op. cit.*, p. 144.

³⁴³⁸ Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif...*, *op. cit.*, p. 144.

³⁴³⁹ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 1534.

³⁴⁴⁰ V. respectivement les articles L. 521-1 à L. 521-3 du code de justice administrative.

³⁴⁴¹ La procédure de référé conservatoire (L. 521-3 du code de justice administrative) permet à l'administration d'obtenir des injonctions à l'encontre des personnes privées, notamment pour assurer l'exécution forcée d'une décision administrative. Dans le cadre de cette procédure, le juge a l'interdiction de faire obstacle aux décisions administratives, ce qui limite évidemment l'opportunité d'utiliser cette procédure. En pratique, son utilisation concerne essentiellement les expulsions des occupants du domaine public par l'administration et les demandes de documents administratifs par les personnes privées. Cependant, il semble que cet instrument puisse, dans certaines circonstances, se révéler utile à l'encontre des personnes publiques. Le Conseil d'Etat a par exemple joint à un maire d'interrompre des travaux par voie d'arrêté, de dresser un procès-verbal et d'en transmettre la copie au procureur (CE, sect., 6 février 2004, *Masier*, n° 256719 ; RFDA, 2004, p. 1170, concl. Jacques-Henri STAHL).

liberté³⁴⁴², s'il peut aboutir à une telle suspension ou à la cessation de comportements administratifs attentatoires à une liberté³⁴⁴³, ses conditions d'engagement sont, nous semble-t-il, plus restrictives que celles du référé-suspension³⁴⁴⁴ et son objet moins large. L'étude du référé-suspension semble donc mieux à même de montrer les pouvoirs dont dispose le juge administratif pour préserver son interprétation. C'est cette étude qui sera ici privilégiée. Enfin, si l'on admet que l'interprétation du juge du fond est principalement menacée lorsque l'exécution d'un acte administratif est susceptible d'avoir des conséquences irréversibles, l'étude de la mise en œuvre de cette procédure dans les domaines de l'urbanisme et de l'environnement s'impose comme un témoin de l'opérationnalité de cette procédure pour préserver l'interprétation du juge contre le fait accompli.

Après avoir présenté la procédure de référé-suspension (I), il est possible d'en montrer plus particulièrement la fonction à travers l'étude de sa mise en œuvre dans le domaine de l'urbanisme (II) et d'en montrer les limites à travers celle de sa mise en œuvre dans le domaine de l'environnement (III).

I. La procédure de référé-suspension

862. La possibilité d'obtenir la suspension d'un acte administratif, objet de la procédure de référé-suspension, est selon le Conseil constitutionnel une « *garantie essentielle des droits de la défense* »³⁴⁴⁵ et elle permet de « *sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »³⁴⁴⁶. Pour autant, avant la réforme introduite par la loi du 30 juin 2000 relative au

³⁴⁴² Article L. 521-2 du code de justice administrative.

³⁴⁴³ Le juge peut ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale (v. les exemples cités par Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « Dix ans d'urgence », chron., AJDA, 2011, p. 1372 ; Camille BROUELLE, « Les mesures ordonnées en référé », RFDA, 2007, p. 73).

³⁴⁴⁴ Les conditions d'engagement du référé-liberté sont au nombre de trois : l'urgence, l'atteinte à une liberté fondamentale, laquelle doit elle-même être grave et manifestement illégale. La condition d'urgence est appréciée de façon autonome par rapport à la condition d'urgence qui existe dans le cadre du référé suspension et il semble que le juge administratif ait ici une conception encore plus étroite de l'urgence (v. Daniel GILTARD, « Référés (Urgence) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2011, n° 356 et s. ; Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « Dix ans d'urgence », *op. cit.*, p. 1370). En ce qui concerne la seconde condition, tous les droits et libertés reconnus par la constitution ne sont pas des libertés fondamentales au sens de cet article. Par exemple, le droit au logement (CE, 3 mai 2002, *Assoc. de réinsertion du Limousin*, rec., p. 168 ; AJDA, 2002, p. 818, note E. DESCHAMPS) ou le droit à la santé (CE, 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux c. Bunel*, rec., p. 338 ; Dalloz, 2006, p. 124, note Xavier BIOY) ne sont pas considérés comme des libertés fondamentales (pour une liste complète des libertés fondamentales admises dans le cadre de cette procédure, v. Daniel GILTARD, « Référés (Urgence) », *op. cit.*, n° 370 et s.). En outre, la troisième condition est elle aussi plus restrictive que l'exigence d'un doute sérieux sur la légalité de l'acte qui existe dans le cadre du référé-suspension. Le juge exerce ainsi un contrôle du caractère manifeste de l'atteinte à une liberté fondamentale (v. Paul CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », RFDA, 2007, p. 45). Enfin, le référé-suspension est quantitativement le plus important que le référé-liberté. Il représente environ 11000 requêtes par an contre un peu plus de 3000 pour le référé-liberté en 2010 (Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « Dix ans d'urgence », *op. cit.*, p. 1369).

³⁴⁴⁵ CC, 23 janvier 1987, n° 86-224 DC ; AJDA, 1987, p. 345, note Jacques CHEVALLIER.

³⁴⁴⁶ CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC ; RDP, 1989, p. 429, note Louis FAVOREU. Le Conseil constitutionnel a aussi eu l'occasion d'affirmer qu'elle constitue le corollaire du droit au juge (CC, 13 mars 2003, n° 2003-467 DC ; LPA, n° 187, 2003, p. 3, chron. Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX).

référé devant les juridictions administratives³⁴⁴⁷, la procédure dite du « sursis à exécution » ne remplissait pas correctement ses fonctions. Il n'est d'ailleurs toujours pas évident de considérer aujourd'hui que la nouvelle procédure du référé-suspension soit satisfaisante, contrairement à l'idée selon laquelle le référé-suspension a amélioré de façon significative la situation qui prévalait avant la loi de 2000.

En dépit des progrès enregistrés³⁴⁴⁸, l'examen de nouvelles conditions conduisant à la suspension de la décision – l'exigence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision (A) et l'urgence (B) – montre que l'évolution induite par la réforme de 2000 est beaucoup moins nette qu'il n'y paraît de prime abord³⁴⁴⁹.

³⁴⁴⁷ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (JORF, 1^{er} juillet 2000, p. 9948) codifiée à l'article L. 521-1 et s. du code de justice administrative. Sur cette réforme, v. Marie-Christine ROUAULT, « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif », *Dalloz*, 2001, p. 398 ; Jean-Luc PISSALOUX, « Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif », *Droit administratif*, 2001, chron. n° 18 et n° 21.

³⁴⁴⁸ Le sursis à exécution souffrait de nombreux défauts (v. CONSEIL D'ETAT, « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », RFDA, 2000, p. 941 ; Jean-Marc FEVRIER, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, thèse, droit, Toulouse, 1996). Les deux conditions auxquelles son octroi était suspendu faisaient l'objet d'une interprétation restrictive. L'exigence d'un « *moyen sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée* » conduisait finalement le juge à ne prononcer le sursis qu'en cas de certitude de l'illégalité de l'acte. De plus, l'exigence de « *conséquences difficilement réparables* » de l'acte en cause était difficile à démontrer. Il en résultait ainsi un faible nombre d'admission des demandes de sursis et ce dernier « *restait plus une possibilité théorique qu'une réalité pratique* » (Marie-Christine ROUAULT, « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas... », *op. cit.*, p. 398). Surtout, les délais exagérément longs dans lesquels le juge administratif se prononçait sur la demande de sursis n'en faisaient pas une véritable procédure d'urgence. L'acte administratif était souvent exécuté, avec son lot de conséquences potentiellement irréversibles (v. Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Chose jugée et fait accompli – Le juge, le préfet, le maire et le droit de l'environnement », LPA, 20 juin 1990, n° 74, p. 15), avant même que le juge ne se prononce, rendant totalement inutile la procédure de sursis à exécution. La réforme opérée par la loi du 30 juin 2000 entendait remédier à ces faiblesses. Le problème des délais a reçu une réponse par le biais d'une diminution des garanties procédurales. Même si cette tendance était déjà importante dans le cadre du sursis à exécution (v. Jean-Marc FEVRIER, « Remarques sur la procédure du sursis à exécution (L'exemple du contentieux de l'urbanisme) », *Droit et ville*, 1998, n° 46, p. 11), le juge des référés est désormais par principe un juge unique (Sur les aspects procéduraux, v. Daniel GILTARD, « Référés (Urgence) », *op. cit.*, n° 21 et s.). Bien que cela puisse présenter des inconvénients, notamment dans les cas où le juge unique rejette la demande sans audience, il faut admettre que cela a permis au juge des référés de pouvoir statuer dans des délais relativement satisfaisants. En outre, plusieurs importantes améliorations ont été apportées par la réforme. D'une part, la suspension peut désormais frapper une décision de rejet. Cette possibilité était auparavant exclue par la jurisprudence car cela conduisait à adresser une injonction à l'administration (CE, ass., 23 janvier 1970, *Amoros*, rec., p. 51 ; RDP, 1970, p. 1035, note Marcel WALINE), ce à quoi le juge se refusait en dépit du pouvoir d'injonction dont il disposait depuis 1995. Introduite par voie d'amendement parlementaire dans la loi du 30 juin 2000, cette possibilité a ensuite été admise par le Conseil d'Etat (CE, sect., 28 février 2001, *M. Philippart & M. Lesage*, n° 230112 et n° 230520 ; RFDA, 2001, p. 390, concl. Didier CHAUVAUX) Le Conseil d'Etat avait en réalité abandonné sa jurisprudence *Amoros* peu de temps avant l'entrée en vigueur de la réforme (CE, sect., 20 décembre 2000, *Ouatah*, rec., p. 643 ; RFDA, 2001, p. 371, concl. Francis LAMY). D'autre part, le juge a ensuite considéré qu'un préjudice financier pouvait être constitutif d'une situation d'urgence (CE, sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, RFDA, 2001, p. 378, concl. Laurent TOUVET), alors que la notion de préjudice difficilement réparable qui prévalait sous l'empire du sursis à exécution s'y opposait.

³⁴⁴⁹ En ce sens, v. Jean-Luc PISSALOUX, « Quelques réflexions dubitatives... », *op. cit.* n° 21.

A. L'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision

863. L'article L. 521-1 du code de justice administrative fait de l'existence d'un « *moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* » l'une des deux conditions de l'octroi de la suspension de l'acte. Cette nouvelle formulation de l'exigence d'un moyen sérieux qui était de mise sous l'empire du sursis à exécution paraît moins contraignante dès lors que désormais, seul un doute quant au caractère sérieux du moyen suffit à remplir cette condition. En effet, le régime antérieur « *avait souvent conduit le juge à ne prononcer le sursis à exécution qu'en cas de moyen réellement fondé* »³⁴⁵⁰. Sur le papier, le nouveau régime est plus souple puisque le juge ne se livre qu'à un examen *prima facie* de la légalité de l'acte. Ainsi, « *la mesure de référé est conçue comme une précaution, en attendant que le juge du fond prenne une position plus argumentée quant à la légalité de l'acte incriminé* »³⁴⁵¹. Il arrive d'ailleurs parfois que le juge du principal ne prononce pas l'annulation alors que l'acte avait été suspendu, ce qui confirme qu'au stade du référé, le juge peut retenir un doute quant à la légalité de l'acte sans pour autant accueillir le moyen au fond. Paul Cassia donne ainsi l'exemple de l'arrêt *Commune de Narbonne* rendu par le Conseil d'Etat le 27 juillet 2005 en matière d'urbanisme³⁴⁵². Au stade du référé, le moyen fondé sur l'article L. 146-4 du code de l'urbanisme (défaut d'urbanisation en continuité avec les agglomérations et villages existants) avait été considéré comme suscitant un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. Le juge du fond avait ensuite jugé que l'urbanisation en cause se situait bien en continuité avec les agglomérations et villages existants. Pour autant, il nous semble que la portée de cette décision ne doit pas être exagérée tant l'interprétation de la loi littoral est délicate³⁴⁵³. D'ailleurs, il n'est pas certain que la situation ait complètement changé par rapport à l'époque du sursis à exécution. En effet, pour les membres du Conseil d'Etat en charge de la chronique de jurisprudence administrative dans les colonnes de l'*AJDA*, « *pour être de nature à créer un doute sérieux au stade du référé, un moyen est presque sûrement regardé comme opérant* »³⁴⁵⁴.

En outre, si le rôle du juge du référé est de préserver l'interprétation du juge du principal, il n'est pas de produire des interprétations nouvelles. C'est le sens de la jurisprudence *Carminati* du 30 décembre 2002³⁴⁵⁵. En effet, le juge du référé-suspension « *se*

³⁴⁵⁰ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 464.

³⁴⁵¹ Franck MODERNE, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. Vers une banalisation des procédures d'urgence », RFDA, 2007, p. 91.

³⁴⁵² CE, 27 juillet 2005, *Commune de Narbonne*, BJD, 2006, p. 47, concl. Didier CHAUVAUX. V. Paul CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », RFDA, 2007, p. 45.

³⁴⁵³ V. *supra*, § 850 à 857.

³⁴⁵⁴ Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « De la bien curieuse existence d'un droit naturel des référés – note sur CE, 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et a.*, n° 355792 », AJDA, 2012, p. 943.

³⁴⁵⁵ CE, 30 déc. 2002, *Carminati*, RFDA, 2003, p. 179 ; AJDA, 2007, p. 1274, étude Cédric GROULIER ; CE, 21 octobre 2005, *AIDES*, rec., p. 438.

prononce en l'état de la jurisprudence »³⁴⁵⁶, il ne se prononce pas sur les moyens nouveaux tirés de l'incompatibilité de la décision avec un engagement international. L'office du juge des référés, marqué par l'urgence, ne lui permet en principe pas d'examiner des moyens qui exigent un examen approfondi. Cela peut néanmoins limiter de façon substantielle la portée de la procédure de référé dans des domaines où le droit international occupe une place importante comme en matière d'environnement. De plus, il n'est pas certain que l'examen d'un moyen fondé sur une convention internationale soit nécessairement plus complexe que celui qui est fondé sur une disposition législative³⁴⁵⁷.

B. La condition d'urgence

864. Au terme de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, au delà de la condition tenant au doute sérieux quant à la légalité de la décision, le juge ne peut en prononcer la suspension que lorsque cette dernière est justifiée par l'« urgence ». Le Conseil d'Etat a très rapidement dû préciser ce qu'il fallait entendre par « urgence ». Ainsi, dans un arrêt *Confédération nationale des radios libres* rendu trois semaines après l'entrée en vigueur de la réforme, il juge que la condition d'urgence « doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »³⁴⁵⁸. Ainsi, l'exigence d'un préjudice suffisamment grave se rapproche en quelque sorte de celle d'un préjudice difficilement réparable valable sous l'empire du sursis à exécution sans pour autant se confondre avec elle³⁴⁵⁹. L'exigence d'un préjudice immédiat est quant à elle susceptible de restreindre les cas d'octroi du sursis, tel que le montre la mise en œuvre de la procédure en matière d'environnement et d'urbanisme.

En outre, le juge doit mentionner dans sa décision les raisons de droit ou de fait qui sont selon lui de nature à justifier l'urgence³⁴⁶⁰ et se livrer à une appréciation *in concreto* de l'urgence tout en appréciant celle-ci « objectivement et compte tenu de l'ensemble des

³⁴⁵⁶ Paul CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension... », RFDA, 2007, p. 45..

³⁴⁵⁷ Pour une critique plus large, v. Cédric GROULIER, « Contrôle de conventionnalité de la loi et référé – De quelques doutes sérieux sur la jurisprudence Carminati », AJDA, 2007, p. 1274. Il n'est en outre pas certain que l'avenir de la jurisprudence *Carminati* soit assuré. Dans le champ du référé liberté, le Conseil d'Etat a jugé qu'un « moyen tiré de l'incompatibilité de dispositions législatives avec les règles du droit de l'Union européenne est de nature à être retenu, eu égard à son office, par le juge des référés en cas de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit de l'Union » (CE, 16 juin 2010, *Mme Diakité*, AJDA, 2010, p. 1662, note O. Le BOT).

³⁴⁵⁸ CE, sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, RFDA, 2001, p. 378, concl. Laurent TOUVET.

³⁴⁵⁹ Cette nouvelle formulation permet la prise en considération des préjudices purement financiers. En outre, l'exemple de la mise en œuvre du référé en matière d'environnement montre que tout préjudice irréversible ne se révèle pas pour autant « suffisamment grave » (v. *infra*, § 869 et s.).

³⁴⁶⁰ CE, sect., 25 avril 2001, *Assoc. des habitants du littoral du Morbihan*, rec., p. 220 ; RFDA, 2001, p. 849, concl. Francis LAMY.

circonstances de chaque espèce »³⁴⁶¹. L'appréciation de l'urgence n'en est pas moins exempte de toute subjectivité. Patrice Chrétien la compare ainsi au jugement esthétique « *nul ne peut prouver (démontrer par des arguments rationnels) que tel objet est beau ou sublime ; en revanche, on peut ressentir ou éprouver le même sentiment. Il y a un peu de cela dans l'urgence* »³⁴⁶².

865. Au surplus, le juge administratif a introduit la technique du bilan³⁴⁶³ dans l'appréciation de l'urgence. Dans son arrêt *Préfet des Alpes-Maritimes* du 28 février 2001³⁴⁶⁴, il refuse de suspendre l'autorisation d'une décharge car l'inexécution de la décision aurait elle-même créé des dommages à l'environnement compte tenu de l'absence de solution alternative de traitement des déchets sur le territoire en question. C'est ainsi que sans le dire explicitement, le juge des référés adopte la technique du bilan. D'un côté de la balance se situe l'intérêt général lié à l'exécution de l'acte – c'est-à-dire l'urgence à exécuter – et de l'autre l'intérêt du requérant et/ou l'intérêt public lié à sa suspension – c'est-à-dire l'urgence à suspendre. Ainsi, « *dans un certain nombre d'hypothèses, la sauvegarde de l'intérêt général primera aux yeux des magistrats sur les intérêts légitimes des administrés et de la légalité* »³⁴⁶⁵. L'opportunité s'introduit ainsi dans l'office du juge des référés.

L'opportunité s'introduit encore par le biais de la faculté dont dispose le juge de ne pas suspendre l'acte alors même que les deux conditions d'octroi du référé sont satisfaites. La suspension de l'acte relève en effet de la discrétion du juge. Selon les termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le juge « peut » suspendre la décision administrative lorsque les conditions sont réunies, sa compétence n'est pas liée. Le juge administratif s'est ainsi saisi de cette possibilité, même si ce n'est qu'« *à titre exceptionnel* » qu'une telle faculté peut être utilisée³⁴⁶⁶.

866. La condition d'urgence, l'utilisation de la technique du bilan et la faculté qui est laissée au juge des référés de ne pas suspendre alors que les conditions sont réunies sont particulièrement critiquables en ce qu'elles constituent des facteurs importants de limitation de l'utilité de la procédure du référé-suspension au regard de sa fonction de préservation de l'interprétation du juge du principal. Il sera néanmoins possible d'y revenir à travers l'étude de la mise en œuvre de cette procédure en matière d'environnement et d'en proposer l'atténuation. Avant cela, la mise en œuvre de cette procédure en matière d'urbanisme permet d'en éclairer la fonction de préservation de l'interprétation du juge et de lutte contre le fait accompli.

³⁴⁶¹ CE, sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, rec., p. 109 ; RFDA, 2001, p. 399, concl. Pascal FOMBEUR.

³⁴⁶² Patrice CHRETIEN, « La notion d'urgence », RFDA, 2007, p. 38.

³⁴⁶³ V. *supra*, § 777.

³⁴⁶⁴ CE, sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, rec., p. 109 ; RFDA, 2001, p. 399, concl. Pascal FOMBEUR.

³⁴⁶⁵ Benoît CAVIGLIOLI, « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », AJDA, 2003, p. 642.

³⁴⁶⁶ CE, 15 juin 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, rec., p. 1120. Cette possibilité existait déjà sous l'empire du sursis à exécution : CE, 13 fév. 1976, *Assoc. de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, rec., p. 100 ; RDP, 1976, p. 903, note Roland DRAGO.

II. La mise en lumière de la fonction du référé-suspension à travers le contentieux de l'urbanisme

L'urbanisme constitue probablement l'un des domaines dans lequel le référé-suspension est le plus utilisé³⁴⁶⁷ et le plus utile. Même si la réforme de 2000 « *n'a pas conduit à une évolution quantitative significative par rapport au sursis à exécution* »³⁴⁶⁸ en ce qui concerne le nombre d'octroi de la suspension, le référé-suspension est dans ce domaine un instrument procédural utile qui remplit pleinement sa fonction de préservation de l'interprétation du juge du principal (B), principalement en raison d'un assouplissement important de la condition d'urgence (A).

A. L'assouplissement de la condition d'urgence en matière d'urbanisme

867. Traditionnellement, le juge administratif exige, au titre de la condition d'urgence, que le requérant démontre un préjudice suffisamment grave engendré par l'exécution de la décision administrative. En matière d'urbanisme, plus précisément lorsque la décision administrative porte sur l'autorisation d'une construction, l'urgence est en principe présumée³⁴⁶⁹, compte tenu du « *caractère difficilement réversible de la construction d'un bâtiment* »³⁴⁷⁰. Dès lors, en principe, l'irréversibilité des effets de la décision administrative d'urbanisme vaut *a priori* « *préjudice suffisamment grave* ».

Pour autant, l'urgence n'est présumée que dans la mesure où les travaux de construction sont en cours d'exécution. On retrouve ici l'exigence d'immédiateté du préjudice. Ainsi, pour que la condition d'urgence soit satisfaite, les travaux doivent être sur le point de commencer ou avoir débuté³⁴⁷¹. Il faut encore que la construction ne soit pas quasiment terminée à la date de l'audience³⁴⁷², encore moins qu'elle soit achevée³⁴⁷³.

³⁴⁶⁷ V. Jean-Marc FEVRIER, « Remarques sur la procédure du sursis à exécution... », *op. cit.*, p. 10.

³⁴⁶⁸ René CRISTINI et Pierre-Paul DANNA, « Le contentieux administratif », in GRIDAUH, *Etat de droit et urbanisme*, *op. cit.*, p. 97.

³⁴⁶⁹ CE, 27 juillet 2001, *Commune de Meudon*, rec., p. 1115. L'urbanisme n'est pas le seul domaine dans lequel l'urgence est présumée. Cela est aussi le cas en droit des étrangers (CE, 2 octobre 2002, *Hakkar* ; AJDA, 2004, p. 1354, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA). Par ailleurs, l'article 2131-6 al. 3 du code général des collectivités territoriales dispense les demandes de suspension introduites par le préfet dans le cadre du déféré préfectoral d'avoir à démontrer la satisfaction de la condition d'urgence. L'alinéa 4 du même article dispose en outre que « *jusqu'à ce que le président du tribunal administratif (...) ait statué, la demande de suspension en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public formulée par le représentant de l'Etat dans les dix jours à compter de la réception de l'acte entraîne la suspension de celui-ci. Au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception, si le juge des référés n'a pas statué, l'acte redevient exécutoire* ».

³⁴⁷⁰ CE, 15 juin 2007, *Arnaud*, n° 300208 ; JCP A, 2007, n° 2210, note Philippe BILLET.

³⁴⁷¹ CE, 30 mai 2001, *Commune de Dieulefit*, n° 231797.

³⁴⁷² CE, 26 juin 2002, *Mme Demblas*, rec., p. 863.

En outre, le juge applique là aussi la technique du bilan. La présomption peut être neutralisée par l'urgence qu'il peut y avoir à exécuter la décision administrative accordant un permis de construire³⁴⁷⁴.

B. Le bénéfice lié à l'atténuation de la condition d'urgence au regard de la fonction du référé-suspension

868. En dépit de ses limites, le bénéfice lié à l'atténuation de la condition d'urgence dans le domaine de l'urbanisme est particulièrement important. S'il est un domaine dans lequel le juge peut se retrouver devant le fait accompli, c'est bien celui de l'urbanisme. En effet, quand bien même le permis de construire serait annulé par le juge, la rétroactivité de l'annulation est dans ce domaine particulièrement difficile à satisfaire dès qu'elle implique la démolition de la construction³⁴⁷⁵. Compte tenu de ces difficultés, il existe donc un risque important que l'interprétation livrée par le juge du fond soit totalement privée d'effet. C'est probablement pour cette raison que le juge administratif a institué une présomption d'urgence dans ce domaine. Une conception exigeante de la condition d'urgence aurait en effet conduit à annihiler l'objet de la procédure de référé-suspension. Il est *in fine* possible de retenir de l'exemple de la mise en œuvre du référé-suspension dans le domaine de l'urbanisme que, pour que cette procédure assure véritablement sa fonction, la condition d'urgence doit être reléguée au second plan. Le contre-exemple de la mise en œuvre de cette procédure en matière d'environnement nous conduira d'ailleurs à la même conclusion.

Pour autant, l'octroi relativement souple du référé-suspension dans le domaine de l'urbanisme ne doit pas induire en erreur. En effet, dans ce domaine, « *le juge arbitre des conflits entre intérêts privés (...). L'absence présumée de toute considération d'intérêt public incline à une attitude plus libérale* »³⁴⁷⁶. Le juge n'est que rarement conduit à opposer l'intérêt public qui s'attache à l'exécution de l'acte à l'intérêt qui s'attache à sa suspension. Cette situation est en revanche beaucoup plus fréquente en matière d'environnement.

³⁴⁷³ CE, 26 mai 2004, *Société Alsatia*, n° 260462 ; CE, 8 octobre 2008, *Association défense de l'environnement de Bormes et du Lavandou*, n° 313290.

³⁴⁷⁴ CE, 14 octobre 2009, *Association Bois-le-Roi environnement qualité de vie*, n° 324908 ; CE, 22 mars 2010, *Mme Seghier*, n° 324763 ; *Droit administratif*, 2010, comm. 86, note Rozen NOGUELLOU ; CE, 9 février 2011, *M. et Mme Chastenet* ; *Constr.-urb.*, 2011, comm. 55, note X. COUTON.

³⁴⁷⁵ V. *infra*, § 916 et s..

³⁴⁷⁶ Jean-Marc FEVRIER, « Remarques sur la procédure du sursis à exécution... », *op. cit.*, p. 25. L'auteur note ainsi que « *lorsque l'immeuble est construit au profit d'une personne publique, le juge est nettement plus réticent à accorder le sursis* ».

III. La mise en lumière des limites du référé-suspension à travers le contentieux de l'environnement

Contrairement à ce qui prévaut en matière d'urbanisme, l'admission du référé-suspension en matière d'environnement est relativement restrictive (**A**), alors même que ce domaine est, comme l'urbanisme, confronté aux enjeux liés à l'irréversibilité qui découle de l'exécution des décisions administratives. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu des procédures « sur mesure » dans le domaine de l'environnement (**B**). Cela conduit à envisager un certain nombre de propositions tendant à la rénovation de la procédure du référé-suspension dans le but de lui permettre d'assurer pleinement sa fonction de préservation de l'interprétation (**C**).

A. L'admission restrictive du référé-suspension dans le contentieux environnemental de droit commun

Dès lors que les procédures de référé entrent dans le champ d'application de l'article 9, paragraphe 4, de la Convention d'Aarhus³⁴⁷⁷, celles-ci doivent « *offrir des recours suffisants et effectifs* ». Or, si la procédure de sursis à exécution qui prévalait avant la réforme introduite par la loi du 30 juin 2000 n'était pas efficace dans ce domaine³⁴⁷⁸, la nouvelle procédure de référé-suspension n'a pas véritablement changé la donne. Contrairement à l'enthousiasme suscité par cette réforme au sein de la doctrine, un auteur avait exprimé de vives inquiétudes concernant sa mise en œuvre dans le domaine de l'environnement³⁴⁷⁹. L'appréciation de la condition d'urgence (**1**), comme l'importation de la technique du bilan y afférant (**2**), suscitent d'importantes critiques.

³⁴⁷⁷ V. Décision du Comité n° ACCC/C/2008/33 du 24 septembre 2010 ; RJE, 2012, p. 110, chron. Julien Bétaille.

³⁴⁷⁸ V. Robert HANICOTTE, « Les sursis à exécution : point névralgique de la protection de l'environnement », RDP, 1995, p. 1583.

³⁴⁷⁹ V. Xavier BRAUD, « Commentaire partiel de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives – Du sursis à exécution au référé suspension, simple réforme en trompe-l'œil ou évolution inquiétante ? », RJE, 2000, p. 575. Sur les conséquences de la réforme dans ce domaine, v aussi Benoist BUSSON, « L'urgence en matière de protection de l'environnement : avancées et limites du référé administratif », *Droit de l'environnement*, 2001, n° 88, p. 93 ; Pascal TROUILLY, « L'environnement et les nouvelles procédures d'urgence devant le juge administratif », *Environnement*, août 2002, p. 7 ; Jean-Daniel CHETRIT, « Remarques sur l'effectivité des référés dans le domaine environnemental », in Chantal CANS (dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p. 183.

1) Une appréciation restrictive de la condition d'urgence

869. Si, dans le domaine de l'environnement, le Conseil d'Etat entend parfois l'urgence dans son sens usuel et accorde la suspension de l'acte³⁴⁸⁰, de manière générale, « *la nouvelle condition d'urgence est infiniment plus restrictive que celle du préjudice difficilement réparable* »³⁴⁸¹ qui prévalait sous l'empire du sursis à exécution. En effet, dans ce dernier cadre, l'exigence d'un préjudice difficilement réparable était plus proche de la notion d'irréversibilité que ne l'est celle de préjudice grave désormais exigée dans le cadre du référé suspension. Il était alors facilement constitué par la démonstration de l'atteinte à l'état des lieux³⁴⁸². Désormais, l'irréversibilité de l'atteinte à l'environnement ne rime pas nécessairement avec la gravité du préjudice qui est exigée pour satisfaire à la condition d'urgence. En outre, la démonstration d'un « risque » de préjudice grave n'est pas suffisante pour satisfaire à la condition d'urgence³⁴⁸³, ce qui peut évidemment apparaître comme étant directement contraire au principe de précaution, constitutionnalisé depuis lors.

Une autre raison de l'admission restrictive de l'urgence en matière d'environnement tient à l'exigence d'immédiateté du préjudice. Cette condition s'applique aux permis de construire, lesquels peuvent évidemment avoir d'importantes conséquences sur l'environnement. Elle concerne aussi les déclarations d'utilité publique dont on connaît l'impact considérable sur l'environnement lorsqu'il s'agit de projets d'infrastructure. Dans ce domaine, le Conseil d'Etat a ainsi jugé que l'immédiateté du préjudice faisait défaut³⁴⁸⁴. En effet, la déclaration d'utilité publique est, lorsque sa mise en œuvre nécessite des expropriations, suivie d'autres actes juridiques sans lesquels les travaux ne peuvent débuter. Pourtant, le Conseil d'Etat a parfois rejeté un référé tendant à la suspension d'un arrêté de cessibilité, cela en raison de l'intérêt qui s'attache à une réalisation rapide d'un projet d'infrastructure de transport³⁴⁸⁵.

En outre, étant donné que le juge des référés apprécie l'urgence qu'il peut y avoir à suspendre l'acte à la date à laquelle il se prononce³⁴⁸⁶, il est particulièrement difficile pour le requérant, notamment en matière de permis de construire, de déposer sa demande de référé au bon moment. Si la demande est présentée trop tôt, les travaux n'auront pas encore commencé

³⁴⁸⁰ En ce sens, v. CE, sect., 12 février 2001, *Assoc. France Nature Environnement*, n° 229797 ; LPA, 2001, n° 46, p. 18, note Hervé de GAUDEMAR ; CE, ord. réf., 1^{er} août 2002, *Association France Nature Environnement* ; AJDA, 2002, p. 1140, note Laurent FONBAUSTIER.

³⁴⁸¹ Xavier BRAUD, « Les impacts négatifs du référé-suspension sur la protection de l'environnement », RJE, 2003, p. 193.

³⁴⁸² V. Xavier BRAUD, *ibidem*, p. 197.

³⁴⁸³ V. Xavier BRAUD, *ibidem*, p. 199.

³⁴⁸⁴ CE, 8 mars 2001, *Association pour la protection de la population et de l'environnement des vallées de la Creuse et de la Gartempe*, rec., p. 1112 ; CJEG, 2001, p. 311, note R. SAVIGNAT.

³⁴⁸⁵ CE, 3 avril 2006, *Société Placoplâtre*, rec., p. 181 ; AJDA, 2006, p. 755, note René HOSTIOU. Pour une critique de cette décision, v. Patrice CHRETIEN, « La notion d'urgence », RFDA, 2007, p. 38.

³⁴⁸⁶ CE, 31 octobre 2001, *Mme Dourel*, rec., p. 527.

et le référé sera en principe rejeté. Dans le cas inverse, les travaux risquent d'être déjà terminés.

De plus, on peut parfaitement comprendre qu'il soit totalement inutile de suspendre la décision lorsque les travaux sont achevés. En revanche, il nous semble que le refus du juge administratif, en matière de permis de construire, de suspendre un tel acte lorsque les travaux n'ont pas encore débuté est difficilement justifiable dans la mesure où il semble directement contraire au devoir constitutionnel de prévention des atteintes à l'environnement³⁴⁸⁷ qui, il faut le rappeler, pèse sur l'ensemble des pouvoirs publics et des personnes privées, y compris sur la juge administratif.

2) *L'importation contestable de la technique du bilan*

870. L'importation de la technique du bilan dans la procédure de référé-suspension est particulièrement contestable. En premier lieu, l'intérêt général qui s'attache à la protection de l'environnement³⁴⁸⁸ ne sort que rarement vainqueur de la confrontation des intérêts publics. Contrairement au contentieux des permis de construire, dans le contentieux environnemental, un intérêt public s'attache souvent à l'exécution de l'acte, qu'il s'agisse de réaliser des équipements publics ou encore de préserver des enjeux économiques. Il arrive parfois que la confusion entre intérêt public et intérêt environnemental soit reconnue par le juge, comme cela fut le cas dans l'affaire du désamiantage du porte-avion *Clémenceau*³⁴⁸⁹. Pour autant, dans de nombreux autres cas, le juge administratif fait prévaloir une autre variété d'intérêt public sur celui qui s'attache à la protection de l'environnement, comme cela est d'ailleurs le cas dans le cadre classique du contrôle de l'utilité publique. De façon plus générale, le juge administratif n'assure pas véritablement la protection des requérants dans la mesure où, « lorsqu'il est en présence d'un conflit entre intérêt général et intérêt privé, le juge administratif fait quasiment systématiquement prévaloir l'intérêt général »³⁴⁹⁰. De ce point de vue, la jurisprudence n'est pas réellement différente de celle qui prévalait sous l'empire du sursis à exécution³⁴⁹¹.

871. En deuxième lieu, si faire prévaloir une autre variété d'intérêt général sur celui qui s'attache à la protection de l'environnement est parfaitement admissible sur un plan strictement politique, cela est parfois beaucoup plus contestable sur le plan juridique. Si l'on reprend l'exemple de l'affaire *Préfet des Alpes-Maritimes*³⁴⁹², le choix de construire une

³⁴⁸⁷ Article 3 de la Charte de l'environnement.

³⁴⁸⁸ Article L. 110-1 du code de l'environnement.

³⁴⁸⁹ CE, 15 février 2006, *Association Ban Abestos France et a.*, rec., p. 78, RDP, 2006, p. 1671, concl. Yann AGUILA.

³⁴⁹⁰ Benoît CAVIGLIOLI, « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », AJDA, 2003, p. 642.

³⁴⁹¹ V. Benoît CAVIGLIOLI, *ibidem*, p. 642.

³⁴⁹² CE, sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, rec., p. 109 ; RFDA, 2001, p. 399, concl. Pascal FOMBEUR.

décharge plutôt qu'un centre de tri des déchets est, sur le plan politique, parfaitement légitime en soi. Pour autant, l'importation de la technique du bilan n'incite pas à assurer le respect du principe, ou du « devoir », de prévention qui prévaut en droit de l'environnement³⁴⁹³. Dans cette affaire, il est évident que la position du juge administratif n'a pas incité à prévoir des moyens de réduction de la quantité de déchets à traiter. Xavier Braud en tire la conclusion suivante : « l'urgence à exécuter, qui permet d'échapper à la suspension, peut donc très aisément être organisée par l'autorité administrative. Il lui suffit de ne pas traiter les problèmes à la source pour se trouver acculée »³⁴⁹⁴. De plus, si le doute sérieux quant à la légalité de l'acte a été reconnu, il est fort probable que cet acte soit finalement annulé. Les problèmes suscités par l'exécution de l'acte devront alors être éliminés rétroactivement, ce qui sera évidemment beaucoup plus difficile, voire impossible. En outre, selon un auteur, « le prononcé d'une mesure de suspension peut affecter un intérêt général, mais dans ce cas, il est équitable de considérer que c'est à l'administration qui n'a pas su préserver son action d'un soupçon d'illégalité, et non à l'administré lésé, d'en supporter les conséquences »³⁴⁹⁵.

872. En troisième lieu, la technique du bilan nous semble inadaptée dans le cadre de l'urgence, plus encore que dans le cadre d'une décision au fond. En effet, la pesée des intérêts propre à la technique du bilan exige que les intérêts en cause puissent être correctement représentés et discutés. Or, les délais propres à l'urgence ne le permettent pas nécessairement. En effet, selon François Ost et Michel Van de Kerchove, il faut « déplacer le regard des questions de méthodes en direction des cadres procéduraux de la décision. Il s'agirait cette fois d'améliorer les conditions de représentation des intérêts en présence de façon à mieux éclairer le juge »³⁴⁹⁶, notamment par le biais de l'éthique de la discussion, c'est-à-dire, dans ce contexte, d'une pleine expression des droits de la défense. Outre que la représentation de l'intérêt environnemental est plus difficile et plus complexe que pour d'autres types d'intérêts³⁴⁹⁷, les droits de la défense et le principe du contradictoire sont nécessairement limités dans le cadre des procédures de référé, d'autant plus depuis la réforme introduite par la loi du 30 juin 2000. Il serait dès lors possible de se demander si la technique du bilan n'est pas purement et simplement incompatible avec le contexte d'urgence qui caractérise le référé-suspension.

873. Plus globalement, la jurisprudence qui introduit la technique du bilan dans le cadre du référé-suspension « assure la victoire, au nom de l'intérêt général, du privilège du préalable sur le principe de légalité »³⁴⁹⁸. Elle introduit en effet une nouvelle « réserve d'intérêt général », selon l'expression de Jean-Bernard Auby sur laquelle il faudra revenir au stade de l'étude de l'exécution des décisions de la juridiction administrative.

³⁴⁹³ Article 3 de la Charte de l'environnement ; article L. 110-1 du code de l'environnement.

³⁴⁹⁴ Xavier BRAUD, « Les impacts négatifs du référé-suspension... », *op. cit.*, p. 203. L'auteur donne d'autres exemples, notamment en matière de préservation de la ressource en eau (TA Nantes, 21 septembre 2001, *Sauvegarde de la Loire angevine*, RJE, 2002, p. 71).

³⁴⁹⁵ Benoît CAVIGLIOLI, « Le recours au bilan... », *op. cit.*, p. 642.

³⁴⁹⁶ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 442.

³⁴⁹⁷ V. *supra*, § 736.

³⁴⁹⁸ Benoît CAVIGLIOLI, « Le recours au bilan... », *op. cit.*, p. 642.

B. La réaction du législateur par la création de référés « sur mesure »

En 2000, le rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat relevait déjà que l'interprétation restrictive des conditions du sursis à exécution avait conduit à la création par le législateur de nombreuses procédures de référé dérogatoires, notamment dans le domaine de l'environnement³⁴⁹⁹, mais aussi en matière de référé préfectoral³⁵⁰⁰. Ce rapport en préconisait alors la suppression, considérant que la nouvelle procédure du référé-suspension allait permettre d'élargir l'octroi de la mesure de suspension et ainsi de rendre inutiles ces procédures taillées sur mesure. Pour autant, le législateur n'avait pas été convaincu par cette argumentation et avait implicitement souhaité conserver ces procédures dérogatoires. Dix ans après l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, le législateur n'a pas semblé plus convaincu dans la mesure où il a institué, dans le domaine de l'environnement, de nouvelles procédures dérogatoires au droit commun par le biais de la loi dite « Grenelle II ». Ainsi, dans le domaine de l'environnement, il s'est attaché de façon constante à contourner la condition d'urgence (1), ayant probablement pris conscience de l'obstacle qu'elle pouvait constituer. C'était cependant sans compter sur la ténacité du Conseil d'Etat qui, par le biais d'une interprétation *contra legem*, s'est arrogé la possibilité de ne pas suspendre un acte alors que les conditions d'octroi de la mesure de suspension étaient satisfaites (2).

1) *Le contournement constant de la condition d'urgence*

874. Tout d'abord, le législateur a, dès 1976, souhaité instituer un régime dérogatoire au sursis à exécution, puis au référé-suspension, concernant les décisions qui sont soumises à la réalisation d'une étude d'impact environnemental³⁵⁰¹. Ainsi, l'actuel article L. 122-1 du code de l'environnement dispose que « *si une requête déposée devant la juridiction administrative contre une autorisation ou une décision d'approbation d'un projet visé au I de l'article L. 122-1 est fondée sur l'absence d'étude d'impact, le juge des référés, saisi d'une demande de suspension de la décision attaquée, y fait droit dès que cette absence est constatée* ». En apparence, cet article supprime les deux conditions classiques du référé-suspension de droit commun. En réalité, seule la condition d'urgence est mise de côté dans la mesure où l'absence d'étude d'impact est de nature à entraîner l'annulation de la décision. Dès lors qu'il y a absence d'étude d'impact, la condition tenant au doute sérieux quant à la légalité de la décision est nécessairement remplie. Le débat se déplace donc sur la question de l'absence

³⁴⁹⁹ V. CONSEIL D'ETAT, « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », RFDA, 2000, p. 941.

³⁵⁰⁰ Article L. 2131-6 al. 3 du code général des collectivités territoriales.

³⁵⁰¹ Sur cette procédure, v. Julien BETAÏLLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement: des insuffisances récurrentes », RJE, n° spécial, 2010, p. 241.

d'étude d'impact. Si aucune étude d'impact n'accompagne la décision administrative, cette dernière sera nécessairement suspendue, d'autant que, jusqu'à aujourd'hui, le juge administratif a toujours considéré qu'il était tenu de prononcer la suspension lorsque l'absence d'étude d'impact est constatée³⁵⁰². Cette solution est parfaitement logique, même si elle est inverse à celle qui prévaut dans le cadre du référé-suspension de droit commun³⁵⁰³, dans la mesure où la formulation de l'article L. 122-1 du code de l'environnement ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au juge administratif. La question est cependant plus complexe lorsque la décision administrative est accompagnée d'un document revendiquant satisfaire aux exigences des dispositions du code de l'environnement relatives aux études d'impact. A un certain niveau de gravité, l'insuffisance de l'étude d'impact peut être assimilée par le juge à son absence³⁵⁰⁴ et ainsi entraîner la suspension de la décision administrative, mais le juge administratif est relativement exigeant sur le niveau de gravité exigé³⁵⁰⁵.

875. Ensuite, un mécanisme proche du précédent existe en ce qui concerne les décisions administratives soumises à une enquête publique relevant du code de l'environnement. L'actuel article L. 123-16 du code de l'environnement dispose en effet que « *le juge administratif des référés, saisi d'une demande de suspension d'une décision prise après des conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête, fait droit à cette demande si elle comporte un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de celle-ci* »³⁵⁰⁶. Ainsi, comme dans le cadre de l'étude d'impact, la condition d'urgence est mise de côté par le législateur lorsque les conclusions du commissaire enquêteur sont défavorables. Seule demeure la condition tenant au doute sérieux quant à la légalité de la décision, comme cela a été rappelé par le Conseil d'Etat³⁵⁰⁷. La portée de cette disposition ne doit cependant pas être surestimée. D'une part, les conclusions défavorables des commissaires enquêteurs brillent par leur extrême rareté³⁵⁰⁸. D'autre part, le juge administratif se réserve désormais la possibilité de rejeter la demande de référé quand bien même il existe un doute sérieux sur la légalité de la décision. Avant de revenir sur ce dernier point, il faut encore constater la persistance du législateur dans sa volonté de contourner la condition d'urgence.

³⁵⁰² CE, 16 avril 1982, *Commune d'Aubagne*, AJDA, 1982, p. 587, chron TIBERGHEN et LASSERRE.

³⁵⁰³ CE, 13 fév. 1976, *Assoc. de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, rec., p. 100 ; RDP, 1976, p. 903, note Roland DRAGO ; CE, 15 juin 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, rec., p. 1120.

³⁵⁰⁴ CE, 29 juillet 1983, *Commune de Roquevaire*, rec., p. 353 ; AJDA, 1983, p. 537, chron. B. LASERRE et J-M DELARUE.

³⁵⁰⁵ CE, 28 septembre 1984, *Rondeau et Chemouny*, RJE, 1984, p. 330.

³⁵⁰⁶ Les deux alinéas suivants de cet article précisent qu'« *il fait également droit à toute demande de suspension d'une décision prise sans que l'enquête publique requise par le présent chapitre ait eu lieu. L'alinéa précédent s'applique dans les mêmes conditions en cas d'absence de mise à disposition du public de l'évaluation environnementale ou de l'étude d'impact et des documents visés aux articles L. 122-1-1 et L. 122-8* ».

³⁵⁰⁷ CE, 29 mars 2004, *Commune de Soignolles-en-Brie*, JCP A, 2004, n° 27, note Philippe BILLET.

³⁵⁰⁸ En pratique, les commissaires enquêteurs sont encore réticents à rendre des conclusions défavorables, s'illusionnant sur la portée juridique de telles conclusions. Or, en droit, la dispense de la condition d'urgence dans le cadre d'une demande en référé est désormais la seule et unique conséquence juridique attachée à des conclusions défavorables.

876. Enfin, la loi « Grenelle II » adoptée en 2010 a allongé la liste des référés environnementaux « sur mesure »³⁵⁰⁹. L'article L. 122-12 du code de l'environnement dispose désormais que « *si une requête déposée devant la juridiction administrative contre une décision d'approbation d'un plan, schéma, programme ou autre document de planification visé aux I et II de l'article L. 122-4 est fondée sur l'absence d'évaluation environnementale, le juge des référés, saisi d'une demande de suspension de la décision attaquée, y fait droit dès que cette absence est constatée* ». Le législateur a ainsi étendu aux plans et programmes soumis à une évaluation environnement les dispositions de l'article L. 122-1 précité applicable aux projets soumis à étude d'impact. En outre, le nouvel article L. 414-4 IX du code de l'environnement étend le champ d'application de l'article L. 122-12 du code de l'environnement aux décisions pouvant affecter significativement les objectifs de conservation d'un site Natura 2000 qui sont intervenues sans avoir fait l'objet d'une évaluation des incidences du projet sur ce site.

877. La volonté du législateur de contourner la condition d'urgence est donc constante dans le domaine de l'environnement, celui-ci ayant probablement conscience des difficultés posées par l'interprétation de la condition d'urgence par le juge administratif. Ce dernier n'a pas pour autant entendu renoncer à une admission restrictive du référé-suspension dans ce domaine.

2) La persistance du juge administratif dans son admission restrictive du référé-suspension

878. Dans un arrêt *Commune de Conflans-Sainte-Honorine* du 16 avril 2012, le Conseil d'Etat témoigne de sa volonté de garder la possibilité de ne pas accorder la suspension d'une décision, quand bien même les conditions d'octroi seraient réunies³⁵¹⁰. La décision litigieuse était un projet de modification de la circulation aérienne d'approche de l'aérodrome de Paris-Charles-de-Gaulle. Cette décision avait fait l'objet d'un avis défavorable du commissaire enquêteur et le Conseil d'Etat avait reconnu l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Par conséquent, les conditions posées par les dispositions du code de l'environnement³⁵¹¹ étaient parfaitement remplies. Dans ce cas, le code de l'environnement prévoit que le juge « *fait droit* » à la demande de référé. L'indicatif valant en principe impératif en droit français, le juge administratif ne dispose pas, contrairement à ce qui est le cas pour le référé-suspension de droit commun, de la faculté de rejeter la demande de suspension.

³⁵⁰⁹ V. Raymond LEOST, « Le contentieux administratif de l'environnement après la loi Grenelle II : nouveaux délais de recours et extension du référé administratif », *Droit de l'environnement*, n° 186, 2011, p. 17.

³⁵¹⁰ CE, sect., 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et a.*, n° 355792, *Droit administratif*, 2012, comm. 59, note Fabrice MELLERAY ; AJDA, 2012, p. 943, note Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU.

³⁵¹¹ Nouvel article L. 123-16 précité.

879. Pour autant, le Conseil d'Etat a importé dans le cadre de ce référé dérogatoire sa jurisprudence *Société Robert Nioche et ses fils* du 15 juin 2001 selon laquelle il dispose de la faculté de rejeter la demande alors même que les conditions sont réunies. Il juge ainsi que les dispositions du code de l'environnement³⁵¹² ne font pas obstacle à ce que le juge écarte la demande de suspension « à titre exceptionnel, (...), lorsque la suspension de l'exécution de cette décision porterait à l'intérêt général une atteinte d'une particulière gravité ». Si, en l'espèce, la suspension aurait compromis « la continuité et la sécurité du trafic aérien et porterait ainsi à l'intérêt général une atteinte d'une particulière gravité », le juge n'en crée pas moins une nouvelle « réserve d'intérêt général » au prix d'une interprétation *contra legem* des dispositions du code de l'environnement. Ce type de tolérance à l'égard de l'administration ne l'incite évidemment pas à s'assurer en amont de la légalité de ses décisions. Plus largement, les membres du Conseil d'Etat en charge de la chronique de jurisprudence administrative à l'*AJDA* affirment demeurer « fort circonspects face à cette sorte d'office naturel du juge des référés, qui reconnaît à ce dernier, comme de toute évidence et de toute éternité, un pouvoir d'appréciation en opportunité de valeur supra-législative »³⁵¹³. Ce type de décision montre qu'il est probablement temps d'envisager une rénovation de la procédure de référé-suspension.

C. Propositions pour une rénovation de la procédure de référé-suspension

880. Si la réforme du sursis à exécution introduite en 2000 a, à plusieurs égards, représenté un progrès de la capacité du juge à préserver son interprétation, on ne peut néanmoins en déduire que les inconvénients du sursis à exécution ont tous disparu. Nombre de positions jurisprudentielles ont en effet été reprises par le Conseil d'Etat dans le cadre du référé-suspension.

881. Plusieurs propositions peuvent être envisagées pour, en quelque sorte, rénover la procédure du référé-suspension et lui permettre d'exercer pleinement sa fonction de préservation de l'interprétation du juge du fond. Une première proposition, parfois rencontrée en doctrine, doit être rejetée. Il s'agit de l'introduction, dans de nouvelles matières, de recours suspensifs. Cette proposition a été faite par Robert Hanicotte concernant le domaine de l'environnement³⁵¹⁴ ou plus largement par Daniel Chabanol. Ce dernier préconisait « que, dans certains domaines, le simple exercice d'un recours contre un acte vaille suspension du caractère exécutoire de cet acte. Il propose deux critères essentiels de choix pour recenser les

³⁵¹² La rédaction de l'article L. 2131-6 al. 3 du code général des collectivités territoriales étant très proche de celle du code de l'environnement, la jurisprudence *Commune de Conflans-Sainte-Honorine* est susceptible d'être étendue aux demandes de suspension introduites par le préfet dans le cadre du référé préfectoral.

³⁵¹³ Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « De la bien curieuse existence d'un droit naturel des référés... », *AJDA*, 2012, p. 943.

³⁵¹⁴ V. Robert HANICOTTE, « Les sursis à exécution : point névralgique... », *op. cit.*, p. 1606.

matières qui pourraient relever de ce régime : seraient concernées les décisions affectant gravement un droit fondamental du requérant, ou celles dont on sait qu'il ne sera pas matériellement possible d'en effacer les effets malgré une annulation »³⁵¹⁵. Cette proposition est évidemment séduisante, mais elle présente aussi plusieurs inconvénients sur le plan de l'effectivité de la norme. Elle impliquerait de prévoir des procédures de référé en sens inverse, permettant de faire suspendre, dans certains cas, l'effet suspensif du recours, c'est-à-dire de rétablir le caractère exécutoire des décisions administratives. Cette circonstance n'est cependant pas décisive. En revenant sur le caractère exécutoire des actes administratifs, l'introduction de recours suspensifs aurait pour effet de paralyser l'exécution de l'acte, alors même que cette exécution est évidemment l'une des conditions de son effectivité³⁵¹⁶. En outre, cela augmenterait le risque de voir se multiplier des recours dilatoires déposés dans le seul et unique but de paralyser l'action administrative³⁵¹⁷. Il nous semble ainsi que le caractère exécutoire des décisions administratives doit demeurer le principe, mais que ce principe doit pouvoir être, temporairement, plus facilement remis en cause qu'il ne l'est aujourd'hui.

882. Le principal moyen de permettre une remise en cause plus aisée du caractère exécutoire des décisions administratives est de supprimer, purement et simplement, la condition d'urgence dans le cadre du référé-suspension. Cette proposition n'est absolument pas nouvelle. Elle a été portée dès 1985 par René Chapus à propos du sursis à exécution³⁵¹⁸ puis relayée par Bertrand Seiller en 2001³⁵¹⁹. Il nous semble que l'étude du référé-suspension qui précède met en lumière combien elle est encore aujourd'hui nécessaire. L'exemple du droit de l'urbanisme montre que le référé-suspension peut se révéler particulièrement efficace lorsque la condition d'urgence est atténuée et celui du droit de l'environnement souligne combien elle peut poser problème et limiter considérablement la portée de la procédure de référé-suspension. Cette position peut encore être défendue sous l'angle du principe de légalité. Pour Bertrand Seiller, compte tenu du but de la procédure de référé-suspension, il serait *« juste d'en déduire que, dès qu'existent de forts indices d'illégalité, la décision doit être privée d'effets par l'octroi d'une suspension. Comment, en effet, admettre que, même sans effets trop contraignants, des décisions administratives illégales puissent bénéficier de leur caractère exécutoire jusqu'au jugement du recours les contestant ? »*³⁵²⁰. C'est en effet prendre ici le risque d'être mis devant le fait accompli et de paralyser *a priori* les effets de l'interprétation du juge. La suppression de la condition d'urgence permettrait en outre d'éliminer l'utilisation contestable de la technique du bilan afférente à l'appréciation de l'urgence, tout comme elle permettrait de supprimer l'exigence d'immédiateté du préjudice.

³⁵¹⁵ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 67.

³⁵¹⁶ V. *supra*, § 600 et s..

³⁵¹⁷ En ce sens, v. CONSEIL D'ETAT, « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », RFDA, 2000, p. 941.

³⁵¹⁸ V. René CHAPUS, « L'urgence en droit administratif – Rapport de synthèse », *Gaz. Pal.*, 6 juin 1985, p. 319.

³⁵¹⁹ Bertrand SEILLER, Note sur CE, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, rec., p. 29, *Daloz*, 2001, p. 1414.

³⁵²⁰ Bertrand SEILLER, *ibidem*, p. 1414.

883. Un autre moyen, complémentaire du premier, de redonner au référé-suspension sa véritable fonction, serait d'encadrer fermement, voire de supprimer, la faculté dont dispose le juge, soit qu'elle lui soit conférée par la loi, soit qu'il se l'octroie à lui-même, de rejeter la demande de référé lorsque toutes les conditions sont réunies. Dès 1985, René Chapus n'avait d'ailleurs pas hésité à formuler une proposition du même ordre³⁵²¹.

884. C'est nous semble-t-il à ce prix que le référé-suspension pourrait exercer pleinement sa fonction de préservation de l'interprétation du juge. Mais, au-delà d'être préservée, une fois qu'elle est exprimée par le juge, l'interprétation doit encore pouvoir être concrétisée dans le cadre de la situation juridique en cause.

§2 – Le pouvoir du juge de concrétiser son interprétation

885. Assurer la portée de l'interprétation du juge implique que celui-ci ait la possibilité de concrétiser son interprétation. Au-delà de l'invalidation de l'acte incriminé, le juge doit être en mesure de régler l'ensemble des questions soulevées par une situation juridique particulière. Lorsque le juge fait acte d'administrateur, il confère à la norme supérieure davantage d'effectivité que lorsqu'il se limite à annuler la norme inférieure contraire.

Or, traditionnellement, la distinction entre les contentieux de pleine juridiction et de l'excès de pouvoir tend à montrer que si le juge de pleine juridiction dispose des pouvoirs les plus étendus pour régler une situation juridique, celui de l'excès de pouvoir ne dispose que de pouvoirs limités **(I)**. Pour autant, depuis 1995, le juge administratif dispose d'un pouvoir d'injonction qui tend à rapprocher l'office du juge de l'excès de pouvoir de celui du juge de pleine juridiction **(II)**. Si ce rapprochement est indéniable, des difficultés similaires se font jour dans les deux types de recours, pour excès de pouvoir et de pleine juridiction **(III)**.

I. La distinction entre les pouvoirs du juge dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et du contentieux de pleine juridiction

886. « *A la différence du recours pour excès de pouvoir, les contentieux de pleine juridiction ne visent pas tant à défaire qu'à refaire* »³⁵²². En effet, si l'on met temporairement de côté le pouvoir d'injonction dont dispose désormais le juge, les pouvoirs du juge de l'excès

³⁵²¹ René CHAPUS, « L'urgence en droit administratif – Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 320. Il s'agit pour l'auteur de limiter cette faculté aux cas dans lesquels « *la suspension de l'exécution de la décision apparaît comme inutile ou insuffisamment utile (cas, par exemple, où il y a matière à penser qu'un permis de construire sera régularisé)* ».

³⁵²² Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2011, p. 52.

de pouvoir, un temps dénommé « *de moindre juridiction* », se limitent en principe à prononcer ou non l'annulation de l'acte. C'est un procès fait à un acte, pas beaucoup plus. A l'inverse, le contentieux de pleine juridiction porte sur une situation juridique, pas seulement, et même pas toujours³⁵²³, sur un acte. Le juge dispose en principe du pouvoir de réformer l'acte qui lui est déféré, pas seulement de celui de l'annuler. D'un côté, il s'agit de « *faire reconnaître une situation juridique. Dans l'autre, on demande l'annulation de l'acte* »³⁵²⁴. Ainsi pouvait-on estimer, principalement avant l'attribution en 1995 d'un pouvoir d'injonction au juge administratif, que dans le cadre de l'excès de pouvoir, « *la décision du juge administratif ne renseigne que partiellement les parties sur leurs droits et obligations* »³⁵²⁵. A l'inverse, dans le cadre du plein contentieux, le juge « *a vidé le litige (...) il a vraiment dit le droit* »³⁵²⁶.

Si l'on considérait, avant 1995, que les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir étaient limités, cela était principalement en raison de l'interdiction qui était faite au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration (A). A l'inverse, du moins dans les apparences, le juge de pleine juridiction dispose d'importants pouvoirs (B).

A. Des pouvoirs traditionnellement limités dans le cadre de l'excès de pouvoir

887. Si les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir se sont longtemps limités à celui d'annuler l'acte déféré devant lui, c'est principalement en raison de l'interdiction qui lui était faite jusqu'en 1995 d'adresser des injonctions à l'administration. Cette interdiction provient du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active. En effet, lorsque « *l'administration s'est vu retirer la qualité de juge, le juge administratif s'est vu interdire la possibilité de prendre des actes administratifs* »³⁵²⁷, de faire acte d'administrateur. L'interdiction d'adresser des injonctions à l'administration trouve sa justification historique dans le fait qu'il était pendant longtemps, aux yeux du juge administratif, la contrepartie de la soumission de l'administration au droit, d'un contrôle de l'action administrative progressivement étendu par le juge administratif.

888. Alors que le principe de séparation a longtemps justifié l'interdiction des injonctions, il n'a pas eu pour effet d'interdire totalement le pouvoir de réformation de l'acte alors qu'il est lui même très proche, voire dépasse, le pouvoir d'injonction qui existe depuis très

³⁵²³ Le plein contentieux dit « objectif » porte, comme le contentieux de l'excès de pouvoir, sur un acte. Cela est par exemple le cas du contentieux des installations classées. En revanche, d'autres variétés de plein contentieux comme celui de la responsabilité ou des contrats ne portent pas directement sur un acte administratif unilatéral.

³⁵²⁴ Jean-Marie WOEHLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in *Mélanges offerts à Guy Braibant, Dalloz*, 1996, p. 782.

³⁵²⁵ Jean-Marie WOEHLING, *ibidem*, p. 783.

³⁵²⁶ Jean-Marie WOEHLING, *ibidem*, p. 785.

³⁵²⁷ Jacques CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67.

longtemps dans le contentieux de pleine juridiction, notamment en matière d'installations classées³⁵²⁸. Pourtant, la prohibition des injonctions a longtemps été rappelée par le Conseil d'Etat³⁵²⁹, en dépit des critiques de l'office du juge de l'excès de pouvoir adressées par un célèbre Huron³⁵³⁰.

889. Ce « *tabou séculaire religieusement respecté par le Conseil d'Etat* »³⁵³¹ devait finalement tomber sous l'impulsion de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative³⁵³². Cette loi a été largement saluée par la doctrine³⁵³³. En confiant expressément au juge administratif la possibilité d'adresser des injonctions à l'administration³⁵³⁴, elle a initié une véritable rénovation du recours pour excès de pouvoir.

B. Des pouvoirs étendus dans le cadre du plein contentieux : illustration à partir du contentieux des installations classées

890. En principe, on considère traditionnellement que le juge administratif dispose de pouvoirs bien plus étendus lorsqu'il est saisi d'un recours de pleine juridiction, principalement en raison du pouvoir de réformation de l'acte dont dispose le juge de pleine juridiction. Ce pouvoir permet en effet au juge de vider le litige en apportant une réponse à l'ensemble des questions soulevées par une situation juridique. Si ce pouvoir est utile dans de nombreuses matières soumises au plein contentieux³⁵³⁵, par exemple en matière fiscale, électorale ou bien encore contractuelle, le domaine des installations classées pour la protection de l'environnement permet de se faire une bonne idée de l'office du juge de pleine juridiction. On a d'ailleurs pu considérer à son propos qu'il « *offre l'exemple même du "plein"* »

³⁵²⁸ V. Jacques CHEVALLIER, *ibidem*, p. 79.

³⁵²⁹ CE, 4 février 1976, *Elissonde*, rec., p. 1069 ; CE, 15 février 1978, *Plantureux*, rec., p. 73.

³⁵³⁰ Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, chron., 1962, p. 37. V. aussi Jean-Marc SAUVE, « La juge administratif face au défi de l'efficacité – Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la "critique managériale" », *RFDA*, 2012, p. 613.

³⁵³¹ René CHAPUS, « L'urgence en droit administratif... », *op. cit.*, p. 318.

³⁵³² Loi n° 95-125 du 8 février 1995 (*JORF*, 9 février 1995, p. 2175).

³⁵³³ V. Franck MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 1996, p. 43. Il demeure simplement un débat doctrinal sur le point de savoir si l'intervention de cette loi met totalement ou seulement partiellement fin au principe d'interdiction des injonctions. En faveur d'un abandon total, v. Franck MODERNE, *ibidem*, p. 43 ; « Le pouvoir d'injonction du juge administratif : le juge administratif incarné », in Baptiste BONNET (dir.), *Regards de la Communauté juridique sur le contentieux administratif – Hommage à Daniel Chabanol*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 92. En faveur d'un abandon partiel, v. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n°1089 et s..

³⁵³⁴ Articles L. 911-1 et s. du code de justice administrative (v. *infra*, § 892 et s.).

³⁵³⁵ Pour un aperçu de l'ensemble des domaines qui relèvent du plein contentieux, v. Victor HAIM, « Recours de pleine juridiction », *Rép. Cont. Adm., Dalloz*, 2011, n° 6 et s..

contentieux (et qu'il est un) modèle qui peut contribuer à inspirer les réformateurs dans d'autres domaines du contentieux administratif»³⁵³⁶

Le contentieux des installations classées relève du plein contentieux depuis longtemps³⁵³⁷ et le pouvoir de réformation dont dispose le juge administratif trouve son origine dans le rôle qu'exerçaient les conseils de préfecture au XIX^{ème} siècle³⁵³⁸. De cet héritage historique, le juge administratif a conservé des pouvoirs particulièrement étendus³⁵³⁹

Son pouvoir de réformation s'exerce principalement à l'égard de l'arrêté préfectoral d'autorisation de l'installation³⁵⁴⁰. Le juge administratif dispose ainsi de la possibilité, après avoir annulé le refus d'autorisation, d'autoriser lui-même l'exploitation de l'installation³⁵⁴¹. Il peut aussi assortir cette autorisation de prescription qu'il fixe lui-même³⁵⁴² ou à l'inverse renvoyer l'exploitant devant le préfet afin que ce dernier détermine ces prescriptions³⁵⁴³. Il dispose en outre des pouvoirs de modifier et d'aggraver les prescriptions initialement fixées par le préfet³⁵⁴⁴ et peut encore imposer d'office des prescriptions complémentaires³⁵⁴⁵.

Par ailleurs, le juge administratif dispose du pouvoir d'ordonner la fermeture d'une installation dépourvue de l'autorisation nécessaire³⁵⁴⁶. Il peut également imposer certaines mesures à un exploitant, par exemple l'installation d'une clôture³⁵⁴⁷. L'exploitant peut aussi être mis en demeure par le juge de déposer une demande d'autorisation afin de régulariser sa situation³⁵⁴⁸. Enfin, il peut évidemment prendre en compte des faits nouveaux ou des modifications législatives intervenues en cours d'instance³⁵⁴⁹ et dans de rares cas, il peut statuer *ultra petita*, c'est-à-dire au delà des conclusions des parties³⁵⁵⁰.

891. En apparence, les pouvoirs dont dispose le juge de pleine juridiction sont beaucoup plus étendus que ceux du juge de l'excès de pouvoir et ils permettent en principe de régler l'ensemble des questions posées par une situation juridique donnée. Pour autant, l'attribution d'un pouvoir d'injonction au juge administratif a considérablement bousculé cette distinction classique.

³⁵³⁶ Christian VIGOUROUX, « Sur le droit des installations classées pour la protection de l'environnement », AJDA 1994, p. 601.

³⁵³⁷ V. par exemple CE, 26 avril 1901, *Rousier*, rec., p. 388.

³⁵³⁸ V. Jean-Pierre BOIVIN, *Les installations classées...*, op. cit., p. 444 ; Serge Rock MOUKOKO, *Le plein contentieux spécial des installations classées*, thèse, droit, Metz, 2009, p. 304 et s..

³⁵³⁹ Pour un aperçu complet, v. Serge Rock MOUKOKO, *ibidem*, p. 330 et s..

³⁵⁴⁰ Par exemple, v. CE, 27 mai 1988, *Société industrielle armoricaine de légumes*, rec., p. 221.

³⁵⁴¹ CE, 7 fév. 1873, *Bourgeois*, rec., p. 124 ; CE, 16 oct. 1957, *Soc. les Tanneries de la Seine*, rec., p. 532.

³⁵⁴² CE, 27 novembre 1957, *Ville de Meudon*, rec., p. 924 ; CE, 20 avril 2005, *Société des sablières et entreprises Morillon-Corvol*, n° 246690 ; BJD, 2005, p. 32, concl. Mattias GUYOMAR.

³⁵⁴³ CE, 27 janvier 1978, *Cadoux et a.* ; *Droit administratif*, 1978, n° 65.

³⁵⁴⁴ CE, 20 janvier 1926, *Sieurs Béjot et a.*, rec., p. 51.

³⁵⁴⁵ CE, 11 décembre 1987, *SARL Sodérapor*, n° 73570.

³⁵⁴⁶ CE, 4 mai 1998, *M. Téallier* ; RJE 1999, p. 151.

³⁵⁴⁷ CAA Nancy, 4 juin 2012, *Assoc. des riverains responsables et a.*, n° 11NC01526.

³⁵⁴⁸ CE, 26 juil. 2011, *Société Lanvin SA*, n° 324728, *Environnement*, 2011, comm. 111, note David GILLIG.

³⁵⁴⁹ Par exemple, v. CE, 20 avril 2005, *Société des sablières et entreprises Morillon-Corvol*, n° 246690 ; BJD, 2005, p. 32, concl. Mattias GUYOMAR.

³⁵⁵⁰ V. Serge Rock MOUKOKO, *Le plein contentieux spécial des installations...*, op. cit., p. 352 et s..

II. Le rapprochement des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir de ceux du juge de pleine juridiction

Avant de montrer comment l'attribution d'un pouvoir d'injonction au juge administratif a en quelque sorte conduit à un alignement par le haut des pouvoirs du juge administratif et à la relativisation de la distinction entre le plein contentieux et l'excès de pouvoir (B), il convient de prendre la mesure de ce pouvoir d'injonction (A).

A. L'étendue du pouvoir d'injonction du juge administratif

892. Mettant en avant les limites du recours pour excès de pouvoir, Jean Rivero s'interrogeait en ces termes : « *mettre à néant l'acte, mais se refuser à dire ce qui doit nécessairement découler de cette disparition, n'est-ce point, pour le juge, s'arrêter à mi-chemin, sans aller au bout de sa tâche ?* »³⁵⁵¹. Jacques Chevallier se demandait quant à lui « *à quoi sert un juge qui, après avoir mis au point de magnifiques théories pour réduire l'arbitraire administratif, est incapable de les faire passer dans les faits ?* »³⁵⁵². C'est précisément à ces interrogations que l'attribution du pouvoir d'injonction au juge administratif par la loi du 8 février 1995 est venue répondre. En effet, le pouvoir d'injonction est un pouvoir de commandement (*imperium*) qui « *n'est que le prolongement naturel de la jurisdictio* »³⁵⁵³, c'est-à-dire du pouvoir de dire le droit.

893. Outre le pouvoir d'adresser des injonctions *a posteriori* à l'administration qui sera abordé plus loin³⁵⁵⁴, les articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative confèrent désormais au juge administratif le pouvoir d'adresser des injonction dites « préventives » à l'administration. Plus que d'adresser un ordre à l'administration, ces injonctions lui permettent de tirer plus facilement les conséquences de la chose jugée et contribuent à vider la situation juridique de l'ensemble des questions qu'elle soulève. Au-delà de ces dispositions, le juge administratif adresse parfois indirectement des injonctions à l'administration en détaillant, dans les motifs de sa décision, les mesures qu'implique nécessairement l'annulation de l'acte, en dehors du cadre fixé par la loi du 8 février 1995³⁵⁵⁵.

³⁵⁵¹ Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves... », *op. cit.*, p. 38.

³⁵⁵² Jacques CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif... », *op. cit.*, p. 87.

³⁵⁵³ Franck MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *op. cit.*, p. 43.

³⁵⁵⁴ V. *infra*, § 913.

³⁵⁵⁵ V. CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, rec., p. 1065 ; RDP, 1926, p. 32, concl. CAHEN-SALVADOR ; CE, sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif Toulouse-Football-Club*, rec., p. 281 ; Ass, 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, rec., p. 303 ; AJDA, 2001, p. 1046, chron. Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN ; *Europe*, 2001, n° 4, p. 20, note Paul CASSIA ; 27 juillet 2001, *Titran*, rec., p. 4111 ; AJDA, 2001, p. 1046, chron. Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN ; 5 mars 2003, *Titran*, rec., p. 113. Cette technique permet au juge de prononcer une injonction alors même qu'il n'aurait pas été saisi de conclusions en ce sens tel que l'exige la loi du 8 février 1995 (v.

Le pouvoir d'adresser une injonction « préventive » à l'administration permet au juge d'énoncer, dès sa décision d'annulation, une obligation de faire à la charge de l'administration. La loi du 8 février 1995 a distingué deux types d'hypothèses. La première hypothèse concerne les cas dans lesquels la compétence de l'administration pour adopter l'acte annulé est liée. Au terme de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, le juge peut alors enjoindre l'administration d'adopter une mesure déterminée³⁵⁵⁶. Ce pouvoir est particulièrement adapté aux cas de carence de l'autorité administrative pour édicter des mesures réglementaires : « *le pouvoir d'injonction rend la censure des carences de l'administration plus effective dans la mesure ou après avoir annulé une décision négative le juge peut enjoindre d'édicter une mesure positive* »³⁵⁵⁷. Il en est par exemple allé ainsi en ce qui concerne le défaut d'adoption d'un décret d'application d'une loi – en l'espèce la loi littoral³⁵⁵⁸ –, ou encore consécutivement à l'annulation d'un refus d'abroger un règlement illégal³⁵⁵⁹.

La seconde hypothèse concerne les cas dans lesquels l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour adopter l'acte annulé. L'article L. 911-2 du code de justice administrative donne alors la possibilité au juge d'ordonner à l'administration de procéder à une nouvelle instruction de la demande et de statuer sur cette demande³⁵⁶⁰. Cette disposition trouve notamment à s'appliquer en ce qui concerne l'annulation des refus d'autorisation. Il faudra y revenir plus loin à travers l'exemple des refus de permis de construire³⁵⁶¹.

Afin de statuer sur des conclusions à fin d'injonction, le juge administratif doit d'abord déterminer les obligations qui découlent de sa décision d'annulation, eu égard à ses motifs. Ensuite, l'office du juge de l'injonction s'apparente en quelque sorte à celui du juge de pleine juridiction puisqu'il doit tenir compte « *de la situation de droit et de fait existant à la date de sa décision* »³⁵⁶². Il s'assure ainsi que la situation de droit ou de fait n'a pas évolué depuis l'introduction des conclusions du requérant³⁵⁶³. Enfin, dans les deux hypothèses

Camille BROUELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Droit administratif*, 2004, chron. 6.). V. aussi Jacques CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *op. cit.*, p. 82-83.

³⁵⁵⁶ Article L. 911-1 du code de justice administrative : « *lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution* ».

³⁵⁵⁷ Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police... », *op. cit.*, p. 73.

³⁵⁵⁸ CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, *op. cit.*.

³⁵⁵⁹ CE, 21 février 1997, *Calbo*, rec., p. 1018.

³⁵⁶⁰ Article L. 911-2 du code de justice administrative : « *lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé* ».

³⁵⁶¹ V. *infra*, § 901.

³⁵⁶² CE, sect., avis, 30 novembre 1998, *Berrad*, rec., p. 451 ; RFDA, 1998, p. 511, concl. Francis LAMY.

³⁵⁶³ CE, 4 juillet 1997, *Bourezak et Leveau*, rec., p. 278 ; RFDA, 1997, p. 815, concl. Ronny ABRAHAM.

précitées, l'injonction doit être assortie d'un délai d'exécution et le juge dispose de la possibilité de compléter l'injonction par une astreinte³⁵⁶⁴.

B. Les conséquences du pouvoir d'injonction sur la distinction entre plein contentieux et excès de pouvoir

894. Depuis 1995 et l'attribution au juge administratif d'un pouvoir d'injonction, le recours pour excès de pouvoir a bénéficié d'une véritable rénovation le rapprochant inexorablement du recours de pleine juridiction³⁵⁶⁵. Le premier aspect de ce rapprochement est très directement lié à la loi du 8 février 1995. Depuis lors, il est possible de parler d'une véritable « *équivalence* »³⁵⁶⁶ entre le pouvoir d'injonction dont bénéficie le juge de l'excès de pouvoir³⁵⁶⁷ et le pouvoir de réformation dont bénéficie le juge du plein contentieux. La seule différence entre les deux types de pouvoir est que dans le cas de l'injonction, la réformation n'est qu'indirecte. Elle n'est pas prononcée par le juge mais ordonnée par ce dernier à l'administration. Pour autant, « *le juge saisi de conclusions aux fins d'injonction se comporte de facto en juge de pleine juridiction* »³⁵⁶⁸. La conséquence du pouvoir d'injonction sur l'office du juge de l'excès de pouvoir est que ce dernier a, comme le juge de pleine juridiction, pour fonction de régler une situation juridique et non plus seulement de se prononcer sur la légalité d'un acte administratif³⁵⁶⁹. En outre, l'obligation que le juge a de se prononcer sur des conclusions à fin d'injonction a pour conséquence de mettre à mal la règle de l'économie de moyens qui permet traditionnellement au juge administratif d'annuler un acte en statuant sur un seul moyen, par exemple de légalité externe. Pour pouvoir se prononcer sur la demande d'injonction, le juge est nécessairement contraint d'examiner l'ensemble des moyens, y compris ceux fondés sur la légalité interne, au moins pour

³⁵⁶⁴ Article L. 911-3 du code de justice administrative : « *saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une astreinte qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet* » (sur ce dernier point, v. *infra*, §3).

³⁵⁶⁵ Sur cette question, outre les références citées ci-après, v. Michel BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », AJDA, 1995, n° spécial, p. 190 ; Jean-Marie WOEHRLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in *Mélanges offerts à Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 777 et s. ; Bernard PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Revue administrative*, n° spécial, 1999, p. 61 ; Florent BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouvellement des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, thèse, droit, PUAM, 2010.

³⁵⁶⁶ Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, thèse, droit, Bordeaux, LGDJ, 2001, p. 84.

³⁵⁶⁷ Celui-ci est en effet le principal bénéficiaire du pouvoir d'injonction car « *en matière de plein contentieux, le juge administratif détient les armes nécessaires, en principe, pour donner satisfaction au requérant qui triomphe ; l'injonction (et l'astreinte) ne sera vraisemblablement utilisée qu'à titre complémentaire* » (Franck MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction... », *op. cit.*, p. 43).

³⁵⁶⁸ Franck MODERNE, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif : le juge administratif incarné », *op. cit.*, p. 97.

³⁵⁶⁹ Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, thèse, droit, Bordeaux, LGDJ, 2001, p. 95 ; « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », JCP A, 2005, n° 1296, n° 20.

déterminer si la compétence de l'administration est liée. D'une certaine manière, des conclusions à fin d'injonction incitent à un approfondissement du contrôle, du moins à une meilleure motivation des décisions du juge administratif.

895. Dans le sillage de la réforme de 1995, le juge administratif s'est doté de nouvelles méthodes³⁵⁷⁰ qui contribuent à rapprocher l'office du juge de l'excès de pouvoir de celui du juge de pleine juridiction en ce qu'elle confèrent indirectement un pouvoir de réformation au juge. Si certaines méthodes ayant la même conséquence existaient déjà avant 1995, comme par exemple celles de l'annulation partielle³⁵⁷¹ ou de la substitution de base légale³⁵⁷², d'autres sont apparues ou se sont renforcées dans la foulée de la loi de 1995. C'est le cas des injonctions indirectes, déjà évoquées, qui figurent dans les motifs de la décision du juge administratif et qui indiquent à l'administration les mesures qu'impliquent nécessairement l'annulation de la décision. C'est aussi le cas de la technique de la substitution de motif³⁵⁷³ qui permet au juge de remplacer le motif qui justifiait initialement l'acte par un nouveau motif avancé par l'auteur de l'acte. Cela lui confère ainsi la possibilité de réformer les motifs d'une décision administrative. En outre, la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses inaugurée par la jurisprudence *AC !*³⁵⁷⁴ participe aussi de ce mouvement de rénovation du recours pour excès de pouvoir en ce qu'elle permet l'introduction d'un compromis entre l'annulation rétroactive de l'acte et sa validation, même si nous avons mis en évidence ses inconvénients sur un autre plan³⁵⁷⁵. Compte tenu de ces évolutions, « *la conception traditionnelle faisant du recours pour excès de pouvoir un recours fait à un acte par un administré agissant au nom de l'intérêt général a largement volé en éclat* »³⁵⁷⁶. Le recours pour excès de pouvoir est de plus en plus teinté de subjectivité³⁵⁷⁷ mais il permet aussi au juge de mieux répondre aux situations juridiques qui lui sont soumises. La bénéficiaire de cette évolution est évidemment la capacité du juge de l'excès de pouvoir à concrétiser son interprétation.

896. Cette évolution conduit en outre à relativiser la classification classique des recours contentieux opérée par Edouard Laferrière³⁵⁷⁸. Pour autant, celle-ci demeure dans l'esprit du

³⁵⁷⁰ David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », AJDA, 2004, p. 1626.

³⁵⁷¹ Cette technique permet au juge de modifier indirectement la décision par le biais d'une amputation partielle. V. David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, thèse, droit, Le Havre, LGDJ, 2002, p. 285.

³⁵⁷² CE, 20 novembre 1942, *Vally*, rec., p. 326.

³⁵⁷³ CE, 6 février 2004, *Madame Hallal*, rec., p. 48 ; AJDA, 2004, p. 436, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS.

³⁵⁷⁴ CE, Ass., 11 mai 2004, *AC !*, rec., p. 197, *op. cit.*.

³⁵⁷⁵ V. *supra*, § 348.

³⁵⁷⁶ Fabrice MELLERAY, « Les actions en justice », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 542.

³⁵⁷⁷ Pierre DELVOLLE, « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz*, 2011, p. 219.

³⁵⁷⁸ Edouard LAFERRIERE proposait une classification des recours en fonction des pouvoirs du juge (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} éd., t.1, Berger Levrault, 1887, p. 15 et s.) à laquelle s'ajoutait déjà celle proposée par Léon Duguit entre les recours objectifs et subjectifs (*Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., t. 2, Bocard, 1928, p. 458 et s.). Beaucoup plus récemment, des auteurs ont proposé de nouvelles classifications distinguant, en ce qui concerne Fabrice Melleray, les recours holistes des recours

juge administratif comme dans celui du législateur. On assiste en effet à une extension du domaine des recours de pleine juridiction. Cela est l'œuvre du législateur qui, au gré des lois, rattache tel ou tel contentieux à celui de la pleine juridiction, mais aussi du juge administratif³⁵⁷⁹, parfois indirectement influencé par la référence répétée à la pleine juridiction de la Cour EDH dans son interprétation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH³⁵⁸⁰.

897. On peut désormais affirmer, en dépit de certaines spécificités procédurales, que « *le recours pour excès de pouvoir est devenu un recours de pleine juridiction presque comme les autres* »³⁵⁸¹. Par conséquent, on a bien assisté à un alignement des pouvoirs du juge par le haut. Le juge de l'excès de pouvoir n'a plus grand chose à envier au juge de pleine juridiction. Les pouvoirs dont il dispose pour concrétiser son interprétation sont globalement équivalents. Pour autant, le pouvoir du juge de concrétiser son interprétation se heurte, dans les deux cas, à une difficulté commune.

III. Une difficulté commune : regard sur le juge administrateur

Si le juge administratif peut désormais faire acte d'administrateur dans le cadre du plein contentieux comme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, il se heurte potentiellement dans le premier cas (A), comme dans le second (B), à des difficultés pratiques. Sa capacité à concrétiser son interprétation en est ainsi limitée.

A. La difficulté pratique de faire acte d'administrateur dans le cadre du contentieux de pleine juridiction

898. Afin de comprendre quelles difficultés peut rencontrer le juge de pleine juridiction dans l'utilisation de ses pouvoirs de réformation, il nous faut revenir un instant à l'exemple du contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement.

individualistes (*Essai sur la structure du contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 221 et s.) ou encore, en ce qui concerne Bertrand Seiller, entre les recours concernant les actes et ceux concernant les personnes (*Droit administratif*, t. 1, 4^{ème} éd., Flammarion, 2011, p. 169 et s.). D'autres auteurs en sont même arrivés à rejeter toute classification, lui préférant un simple inventaire (Hélène LEPETIT-COLLIN et Alix PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », RFDA, 2011, p. 813 et s.).

³⁵⁷⁹ Par exemple, le juge a rattaché le contentieux des sanctions administratives à la pleine juridiction (CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, RFDA, 2009, p. 259, concl. LEGRAS). Il a aussi ouvert aux concurrents évincés la voie d'un recours de pleine juridiction pour contester la validité d'un contrat administratif (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, rec., p. 360 ; AJDA, 2007, p. 1577, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER ; *ibidem*, p. 1497, trib. Stéphane BRACONNIER).

³⁵⁸⁰ V. Bernard PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Revue administrative*, n° spécial, 1999, p. 56.

³⁵⁸¹ Fabrice MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *op. cit.*, n° 29.

899. Il a en effet été constaté que si les pouvoirs du juge étaient très étendus dans ce domaine, l'utilisation qui en est faite est pour le moins prudente³⁵⁸². En effet, « *le rôle d'administrateur que le juge administratif s'est reconnu dans le contentieux des installations classées, et qui est parfois pris comme référence de réflexion sur l'intérêt d'accroître les pouvoirs du juge vis-à-vis de l'administration, n'est en fait que rarement mis en œuvre* »³⁵⁸³. Michel Courtin avait ainsi pu constater que sur une période de quatre ans, le juge administratif de première instance n'avait substitué sa propre décision à celle de l'administration que dans 11 cas sur les 301 dossiers examinés. Ainsi, les juges « *se sont très souvent bornés à prononcer une annulation pure et simple alors que les conditions semblaient remplies pour une délivrance de l'autorisation d'exploiter ou la formulation de prescriptions* »³⁵⁸⁴.

900. Plusieurs raisons pratiques expliquent cette situation. La plus évidente est la technicité de la matière, sur le plan du droit comme des faits³⁵⁸⁵. Outre l'irruption du droit de l'Union européenne, on a en effet assisté à une multiplication des prescriptions d'origines diverses et à une complexification des normes. Pour cette raison, au lieu d'utiliser son pouvoir de réformation, le juge préfère souvent renvoyer le dossier entre les mains de l'administration afin qu'il soit procédé à une nouvelle instruction de la demande d'autorisation³⁵⁸⁶. Il pourrait certes recourir à l'expertise, mais cela ne peut pas être celle de l'administration. En effet, « *il peut apparaître gênant de consulter, pour parachever la décision à prendre, des organes dont on a déjà expressément ou implicitement censuré l'approche* »³⁵⁸⁷. La seconde raison des difficultés du juge réside dans les règles procédurales qui s'imposent à l'instruction d'un dossier de demande d'exploitation d'une installation classée. Le juge, lorsqu'il souhaite utiliser son pouvoir de réformation, ne peut pas s'en affranchir. Par exemple, lorsque l'illégalité de l'autorisation initiale réside dans l'absence ou dans l'irrégularité de l'enquête publique, le juge de plein contentieux a l'obligation de renvoyer l'exploitant dont l'autorisation a été annulée devant le préfet afin que celui-ci recommence la procédure³⁵⁸⁸. Même lorsque le renvoi ne procède pas d'une obligation faite au juge, ce dernier doit tout de même respecter d'autres règles procédurales avant de réformer l'acte. Avant d'autoriser lui-même l'exploitation d'une installation, il doit dans certains cas consulter le conseil de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques (CODERST)³⁵⁸⁹. De façon plus générale, lorsqu'il utilise ses pouvoirs de réformation, le juge se doit d'être irréprochable sur le plan de la légalité de la décision ainsi créée. « *Parce qu'il est juge et reconnu comme tel*

³⁵⁸² Jean-Pierre BOIVIN, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 432.

³⁵⁸³ Michel COURTIN, « Le contentieux des installations classées, un contentieux à repenser ? », RJE, 1995, n° spécial, p. 53.

³⁵⁸⁴ Michel COURTIN, *ibidem*, p. 53.

³⁵⁸⁵ V. Jean-Pierre BOIVIN, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 450 et s..

³⁵⁸⁶ V. David DEHARBE, « Vers un juge administrateur au contentieux des installations classées ? », LPA, 11 août 1999, n° 159.

³⁵⁸⁷ Michel COURTIN, « Le contentieux des installations classées... », *op. cit.*, p. 53.

³⁵⁸⁸ CE, sect., 15 décembre 1989, *Société Spechinor*, rec., p. 254.

³⁵⁸⁹ David DEHARBE, *Les installations classées...*, *op. cit.*, p. 448.

par les personnes qui le saisissent, le juge administratif ne peut s'autoriser d'imperfection ou d'insuffisance dans son rôle d'administrateur »³⁵⁹⁰.

B. La difficulté pratique de faire acte d'administrateur dans le cadre de l'excès de pouvoir

901. Le contentieux des installations classées, qui porte en partie sur l'octroi ou le refus d'autorisations administratives, peut être rapproché de celui des permis de construire. Ces derniers constituent aussi des autorisations administratives susceptibles, par définition, d'être octroyées ou refusées. En revanche, à la différence du précédent, il relève du recours pour excès de pouvoir. Or, l'utilisation du pouvoir d'injonction dans ce cadre, si ce pouvoir devait être renforcé comme cela est parfois proposé, serait susceptible de se heurter aux mêmes types de difficultés que le pouvoir de réformation.

902. En cas d'annulation d'un refus de permis de construire, le juge administratif peut être amené, sur le fondement de l'article L. 911-2 du code de justice administrative, à enjoindre à l'administration d'instruire de nouveau la demande de permis de construire dans un délai déterminé. On se situe ici dans une hypothèse équivalente à celle du juge de plein contentieux renvoyant l'exploitant d'une installation classée devant l'administration pour une nouvelle instruction de sa demande. Cependant, il a été défendu, en doctrine, l'idée selon laquelle une « action en déclaration de droits » devrait être introduite en France afin, notamment, de mieux répondre aux situations consécutives à l'annulation d'un refus d'autorisation³⁵⁹¹. Une telle action, directement inspirée du droit allemand, permettrait au juge administratif de définir le droit reconnu à l'administré à l'encontre de l'administration et d'ordonner à cette dernière d'en tirer toutes les conséquences. Si l'attribution au juge d'un pouvoir d'injonction rapproche le droit français de l'action en déclaration de droits³⁵⁹², une différence demeure. En effet, en Allemagne, le juge a la possibilité, non pas seulement d'ordonner à l'administration d'instruire de nouveau la demande comme cela est le cas en France, mais d'ordonner à l'administration de délivrer le permis de construire³⁵⁹³.

903. Le juge administratif français a clairement rejeté l'hypothèse d'une telle action. En effet, les conclusions d'un requérant sollicitant auprès du juge le renvoi devant l'administration afin que celle-ci accorde le permis de construire sont irrecevables³⁵⁹⁴. La réticence ainsi exprimée par le juge est à notre sens parfaitement justifiée. En effet, en se reconnaissant un tel pouvoir, le juge risquerait de se heurter à des difficultés similaires à celles que connaît le juge du plein contentieux des installations classées. En effet, quand bien

³⁵⁹⁰ Michel COURTIN, « Le contentieux des installations classées... », *op. cit.*, p. 53.

³⁵⁹¹ Jean-Marie WOEHRLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *op. cit.*, p. 785 et s.

³⁵⁹² Fabrice MELLERAY, « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », RDP, 1998, p. 1089 et s.

³⁵⁹³ V. Fabrice MELLERAY, « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *ibidem*, p. 1092.

³⁵⁹⁴ CE, 8 juin 1998, *Société ABC Engineering*, AJDA, 1988, p. 473, concl. Olivier SCHRAMEK.

même un refus de permis de construire aurait été annulé par le juge, cela ne veut pas dire pour autant que d'autres motifs de refus ne soient pas possibles³⁵⁹⁵. Par exemple, un projet de construction peut être refusé en raison du classement de la parcelle au titre du PLU, mais il peut aussi l'être sur le fondement des dispositions d'ordre public du règlement national d'urbanisme. Les normes opposables à un permis de construire, que ce soit sur le fond ou sur le plan procédural³⁵⁹⁶, ne sont pas moins nombreuses et complexes que celles qui sont opposables à une autorisation d'exploitation d'une installation classée, bien au contraire. Il en va de même sur le plan des faits. Les compétences techniques nécessaires à l'appréhension d'un dossier de permis de construire ne sont parfois pas moins importantes que celles qui sont nécessaires pour un dossier d'installation classée. Le risque est ainsi grand que, comme cela est le cas en matière d'installations classées, ce pouvoir demeure largement théorique.

904. En outre, une action en déclaration de droits aurait pour effet de subjectiviser davantage le recours pour excès de pouvoir, ce qui pourrait se traduire par une appréciation plus exigeante de l'intérêt à agir des requérants³⁵⁹⁷. On sait par exemple qu'en Allemagne, l'accès au juge est subordonné à l'existence d'un droit subjectif, ce qui a pour effet de limiter l'accès à la justice dont nous avons dit l'importance vis-à-vis de l'effectivité de la norme. Dans le domaine de l'environnement, ce type de limitation de l'accès à la justice pose d'ailleurs d'importants problèmes à l'Allemagne quant au respect du droit de l'Union européenne et de la Convention d'Aarhus³⁵⁹⁸. La force du recours pour excès de pouvoir est au contraire de combiner une philosophie objective qui permet un large accès à la justice avec un souci croissant de répondre concrètement à une situation juridique donnée.

905. Au-delà de cette difficulté pratique que les deux types de recours pourraient potentiellement avoir en commun, la concrétisation de l'interprétation du juge à travers son pouvoir de réformation ou d'injonction se heurte encore au problème de l'exécution des décisions de la juridiction administrative. Fabrice Melleray met à cet égard les deux types de pouvoirs sur le même plan en affirmant que « *la décision du juge administratif enjoignant à*

³⁵⁹⁵ Le code de l'urbanisme encadre simplement l'instruction des demandes de permis de construire consécutives à l'annulation d'un premier refus. L'objectif est d'éviter que l'administration ne modifie les règles d'urbanisme avant la seconde demande de permis dans le but de s'assurer de pouvoir de nouveau refuser la demande (v. Henri JACQUOT et François PRIET, *Droit de l'urbanisme*, 6^{ème} éd., 2008, p. 878). L'article L. 600-2 du code de l'urbanisme interdit ainsi à l'administration d'opposer au pétitionnaire des règles d'urbanisme défavorables intervenues postérieurement à la date du refus initial annulé par le juge administratif. Plus précisément, il dispose que « *lorsqu'un refus opposé à une demande d'autorisation d'occuper ou d'utiliser le sol ou l'opposition à une déclaration de travaux régies par le présent code a fait l'objet d'une annulation juridictionnelle, la demande d'autorisation ou la déclaration confirmée par l'intéressé ne peut faire l'objet d'un nouveau refus ou être assortie de prescriptions spéciales sur le fondement de dispositions d'urbanisme intervenues postérieurement à la date d'intervention de la décision annulée sous réserve que l'annulation soit devenue définitive et que la confirmation de la demande ou de la déclaration soit effectuée dans les six mois suivant la notification de l'annulation au pétitionnaire* ».

³⁵⁹⁶ Un permis de construire peut par exemple être soumis à étude d'impact et à enquête publique.

³⁵⁹⁷ En ce sens, v. Fabrice MELLERAY, « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *op. cit.*, p. 1129.

³⁵⁹⁸ V. CJUE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV c. Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09 ; AJDA, 2011, p. 1619, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Francis DONNAT ; RJE, 2011, p. 653, chron. Julien BETAÏLLE.

l'administration d'émettre un acte déterminé (une autorisation par exemple) a en pratique les mêmes effets qu'une décision du juge administratif réformant en ce sens le refus de l'administration d'émettre un acte. Soit l'administration obtempère, soit elle viole la chose jugée »³⁵⁹⁹.

§3 – La contribution du juge à l'exécution de ses décisions

906. La responsabilité de l'exécution des décisions de la juridiction administrative incombe avant tout à l'administration dont la décision a été annulée, cette décision ayant éventuellement été assortie d'une injonction, ou réformée. La question de l'exécution des décisions de justice se pose essentiellement lorsque l'administration est débitrice de l'obligation d'exécution. En effet, si les voies d'exécution de droit commun s'appliquent aux personnes privées, il n'en va pas ainsi à l'égard des personnes publiques³⁶⁰⁰.

907. L'inexécution des décisions de la juridiction administrative est difficile à évaluer³⁶⁰¹. Il s'agit vraisemblablement d'un phénomène très minoritaire. Cependant, la question « *n'est pas une question de quantité. Il n'est jamais acceptable que la chose jugée soit méconnue* »³⁶⁰². L'inexécution des décisions de justice met assurément en cause « *la crédibilité de l'Etat de droit* »³⁶⁰³. Un droit à l'exécution des décisions de justice est d'ailleurs reconnu par la Cour EDH. Il est en effet l'une des composantes du droit au procès équitable défini à l'article 6 de la Convention EDH³⁶⁰⁴. L'exécution des décisions de justice constitue par ailleurs, lorsque l'application du droit de l'Union européenne est en cause, une condition de la « *pleine efficacité du droit communautaire* » aux yeux de la Cour de justice de l'Union européenne³⁶⁰⁵.

908. Le cas échéant, l'inexécution d'une décision de justice constitue évidemment une sérieuse limite quant à la portée de l'interprétation de la norme retenue par le juge. C'est à ce titre qu'elle doit retenir l'attention compte tenu du lien étroit entre l'interprétation de la norme et son effectivité.

³⁵⁹⁹ Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, op. cit., p. 91. Plus précisément, selon cet auteur, « *injonction et réformation aboutissent aux mêmes résultats ou à la même absence de résultats dans la pratique. En effet, de deux choses l'une : soit l'administration applique la décision juridictionnelle, et alors peu importe que ce soit elle qui ait réformé sa décision initiale après que le juge lui ait enjoint de le faire dans un sens déterminé ou que ce soit le juge lui-même qui ait réalisé celle réformation, soit elle refuse de s'y soumettre et alors le requérant se trouve dans deux situations équivalentes (il dispose d'un jugement lui reconnaissant telle ou telle prérogative ou enjoignant à l'administration de la lui reconnaître mais ne peut en user car celle-ci refuse d'accepter la décision du juge)* » (ibidem, p. 85).

³⁶⁰⁰ TC, 9 décembre 1899, *Assoc. syndicale du canal de Gignac*, rec., p. 731.

³⁶⁰¹ Pour une tentative d'évaluation dont l'auteur souligne lui-même les limites méthodologiques, v. Jean-Paul COSTA, « L'exécution des décisions de justice », AJDA, 1995, n° spécial, p. 228.

³⁶⁰² René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 1157.

³⁶⁰³ Jean-Paul COSTA, « L'exécution des décisions de justice », op. cit., p. 227.

³⁶⁰⁴ Cour EDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, RTD civ., 1997, p. 1009, note Jean-Pierre MARGUENAUD. V. Laurent BERTHIER, *La qualité de la justice*, thèse, droit, Limoges, 2011, p. 317 et s.. Pour un exemple dans le domaine de l'urbanisme, v. Cour EDH, 29 juillet 2008, *Vidal Escoll et Guillann Gonzalez c. Andorre* ; *Etudes foncières*, 2008, n° 136.

³⁶⁰⁵ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, rec., p. 2433.

Les raisons de l'inexécution des décisions de justice sont diverses³⁶⁰⁶. Il peut s'agir de la mauvaise volonté délibérée de l'administration, de son inertie, de sa négligence ou encore de contraintes financières. Le plus souvent, ce sont cependant les difficultés d'organiser la rétroactivité de l'annulation qui sont les plus redoutables. Les injonctions préventives contribuent, par leur dimension pédagogique, à réduire ces difficultés, mais il arrive aussi que celles-ci demeurent dans la phase d'après jugement. Pour cette raison, le juge dispose de pouvoirs étendus qui lui permettent d'inciter, d'aider, voire de contraindre l'administration à exécuter la chose jugée (I). Pour autant, les difficultés sont parfois amenées à persister, notamment lorsque le fait accompli se fait difficilement réversible, comme cela est le cas consécutivement à l'annulation du permis de construire d'une construction achevée (II).

I. L'étendue des pouvoirs du juge

909. Dès lors qu'avant 1995, le Conseil d'Etat se refusait d'adresser des injonctions à l'administration, les seuls pouvoirs dont il disposait pour faire face à la résistance de l'administration consistaient à annuler toute nouvelle décision contraire à l'autorité de la chose précédemment jugée et à admettre la faute constituée par le refus d'exécuter la chose jugée³⁶⁰⁷, de telles décisions étant elles-mêmes susceptibles de ne pas être exécutées.

Pour autant, avant même l'intervention de la loi du 8 février 1995, le juge disposait déjà de pouvoirs mais ceux-ci étaient essentiellement limités à des procédures incitatives (A). La loi de 1995, précédée en cela par une loi intervenue en 1980, a cependant orienté les pouvoirs du juge vers davantage de contrainte (B).

A. L'incitation à l'exécution

910. Depuis l'intervention d'un décret du 30 juillet 1963³⁶⁰⁸, le Conseil d'Etat dispose d'un certain nombre de pouvoirs lui permettant d'inciter l'administration à exécuter. En premier lieu, a été institué une procédure de demande d'éclaircissement³⁶⁰⁹. Une personne publique peut ainsi solliciter la section du rapport et des études du Conseil d'Etat afin que celle-ci lui précise les modalités d'exécution de la décision du juge administratif. Cette procédure aboutit à un simple avis de la section du rapport et des études qui est adressé à la personne publique.

³⁶⁰⁶ V. Jean-Paul COSTA, « L'exécution des décisions de justice », *op. cit.*, p. 228.

³⁶⁰⁷ V. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 1290.

³⁶⁰⁸ Décret n°63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat. (JORF du 1^{er} août 1963, p. 7107). Ce décret constitue notamment le premier acte de création de ce qui est aujourd'hui la section du rapport et des études du Conseil d'Etat.

³⁶⁰⁹ Article R. 931-1 du code de justice administrative.

Elle est d'ailleurs peu utilisée par les personnes publiques³⁶¹⁰, en dépit de ses vertus pédagogiques indéniables.

911. En second lieu, une procédure d'aide à l'exécution est prévue par le code de justice administrative³⁶¹¹. Elle permet au requérant qui a obtenu satisfaction devant une juridiction administrative, de même qu'à toute personne concernée par l'exécution³⁶¹², de saisir, à compter de l'écoulement d'un délai de trois mois consécutif à la notification de la décision, cette juridiction en cas de difficulté d'exécution de la chose jugée³⁶¹³. Selon les cas, le Président de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat ou le Président de la juridiction désigne un rapporteur chargé de conduire une procédure informelle vis-à-vis de la personne publique en charge de l'exécution. Si l'exécution est effectuée, l'affaire est classée. C'est le cas des trois quarts des dossiers³⁶¹⁴. Dans le cas contraire, une phase juridictionnelle est susceptible d'être ouverte. Le juge dispose alors de pouvoirs de contrainte.

B. La contrainte à l'exécution

912. Trois hypothèses peuvent conduire à la saisine du juge de l'exécution. En premier lieu, en cas d'échec de la phase juridictionnelle de la procédure d'aide à l'exécution, une phase juridictionnelle est susceptible d'être engagée devant le juge de l'exécution³⁶¹⁵. En second lieu, le Conseil d'Etat peut se saisir d'office d'un problème d'exécution dans les conditions de l'article L. 911-5 du code de justice administrative. En troisième et dernier lieu, le juge de l'exécution est susceptible d'être saisi à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la notification de la décision³⁶¹⁶ par une personne directement concernée par l'exécution³⁶¹⁷.

913. Une fois saisi, le juge de l'exécution dispose de la possibilité de prononcer, à l'encontre de l'administration des injonctions dites « a posteriori » et d'assortir ces injonctions d'une astreinte³⁶¹⁸. Dans l'absolu, ce type de mesure n'est pas plus efficace que les mesures classiques. Le juge ne peut pas exécuter lui-même la chose jugée. L'administration conserve toujours la possibilité de refuser d'exécuter. Comme l'exprime Jacques Chevallier, « *prescrire un ordre n'est utile qu'à la condition d'avoir les moyens d'en assurer*

³⁶¹⁰ V. Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2011, p. 275.

³⁶¹¹ Articles L. 911-4 et L. 931-2 du code de justice administrative.

³⁶¹² V. Jean GOURDOU et Aurélie GARCIA, « Exécution des décisions de la juridiction administrative », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2009, n° 26 et s..

³⁶¹³ La section du rapport et des études du Conseil d'Etat est compétente concernant l'exécution des décisions du Conseil d'Etat et des juridictions spécialisées. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel sont compétentes concernant leurs propres décisions.

³⁶¹⁴ Christophe CHARLES, « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », *Droit administratif*, 2005, ét. 7, n° 15.

³⁶¹⁵ Article R. 921-6 du code de justice administrative.

³⁶¹⁶ Ce délai peut être plus court en cas d'intervention d'une décision expresse de refus d'exécution.

³⁶¹⁷ Article R. 931-3 du code de justice administrative ; CE, sect., 13 novembre 1987, *Tusques et Marcaillou*, rec., p. 360. V. Jean GOURDOU et Aurélie GARCIA, « Exécution des décisions de la juridiction administrative », *op. cit.*, n° 127.

³⁶¹⁸ Articles L. 911-4 et L. 911-5 du code de justice administrative.

l'obéissance »³⁶¹⁹. Cependant, la fonction de l'injonction et de l'astreinte est de faire pression sur l'administration, ou plus modestement de lui expliquer les conséquences de la chose jugée lorsqu'une injonction préventive ne l'a pas déjà fait. En effet, il va de soi qu'une injonction *a posteriori* ne peut être prononcée qu'en l'absence d'injonction préventive. En revanche, si une injonction préventive a déjà été prononcée, le juge de l'exécution conserve la possibilité de l'assortir d'une astreinte si cela n'était pas déjà le cas. Si aucune de ces mesures n'a précédemment été prononcée, le juge de l'exécution peut y procéder.

914. « *Bien entendu, la force de l'injonction sera tributaire, dans nombre d'hypothèses, de l'astreinte dont le juge compétent l'aura éventuellement assortie* »³⁶²⁰. Celle-ci est une condamnation pécuniaire. Elle est due par l'administration si l'exécution n'a pas été accomplie à l'expiration du délai fixé par le juge. A partir de là, chaque jour de retard vient ajouter une somme d'argent, déterminée par le juge, au total du montant dû par l'administration. Cette pénalité financière a évidemment un effet dissuasif à l'égard de l'administration. Contrairement au cas dans lequel elle est prononcée à titre préventif³⁶²¹, l'astreinte peut ici être prononcée d'office³⁶²², même si cette possibilité est peu utilisée par le Conseil d'Etat³⁶²³. De manière générale, saisi de conclusions en ce sens, le juge garde la possibilité de ne pas prononcer d'astreinte³⁶²⁴.

915. De façon un peu plus surprenante, le juge administratif jouit d'une grande liberté en ce qui concerne la liquidation de l'astreinte, c'est-à-dire l'ordre de paiement de l'astreinte adressé à l'administration. La liquidation peut être prononcée d'office ou sur demande du requérant. Cependant, dès lors que l'astreinte qu'il a prononcée est une astreinte dite « provisoire », ce qui est en principe le cas³⁶²⁵, le juge peut diminuer le montant ou dispenser l'administration du paiement de l'astreinte³⁶²⁶, cela même en cas de constat de l'inexécution de la chose jugée. En revanche, en cas d'astreinte dite « définitive », aucune modulation du taux et aucune dispense ne sont possibles³⁶²⁷. La pratique par le juge administratif de son pouvoir de modulation des astreintes provisoires est cependant déterminante sur la portée d'une telle procédure. Une tolérance trop importante du juge à l'égard de l'administration a évidemment pour effet de réduire l'effet dissuasif de l'astreinte. Par exemple, on sait que dans un arrêt du 28 juillet 2000, le Conseil d'Etat avait ordonné sous astreinte à l'Etat d'adopter un

³⁶¹⁹ Jacques CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif... », *op. cit.*, p. 77.

³⁶²⁰ Franck MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *op. cit.*, p. 43.

³⁶²¹ Article L. 911-3 du code de justice administrative.

³⁶²² Article L. 911-5 du code de justice administrative.

³⁶²³ En 1990, aucune astreinte d'office n'avait encore été prononcée par le Conseil d'Etat (v. CONSEIL D'ETAT, « Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives », RFDA, 1990, p. 481). La première astreinte d'office a été prononcée en 2001, soit 21 ans après que la loi en a donné la possibilité au Conseil d'Etat (CE, 28 mai 2001, *M. Badesapt*, rec., p. 251).

³⁶²⁴ V. Jean GOURDOU et Aurélie GARCIA, « Exécution des décisions... », *op. cit.*, n° 102 et s..

³⁶²⁵ Article L. 911-6 du code de justice administrative : « *L'astreinte est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire à moins que la juridiction n'ait précisé son caractère définitif* ».

³⁶²⁶ Article L. 911-7 du code de justice administrative.

³⁶²⁷ V. Jean GOURDOU et Aurélie GARCIA, « Exécution des décisions... », *op. cit.*, n° 172.

décret d'application de la loi littoral³⁶²⁸. Le décret aurait ainsi dû être édicté par l'administration dans un délai de six mois à compter de la notification de l'arrêt, soit au début de l'année 2001. L'astreinte avait alors été fixée par le Conseil d'Etat à 150 euros par jour de retard. Or, le décret dit « estuaires » n'est intervenu que le 29 mars 2004³⁶²⁹, soit plus de trois années plus tard. Pour Benoist Busson, « cela laisse pour le moins songeur quant à l'efficacité des astreintes contre l'Etat. En l'espèce, l'astreinte n'a été liquidée au profit de l'association par décision du 29 juillet 2002 qu'à hauteur de 10000 euros alors que le montant théorique encouru par l'Etat s'élevait finalement au jour de la parution des décrets à un peu plus de 171 810 euros, soit moins de 6% du montant total ... ce qui ramène le taux effectif de l'astreinte à 9 euros par jour d'inexécution »³⁶³⁰. Impressionnante en apparence, l'astreinte a ensuite été vidée de son venin par le Conseil d'Etat lui-même.

Par ailleurs, l'astreinte est en principe versée au requérant dont le recours a prospéré devant la juridiction administrative. Pour autant, au terme de l'article L. 911-8 du code de justice administrative, le juge peut décider de l'affectation d'une partie de son montant au budget de l'Etat. Fort heureusement, cette possibilité est écartée lorsque c'est l'Etat, et non une autre personne publique, qui a été condamné au paiement de l'astreinte. Cela aurait évidemment pour effet d'annihiler l'effet dissuasif de l'astreinte. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que lorsqu'une astreinte est prononcée à l'encontre de l'Etat, elle est attribuée en intégralité au requérant³⁶³¹, ce qui n'empêche évidemment pas le juge, en cas d'astreinte « provisoire », de diminuer le montant de l'astreinte.

Enfin, une loi du 16 juillet 1980 a institué une procédure de contrainte au paiement³⁶³². Elle a pour objet de faciliter l'exécution des décisions de justice ayant condamné une personne publique à payer une somme au requérant³⁶³³. Le juge administratif, s'il ne peut évidemment pas assurer lui-même l'exécution de la chose jugée, dispose d'une large gamme de pouvoirs qui lui permettent, lorsqu'il le souhaite, de mettre fortement l'administration sous pression. Pour autant, quels que soient les résultats de cette mise sous pression, l'exécution de la chose jugée se heurte parfois à l'irréversibilité potentiellement inhérente à la mise du juge devant le fait accompli.

³⁶²⁸ CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, *op. cit.*

³⁶²⁹ Décret n° 2004-311 du 29 mars 2004 fixant la liste des communes riveraines des estuaires et des deltas considérées comme littorales en application de l'article L. 321-2 du code de l'environnement et la liste des estuaires les plus importants au sens du IV de l'article L. 146-4 du code de l'urbanisme.

³⁶³⁰ Benoist BUSSON, « Décret estuaires : le dernier épisode du feuilleton n'est pas terminé », *Droit de l'environnement*, n° 120, 2004, p. 132.

³⁶³¹ CE, 28 février 2001, *Fédération française des masseurs-kinésithérapeutes*, *rec.*, p. 1148.

³⁶³² V. L. 911-9 et -10 du code de justice administrative ; Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 284 ; Jean GOURDOU et Aurélie GARCIA, « Exécution des décisions... », *op. cit.*, n° 193 et s..

³⁶³³ Cela peut être une indemnisation due par la personne publique au titre de dommages et intérêts, des frais irrépétibles, le remboursement d'une somme due ou encore le paiement d'une astreinte.

II. Des difficultés persistantes face à l'irréversibilité du fait accompli

916. L'injonction et l'astreinte ne permettent pas de régler toutes les difficultés soulevées par l'inexécution des décisions de la juridiction administrative. Le mal est parfois beaucoup plus profond que la simple mauvaise volonté de l'administration. L'exemple de l'exécution de l'annulation d'un permis de construire permet de s'en faire une idée plus précise. Le problème est classique en droit de l'urbanisme. Ainsi le Conseil d'Etat relevait-il au début des années quatre-vingt-dix que « *l'exécution des décisions du juge administratif en matière d'urbanisme est très insatisfaisante* »³⁶³⁴. La chose jugée y a en effet souvent été piétinée. Dans un temps déjà lointain, on avait même vu des préfets inaugurer un ouvrage quelques jours après une décision d'annulation prononcée par le juge administratif³⁶³⁵.

Le pouvoir d'injonction attribué au juge administratif n'a semble-t-il pas complètement changé la donne. Il arrive encore souvent, lorsque le juge n'a pas suspendu le permis de construire en référé, que la construction soit achevée lorsque la décision d'annulation au fond intervient. Ce qui est en jeu ici, c'est la capacité des institutions à appréhender l'irréversibilité. Ce n'est évidemment pas la même chose de rembourser une somme d'argent que de démolir un immeuble. L'exécution de l'annulation d'un permis de construire est ainsi particulièrement complexe lorsqu'elle implique la démolition d'un ouvrage privé (A). Elle est par principe encore plus difficile lorsqu'il s'agit d'un ouvrage public, d'autant plus que la technique du bilan fait une nouvelle fois irruption dans le débat (B).

A. La complexité de l'action en démolition d'un ouvrage privé

917. Lorsque le permis de construire n'a pas fait l'objet d'une suspension en référé, les travaux sont souvent terminés ou en voie d'achèvement lorsque la décision d'annulation intervient. L'injonction est impuissante face à ce type de situation. En l'absence de régularisation possible de la construction³⁶³⁶, l'exécution de la chose jugée implique en toute logique la démolition de l'ouvrage construit conformément à un permis de construire illégal. Or, « *la démolition d'immeubles construits avec un permis ultérieurement annulé est très*

³⁶³⁴ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, op. cit., p. 113.

³⁶³⁵ Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Chose jugée et fait accompli – Le juge, le préfet, le maire et le droit de l'environnement », LPA, 20 juin 1990, n° 74, p. 15.

³⁶³⁶ Par exemple lorsque le terrain d'assiette du projet est frappé par une servitude entraînant son inconstructibilité. L'administration a la possibilité de régulariser la construction si les règles d'urbanisme n'y font pas obstacle (CE, 22 juillet 1977, *Labregère*, rec., p. 367). C'est la stratégie privilégiée pour éviter la démolition de l'ouvrage. En effet, « *en pratique, les autorités administratives (maire, DDE) et judiciaires (ministère public) tentent d'éviter de telles extrêmes, en favorisant des processus de régularisation avant l'engagement d'une action devant le juge* » (Dominique MORENO, « Le contentieux judiciaire de l'urbanisme : nouveaux développements », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 632).

rare »³⁶³⁷. En effet, « l'exécution concrète de la chose jugée s'avère être des plus délicates si la construction est achevée au moment où intervient l'annulation »³⁶³⁸. La raison est en partie que l'action en démolition d'un ouvrage privé illégal est complexe, du moins pour le requérant ayant obtenu l'annulation du permis.

918. « L'annulation juridictionnelle du permis de construire n'impose pas la démolition du bâtiment »³⁶³⁹. Le juge administratif n'est en effet pas compétent pour ordonner la démolition d'un ouvrage privé³⁶⁴⁰. Cette prérogative relève exclusivement du juge judiciaire. Le régime juridique de la démolition est déterminé par l'article L. 480-13 a. du code de l'urbanisme³⁶⁴¹ selon lequel « le propriétaire ne peut être condamné par un tribunal de l'ordre judiciaire à la démolir 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 par la juridiction administrative. L'action en démolition doit être engagée au plus tard dans le délai de deux ans qui suit la décision devenue définitive de la juridiction administrative ». Avant l'intervention de la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, un requérant pouvait saisir le juge civil, lequel saisissait ensuite le juge administratif d'une question préjudicielle portant sur la légalité du permis de construire³⁶⁴². Désormais, le requérant doit impérativement saisir le juge administratif dans le délai de recours de deux mois. Ce n'est qu'une fois l'annulation obtenue qu'une action en démolition pourra être intentée ensuite devant le juge civil sur le fondement de l'article L. 480-13 du code de l'urbanisme³⁶⁴³.

919. Cette circonstance n'a pas nécessairement pour conséquence d'allonger considérablement l'action en démolition mais elle oblige en revanche le requérant à saisir successivement deux juges différents et complexifie l'action en démolition. En premier lieu, pour que le requérant qui a obtenu l'annulation du permis de construire puisse obtenir la démolition, encore faut-il qu'il puisse justifier d'un préjudice personnel devant le juge civil. Or, il n'y a pas nécessairement de correspondance entre l'intérêt à agir devant le juge administratif et le préjudice personnel devant le juge civil. Fort heureusement, l'article L. 600-6 du code de l'urbanisme permet au préfet de saisir le juge civil, mais cela n'est possible que si le permis de construire a été annulé consécutivement à un déferé préfectoral, hypothèse

³⁶³⁷ CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, *op. cit.*, p. 109.

³⁶³⁸ Michel RICARD, *Le permis de construire*, 5^{ème} éd., Le Moniteur, 2007, p. 472.

³⁶³⁹ Pierre SOLER-COUTEAUX, David GILLIG et Jean-Philippe STREBLER, *Les autorisations d'urbanisme*, Le Moniteur, 2007, p. 285.

³⁶⁴⁰ CE, 5 janvier 1979, *Dames Robinet et Flandre*, *rec.*, p. 928 ; AJDA, avril 1979, p. 45, note Hubert CHARLES.

³⁶⁴¹ Le b. du même article concerne l'action civile à l'encontre du constructeur mais celui-ci ne peut évidemment pas être condamné à la démolition de l'ouvrage.

³⁶⁴² Sur le régime antérieur à 2006, v. Jean-Grégoire MAHINGA, « La démolition des constructions régulières – à propos de l'article L. 480-13 du code de l'urbanisme », *Constr.-urb.*, 2002, chron. 10.

³⁶⁴³ Sur le régime postérieur à 2006, v. Dominique MORENO, « Le contentieux judiciaire de l'urbanisme : nouveaux développements », *op. cit.*, p. 628 et s. ; Claudine LE MARCHAND, « Action en démolition et en responsabilité : la fin d'un cauchemar ? C'est selon... », *Constr.-urb.*, 2006, repère 8 ; Patrice CORNILLE et Nicolas ROUSSEAU, « Quelle sécurisation des constructeurs et des constructions par la loi ENL ? », *Constr.-urb.*, 2006, ét. 14, n° 27 et s..

que l'on sait assez rare³⁶⁴⁴. En second lieu, si la violation des règles suffira à démontrer la faute devant le juge civil, le lien de causalité entre la faute et le préjudice est strictement apprécié par le juge judiciaire³⁶⁴⁵. Or, en l'absence de lien de causalité, aucune démolition ne pourra être ordonnée et la chose jugée par la juridiction administrative ne sera tout simplement pas exécutée. En revanche, si les conditions sont réunies, la démolition sera ordonnée dès lors que le requérant la demande³⁶⁴⁶.

920. En définitive, l'action en démolition d'un ouvrage privé apparaît comme relativement aléatoire. Dès lors que le requérant qui a obtenu l'annulation d'un permis de construire est quasiment laissé seul face à la complexité de l'exécution de la chose jugée, cette dernière ne peut que demeurer aléatoire. De ce point de vue, la proposition émise par Catherine Teitgen-Colly il y a plus de trente ans reste d'actualité. Ainsi conviendrait-il de « *reconnaître au juge administratif le pouvoir d'ordonner la démolition ou la mise en conformité des constructions dont il a annulé le permis de construire. Juridiquement possible, cette évolution s'impose au nom du respect de la chose jugée et du crédit même de la juridiction administrative, voire de son utilité* »³⁶⁴⁷.

921. Cependant, aléatoire ne veut pas dire impossible et l'on ne peut pas reprocher à la Cour de cassation de faire preuve de laxisme. En effet, celle-ci rejette tous les arguments liés aux inconvénients sociaux de l'exécution de la démolition³⁶⁴⁸. Cette attitude contraste avec celle du juge administratif qui, derrière l'intérêt général, permet l'inexécution de la chose jugée lorsque celle-ci porte sur la démolition d'un ouvrage public.

B. Le retour contestable de la technique du bilan dans le cadre de l'action en démolition d'un ouvrage public

922. La démolition d'un ouvrage public consécutivement à l'annulation de son permis de construire se heurtait traditionnellement au principe d'intangibilité de l'ouvrage public³⁶⁴⁹. Le Conseil d'Etat a cependant abandonné une conception exigeante de ce principe à partir d'un arrêt du 29 janvier 2003³⁶⁵⁰. De ce point de vue, cette décision constitue incontestablement un

³⁶⁴⁴ V. *supra*, § 161.

³⁶⁴⁵ V. Jean-Grégoire MAHINGA, « La démolition des constructions régulières – à propos de l'article L. 480-13 du code de l'urbanisme », *Constr.-urb.*, 2002, chron. 10.

³⁶⁴⁶ Cass. civ., 1^{er} mars 1965, RDP, 1966, p. 145, note Marcel WALINE ; 18 fév. 1981, Bull. civ. III, n° 38, p. 28. Le propriétaire condamné à la démolition de l'ouvrage peut ensuite engager la responsabilité de l'administration. La faute est alors constituée par le fait que l'administration a délivré un permis de construire illégal (CE, 5 octobre 1988, *SCI « Les trois roses »*, AJDA, 1989, p. 199, note Jean-Bernard AUBY).

³⁶⁴⁷ Catherine TEITGEN-COLLY, « Le juge administratif, un protecteur efficace des tiers en matière de permis de construire ? », AJPI, 1981, p. 628 ; *La protection des tiers face au permis de construire*, Litec, 1982, p. 121.

³⁶⁴⁸ Cass., 3^{ème} civ., 18 mars 1974, Bull. civ. III, n° 127 ; 30 septembre 1998, Bull. civ. III, n° 185.

³⁶⁴⁹ CE, 7 juillet 1853, *Robin de la Grimaudière*, S., 1854, II, p. 213.

³⁶⁵⁰ CE, sect., 29 janv. 2003, *Synd. Dép. de l'électricité et du gaz des Alpes maritimes et Commune de Clans*, rec., p. 21 ; RFDA, 2003, p. 477, concl. Christine MAUGUE ; v. aussi, CE, sect., 14 oct. 2011, *Commune de*

progrès pour l'exécution des décisions de la juridiction administrative. Pour autant, elle révèle simultanément de façon éclatante les limites de cette exécution. Saisi d'une demande d'exécution d'un jugement qui impliquait la démolition d'un ouvrage public, le Conseil d'Etat juge qu'une telle démolition ne peut intervenir qu'à deux conditions. D'une part, il faut qu'aucune régularisation de la construction ne soit possible. D'autre part, si aucune régularisation n'est possible, le juge doit en quelque sorte opérer un bilan entre d'un côté, les inconvénients de la présence de l'ouvrage pour les intérêts publics et privés et, de l'autre, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général³⁶⁵¹. Comme le souligne Franck Moderne, est ici introduite la notion d'intérêt général « *pour contrebalancer les exigences d'une exécution rigoureuse et immédiate de la décision de justice* »³⁶⁵².

923. Cette décision est susceptible de susciter la critique, en dépit du progrès qu'elle porte en elle. D'une part, s'il s'agit là d'un assouplissement du principe d'intangibilité de l'ouvrage public, on peut se demander s'il ne s'agit pas en réalité d'un trompe l'œil. Sans revenir sur la technique du bilan, on peut craindre que l'usage en filigrane de la technique du bilan au stade de l'exécution ne profite à l'administration. Fabrice Melleray considère d'ailleurs avec ironie que, compte tenu des conditions posées, « *ce n'est pas demain que le Conseil d'Etat ordonnera la destruction d'une centrale nucléaire...* »³⁶⁵³. D'autre part, si l'usage de la technique du bilan combiné à l'intérêt général est susceptible de venir valider un ouvrage public illégal au stade de l'exécution, on peut se demander à quoi sert le contrôle juridictionnel de la légalité des ouvrages publics. Si l'intérêt général constitue, *in fine*, le critère qui permet de décider du sort d'un ouvrage public, il peut apparaître paradoxal de s'acharner à le soumettre à un contrôle de sa légalité. On peut ainsi se demander si la généralisation de l'usage du bilan « *ne véhicule pas une modification de l'équilibre entre le fait et le droit, le premier tendant à l'emporter sur le second et à devenir déterminant* »³⁶⁵⁴. Jean-Bernard Auby souligne d'ailleurs que l'intérêt général permet ici d'« *adoucir au profit de l'administration la sanction de la règle de droit, une fois constatée la violation de celle-ci* »³⁶⁵⁵. Le principe même d'un assouplissement de l'exécution des décisions de justice apparaît contestable en soi. Outre d'affaiblir la sanction qui résulte du contrôle juridictionnel, c'est de la réalisation de l'Etat de droit, de la soumission de l'administration au droit, dont il peut faire douter. En effet, « *le principe – inhérent à l'Etat de droit – qui impose de tirer les*

Valmeinier, *Syndicat mixte des Islettes*, n° 320371, AJDA, 2011, p. 226, chron. Xavier DOMINO et Jacques-Henri STAHL.

³⁶⁵¹ Un raisonnement similaire est appliqué en matière de préemption (CE, 26 février 2003, *Bour*, rec., p. 59 ; AJDA, 2003, p. 729, chron. Didier DONNAT et Francis CASAS) ou encore en matière de contrats administratifs (CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, rec., p. 501 ; AJDA, 2004, p. 394, note Jean-David DREYFUS).

³⁶⁵² Franck MODERNE, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif : le juge administratif incarné », *op. cit.*, p. 105.

³⁶⁵³ Fabrice MELLERAY, « Chronique de contentieux administratif (premier semestre 2003) », LPA, 18 août 2003, n° 164, p. 3.

³⁶⁵⁴ Agathe VAN LANG, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1081.

³⁶⁵⁵ Jean-Bernard AUBY, « A propos des réserves d'intérêt général », *Droit administratif*, 2003, rep. 6.

*conséquences des décisions juridictionnelles n'appartient pas au juge, et (...) il n'appartient donc pas à lui de lui fixer des limites »*³⁶⁵⁶

924. En définitive, la portée de l'interprétation délivrée par le juge est étroitement liée aux pouvoirs dont il dispose pour lui donner prise sur la réalité. Ceux-ci ont été renforcés dans le sillage de la loi du 8 février 1995, laquelle marque un véritable tournant concernant l'office du juge de l'excès de pouvoir. Pour autant, si l'on a assisté à un alignement par le haut des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir par rapport à ceux du juge de pleine juridiction, les pouvoirs de réformation et d'injonction rencontrent des limites inhérentes à la position extérieure à l'administration d'un juge que l'on encourage pourtant à se faire administrateur. Les limites de la concrétisation de l'interprétation semblent de ce point de vue intrinsèques à l'office du juge. Le constat est comparable en ce qui concerne l'exécution des décisions de la justice administrative. Si le juge a été doté de pouvoirs croissants dans ce domaine, ceux-ci trouvent leurs limites dans leur confrontation au fait accompli, ce qui rend d'autant plus difficile le triomphe du droit sur le fait.

³⁶⁵⁶ Jean-Bernard AUBY, *ibidem*, rep. 6.

CONCLUSION

925. La réception de la norme par le juge est de nature à influencer son effectivité. En tant qu'interprète de la norme, il ne crée pas celle-ci mais dispose en revanche du pouvoir de lui conférer une effectivité plus ou moins étendue. Dans de nombreux cas, il détermine la signification de la norme par un acte de volonté et selon la direction de cet acte, l'effectivité est susceptible de varier. En ce sens, l'interprétation de la norme est une condition de son effectivité. Elle influence d'ailleurs directement le degré d'effectivité.

926. L'affaire n'est pas gagnée pour autant. Le principal facteur de relativisation de cette condition de l'effectivité est que le juge est loin d'être systématiquement saisi. Il existe un champ important d'application non contentieuse de la norme sur lequel le juge n'a aucune prise et dont l'étendue dépend, en partie mais pas seulement, du degré d'ouverture de l'accès à la justice.

927. Le second facteur de relativisation de l'interprétation envisagée en tant que condition de l'effectivité de la norme est la dépendance de la portée concrète de l'interprétation à l'égard des pouvoirs dont dispose le juge. La préservation, la concrétisation et l'exécution de l'interprétation de la norme jouent en effet un rôle déterminant. Si la concrétisation de l'interprétation dépend de la capacité du juge à régler l'ensemble des questions que soulève une situation juridique, cette tâche semble rencontrer des limites intrinsèques tenant à la possibilité pratique pour le juge de se faire, un temps, administrateur. En revanche, les limites qui demeurent en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative impliquent de remonter le temps et d'accorder davantage d'importance à la préservation, *a priori*, de l'interprétation, c'est-à-dire aux procédures de référé. A défaut, le fait, une fois accompli, l'emporte nécessairement sur le droit. On comprend par exemple les réticences du Conseil d'Etat à ordonner la démolition d'un ouvrage public qui peut être utile à l'intérêt général. Pour autant, reculer ici revient à admettre la primauté du fait sur le droit. Cela est d'autant plus dommageable que de telles situations pourraient facilement être évitées si, avant que le fait ne soit accompli, la procédure de référé-suspension permettait d'y couper court. Dans ce domaine, c'est donc au prix d'une rénovation de la procédure du référé-suspension – laquelle implique nécessairement, comme nous l'avons défendu, la mise à l'écart de la condition d'urgence – que l'interprétation de la norme par le juge pourrait gagner davantage d'emprise sur les faits. La situation du droit positif est cependant moins satisfaisante. Par le biais de l'extension des cas d'utilisation de la technique du bilan aux cadres du référé et de l'exécution de ses propres décisions, le juge administratif a multiplié, à différents stades de la procédure contentieuse, des « *réserves d'intérêt général* »³⁶⁵⁷ qui marquent souvent une retraite du droit sur le fait. Par conséquent, les pouvoirs souffrent de certaines limites.

³⁶⁵⁷ Selon l'expression de Jean-Bernard AUBY, *ibidem*, rep. 6.

928. Dès lors qu'ils conditionnent la portée pratique de l'interprétation et que cette dernière influence directement l'effectivité, les pouvoirs du juge, comme l'accès à la justice, constituent une condition indirecte de l'effectivité. Leurs limites contribuent en outre à faire de l'interprétation une condition relative de l'effectivité, même si elle influence directement son degré.

CONCLUSION DU TITRE II

929. Au stade de la réception de la norme, trois rapports d'implication entre un élément du système juridique et l'effectivité de la norme ont pu être mis en évidence. Tout d'abord, l'accès à la justice qui est conféré aux destinataires de la norme leur permet de jouer un rôle actif sur le plan de la primauté du droit sur le fait et *in fine* de l'effectivité. En mobilisant la norme devant le juge, ils permettent à ce dernier de lui donner effet. L'accès à la justice constitue donc indirectement une condition de l'effectivité. Ensuite, une fois soumise au juge, la norme fait l'objet d'une interprétation qui influence directement son effectivité. Par cette interprétation, le juge est en mesure de déplacer le curseur des effets de la norme, du moins dans le cadre de son application contentieuse. L'interprétation constitue ainsi également une condition de l'effectivité. Elle est d'ailleurs d'autant plus remarquable qu'elle agit directement sur le degré d'effectivité. Enfin, l'effectivité est aussi conditionnée par les pouvoirs dont dispose le juge pour assurer la portée pratique de son interprétation.

930. Néanmoins, ces trois rapports d'implication ne sont pas stricts. En effet, les trois conditions ici mises en évidence sont imbriquées, si bien que les limites de l'une affectent la portée des autres. La capacité de l'interprétation à influencer le degré d'effectivité est doublement conditionnée, d'un côté par l'accès à la justice, de l'autre par les pouvoirs du juge. Le juge ne peut pas interpréter une norme s'il n'est pas préalablement saisi et son interprétation peut demeurer purement théorique s'il ne dispose pas des pouvoirs nécessaires pour en assurer la portée concrète sur la réalité. Les limites qui affectent l'accès à la justice et les pouvoirs du juge tendent ainsi à conférer une souplesse certaine aux trois rapports d'implication mis en évidence. L'accès à la justice, l'interprétation et les pouvoirs du juge sont ainsi des conditions relatives de l'effectivité.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

931. Par delà les conditions classiques de l'effectivité de la norme, plusieurs conditions peuvent être identifiées, que ce soit au niveau de la conception de la norme comme de sa réception. En ce qui concerne sa conception, l'élaboration de la norme elle-même et la conception d'un contexte normatif à même de favoriser sa mise en œuvre apparaissent déterminants. Plusieurs conditions de l'effectivité ont été mises en lumière. En premier lieu, les « qualités » de la norme, tout comme sa légitimité, que cette dernière provienne de son assise démocratique ou de la mise en avant de sa rationalité, sont deux conditions de l'effectivité dont le sort se joue en partie avant même que la norme n'entre en vigueur. En ce sens, elles exercent une prédétermination sur son effectivité. En deuxième lieu, l'effectivité de la norme passe inévitablement par l'adoption des normes inférieures nécessaires à son application, de même que par un choix approprié des instruments de sa mise en œuvre. La conception de la norme elle-même ne peut prospérer sans la conception, plus largement, de l'environnement juridique dans lequel elle s'insère. En troisième lieu, s'assurer que l'environnement juridique de la norme soit favorable à son effectivité implique de favoriser la confiance de ses destinataires, principalement par le biais d'une démocratisation de l'administration en charge de son exécution. Apparaît ici une autre condition de l'effectivité.

932. Par ailleurs, deux variétés d'acteurs du droit contribuent à l'effectivité au stade de la réception de la norme. La combinaison de l'action en justice de ses destinataires avec l'action du juge est susceptible d'influencer l'effectivité de la norme. D'un côté, la capacité des destinataires de mobiliser une norme devant le juge est directement liée au degré d'ouverture de l'accès à la justice. De ce dernier dépend la possibilité pour le juge d'interpréter la norme. Or, cette interprétation influence directement l'étendue de ses effets, à condition cependant que le juge dispose des pouvoirs nécessaires pour assurer la portée de son interprétation à l'égard de la réalité. Par conséquent, l'interprétation apparaît comme une condition de l'effectivité de la norme qui est elle-même conditionnée par l'accès à la justice et par les pouvoirs dont dispose le juge. Combinés, ces trois éléments du système juridique sont des conditions de l'effectivité de la norme.

933. L'apport de l'ensemble des conditions ampliatives de l'effectivité de la norme est double. En premier lieu, en s'ajoutant aux conditions classiques, les conditions ampliatives sont susceptibles de renforcer l'effectivité de la norme. En second lieu, alors que les conditions classiques de l'effectivité sont principalement centrées sur le respect de la norme, plusieurs de ses conditions ampliatives influencent plus directement le degré d'effectivité. Néanmoins, les limites qui affectent la plupart des conditions ampliatives en font, comme leurs homologues classiques, des conditions relatives.

CONCLUSION GENERALE

934. L'étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne révèle trois enseignements et suscite une interrogation. Cette étude montre tout d'abord qu'il est possible d'identifier, dans le système juridique, les conditions juridiques de l'effectivité de la norme mais que celles-ci sont pour la plupart, une fois confrontées au droit positif, relatives. Leur évaluation conduit ensuite à constater la souplesse des rapports d'implication qui lient chaque condition à l'effectivité, ce qui tend à montrer l'inadaptation, dans ce domaine, de la science logique traditionnelle. Enfin, cette étude contribue probablement à la compréhension du fonctionnement du système juridique. L'interrogation suscitée porte quant à elle sur le paradigme hérité de la philosophie grecque opposant théorie et pratique.

935. Notre interrogation de départ portait sur la contribution du système juridique à l'effectivité de ses propres normes. Il convient d'exposer en premier lieu les éléments de réponse qu'a suscités cette étude.

Le premier élément de réponse à cette interrogation consiste à recenser et à exposer les conditions juridiques de l'effectivité de la norme. Il en résulte deux conditions classiques – la cohérence de l'ordre juridique et la sanction – mais aussi plusieurs conditions ampliatives. L'identification de ces dernières témoigne de l'absence d'exclusivité des deux conditions classiques. En effet, dans le cadre de la conception de la norme envisagée au sens large, ses qualités, sa légitimité, l'adoption ainsi que le choix de ses normes et instruments d'application de même que la confiance que ses destinataires ont en elle, exercent une influence sur son effectivité. En outre, sur le plan de la réception de la norme, l'accès à la justice dont bénéficient ses destinataires, son interprétation par le juge et les pouvoirs dont dispose ce dernier sont aussi des conditions de son effectivité.

De plus, dans le cas des deux conditions classiques, l'effectivité est principalement influencée à travers la médiation du respect de la norme. Autrement dit, c'est principalement en concourant au respect de la norme que la cohérence de l'ordre juridique et la sanction participent aussi à l'effectivité. En revanche, les conditions ampliatives, sans pour autant être déconnectées du respect de la norme, influencent plus directement son « degré » d'effectivité.

Le second élément de réponse à notre interrogation de départ réside dans une tentative d'évaluation, au regard du droit positif, de l'influence des conditions identifiées sur l'effectivité. La confrontation au droit positif du lien théorique entre chaque condition et l'effectivité montre la relativité de l'influence des différentes conditions sur l'effectivité. Si, en principe, l'effectivité est conditionnée par ces différents éléments du système juridique, l'analyse de ces derniers tels qu'ils existent en droit positif révèle leurs limites et ainsi la modération de leur contribution réelle à l'effectivité de la norme.

Au delà de notre interrogation initiale, l'identification et l'évaluation des conditions juridiques de l'effectivité de la norme donnent à voir le désordre susceptible de régner entre ces différentes conditions.

Certaines d'entre elles peuvent tout d'abord se contredire. Par exemple, un accès large à la justice favorise l'effectivité mais affaiblit la sécurité juridique, laquelle est pourtant en principe un élément favorisant l'effectivité. De même, préserver la fonction de sanction assurée par l'invalidation de la norme implique de limiter le recours à la modulation des effets des annulations, alors même qu'une telle modulation est favorable à la sécurité juridique et *in fine* à l'effectivité.

Ensuite, certaines conditions sont en réalité à double face. Elles sont susceptibles d'influencer favorablement, comme défavorablement l'effectivité. C'est le cas de la recherche de sécurité juridique, ou encore de la responsabilité de la puissance publique qui, si elle permet de sanctionner cette dernière, risque aussi de paralyser son action dans le cadre de la mise en œuvre de la norme. Il en va encore de même de la précision de la norme qui peut favoriser son application tout en constituant un facteur de son instabilité.

Enfin, l'emprise réelle des conditions identifiées sur l'effectivité paraît aléatoire, susceptible de varier selon chaque cas particulier. Il peut ainsi arriver qu'une norme demeure ineffective même si toutes ses conditions d'effectivité sont réunies ou, à l'inverse, qu'une norme soit effective alors même que plusieurs conditions de son effectivité sont absentes. C'est le cas notamment des normes qui ne sont ni sanctionnées, ni interprétées et qui produisent pourtant des effets. Il en résulte l'absence de véritable hiérarchie entre les différentes conditions juridiques de l'effectivité. Les conditions classiques ne sont ainsi pas nécessairement plus déterminantes que les conditions ampliatives.

Ce désordre pourrait probablement s'expliquer par l'influence concomitante de conditions extra-juridiques de l'effectivité. Par conséquent, si le choix d'une analyse exclusivement juridique était le seul possible sur un plan méthodologique, il implique aussi que la compréhension des éléments qui influencent l'effectivité est nécessairement partielle.

En définitive, les conditions juridiques de l'effectivité de la norme qui ont été identifiées se révèlent relatives et ne permettent pas totalement, à elles seules, d'expliquer l'effectivité ou l'ineffectivité d'une norme.

936. En deuxième lieu, la relativité de la plupart des conditions juridiques de l'effectivité de la norme identifiées révèle que, si des rapports d'implication peuvent être établis entre un élément du système juridique et l'effectivité de la norme, ces rapports sont nécessairement souples, et non stricts. En effet, les conditions identifiées ne sont en général pas des conditions « nécessaires et suffisantes » de l'effectivité de sorte que si la condition A est remplie alors le résultat B existe et inversement. La norme peut être effective même si la condition n'est pas remplie et la condition peut être remplie sans que la norme soit effective. Par conséquent, les conditions qui ont été identifiées relèvent davantage de rapports d'implication souples de façon que si la condition A est remplie alors il est possible que B existe. L'existence de A influence la possibilité que B existe. Si la condition juridique est remplie, alors, il est possible que la norme produise ses effets. Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme sont donc seulement des conditions « possibles ».

Néanmoins, cela n'enlève rien à l'existence de relations causales entre des éléments du système juridique et l'effectivité de la norme. Il s'agit simplement d'un rapport de causalité faible. Il est donc possible d'en tirer la conclusion que l'effectivité de la norme est, en partie, susceptible d'être influencée par la configuration des éléments du système juridique. Au fond, l'absence de rapports d'implication stricts ne nous semble que confirmer la faible compatibilité de la science logique traditionnelle avec l'appréhension de la complexité des interactions entre la norme et le fait.

937. En troisième lieu, cette étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme tente de présenter de la façon la plus cohérente possible ce que l'on peut attendre des éléments du système juridique sur le plan de l'effectivité. Ce type d'étude contribue à la compréhension du fonctionnement du système juridique dans ses rapports avec l'effectivité, même si cette compréhension reste largement incomplète.

En ce qui concerne la compréhension du fonctionnement du système juridique, outre la mise en évidence de la part de leur contribution à l'effectivité de la norme, l'étude des conditions de l'effectivité est selon nous porteuse d'enseignements sur le plan théorique.

L'appréhension de l'effectivité sous le prisme juridique semble tout d'abord confirmer que la sanction n'est pas le critère qui permet de considérer qu'une norme est ou n'est pas juridique. La sanction constitue plus simplement l'un des moyens, parmi d'autres, permettant aux normes juridiques de produire des effets sur la réalité, c'est-à-dire d'être effectives.

Une telle appréhension contribue ensuite à expliquer une des fonctions de l'interprétation des normes juridiques. Le fait de savoir si l'interprétation crée une norme nouvelle ou applique une norme préexistante dépend de la posture théorique retenue. En revanche, il nous semble que quelle que soit cette posture, il est possible de s'accorder sur le fait que l'interprétation influence directement le degré d'effectivité de la norme, ou de l'énoncé normatif selon le vocabulaire utilisé par les courants réalistes.

Enfin, l'étude des conditions juridiques de l'effectivité montre que les phénomènes d'ineffectivité – partielle – sont nécessairement consubstantiels à la norme, notamment parce que ses conditions juridiques – et probablement aussi ses conditions extra-juridiques – sont relatives. L'effectivité partielle – ou l'ineffectivité partielle –, c'est-à-dire l'existence de degrés d'effectivité, n'est pas pathologique. Elle n'est pas une contradiction en soi, *in adjecto*, mais un phénomène normal de la vie de la norme dans le système juridique. Par conséquent, il ne semble pas qu'il faille accorder trop d'importance aux dangers de l'« effectivisme », cette recherche d'effectivité à tout prix décrite par Jean Carbonnier dans son article de 1957. Celle-ci n'est en effet pas véritablement réflétée par le droit positif. A l'inverse, faire, comme Kelsen, de l'ineffectivité totale une condition de validité des normes juridiques semble difficile. En admettant une part d'exagération, on pourrait affirmer que toutes les normes sont ineffectives (partiellement) et qu'aucune n'est (complètement) ineffective. Une norme est toujours partiellement effective, du moins est toujours susceptible de le devenir ou de le devenir à nouveau. Il suffit pour cela qu'elle soit redécouverte par quelques plaideurs et que le

juge en réanime les effets. Il semble difficile, dans ces conditions, de déterminer à partir de quel moment une norme doit être considérée comme totalement ineffective et ainsi perdre sa validité juridique. Mieux vaut alors s'en tenir aux deux conditions classiques de la validité juridique énoncées par Kelsen, c'est-à-dire la conformité de la norme à celle qui lui est supérieure (validité matérielle) et son adoption par une autorité habilitée pour cela par la norme supérieure (validité formelle). Ces deux conditions présentent en outre l'avantage d'être compatibles avec la démocratie.

L'étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme ne permet cependant qu'une compréhension incomplète des éléments qui influencent l'effectivité mais ce constat n'est que la conséquence logique du parti-pris méthodologique retenu au début de cette étude, celui d'une analyse se voulant exclusivement juridique. Cette étude témoigne probablement du fait qu'une analyse juridique portant sur l'effectivité est possible, mais aussi paradoxalement du fait que l'effectivité des normes juridiques ne peut probablement pas être appréhendée de façon exhaustive sans une collaboration des différentes sciences humaines et sociales. Notre étude n'a par conséquent pas pour autre ambition que de constituer un élément, juridique, d'une recherche plus vaste qui reste à construire sur les éléments influençant l'effectivité.

De nombreuses questions demeurent en effet ouvertes. Il conviendrait peut-être d'approfondir la compréhension des relations complexes entre les conditions juridiques de l'effectivité. Surtout, il serait nécessaire d'identifier précisément les conditions extra-juridiques de l'effectivité de la norme afin de pouvoir envisager la compréhension de leurs relations avec les conditions juridiques et plus largement du jeu complexe qui influence l'effectivité de la norme. La plupart de ces prolongements dépasse cependant largement le cadre de l'analyse juridique qui est le nôtre.

938. En dernier lieu, l'étude des conditions juridiques de l'effectivité suscite une interrogation concernant l'opposition de la théorie à la pratique. Le philosophe François Jullien invite en effet à questionner ce modèle. Selon lui, depuis la Grèce antique, « *nous dressons une forme idéale (eidos), que nous posons comme but (telos), et nous agissons ensuite pour la faire passer dans les faits* »³⁶⁵⁸. Nous cherchons ainsi à faire entrer la théorie dans les faits, mettant peut être trop rapidement de côté le fait qu'« *un écart subsistera inévitablement entre le modèle que nous projetons pour agir et ce que, les yeux fixés dessus, nous parvenons à réaliser* »³⁶⁵⁹. L'auteur invite alors à explorer la philosophie chinoise selon laquelle l'effet n'est pas produit par l'application d'un modèle mais résulte d'une situation donnée. C'est alors le potentiel de la situation qui produit l'effectivité. Dans son ouvrage intitulé *L'art de la guerre*, connu comme le plus vieux traité de stratégie militaire, Sun Tzu considère qu'« *un chef d'armée qualifié demande la victoire à la situation* », qu'il n'existe pas de règles fixes et que ces règles « *ne peuvent être établies que selon les circonstances* ».

³⁶⁵⁸ François JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, Grasset, 1996, p. 15.

³⁶⁵⁹ François JULLIEN, *ibidem*, p. 18.

Ainsi, « *de même que le flot épouse les accidents du terrain, de même une armée, pour parvenir à la victoire, adapte son action à la situation* »³⁶⁶⁰.

Prenant acte de l'échec de toute modélisation *a priori*, François Jullien invite ainsi à changer de perspective. Il conviendrait, « *au lieu d'imposer son plan au monde, (de) s'appuyer sur ce qui est porteur* »³⁶⁶¹, de compter sur la situation et sur « *le déroulement du processus pour atteindre l'effet souhaité* »³⁶⁶². Par conséquent, l'effet résulterait de la situation et il échapperait à la pensée. Ce serait alors la victoire de la tactique sur la théorie.

939. L'étude des conditions juridiques de l'effectivité de la norme confirme en partie la dépendance de l'effet à l'égard de la situation. Néanmoins, « *le stratège doit commencer par supputer, à partir d'un examen minutieux des forces en présence, les facteurs qui sont favorables à l'un ou l'autre camp* »³⁶⁶³. Un système d'évaluation des forces et des facteurs demeure nécessaire. L'identification des conditions de l'effectivité et l'évaluation de leur influence sur la norme reste donc utile pour tirer parti de la situation. « *Toute stratégie reviendrait finalement au simple fait de savoir impliquer l'effet : de savoir engager la situation en amont de telle sorte que l'effet désiré en découle ensuite naturellement* »³⁶⁶⁴. C'est peut être aussi à cela que peut servir l'étude des rapports d'implication entre les éléments du système juridique et l'effectivité de la norme.

³⁶⁶⁰ SUN TZU, *L'art de la guerre*, (6^e siècle av. J-C), Flammarion, 2008, respectivement V. 21, V. 19 et VI. 28.

³⁶⁶¹ François JULLIEN, *op. cit.*, p. 32.

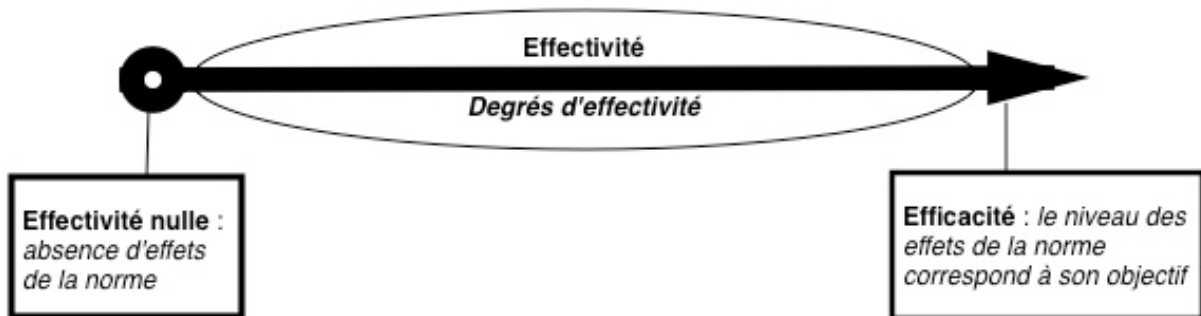
³⁶⁶² François JULLIEN, *ibidem*, p. 33.

³⁶⁶³ François JULLIEN, *ibidem*, p. 37.

³⁶⁶⁴ François JULLIEN, *ibidem*, p. 146.

ANNEXE 1

Les degrés d'effectivité de la norme



BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES

1.1. DICTIONNAIRES

1.1.1. Dictionnaires juridiques

Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003.

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008.

André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1993.

Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008.

Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, Paris, 2007.

Yves JEGOUZO (dir.), *Droit de l'urbanisme – Dictionnaire pratique*, Le Moniteur, Paris, 2011.

Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN et Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011.

1.1.2. Dictionnaires généralistes

Centre national de ressources textuelles et lexicales, CNRTL – CNRS-ATILF, Nancy, www.cnrtl.fr.

Le Petit Robert de la langue française 2013.

Le dictionnaire de la langue française – Emile Littré, disponible en ligne sur : littré.reverso.net

Shorter Oxford English Dictionary on historical principles, 5^{ème} éd., Vol. 1, Oxford University Press, 2002.

1.2. OUVRAGES NON JURIDIQUES

- PHILOSOPHIE

Yves CUSSET, *Habermas – L'espoir de la discussion*, Le bien commun, Michallon, Paris, 2001.

Simone GOYARD-FABRE, *Eléments de philosophie politique*, Armand Colin, Paris, 1996.

Thomas HOBBS, *Leviathan*, (1651), Folio, Gallimard, Paris, 2000.

François JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, Grasset, Paris, 1996.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Flammarion, Paris, 2008.

Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, Paris, 2005.

Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, Quadrige, PUF, Paris, 2005.

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, Le monde de la philosophie, Flammarion, Paris, 2008.

SUN TZU, *L'art de la guerre*, (6^e siècle avant Jésus-Christ), Champs, Flammarion, Paris, 2008.

- SCIENCE POLITIQUE

Dominique BOURG et al., *Pour une 6^{ème} République écologique*, Odile Jacob, Paris, 2011.

Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, 2^{ème} éd., t. 1, LGDJ, Paris, 1966.

Pierre LASCOUMES, *L'éco-pouvoir*, La découverte, Paris, 1994.

Pierre ROSANVALLON, *La Légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008.

Yves SINTOMER, « La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas », *La Découverte*, Paris, 1999.

- SOCIOLOGIE

Patrick HASSENTEUFEL, *Sociologie politique : l'action publique*, Armand Colin, Paris, 2008.

Bruno LATOUR, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2004.

- ECONOMIE

François LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, Repères, La Découverte, Paris, 2004.

- AUTRE

Jean PRUVOST et Jean-François SABLAYROLLES, *Les néologismes*, 2^{ème} éd., Que sais-je ?, PUF, Paris, 2012.

1.3. OUVRAGES SPECIAUX

1.3.1. THEORIE, PHILOSOPHIE ET SOCIOLOGIE DU DROIT

Henri BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979.

Denys de BECHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997.

Norberto BOBBIO

- *Essais de théorie du droit, recueil de textes*, Bruylant LGDJ, Paris, 1998.
- *Le futur de la démocratie*, La couleur des idées, Seuil, Paris, 2007.
- *De la structure à la fonction : nouveaux essais de théorie du droit*, Dalloz, 2012.

Jean CARBONNIER

- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs essais, Flammarion, Paris, 1996.
- *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1996.
- *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001.

Bernard CUBERTAFOND, *La création du droit*, Ellipses, Paris, 1999.

Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, 1992, *nrf essais*, Gallimard, Paris, 1997.

Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit*, 1961, (traduc Michel van de Kerchove), *Publications des Facultés Universitaires Saint Louis*, Bruxelles, 1976.

Hans KELSEN

- *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, (1945 et 1928), trad. B. Laroche et V. Faure, LGDJ Bruylant, Paris, 1997.
- *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., (1960), trad. Ch. Eisenmann, LGDJ Bruylant, Paris, 1999.
- *Théorie générale des normes*, (1979), trad. O. Beaud et F. Malkani, Léviathan, PUF, Paris, 1996.

François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2002.

Chaïm PERELMAN, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1979.

Jean-François PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève, 1979.

Alf ROSS

- *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, prés. et ann. E. Millard, Bruylant – LGDJ, 2004.
- *On law and justice*, (1959), The lawbook Exchange Ltd., Clark, 2007.

Michel TROPER

- *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Léviathan, PUF, Paris, 2001.
- *Le droit et la nécessité*, Léviathan, PUF, Paris, 2011.

Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique – entre ordre et désordre*, Les voies du droit, PUF, Paris, 1988.

Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, 1960, Ed. Panthéon Assas, LGDJ, Paris, 1998.

1.3.2. MANUELS ET TRAITES

Christian ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, Paris, 1985.

Jean-Bernard AUBY, Hugues PERINET-MARQUET et Rozen NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2012.

Jean-Marie BECET, *Le droit de l'urbanisme littoral*, Presses universitaires de Rennes, 2002.

Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd., Manuel, Litec, Paris, 2010.

Jean-Pierre BOIVIN, *Les installations classées*, 2^{ème} éd., Le moniteur, Paris, 2003.

Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, Paris, 2011.

Jacques CAILLOSSE, *Introduire au droit*, 3^{ème} éd., Clefs Politique, Montchrestien, 1998.

Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^{ème} éd., Quadrige, PUF, Paris, 2004.

René CHAPUS

- *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001.
- *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2008.

Hubert CHARLES, *Droit de l'urbanisme*, Thémis, PUF, Paris, 1997.

Jacques CHEVALLIER

- *Science administrative*, 4^{ème} éd., Themis, PUF, Paris, 2007.
- *L'Etat*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011.

Marie-Anne COHENDET

- *Les épreuves en Droit public*, 4^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2009.
- *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Focus droit, Montchrestien, Paris, 2011.

Jean-Philippe COLSON et Pascale IDOUX, *Droit public économique*, 5^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2010.

Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 10^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2012.

Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., PUF, Paris, 2011.

Henri COULOMBIE et Claudine LE MARCHAND, *Droit du littoral et de la montagne*, LexisNexis, Paris, 2009.

Patrick DAILLIER et Alain PELLETT, *Droit international public*, 8^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2009.

Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000.

David DEHARBE, *Les installations classées pour la protection de l'environnement*, Litec, Paris, 2007.

Mireille DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Themis, PUF, Paris, 1992.

Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3^{ème} éd., PUF, Paris, 2011.

Bernard DROBENKO

- *Droit de l'eau*, Gualino éditeur, Paris, 2007.
- *Droit de l'urbanisme*, Gualino éditeur, 6^{ème} éd., Paris, 2011.

Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^{ème} éd., E. de Boccard, 1927.

Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, Paris, 2008.

Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^{ème} éd., Précis, Dalloz, Paris, 2012.

Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, 3^{ème} éd., Champs, Flammarion, 2011.

Louis FAVOREU et al. *Droit constitutionnel*, 14^{ème} éd., Précis, Dalloz, Paris, 2012.

William F. FOX, *Understanding Administrative Law*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2008.

Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2012.

Yves GAUDEMET

- *Traité de droit administratif: tome 2 – Droit administratif des biens*, 13^{ème} éd., Traités, LGDJ, Paris, 2008.
- *Droit administratif*, 20^{ème} éd., Manuel, LGDJ, Paris, 2012.

Jean et Jean-Eric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2012.

Robert L. GLICKSMAN et Richard E. LEVY, *Administrative Law: Agency Action in Legal Context*, Foundation Press, 2010.

Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA, *Traité de droit administratif*, tome 1 et 2, Dalloz, Paris, 2011.

Christophe GUETTIER

- *La responsabilité administrative*, LGDJ, Paris, 1998.
- *Droit des contrats administratifs*, 3^{ème} éd., PUF, Paris, 2011.

Dominique GUIHAL

- *Droit répressif de l'environnement*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 2000.
- *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, Paris, 2008.

Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2011.

Serge GUINCHARD et **Gabriel MONTAGNIER**, *Locutions latines juridiques*, Dalloz, Paris, 2007.

Francis HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Cours, Dalloz, 2012.

Henri JACQUOT et **François PRIET**, *Droit de l'urbanisme*, 6^{ème} éd., Précis, Dalloz, Paris, 2008.

Alexandre KISS et **Jean-Pierre BEURIER**, *Droit international de l'environnement*, 4^{ème} éd., Pedone, Paris, 2010.

Jean-Marc LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement*, 3^{ème} éd., Ellipses, Paris, 2010.

Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2012.

Joël MOLINIER et **Jaroslav LOTARSKI**, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2010.

Jacqueline MORAND-DEVILLER

- *Droit de l'urbanisme*, 8^{ème} éd., Mémentos, Dalloz, Paris, 2008.
- *Le droit de l'environnement*, 10^{ème} éd., *Que sais-je ?*, PUF, Paris, 2010.
- *Droit administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2011.
- *Droit administratif des biens*, 7^{ème} éd., Cours, Montchrestien, Paris, 2012.

Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 2006.

Eric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, Paris, 2011.

Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, Précis, Dalloz, Paris, 1999.

Bernard PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Paris, 2008.

Michel PAILLET, *La responsabilité administrative*, Cours, Dalloz, Paris, 1996.

Manuel PENNAFORTE, *La réglementation des installations classées*, 2^{ème} éd., Le Moniteur, Paris, 2011.

Michel PRIEUR

- *Droit de l'environnement*, 1^{ère} éd., Précis, Dalloz, Paris, 1984.
- *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., Précis, Dalloz, Paris, 2011.

Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 4^{ème} éd., Manuel, LGDJ, Paris, 2010.

Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^{ème} éd., Manuel, LGDJ, Paris, 2010.

- Michel RICARD**, *Le permis de construire*, 5^{ème} éd., Le Moniteur, Paris, 2007.
- Joël RIDEAU**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Manuel, LGDJ, Paris, 2010.
- Raphaël ROMI**, *Droit et administration de l'environnement*, 7^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2010.
- Dominique ROUSSEAU**, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2010.
- Carlo SANTULLI**, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005.
- Bertrand SEILLER**, *Droit administratif*, t. 1 et 2, 4^{ème} éd., Flammarion, Paris, 2011.
- Denys SIMON**, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, Droit fondamental, PUF, Paris, 2001.
- Marcel SINKONDO**, *Introduction au droit international public*, Ellipses, Paris, 1999.
- Pierre SOLER-COUTEAUX, David GILLIG et Jean-Philippe STREBLER**, *Les autorisations d'urbanisme*, Le Moniteur, Paris, 2007.
- Frédéric SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., Classiques, PUF, Paris, 2011.
- François TERRE**, *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Précis, Dalloz, Paris, 2012.
- Patrick THIEFFRY**, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- Michel TROPER**, *Philosophie du droit*, 3^{ème} éd., *Que sais-je ?*, PUF, Paris, 2011.
- Didier TRUCHET**, *Le droit public*, 2^{ème} éd., *Que sais-je ?*, PUF, Paris, 2010.
- Agathe VAN LANG**, *Droit de l'environnement*, 3^{ème} éd., Thémis, PUF, 2011.
- Geneviève VINEY**, *Introduction à la responsabilité – Traité de droit civil*, 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2008.
- Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN**, *Les effets de la responsabilité – Traité de droit civil*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001.
- Elisabeth ZOLLER**, *Introduction au droit public*, Précis, Dalloz, Paris, 2006.

1.3.3. OUVRAGES THEMATIQUES

- Jean-Bernard AUBY**, *La globalisation, Le droit et l'Etat*, 2^{ème} éd., Systèmes, LGDJ, Paris, 2010.
- Thomas C. BEIERLE et Jerry CAYFORD**, *Democracy in Practice – Public Participation in Environmental Decisions*, RFF PRESS, Washington, 2002.
- Jean-Pierre CAMBY et Pierre SERVENT**, *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, 5^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2011.
- Monique CHEMILLIER-GENDREAU**, *Humanité et souverainetés – essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, Paris, 1995.

Jacques CHEVALLIER

- *L'Etat post-moderne*, 2^{ème} éd., *Droit et Société*, LGDJ, Paris, 2004.
- *L'Etat de droit*, 5^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2010.

Jean CRUET, *La vie du droit ou l'impuissance des lois*, Flammarion, Paris, 1908.

Mireille DELMAS-MARTY

- *Le flou du droit*, Quadrige, PUF, Paris, 1986.
- *Le relatif et l'universel*, Les forces imaginantes du droit, Seuil, Paris, 2004.
- *Le pluralisme ordonné*, Les forces imaginantes du droit II, Seuil, Paris, 2006
- *La refondation des pouvoirs*, Les forces imaginantes du droit III, Seuil, Paris, 2007
- *Vers une communauté de valeurs ?*, Les forces imaginantes du droit IV, Seuil, Paris, 2011.

Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, Paris, 1992.

René-Jean DUPUY, *L'avenir du droit international de l'environnement*, Académie de droit international de La Haye, Nations Unies, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

Olivier FUCHS, *Le dommage écologique*, Editions Rue d'ULM, Paris, 2011.

Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 2005.

Rudolf von JHERING, *La lutte pour le droit*, 1890, rééd., Dalloz, Paris, 2006.

Chris McGRATH, *Does environmental law work? – How to evaluate the effectiveness of an environmental legal system*, Lambert Academic Publishing, Saarbrücken, 2010

Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *Droit et Société*, LGDJ, Paris, 1999.

Terry OLSON et Paul CASSIA, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Les notes, Droit et justice, PUF, Paris, 2006.

François OST, *La nature hors la loi – L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, Paris, 1995, rééd. 2003.

Georges RIPERT

- *Le déclin du droit*, LGDJ, Paris, 1949.
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955.

Alain SAOUT, *Théorie et pratique du droit de l'eau*, Editions Johanet, Paris, 2011.

Christopher D. STONE, *Should trees have standing ? and other essays on law, morals and the environment*, Oceana Publications, New York, 1996.

Catherine TEITGEN-COLLY, *La protection des tiers face au permis de construire*, Litec, Paris, 1982.

François TERRE, *Le droit*, Dominos, Flammarion, Paris, 1999.

Charles De VISSCHER

- *Les effectivités du droit international public*, Pedone, Paris, 1967.
- *Théories et pratiques en droit international public*, 4^{ème} éd., Pedone, Paris, 1970.

1.4. OUVRAGES COLLECTIFS

AFDA

- *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, Paris, 2011.
- *La puissance publique*, Lexisnexis, Paris, 2012.

Nathalie ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, AFDA, LexisNexis, Paris, 2010.

Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant – PUAM, Aix-en-Provence, 1995.

ASSOCIATION Henri CAPITANT, *Le droit souple*, Dalloz, Paris, 2009.

Olivera BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, Paris, 2010.

Pierre BOURETZ (dir.), *La Force du droit ; panorama des débats contemporains*, Editions Esprit, Paris, 1991.

Marguerite BOUTELET et Jean-Claude FRITZ (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

Chantal CANS (dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Dalloz, Paris, 2009.

Elise CARPENTIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité et l'aménagement du territoire*, Les cahiers du GRIDAUH n° 22, La documentation française, Paris, 2011.

CEDRE, *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, Paris, 2008.

Jean-Yves CHEROT et al., *Droit et environnement – Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995.

Jacques CHEVALLIER (dir.), *La gouvernabilité*, PUF, Paris, 1996.

Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, PUF, Paris, 2005.

Pierre-Marie DUPUY (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Pedone, Paris, 2003.

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

GRIDAUH

- *L'articulation des règles d'occupation des sols en Europe*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 1, La Documentation française, Paris, 1998.
- *Etat de droit et urbanisme*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 11, La Documentation française, Paris, 2004.

- *L'environnement dans le droit de l'urbanisme en Europe*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 18, La Documentation française, Paris, 2008.
- *L'avenir du contrôle de légalité, la Gazette des communes*, Cahier détaché n° 3, 7 juillet 2008.

Nathalie HERVE-FOURNEREAU (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, 2008.

René HOSTIOU et Jean-François STRUILLOU (dir.), *La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, Les Cahiers du GRIDAUH n° 17, La documentation française, Paris, 2007.

Claude IMPERIALI (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Economica, Paris, 1998.

Olivier JOUANJAN (dir.), *Dossier Théories réalistes du droit*, PU Strasbourg, Strasbourg, 2000.

Andrée LAJOIE et al. (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Bruylant, Montréal-Bruxelles, 1998.

Jean-Marc LAVIEILLE, Julien BETAÏLLE et Michel PRIEUR (dir.), *Les catastrophes écologiques et le droit – échecs du droit, appels au droit*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.)

- *L'effectivité du droit européen de l'environnement*, La documentation française, Paris, 2000.
- *Changements climatiques, les enjeux du contrôle international*, La documentation française, Paris, 2007.

Olivier LECUCQ et Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVE, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011.

Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2007.

Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2011.

Charles-Albert MORAND (dir.)

- *L'Etat propulsif – Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, Paris, 1991.
- *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, Aix-en-Provence, 1999.
- *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

Laurent NEYRET et Gilles J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices pour atteintes à l'environnement*, LGDJ, Paris, 2012.

Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Perspectives contentieuses des réformes de la justice administrative*, Systèmes, LGDJ, Paris, 2011.

Amedeo POSTIGLIONE, (dir.), *The role of the judiciary in the implémentation and enforcement of environmental law*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

Amedeo POSTIGLIONE (dir.), *Global environmental governance, The need for an international Environmental Agency and an International Court of the Environment*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

Michel PRIEUR (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, AUF, PULIM, Limoges, 2003.

Michel PRIEUR et Gonzalo SOZZO (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

Philippe RAIMBAULT (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, Paris, 2006.

Didier RENARD, Jacques CAILLOSSE et Denys de BECHILLON (dir.), *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, Droit et société, n° 30, LGDJ, Paris, 2000.

RESEAU DROIT SCIENCES ET TECHNIQUES (dir.), *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, LexisNexis, Paris, 2011.

Marie-Joëlle REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics – Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Paris, 2001.

Dominique ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, La pensée juridique moderne, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

Dominique ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Guide pratique, Lextenso Editions, Paris, 2010.

Hélène RUIZ FABRI et Lorenzo GRADONI (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, Paris, 2009.

SENAT, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Actes du colloque des 11 et 12 mai 2001, Paris, Sénat, 2003.

SFDI

- *La responsabilité dans le système international*, Pedone, Paris, 1991.
- *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003.
- *L'Etat de droit en droit international*, Pedone, Paris, 2009.
- *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, Paris, 2010.

Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUENAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE, Michel LEVINET et Gérard GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6^{ème} éd., Thémis, PUF, Paris, 2011.

Catherine THIBIERGE et alii, *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, Bruxelles, 2009.

Tullio TREVES, Laura PINESCHI, Attila TANZI, Cesare PITEA, Chiara RAGNI, Francesca ROMANIN JACUR (dir.), *Non-compliance procedures and mechanisms and the effectiveness of International Environmental agreements*, TMC Asser Press, The Hague, 2009.

Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant – LGDJ, Paris, 2005.

Geir ULFSTEIN (dir.), *Making Treaties Work – Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge University Press, 2007.

2. THESES ET MEMOIRES

Paul AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, thèse, droit, Paris, 1962.

Valérie BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 : contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 2005.

David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, thèse, droit, Le Havre, LGDJ, 2002.

Sandrine BIAGINI-GIRARD, *L'inexistence en droit administratif - Contribution à l'étude de la fonction des nullités*, thèse, droit, L'Harmattan, Paris, 2010.

Guillaume BONNEL, *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, thèse, droit, dact., Limoges, 2005.

Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 1998.

Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, thèse, droit, Orléans, LGDJ, 2005.

Camille BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 2003.

Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1998.

Marie-Anne COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 – mai 1988)*, thèse, droit, dact. Lyon, 1991.

Florent COUVEINHES, *L'effectivité en droit international*, thèse, droit, dact. Paris, 2011.

Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1994.

Benoît DELAUNAY, *La faute de l'administration*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 2007.

Marie-France DELHOSTE, *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, thèse, droit, LGDJ, 2001.

Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif : L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1998.

Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles – Communications électroniques, Energie et Postes*, thèse, droit, dact., Bordeaux, 2008.

Mathieu DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, thèse, droit, Lille, LGDJ, 2010.

David DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 2001.

Gilles DUMONT, *La citoyenneté administrative*, thèse, droit, dact., Paris II, 2002.

- Alexis FRANK**, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, thèse, droit, dact. (par ailleurs publié chez L'Harmattan), Paris, 2008.
- Olivier FUCHS**, *Responsabilité administrative extracontractuelle et atteintes environnementales*, thèse, droit, dact., 2007, Nantes.
- Cédric GROULIER**, *Norme permissive et droit public*, thèse, droit, dact., Limoges, 2006.
- Mohamadi HAMIDOU**, *L'obligation d'agir des personnes publiques*, thèse, droit, dact., 2005.
- Jean-Claude HELIN**, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, thèse, droit, dact., Nantes, 1969.
- Brigitte HENRY-MENGUY**, *L'obligation de légiférer en France - La sanction de l'omission législative par le Conseil constitutionnel*, thèse, droit, dact., Toulouse, 2008.
- Jean-Jacques ISRAEL**, *La régularisation en droit administratif français – Etude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 1981.
- Vincent LECOQ**, *Contribution à l'étude juridique de la norme locale d'urbanisme*, Thèse de droit, Collection Droit public, PULIM, Limoges, 2004.
- Yann LEROY**, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, thèse, droit, Nancy, LGDJ, 2011.
- Fabrice MELLERAY**, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, thèse, droit, Bordeaux, LGDJ, 2001.
- Eric MILLARD**, *Famille et droit public – Recherches sur la construction d'un objet juridique*, thèse, droit, Lyon III, LGDJ, 1995.
- Pierre-Yves MONJAL**, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, thèse, droit, Tours, LGDJ, 2000.
- Serge Rock MOUKOKO**, *Le plein contentieux spécial des installations classées*, thèse, droit, dact., Metz, 2009.
- Jacques MOURGEON**, *La répression administrative*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1967.
- Florence NICOUD**, *Du contentieux administratif de l'urbanisme – Etude visant à préciser la fonction du contentieux de l'urbanisme dans l'évolution du droit du contentieux administratif général*, thèse, droit, Nice, 2006, PUAM.
- Etienne PICARD**, *La notion de police administrative*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1984.
- Xavier PINAUD**, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, mémoire de DEA, Les cahiers du CRIDEAU, n° 7, PULIM, 2003.
- François PRIET**, *La décentralisation de l'urbanisme*, thèse, droit, LGDJ, Paris, 1995.
- Loïc PRIEUR**, *Droit et littoral : recherches sur un système juridique*, thèse, droit, dact., Brest, 2001.
- Philippe RAIMBAULT**, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, thèse, droit, Toulouse, LGDJ, 2010.
- Vincent RICHARD**, *Le droit et l'effectivité – contribution à l'étude d'une notion*, thèse, droit, dact., Paris II, 2003.

Aude ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse, droit, dact., Bordeaux, 1993.

Yann TANGUY, *Le règlement des conflits en matière d'urbanisme*, thèse, droit (science administrative), Nantes, LGDJ, Paris, 1979.

Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, thèse, droit, dact., Paris I, 2007.

Jean TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 1964.

Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Jouve et Cie éditeurs, Paris, 1952.

3. ARTICLES

3.1. THEORIE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

-A-

Paul AMSELEK

- « Norme et loi », APD, t. 25, 1980, p. 89.
- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RDP, 1982, p. 275.
- « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », APD, t. 27, 1982, p. 251.
- « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », APD, t. 28, 1983, p. 271.
- « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », RDP, 1983, p. 1471.
- « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n° 10, 1989, p. 7.

Christian ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », APD, t. 27, 1982, p. 209.

Christian ATIAS et Didier LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Dalloz*, 1977, p. 251.

Isabelle AUBERT et Olivier FLÜGEL, « Procéduralisme et politique délibérative – La philosophie de Jürgen Habermas », *Philonsorbonne*, n° 2, 2007-2008, p. 31.

-B-

Francis BACON, « Sur la législation et la jurisprudence », (1623), APD, 1985, p. 351.

William BARANES et Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », *Dalloz*, 1996, p. 301.

Denys de BECHILLON, « Réflexions critiques », RRJ, 1994, p. 247.

Norberto BOBBIO

- « Sur le principe de légitimité », 1967, réed., *Droits*, n° 32, 2000, p. 147.
- « Kelsen et les sources du droit », APD, 1982, t. 27, p. 135.

Pierre BRUNET, « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche*, n° 11, 2011, p. 9.

-C-

Loïc CADIET, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française – Mythe et réalité », APD, n° 45, 2001, p. 89.

Jacques CAILLOSSE, « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 153.

Guy CANIVET

- « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la "bénévolence" des juges », *Revue de science criminelle*, 2005, p. 799.
- « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, n° 50, 2006, p. 7.

Véronique CHAMPEIL-DEPSLATS

- « Alf Ross : droit et logique », *Droit & Société*, n° 50, 2002, p. 29.
- « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 21, 2006, p. 63.
- « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, *Economica*, 2006, p. 267.

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Eric MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », in *L'efficacité de l'acte normatif*, 2012, à paraître.

Bernard CHENOT, « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique*, n°1, 1953. p. 57.

Jacques CHEVALLIER, « La normativité », *CCC*, n° 21, 2006, p. 56.

Marie-Anne COHENDET

- « Légitimité, effectivité et validité », in *Mélanges Pierre Avril, La république*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 201.
- « Science et conscience – De la neutralité à l'objectivité », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 75.
- « Le système des variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs – Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 119.

Philippe CONTE, « Effectivité, Inefficacité, Sous-effectivité, Surefficacité... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle - Études offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, p. 125.

Sergio COTTA, « Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité », *APD*, t. 22, 1977, p. 23.

-D-

Mircea DJUVARA, « Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, LGDJ, Paris, 1938, p. 219.

Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 61.

-E-

Jacques ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *APD*, t. 8, Sirey, p. 21.

-F-

Christophe FARDET, « La place des décisions de justice dans la hiérarchie des normes », *Droits*, n° 50, 2009, p. 221.

-G-

François GENY « Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit) », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, LGDJ, Paris, 1938, p. 241.

Andrew T. GUZMAN, « International Law : A Compliance Based Theory », *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n° 47, 2001.

-H-

Alan HUNT, « The theory of critical legal studies », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 1, 1986, p. 1.

-J-

Charles JARROSSON, « Arbitrage et juridiction », *Droits*, n° 9, 1989, p. 107

Philippe JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Dalloz*, chron., 1986, p. 197.

Olivier JOUANJAN, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 31.

-K-

Hans KELSEN

- « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, *Droit & Société*, 1992, p. 551.
- « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953, III, t. 84.

-L-

Alain LAQUIEZE, « Sanction », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, PUF, Paris, 2003, p. 1381.

Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 715.

-M-

Eric MILLARD

- « Présentation », Dossier *Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?*, *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 13.
- « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », *VIème congrès français de droit constitutionnel*, Montpellier, 2005, disponible sur www.droitconstitutionnel.org.
- « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *CCC*, n° 21, 2006, p. 59.
- « Eléments pour une approche analytique de la complexité », in Mathieu DOAT, Jacques LE GOFF et Philippe PEDROT, *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PU Rennes, 2007, p. 141.

- « Les limites des guides de légistique : l'exemple du droit français », in Alexandre FLUCKIGER et Christine GUY-ECABERT, *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer – Le rôle des guides de légistique*, Schulthess, 2008.
- « La justiciabilité des droits sociaux : une question théorique et politique », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012, p. 452.

Charles-Albert MORAND

- « La sanction », in APD, t. 35, 1990, p. 293.
- « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 615.

-O-

Bruno OPPETIT

- « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, n° 4, 1986, p. 9.
- « De la codification », *Dalloz*, 1996, p. 33.

François OST, « *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge* » in Pierre BOURETZ (dir.), *La Force du droit ; panorama des débats contemporains*, Editions Esprit, Paris, 1991, p. 241.

-P-

Chaïm PERELMAN

- « L'interprétation juridique », APD, t. 17, 1972, p. 29.
- « Ontologie juridique et sources du droit », APD, t. 27, 1982, p. 23.

Otto PFERSMANN

- « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », RFDC, 2002, p. 279.
- « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », RFDC, 2002, p. 759.

-R-

Stéphane RIALS

- « Quelles crises ? Quel droit ? », *Droits*, n° 4, 1986, p. 3.
- « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 49.

Roland RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 151.

Jean RIVERO

- « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *Dalloz*, 1951, chron., p. 99.
- « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 675.

Michel ROSENFELD, « Jürgen Habermas et le droit – "Droit et démocratie" : un ouvrage de référence », RDP, 2007, p. 1506.

-T-

François TERRE, « La "crise de la loi" », APD, t. 25, 1980, p. 17.

Gérard TIMSIT

- « Normativité et régulation », CCC, n° 21, 2007, p. 84.
- « L'invention de la légitimité procédurale », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 635.

Michel TROPER

- « Présentation – Dossier Ronald Dworkin », *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 29.
- « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 101.
- « Réplique à Denys de Béchillon », RRJ, 1994, p. 267.
- « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 43.
- « Réplique à Otto Pfersmann », RFDC, 2002, p. 335.
- « Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois sur le droit matériel », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 751.
- « Le réalisme et le juge constitutionnel », CCC, n° 22, 2007, p. 125.

-V-

Michel VAN DE KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout ? », in *Mélanges Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 471.

Geneviève VINEY, « La responsabilité », APD, n° 22, 1977, p. 275.

Michel VILLEY, « Préface », in *L'interprétation dans le droit*, APD, n° 17, Sirey, 1972, p. 3.

-W-

Patrick WACHSMANN, « Le Kelsénisme est-il en crise ? », *Droits*, n° 4, 1986, p. 53.

Marcel WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 359.

3.2. SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Erhard BLANKENBURG,

- « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d' "implementation") », *Droit et Société*, n° 2, 1986, p. 73.
- « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la justice », *Droit et Société*, n° 28, 1994, p. 691.

Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, 1967-1968, p. 3.

Antoine JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », *Dalloz*, 1993, p. 207.

Antoine JEAMMAUD et Evelyne SERVERIN, « Evaluer le droit », *Dalloz*, 1992, p. 263.

Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN

- « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 2, 1986, p. 127.
- « De la sanction à l'injonction – Le "droit pénal administratif", comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *RSC*, 1988, p. 45.

François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126.

Evelyne SERVERIN, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 59.

3.3. SOCIOLOGIE

Pierre BOURDIEU, « La force du droit – Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, sept. 1986, p. 3.

Christine GAVINI, « L'efficacité des normes – Enquête en contrepoint », working paper, *Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006.

Gwénaële CALVES, « Mieux connaître les contentieux de masse : l'apport des travaux sociologiques », *RFDA*, 2011, p. 477.

3.4. SCIENCE POLITIQUE

Loïc BLONDIAUX et Yves SINTOMER, « L'impératif délibératif », *Politix*, n° 57, p. 17.

Patrice DURAN

- « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politiques et Management public*, Vol. 11, n° 4, 1993, p. 1.
- « Légitimité, droit et action publique », *L'année sociologique*, 2009, 59, n° 2, p. 303.
- « L'(im)puissance publique, les pannes de la coordination », in *AFDA, La puissance publique*, Lexisnexis, 2012, p. 3.

François EWALD, « L'Etat de précaution », in CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, La documentation française, 2005, p. 359.

Nicolas FISCHER et Alexis SPIRE, « L'Etat face aux illégalismes », *Politix*, vol. 22, n° 87, 2009, p. 7.

Caroline GUIBET LAFAYE, « Faut-il éduquer à la délibération ? », *APD*, n° 54, 2011, p. 161.

Pierre LASCOUMES

- « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 47.
- « Entre changement et intégration, le rôle des associations comme facteur d'efficacité des lois », in T.O.S. (association nationale pour la protection des eaux et rivières), *Enquête – Rapport sur l'efficacité des lois de l'environnement*, La documentation française, Paris, 1996, p. 147.

- « Des acteurs aux prises avec le "Grenelle de l'environnement" – Ni innovation politique, ni simulation démocratique, une approche pragmatique des travaux du Groupe V », *Participations*, n° 1, 2011, p. 278.

Pierre LASCOUMES et Jean-Pierre LE BOURHIS, « Des "passe-droits" aux passes du droit – La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et Société*, n° 32, 1996, p. 51.

Bernard MANIN

- « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, 1985, n° 33, p. 72.
- « L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine – Introduction, généalogie et éléments critiques », entretien avec Loic Blondiaux, *Politix*, vol. 15, n° 57, 2002, p. 37.

3.5. DROIT CONSTITUTIONNEL

-A-

Jean-Bernard AUBY, « L'avenir de la jurisprudence Blocage des prix et des revenus », *CCC*, n° 19, 2005, p. 105.

Pierre AVRIL

- « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *APD*, n° 50, 2006, p. 33.
- « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n° 114, p. 89.
- « Le contrôle – Exemple du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », *Jus Politicum*, n° 6, 2011, p. 1.

-B-

Tamás BAN, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Hongrie », *CCC*, n° 13, 2003.

Jean BARTHELEMY et Louis BORE, « Constitution et action de groupe », *Constitutions*, 2012, p. 507.

Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE

- « Comment rendre leur efficience aux normes juridiques – Mieux légiférer ou les leçons des expériences communautaires », *Fondation pour l'innovation politique*, juillet 2005.
- « La participation du lobbying à la conception de la norme », in *L'efficacité de l'acte normatif*, 2012, à paraître.
- « Gouvernance et efficacité des normes juridiques », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 85.

Olivier BEAUD et Olivier CAYLA, « Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1987, p. 677.

Denys de BECHILLON

- « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 107.

- « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 109.

Anne-Charlène BEZZINA, « La participation du public à la législation : dialogue constructif ou "bavardage" législatif ? », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 125.

Pierre BON,

- « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 2010, p. 2007.
- « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 123.

Caroline BOYER-CAPELLE, « "L'effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1718.

Sara BRIMO, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDP*, 2011, p. 1189.

Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD*, vol. 9, n° 1-2, 1939, p. 7.

-C-

Jean-Pierre CAMBY, « Le désordre normatif », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 227.

Guy CANIVET, « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire "Contre-éloge de la tragédie" », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 611.

Guy CARCASSONNE

- « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, n° 7, 1999, p. 141
- « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, p. 39.

Emmanuel CARTIER, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *LPA*, 2011, n° 89, p. 22.

Florence CHALTIEL

- « La Constitution française adaptée au traité de Lisbonne (A propos de la loi constitutionnelle votée en Congrès le 4 février 2008) », *LPA*, n° 64, 2008, p. 10
- « La constitutionnalisation de l'Union européenne. Visions croisées des Etats membres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, Paris, 2010, p. 69.

Damien CHAMUSSY, « Le travail parlementaire a-t-il changé ? Le point de vue d'un praticien », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

Marie-Anne COHENDET

- « Cohabitation et constitution », *Pouvoirs*, n° 91, 1999, p. 33.
- « Quel régime pour la VI^e République ? », *RDP*, 2002, p. 172.
- « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *RFDC*, 2006, p. 713.

- « Responsabilité politique et démocratie participative », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *Responsabilité et démocratie*, Dalloz, 2008, p. 37.

Bertrand-Léo COMBRADE, « A qui profite l'étude d'impact ? », LPA, 24 janvier 2012, n° 17, p. 6.

Damien CONNIL, « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », RFDA, 2011, p. 742.

Vlad CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, Paris, 2010, p. 79.

-D-

Emilie DEBAETS, « Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 155.

Anne-Sophie DENOLLE, « Les études d'impact : une révision manquée ? », RFDC, 2011, p. 499.

Guillaume DRAGO, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », RDP, 2006, p. 45.

Jean-Pierre DUPRAT, « Le Parlement évaluateur », RIDC, 1998, p. 551. `

-F-

Alexandre FLÜCKIGER

- « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », CCC, n° 21, 2006, p. 74.
- « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, n° 138, p. 83.

Marie-Anne FRISON-ROCHE et William BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz*, 2000, p. 361.

-G-

Florence GALLETTI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? », RFDC, 2004, p. 387.

Jean-Eric GICQUEL, « Les effets de la réforme constitutionnelle de 2008 sur le processus législatif », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

Marc GUILLAUME, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs*, n° 114, p. 117.

-H-

Arnaud HAQUET, « Les études d'impact des projets de loi : espérances, scepticisme et compromis », *AJDA*, 2009, p. 1986.

Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, p. 101.

-J-

Pascal JAN

- « La simplification du droit », RDP, 2003, p. 1511.
- « La procédure accélérée : bilan de deux ans de mise en œuvre », LPA, 18 fév. 2011, p. 6.

-L-

Didier LE PRADO, « La question prioritaire de constitutionnalité vue par un avocat », AJDA, 2010, p. 94.

Anne LEVADE

- « La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité », in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1291.
- « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, Paris, 2010, p. 109.
- « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et de contrôle de constitutionnalité », AJDA, 2011, p. 1257.

François LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », CCC, n° 11, 2001, p. 67.

-M-

Xavier MAGNON

- « La QPC, beaucoup de bruit pour quoi ? », AJDA, 2010, p. 1673.
- « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », RFDA, 2011, p. 761.

Philippe MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, p. 131.

Emilie MARCOVICI, « A propos de la décision du Conseil constitutionnel relative au Traité de Lisbonne. Réflexions sur la procédure de l'article 54 de la Constitution », *Politeia*, n° 13, 2008, p. 39.

Bertrand MATHIEU

- « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », CCC, n° 11, 2001, p. 106.
- « La part de la loi, la part du règlement – de la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n° 114, p. 73.
- « La normativité de la loi : une exigence démocratique », CCC, n° 21, 2006, p. 69.
- « Le contrôle des lois de transposition des directives communautaires par le Conseil constitutionnel ou les difficultés du cartésianisme », in *Le renouveau du droit*

constitutionnel, *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1308.

- « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », JCP G, 2009, n° 602.

Pascal MBONGO, « La "constitutionnalisation" des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *Dalloz*, 2009, p. 108.

Jacques MEUNIER, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 693.

Nicolas MOLFESSIS

- « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, Paris, 2006, p. 391.
- « La jurisprudence supra-constitutionnelle », JCP G, 2010, n° 1039.

Nicolas MOLFESSIS et Rémy LIBCHABER, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD Civ*, 2000, p. 186.

Pierre de MONTALIVET, « La question prioritaire de constitutionnalité. Etendue et limites d'un nouveau droit », *Droit administratif*, 2010, ét. 6.

Vital MOREIRA, « Le Tribunal constitutionnel portugais : le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *CCC*, n° 10, 2001.

Hervé MOYSAN

- « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi – Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA*, 2001, p. 428.
- « Normatif et non normatif : la fréquente confusion des pouvoirs publics », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, juin 2008, p. 65.

-O-

Alain ONDOUA, « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », *AJDA*, 2003, p. 1368.

-P-

Stéphane PIERRE-CAPS, « Généalogie de la participation de tous aux affaires communes », *RDP*, 2011, p. 151.

Perrine PREUVOT

- « Le droit de pétition : mutations d'un instrument démocratique », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 73.
- « L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement », *RDP*, 2012, p. 39.

-R-

Didier RIBES, « La portée des décisions du Conseil constitutionnel », in Jean-Baptiste PERRIER, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PU Aix-Marseille, 2011, p. 283.

Agnès ROBLOT-TROIZIER

- « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80.
- « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat. Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.

Dominique ROUSSEAU, « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *RDP*, 2009, p. 631.

Frédéric ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes – Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », working paper, *Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006.

Jérôme ROUX

- « L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique ? », *RDP*, 2009, p. 645.
- « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G*, 2010, n° 1285.

-S-

Jean SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, 2010, p. 1367.

Serge SLAMA

- « Décisions de non renvoi de questions prioritaires de constitutionnalité », *Actualités Droits-Libertés*, 29 septembre 2011.
- « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », *RFAP*, 2011, n° 139, p. 461.

-T-

Julien THOMAS, « Une étude générationnelle des relations du public avec l'administration », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 51.

-V-

Marie-France VERDIER, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, p. 297.

Georges VEDEL

- « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n° 8, 1954, p. 21.
- « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 15.

- « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », CCC, n° 1 et 2, 1996 – 1997, p. 57 et 77.

-W-

Patrick WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, 2010.

3.6. DROIT INTERNATIONAL

-C-

Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Le droit international entre volontarisme et contrainte », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, p. 93.

Eve-Lyne COMTOIS-DINEL, « La fragmentation du droit international », *Lex Electronica*, vol. 11, n° 2, 2006.

-D-

Pierre-Marie DUPUY

- « A propos des mésaventures de la responsabilité internationale des Etats dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement », *Les hommes et l'environnement, en hommage à Alexandre Kiss*, Frison Roche, Paris, 1998, p. 269.
- « The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the international court of justice », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1999, p. 791.
- « L'obligation en droit international », *APD*, t. 44, 2000, p. 217.
- « La communauté internationale. Une fiction ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Salmon, Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 373.

-G-

Gilbert GUILLAUME

- « La Cour internationale de justice, quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantième », *RGDIP*, n° 2-1996, p. 323.
- « La Cour internationale de justice et le droit international de l'environnement », in *Amedeo POSTIGLIONE*, (sous la dir.), *The role of the judiciary in the implementation and enforcement of environmental law*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 3.

-J-

Emmanuelle JOUANNET, « A quoi sert le droit international ? Le droit international providence du XXIème siècle », *RBDI*, 2007, p. 5.

-K-

Robert KOLB, « Théorie du ius cogens international », RBDI, 2003, p. 5.

-L-

Charles LEBEN, « La juridiction internationale », *Droits*, n° 9, 1989, p. 143.

-M-

Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « Le spectre de l'isolation clinique : quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres principes et instruments internationaux ? », REDE, n° 2-2008, p. 159.

Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Vanessa RICHARD, « L'efficacité des normes internationales : quelles spécificités ? – Illustrations à partir du droit international de l'environnement », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 233.

Francis MAUPAIN, « Une Rolls Royce en mal de révision ? L'efficacité du système de supervision de l'OIT à l'approche de son centenaire », RGDIP, 2010, p. 465.

-P-

Alain PELLETT, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite suite – et fin ? », AFDI, 2002, p. 1.

-R-

Raymond RANJEVA, « L'environnement, la Cour internationale de Justice et sa chambre spéciale pour les questions d'environnement », AFDI, 1994, p. 433.

-S-

Jean SALMON, « Le fait étatique complexe - une notion contestable », AFDI, 1982, p. 709.

Brigitte STERN, « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats », AFDI, 2001, p. 3.

-V-

Joe VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », AFDI, 1999, p. 55.

Charles De VISSCHER, « Observations sur l'effectivité en droit international public », RGDIP, 1958, p. 601.

Michel VIRALLY, « Sur la prétendue “primitivité” du droit international », (1969), in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*. Paris, PUF, 1990, p. 91.

-W-

Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 5.

Arthur WATTS, « The international Rule of Law », *German Year Book of International Law*, 1993, p. 15.

3.7. DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DROIT DE LA CONVENTION EDH

-B-

Florence BENOIT-ROHMER, « A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 845.

Julien BETAILLE

- « Accès à la justice de l'Union européenne, le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus s'immisce dans le dialogue des juge européens », *RJE*, n° 4, 2011, p. 547.
- « L'action en manquement au droit de l'Union européenne et l'irréversibilité », in Dominique AUDRERIE et Christian GRELLOIS (dir.), *Patrimoine et biodiversité*, PU Bordeaux, 2011, p. 87.

Chahira BOUTAYEB et Stéphane RODRIGUES, « Le droit de l'Union européenne selon Philippe Manin ou la victoire d'une modernité », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Pedone*, Paris, 2010, p. 7.

-D-

Michèle 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.

-J-

Jean-Paul JACQUE, « Le droit à une bonne administration dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFAP*, n° 137/138, 2011, p. 79.

-M-

Philippe MANIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne, un bilan provisoire », *AJDA*, 2010, p. 1023.

Jean-Pierre MARGUENAUD, « Les mutations de la Convention : le texte initial, les protocoles et l'interprétation jurisprudentielle », *LPA*, 22 déc. 2010, n° 254, p. 5.

Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction », RSC, février-mars 2006, p. 25.

Rostane MEHDI

- « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu... », RTDE, 2003, p. 29.
- « Ordre juridique communautaire. Effet direct », J.-Cl. Europe-Traité, fasc. n° 195, 2007, n° 65.

-O-

François OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Raisonner la raison d'Etat, Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Paris, 1989, p. 405.

-P-

Jacques PERTEK, « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 360, 2009.

Stéphane PINON, « L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution », RTDE, 2008, p. 263.

Fabrice PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire – Un mariage de raison », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, p. 907.

-R-

Joël RIDEAU

- « Ordre juridique de l'Union européenne », fasc.. 190, JCl. Europe Traité, 2006.
- « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », RDP, 2009, p. 601.

Dominique RITLENG, « De l'irresponsabilité extracontractuelle de la Communauté », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 921.

-S-

Denys SIMON

- « Recours en constatation de manquement, Nature du manquement, Procédures de constatation », Fasc. 380, 03. 2002, Jcl. Europe.
- « De la pyramide Kelsenienne à un pluralisme juridique ordonné ? », Europe, mai 2008, p. 1.
- « La constitution européenne comme mythe », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 203.

- « Les sanctions en cas de violation patente du droit de l'Union : le retour du refoulé ou de l'irréductible diplomatique ? », *Europe*, novembre 2010, p. 1.

Frédéric SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363.

3.8. DROIT ADMINISTRATIF

-A-

Ronny ABRAHAM

- « L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative », *RUDH*, 1991, p. 275.
- « Le juge administratif et le droit international et européen. Le dialogue des juges », in Baptiste BONNET (dir.), *Regards de la communauté juridique sur le contentieux administratif, Hommage à Daniel Chabanol*, Publication de l'Université de Saint Etienne, 2009, p. 33.

Yann AGUILA, « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *AJDA*, 2012, p. 729.

Ghislaine ALBERTON

- « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », *RFDA*, 2005, p. 249.
- « Et le Conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore... », *AJDA*, 2006, p. 593.
- « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *RFDA*, 2008, p. 967.

Denis ALLAND, « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame ? », *RGDIP*, 1998, p. 203.

Roselyne ALLEMAND, « Les modalités du contrôle administratif des actes locaux dans six Etats de l'Union européenne », *RFDA*, 2008, p. 287.

Hervé ARBOUSSET, « Regard d'un publiciste sur 15 années d'application des lois relatives aux fonds d'indemnisation et de garantie », *RRJ*, 2011, p. 777.

Jean-Marie AUBY

- « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP*, 1953, n° 1080.
- « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, éléments de problématique », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, l'Hermès, 1980, p. 32.

Jean-Bernard AUBY

- « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p. 673.
- « Confiance légitime », *Droit administratif*, juin 2001, p. 3.
- « La bataille de San Romano – Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912.
- « A propos des réserves d'intérêt général », *Droit administratif*, 2003, repère 6.
- « Le droit administratif dans la société du risque : quelques réflexions », in *CONSEIL D'ETAT, Responsabilité et socialisation du risque – Rapport public 2005, La documentation française*, 2005, p. 351.
- « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, 2006, étude. 3.

- « Sanctions administratives, sanctions pénales, dépenalisation », *Droit administratif*, février 2008, p. 1.
- « La façon de comprendre les AAI », JCP G, 2010, n° 1260, p. 2370.
- « Le droit administratif français à l'épreuve de la construction communautaire. Quelques réflexions sur l'état du dossier », in Jürgen SCHWARZE (sous la dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen, Analyses de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 83.
- « Nouvelles de la démocratie administrative », *Droit administratif*, 2010, repère 4.
- « Remarques terminales », RFDA, 2010, p. 931.
- « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », RFAP, 2011, n° 137-138, p. 13.

Jean-Bernard AUBY et Jacques MOREAU, « Responsabilité. Définitions, Principes, Orientation », Jcl. Administratif, cote 08, 2000.

Jean-Louis AUTIN

- « Le devenir des autorités administratives indépendantes », RFDA, 2010, p. 875.
- « La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens », RFAP, n° 137/138, 2011, p. 85.

-B-

David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », AJDA, 2004, p. 1626.

Joseph BARTHELEMY, « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application », RDP, 1907, p. 295.

Denys de BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire », RFDA, 1998, p. 225.

Hafida BELRHALI-BERNARD, « La pratique des consultations sur Internet par l'administration », RFAP, 2011, n° 137-138, p. 181.

Julien BETAILLE, « The direct effect of the Aarhus Convention seen by the French Conseil d'Etat », ELNI review, n° 2, 2009, p. 63.

Michel BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », AJDA, 1995, n° spécial, p. 190.

Benjamin BLANCHET, « La robe et l'olivier – Les rapports entre le procureur et le préfet », RFDA, 2010, p. 1187.

Sophie BOISSARD

- « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », AJDA, 2003, p. 1309.
- « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », CCC, n° 11, 2001, p. 70.

Pierre BON, « L'arrêt La Fleurette aujourd'hui », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, Paris, 2007, p. 185.

Jean-Claude BONICHOT, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 73.

Baptiste BONNET, « Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan », *Dalloz*, 2010, p. 1031.

Dominique BORDIER, « Variations en mineur sur l'excès de pouvoir », AJDA, 2011, p. 368.

Louis BORE, « L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative », RFDA, 1996, p. 544.

Sophie BOT, « L'aggiornamento du Conseil d'Etat : entre modernité et tradition », RDP, 2010, p. 1273.

Jeannette BOUGRAB, « L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ? », AJDA, 2001, p. 1016.

Jean BOULOUIS, « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 12.

Stéphane BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », RDP, 1998, p. 817.

Christelle BRANQUART, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? », AJDA, 2001, p. 198.

Jean-Marie BRETON, « L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois », RDP, 1993, p. 1756.

Jean-François BRISSON

- « Faut-il réviser le contrôle de légalité ? », in Jean-François BRISSON (dir.), *Gestion et droit des collectivités locales, Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982*, Cahier détaché 18/1692, 5 mai 2003, *La gazette des communes*, p. 244.
- « Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues », AJDA, 2005, p. 126.

Camille BROUELLE

- « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Droit administratif*, 2004, chron. 6.
- « Les mesures ordonnées en référé », RFDA, 2007, p. 73.
- « L'influence du droit communautaire sur le régime de la responsabilité administrative », in Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 1031.
- « L'intensité du contrôle des motifs », JCP A, 2012, n° 2315.

Olivia BUI-XUAN, « Le Conseil d'Etat : quelle composition réelle ? », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 89.

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 §1 de la Constitution », RFDA, 2009, p. 787.

-C-

Jacques CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 195.

Paul CASSIA

- « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA*, 2002, p. 20.
- « Abandonner la jurisprudence Cohn-Bendit ? », *AJDA*, 2006, p. 281.
- « La décision Gardedieu est-elle suffisamment intelligible ? », *AJDA*, 2007, p. 1097.
- « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA*, 2007, p. 45.
- « Vers une action collective en droit administratif », *RFDA*, 2009, p. 657.

Cecile CASTAING, « L'extension du contrôle de conventionalité aux principes généraux du droit communautaire », *RTDE*, 2003, p. 221.

Benoît CAVIGLIOLI, « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », *AJDA*, 2003, p. 642.

Daniel CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress », *AJDA*, 2002, p. 9.

Gérald CHALON, « L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique », *AJFP*, 2004, p. 27.

Florence CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité – Développements récents », *AJDA*, 2009, p. 1650.

René CHAPUS, « L'urgence en droit administratif – Rapport de synthèse », *Gaz. Pal.*, 6 juin 1985, p. 317.

Christophe CHARLES, « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », *Droit administratif*, 2005, ét. 7.

Delphine CHAVRIER, « Les répercussions négatives de la suppression ou de la réduction du contrôle administratif de la légalité des actes des collectivités territoriales », in *L'avenir du contrôle de légalité, la Gazette des communes*, Cahier détaché n° 3, 7 juillet 2008, p. 261.

Géraldine CHAVRIER, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *AJDA*, 2003, p. 1026.

Jacques CHEVALLIER

- « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67.
- « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, n° 3254.
- « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 57.
- « L'Etat de droit », *RDP* 1988, p. 313.
- « Changement politique et droit administratif », in *CURAPP, Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 293.
- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659.
- « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *Dalloz*, 2000, p. 575.

- « L'obligation en droit public », APD, t. 44, 2000, p. 179.
- « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p. 827.
- « Loi et contrat dans l'action publique », CCC, n° 17, 2004, p. 81.
- « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », RFDA, 2010, p. 896.
- « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », RFAP, n° 137-138, 2011, p. 217.

Patrice CHRETIEN, « La notion d'urgence », RFDA, 2007, p. 38.

Antoine CLAEYS, « L'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal », *Droit administratif*, 2009, ét. 17.

Frédéric COLIN, « De l'indulgence en droit administratif », AJDA, 2012, p. 794.

Jean-Louis de CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 103.

Delphine COSTA, « L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », RFDA, 2005, p. 1174.

Elsa COSTA, « Des chiffres et des lettres. La dérive managériale de la juridiction administrative », AJDA, 2010, p. 1623.

Laurent COUTRON, « La lente conversion du Conseil d'Etat à l'effet direct des directives », AJDA, 2010, p. 1412.

Jean-Paul COSTA, « L'exécution des décisions de justice », AJDA, 1995, n° spécial, p. 227.

Jean-François COUZINET, « La notion de faute lourde administrative », RDP, 1977, p. 283.

Dominique CUSTOS, « Droits administratifs américain et français : sources et procédure », RIDC, 2007, p. 285.

-D-

Bruno DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », RFAP, n° 137-138, 2011, p. 21.

Charles DEBBASCH, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Droit administratif – Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 127.

Michel DEGOFFE

- « L'ambiguïté de la sanction administrative », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 27.
- « Les autorités publiques indépendantes », AJDA, 2008, p. 622.

Maryse DEGUERGUE

- « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », AJDA, 1995, p. 211.
- « Causalité et imputabilité », *Jcl. Adm.*, fasc. 830, 2000.
- « Sanctions administratives et responsabilité », AJDA, n° spécial, 20 oct. 2001, p. 81.

- « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », RIDC, 2006, p. 621.
- « Droit européen et responsabilité de l'Etat français », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 625.
- « Promesses, renseignements, retards », *Rép. Resp. Puiss. Publ.*, Dalloz, juin 2011.

Jean-Marie DELARUE

- « Rapport général », AJDA, n° spécial, juil. 1999, p. 108.
- « Actualité de la problématique de la sanction administrative », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 13.

Bénédicte DELAUNAY, « Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations », AJDA, 2011, p. 1180.

Benoit DELAUNAY

- « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », RFDA, 2012, p. 481.
- « Faut-il revoir la trilogie des buts de la police générale ? », JCP A, 2012, n° 2112.

Samuel DELIANCOURT, « Concours de polices : l'identification des compétences et moyens des autorités locales », JCP A, 2012, n° 2114.

Pierre DELVOLVE

- « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », LPA, 17 septembre 2001, p. 18.
- « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 219.

Pierre DELVOLVE et Franck MODERNE, « La réforme du Conseil d'Etat », RFDA, 2008, p. 213.

Sébastien DENAJA, « L'expérimentation, méthode privilégiée de réforme de l'administration territoriale », *Lamy Collectivités territoriales*, 2009.

Renaud DENOIX DE SAINT-MARC, « Conclusion », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 148.

Pascale DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », LPA, 6 mars 2000, n° 46, p. 6.

Frédéric DIEU, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », AJDA, 2006, p. 2428.

Mathieu DISANT, « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi inconstitutionnelle – Prologomènes et perspectives », RFDA, 2012, p. 1181.

Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », AJDA, 2012, p. 691.

Olivier DORD, « Quand le Conseil constitutionnel donne une leçon de droit à la Cour de cassation », AJDA, 2010, p. 1041.

Stéphane DOUMBE-BILLE, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », AJDA, 1993, p. 3.

Roland DRAGO

- « La tenaille. Réflexions sur l'état du droit administratif », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 1999, p. 436.
- « Principes généraux de la responsabilité », *Répertoire Responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2004.

Olivier DUBOS et Fabrice MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Droit administratif*, 2004, étude n° 15.

Louis DUBOIS, « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'Etat en terres internationales et européennes », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2009, p. 391.

-E-

Frédéric EDEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics : premier traité consacrant un droit général d'accès aux documents administratifs », *RFAP*, n° 137/138, p. 59.

Charles EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, p. 25.

Lucienne ERSTEIN, « Le renouveau du droit de timbre », *JCP A*, 2011, n° 712.

Gweltaz EVEILLARD

- « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA*, 2006, p. 733.
- « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, p. 531.

-F-

Etienne FATOME, « Audace et prudences en matière de responsabilité de la puissance publique », *AJDA*, 20 juil. 1999, n° spécial, p. 94.

Jean Marc FAVRET, « Le rapport de compatibilité entre le droit national et le droit communautaire », *AJDA*, 2001, p. 727.

Jean-Philippe FELDMAN, « Les autorités administratives indépendantes sont-elles légitimes ? », *Dalloz*, 2010, p. 2852.

Brigitte FERRARI, « Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité », *AJDA*, 2006, p. 1021.

Nicolas FISCHER, « Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse. Premiers résultats d'une étude de sciences sociales réalisée au tribunal administratif de Cergy Pontoise », *RFDA*, 2011, p. 481.

Jean-François FLAUSS, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative », *RFAP*, 2011, p. 49.

Jean-Charles FROMENT, « Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif – Du développement de la responsabilité pénale en matière

administrative à la naissance d'un "contentieux pénal de l'excès de pouvoir" », RDP, 2001, p. 555.

-G-

Olivier GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative », RFDA, 2012, p. 61.

Pierre-Yves GAHDOUN, « L'amélioration de la fabrication des lois – Entre rénovation et révolution », AJDA, 2008, p. 1872.

Jean Le GARREC, « Efficacité et démocratie administratives », RFAP, 1988, p. 69.

Yves GAUDEMET

- « Les communes hors la loi ? », LPA, n° 95, 2001, p. 9.
- « La VIème république ? Quel Conseil d'Etat ? », RDP, 2002, p. 376.
- « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline – Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 561.
- « Du bon usage de l'injonction (ou quand le juge refait l'impôt) », RFDA, 2003, p. 520.
- « La loi administrative », RDP, 2006, p. 65.
- « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », RFDA, 2011, p. 464.

Marie GAUTIER

- « Application des normes internationales », *JurisClasseur administratif*, fasc. 22, 2003.
- « L'effet direct des conventions internationales », RFDA, 2012, p. 560.

Bruno GENEVOIS

- « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », CCC, n° 7, 1999, p. 153.
- « Le Gisti : requérant d'habitude ? La vision du Conseil d'Etat », in *GISTI, Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009, p. 65.

Daniel GILTARD, « Référé (Urgence) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2011.

Pascale GONOD

- « La codification de la procédure administrative », AJDA, 2006, p. 489.
- « Le Conseil d'Etat à la croisée des chemins ? », AJDA, 2008, p. 630.
- « L'externalisation de la fonction législative », AJDA, 2010, p. 697.

Jean GOURDOU et Aurélie GARCIA, « Exécution des décisions de la juridiction administrative », *Rép. Cont. adm.*, Dalloz, 2009.

Cédric GROULIER, « Contrôle de conventionnalité de la loi et référé – De quelques doutes sérieux sur la jurisprudence Carminati », AJDA, 2007, p. 1274.

Christophe GUETTIER

- « L'Etat face aux contaminations liées à l'amiante », AJDA, 2001, p. 529.
- « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », AJDA, 2005, p. 1499.

Michel GUIBAL, « Le retard des textes d'application des lois », RDP, 1974, p. 1039.

Mattias GUYOMAR, « La sanction administrative », LPA, 12 janvier 2006, n° 9, p. 7.

-H-

Victor HAIM

- « Frais de justice », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2011.
- « Recours de pleine juridiction », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2011.

Robert HANICOTTE, « Le juge face au retard des textes d'application », RDP, 1986, p. 1667.

Jean-Claude HELIN

- « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », RFDA, 1987, p. 765.
- « Les contrôles sont-ils efficaces ? », *Pouvoirs*, n° 60, *La décentralisation*, 1992, p. 115.
- « Le préfet, les élus et le juge. Réflexions sur le contrôle de légalité des actes locaux », LPA, 1992, n° 151, p. 12.
- « Le contrôle de légalité des actes locaux en France. Entre mise en cause et mise en ordre », AJDA, 1999, p. 767.

Laurence HELMLINGER, « Une réponse procédurale : l'action en déclaration collective de droits », RFDA, 2011, p. 679.

Jean-Pierre HENRY, « Vers la fin de l'Etat de droit ? », RDP, 1977, p. 1207.

René HOSTIOU

- « Nature et progrès du contrôle exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions administratives complexes : le contentieux de la déclaration d'utilité publique en droit français », LPA, 27 juin 2001, n° 127, p. 8.
- « QPC et expropriation : qu'est-ce qu'une question "sérieuse" ? », AJDA, 2011, p. 1504.
- « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif – Au sujet de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011, des principes généraux du droit et du vice de procédure », RFDA, 2012, p. 423.

Sébastien HOURSON, « Les recours suspensifs en matière administrative », *Droit administratif*, 2012, ét. 9.

-I-

Pascale IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », RFDA, 2010, p. 920.

-J-

Didier JEAN-PIERRE, « Impression, soleil levant » sur le nouveau régime des concours d'attaché territorial », JCP A, 2011, act. 550.

Yves JEGOUZO

- « Le droit à la transparence administrative », EDCE, n° 43, 1992, p. 199.
- « Le droit français de l'expropriation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA, 2003, p. 865.
- « La loi du 17 juillet 1978 a vingt-cinq ans », AJDA, 2003, p. 1297.
- « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public – Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, p. 543.
- « De l'usage immodéré des ordonnances », AJDA, 2006, p. 1297.
- « La simplification fait rage », AJDA, 2007, p. 2001.
- « A propos de la fonction consultative du Conseil d'Etat », in *Juger l'administration, administrer la justice – Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 505.
- « L'étude d'impact : formalité ou garantie de la qualité des lois ? », AJDA, 2012, p. 1425.
- « Décentralisation : la pièce continue », AJDA, 2012, p. 1921.

-K-

Amavi KOUEVI, « L'obligation de poursuivre en matière de contravention de grande voirie », AJDA, 2000, p. 393.

-L-

Henry LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », RFDA, 2010, p. 659.

Daniel LABETOULLE

- « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403.
- « Présentation – Le réalisme en droit constitutionnel », CCC, n° 22, 2007, p. 123.
- « Allocution d'ouverture – Dix ans de croissance du contentieux », RFDA, 2011, p. 459.
- « Codification... », JCP A, 2012, n° 2047.

Jean-François LACHAUME, « Les futurs grands arrêts », RFDA, 2007, p. 261.

Jérôme FRANCES-LAGARRIGUE, « Retrait des actes administratifs et sécurité juridique », AJDA, 2006, p. 2361.

Alexandre LALLET, « Documents administratifs (Accès et réutilisation) », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2009.

Elise LANGELIER, « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le recours en annulation », AJDA, 2012, p. 417.

Xavier LATOUR et Pierre MOREAU, « Délégation et activités de police : stop ou encore ? », JCP A, 2012, n° 2117.

Michel LE CLAINCHE, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », RFAP, 2011, p. 39.

Jean-Pierre LECLERC, « Le rôle de la commission d'accès aux documents administratifs », RFAP, n° 137/138, 2011, p. 171.

Daniel LECRUBIER, « Les perspectives d'évolution de la sanction administrative vues par le juge judiciaire », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 131.

Guillaume LEFLOCH, « La Convention d'Aarhus devant le juge administratif », LPA, 2008, n° 157, p. 4.

Françoise LLORENS-FRAYSSÉ, « Le poids de la faute dans la responsabilité administrative », *Droits*, n° 5, 1987, p. 65.

Fabrice LEMAIRE, « Les requérants d'habitude », RFDA, 2004, p. 554.

Hélène LEPETIT-COLLIN et Alix PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », RFDA, 2011, p. 813.

Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI, « Où Cohn-Bendit fait sa révolution ? », AJDA, 2009, p. 2385.

Danièle LOCHAK

- « Le principe de légalité – Mythes et mystifications », AJDA, 1981, p. 387.
- « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », in Jacques CHEVALLIER et al., *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 275.
- « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19.

Frédéric LOMBARD, « Les tolérances administratives en matière d'occupation sans titre du domaine public », RRJ, 2007, p. 807.

-M-

Bertrand du MARAIS et Arnaud SEE, « Avancée significative du plein contentieux dans le domaine des sanctions administratives », *Gazette du Palais*, 2009, p. 3489.

Jean-Paul MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat », AJDA, 1999, p. 99.

Gaultier MARTIN, « La responsabilité de la puissance publique pour retard », LPA, 1999, n° 174, p. 4 et 176, p. 4.

Jean MASSOT, « Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif », EDCE, 1979-1980, p. 111.

Christine MAUGÜE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », AJDA, 1998, p. 694.

Fabrice MELLERAY

- « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », RDP, 1998, p. 1089.
- « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et Société*, 2004, n° 56-57, p. 143.
- « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », JCP A, 2005, n° 1296.
- « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », AJDA, 2005, p. 71.
- « L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? », AJDA, 2006, p. 897.

- « Codification, loi et règlement », CCC, n° 19, 2006, p. 115.
- « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2007.
- « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1317.
- « La Constitution, norme d'application directe par le juge : conditions et limites », in Guillaume DRAGO (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Dalloz, Paris, 2007, p. 17.
- « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2007.
- « Sur une exception française », AJDA, 2007, p. 553.
- « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1317.
- « Les arrêts GIE AXA COURTAGE et GARDEDIEU remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques ? », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo – Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 489.

Karine MICHELET, « La loi inconstitutionnelle », RFDA, 2003, p. 23.

Emmanuelle MIGNON, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 99.

Franck MODERNE

- « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », RFDA, 1990, p. 112.
- « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 411.
- « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », RFDA, 1996, p. 43.
- « La sanction administrative – éléments d'analyse comparative », RFDA, 2002, p. 483.
- « Sur une approche diversifiée des principes généraux du droit communautaire : la réception du principe de confiance légitime en droit administratif français et espagnol », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, Orléans, 2006 p. 385.
- « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif – Rapport de synthèse. Vers une banalisation des procédures d'urgence », RFDA, 2007, p. 91.
- « Le pouvoir d'injonction du juge administratif : le juge administratif incarné », in Baptiste BONNET (dir.), *Regards de la Communauté juridique sur le contentieux administratif – Hommage à Daniel Chabanol*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 89.

Jacques MOREAU

- « Les "matières contractuelles" » ; AJDA, 1998, p. 747.
- « Responsabilité administrative et sécurité publique », AJDA, 20 juil. 1999, n° spécial, p. 96.
- « Les présomptions de faute en droit administratif de la responsabilité - Comètes ou nébuleuses ? », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline – Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 685.

-N-

Rozen NOGUELLOU

- « Les recours abusifs », *Droit administratif*, 2011, alerte 46.
- « La « simplification » du droit, bis repetita placent... », *Droit administratif*, 2011, alerte 62.

-P-

Bernard PACTEAU

- « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Revue administrative*, n° spécial, 1999, p. 51.
- « La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif – Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA*, 2000, p. 959.
- « La responsabilité publique du fait des lois. La sortie du tunnel ? », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, p. 487.
- « La désimbrication de la juridiction et de la consultation au Conseil d'Etat. Jusqu'où ? », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 827.

Christine PAILLARD, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue publiciste », *Resp. civile et ass.*, mars 2010, dossier 4.

Hélène PAULIAT

- « Le modèle français d'administration de la justice : distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative », *RFAP*, n° 125, 2008, p. 93.
- « La loi du 22 mars 2012 : éloge de la simplification ou hymne à l'inintelligibilité ? », *JCP A*, 2012, act. 247.
- « Police, Polices », *JCP A*, 2012, n° 2110.

Gustave PEISER

- « Le juge administratif et les dérogations », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 665.
- « Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Mélanges René Chapus, Droit administratif, LGDJ-Montchrestien*, Paris, 1992, p. 517.

Gilles PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir (Conditions de recevabilité) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2010.

Bernard PERRIN, « Une décentralisation sans contrôle ? », *AJDA*, 2010, p. 289.

Xavier PERROT, « L'administration législateur. Le cas des Beaux-arts (1907-1944) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n° 31, 2012, p. 269.

Etienne PICARD

- « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, fondements et champ d'application », *Revue des sociétés*, 1993, p. 261.
- « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, 1999, n° spécial, p. 11.

Bernard PIGNEROL, « Responsabilité et socialisation du risque », *AJDA*, 2005, p. 2211.

Jean-Luc PISSALOUX, « Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif », *Droit administratif*, 2001, chron. n° 18 et n° 21.

Emmanuel PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 915.

Marcel Pochard, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA*, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 106.

Isabelle POIROT-MAZERES, « La notion de préjudice en droit administratif français », *RDP*, 1997, p. 519.

Jean-Marie PONTIER

- « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 187.
- « La simplification, illusion dangereuse », *AJDA*, 2005, p. 345.
- « Le fonds Mediator », *AJDA*, 2011, p. 2005.
- « Responsabilités, responsabilité de l'Etat », *AJDA*, 2006, p. 57.
- « L'indemnisation hors responsabilité », *AJDA*, 2010, p. 19.
- « Qualité du droit (?) », *AJDA*, 2011, p. 1521.
- « La multiplication des polices spéciales : pourquoi ? », *JCP A*, 2012, n° 2113.

Nadine POULET-GIBOT LECLERC

- « Le Conseil d'Etat et le contenu de la motivation des actes administratifs », *Dalloz*, 1992, p. 61.
- « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 551. « La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas », *LPA*, 3 juil. 2002, n° 132, p. 16.

Eric POURCEL, « Sanctions – Exécution », *Jcl. Contrats et marchés publics*, fasc. 120.

-Q-

Jacques QUASTANA, « La sanction administrative est-elle encore une décision de l'administration ? », *AJDA*, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 141.

Paule QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger – réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, p. 1060.

-R-

Philippe RAIMBAULT

- « Le juge administratif et la confiance légitime : l'affaire Freymuth ou beaucoup de bruit pour rien... ! », *RRJ*, 2003, p. 411.
- « Retour sur la consécration du principe de sécurité juridique dans l'ordre juridique français », *Les Annales de droit*, 2008, n° 2, p. 191.

Benoît RIBADEAU DUMAS, « Les carrières dans et hors le Conseil d'Etat », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 73.

Laurent RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973.

Jean RIVERO

- « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », RDP, 1953, p. 279.
- « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, chron., 1962, p. 37.
- « A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821.
- « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968, p. 15.
- « Etat de droit, Etat du droit » in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 609.

Guillaume ROBILLARD, « Les contrats d'agriculture durable : une traduction juridique délicate de la contractualisation de l'action administrative », AJDA, 2008, p. 1272.

Agnès ROBLOT-TROIZIER et Jean-Gabriel SORBARA, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », AJDA, 2009, p. 1994.

Raphaël ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux », AJDA, 1989, p. 9.

Marie-Christine ROUAULT, « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif », *Dalloz*, 2001, p. 398.

Aude ROUYERE

- « L'exigence de précaution saisie par le juge – Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'Etat », RFDA, 2000, p. 266.
- « Le droit public transformé par la décentralisation ? », in Jean-François BRISSON (dir.), *Gestion et droit des collectivités locales, Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982*, Cahier détaché 18/1692, 5 mai 2003, *La gazette des communes*, p. 240.
- « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », *Dalloz*, 2007, p. 1537.
- « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », RFDA, 2010, p. 887.

Emmanuel ROSENFELD et Jean VEIL, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, n° 128, 2008, p. 61

-S-

Nicolas de SADELEER, « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse », RFDA, 2001, p. 547.

Jean-Marc SAUVE

- « Etat de droit et efficacité », AJDA, 1999, n° spécial, p. 119.
- « Les sanctions administratives en droit public français », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 16.
- « Allocution de clôture – Dix ans de croissance du contentieux », RFDA, 2011, p. 684.
- « La juge administratif face au défi de l'efficacité – Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la "critique managériale" », RFDA, 2012, p. 613.

André SCHILTE, « Les réponses de la juridiction administrative », RFDA, 2011, p. 674.

Eberhard SCHMIDT-ASSMANN

- « Principes de base d'une réforme du droit administratif (partie 1) », RFDA, 2008, p. 427.
- « Principes de base d'une réforme du droit administratif (partie 2 et 3) », RFDA, 2008, p. 667.

Bertrand SEILLER

- « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », AJDA, 2003, p. 1472.
- « L'illégalité sans l'annulation », AJDA, 2004, p. 963.
- « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », AJDA, 2004, p. 761.
- « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », AJDA, 2005, p. 2384.
- « Acte administratif (I – Identification) », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2010.
- « Acte administratif (II – Régime) », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2010.
- « L'illégalité externe, commode bouc émissaire », AJDA, 2012, p. 1609.
- « Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité... », JCP A, 2012, n° 2316.

François SENERS, « Préjudices réparables », Répertoire resp. puis. publ., Dalloz, 2007.

Jean-François SESTIER, « La pratique du référé : la perception par le barreau », RFDA, 2007, p. 80.

Cheryl SIMRELL KING et al., « The question of public participation: toward authentic public participation in public administration », *Public Administration Review*, vol. 58, 1998, n° 4, p. 317.

Eric SOUTEYRAND, « La responsabilité de l'administration », AJDA, spécial, juil. 1999, p. 92.

Jacques-Henri STAHL, « L'expérimentation en droit français : une curiosité en mal d'acclimatation », RJEP, 2010, ét. 11.

Jacques-Henri STAHL et Xavier DOMINO, « Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'Etat évince la police municipale », AJDA, 2011, p. 2219.

Bernard STIRN, « Les réponses jurisprudentielles », RFDA, 2011, p. 677.

-T-

Lucile TALLINEAU, « Les tolérances administratives », AJDA, 1978, p. 3.

Catherine TEITGEN-COLLY

- « Les instances de régulation et la Constitution », RDP, 1990, p. 153.
- « Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes », LPA, 17 janvier 1990, n° 8, p. 25.
- « Les collectivités territoriales face au risque contentieux », AJCT, 2012, p. 161.

Philippe TERNEYRE et Denys de BECHILLON, « Le Conseil d'Etat, enfin juge ! », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 61.

Hélène TIGROUDJA, « Droit administratif et droit international: le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », RFDA, 2003, p. 156.

Thierry TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 135.

-V-

Roland VANDERMEEREN, « Permanence et actualité du droit au juge », AJDA, 2005, p. 1102.

Marie-Thérèse VIEL, « Errements des sanctions administratives », AJDA, 2007, p. 1006.

Agathe VAN LANG, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1053.

-W-

Jean-Marie WOEHLING

- « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in *Mélanges offerts à Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 777.
- « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », RFAP, 2004, p. 533.

-Y-

Philippe YOLKA, « Contraventions de grande voirie », Jcl. Propriétés publiques, fasc. 64, 2004.

-Z-

Elisabeth ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », RFDA, 2004, p. 757.

3.9. DROIT DE L'URBANISME

-A-

Jean-Bernard AUBY

- « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », RFDA, 1995, p. 25.
- « Réflexions sur les caractères de la règle d'urbanisme », RDI, n° 1, 1995, p. 39.
- « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », RFDA, 1995, p. 25.
- « Droit de l'urbanisme et droit européen », AJDA, 1995, p. 667.
- « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, Orléans, 2006, p. 31.

-B-

Nathalie BAILLON et François LERAISNABLE, « Récentes évolutions jurisprudentielles sur la notification des recours contre les autorisations d'urbanisme », *AJDA*, 2010, p. 1523.

Claude BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme », *RDP*, 1975, p. 5.

Jean-Claude BONICHOT

- « Compatibilité, cohérence, prise en compte : jeux de mots ou jeu de rôle ? », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, Orléans, 2006, p. 49.
- « Opérations d'aménagement et droit communautaire, ou lorsque le droit communautaire n'envahit pas assez », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 595.

Philippe BOULISSET et Sandrine ZARLI, « Les conséquences de l'annulation du PLU ou du POS pour la commune », *AJDA*, 2011, p. 1060.

Fernand BOUYSSOU, « Un principe à remettre en cause : l'indépendance du permis de construire et des installations classées », *Droit et ville*, 1984, p. 169.

-C-

Elise CARPENTIER, « Jurisprudence Thalamy : rappel, précisions et tempérament », *AJDA*, 2011, p. 1799.

Jérôme CHAPUISAT, « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », *AJDA*, 1974, I, p. 3.

Pierre COMTE, « Réflexion sur l'utilisation de l'erreur manifeste d'appréciation dans le contentieux des plans d'occupation des sols », *RFDA*, 1990, p. 73.

Patrice CORNILLE et Nicolas ROUSSEAU, « Quelle sécurisation des constructeurs et des constructions par la loi ENL ? », *Construction-urbanisme*, 2006, ét. 14.

Jean-Paul COSTA, « Quelques observations sur le droit de l'urbanisme, vu sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, Orléans, 2006, p. 161.

William COULET, « *La notion de compatibilité dans le droit de l'urbanisme* », *AJDA*, 1976, p. 291.

Henri COULOMBIE, « Littoral : le retour vers l'équilibre (2^{ème} partie) », *BJDU*, 2006, p. 82.

-D-

Pierre-Paul DANNA, « Vers une évolution du contrôle de légalité interne des documents d'urbanisme ? », *RFDA*, 2000, p. 367.

-F-

Etienne FATOME

- « L'urbanisme contractuel, AJDA, 1993, n° spécial, p. 63.
- « L'exception d'illégalité des documents d'urbanisme après l'arrêt Commune de Courbevoie », BJDU, n°1, 2009, p. 2.

Jean-Pierre FERRAND, « Droit de l'urbanisme et droit de l'environnement », RFDA, 2008, p. 629.

Jean-Marc FEVRIER, « Remarques sur la procédure du sursis à exécution (L'exemple du contentieux de l'urbanisme) », *Droit et ville*, 1998, n° 46, p. 9.

Patrick FRAISSEIX, « Le juge administratif et l'article L. 146 du code de l'urbanisme : onze années d'interprétation prétorienne », RFDA, 1998, p. 834.

Pierre-Laurent FRIER, « Contrats et urbanisme réglementaire : les obstacles juridiques », *Droit administratif*, 2005, ét. 5.

-G-

Pierre GALAN, « La réforme des documents d'urbanisme par la loi engagement national pour l'environnement », JCP A, n° 43, 2010, p. 34.

David GILLIG, « Grenelle 2 : l'impact sur le droit de l'urbanisme, de A à Z », *Environnement*, 2010, ét. 22.

GRIDAUH, « La règle locale d'urbanisme en question », *Construction-Urbanisme*, 2011, étude 12.

Hervé GROUD, « Les rapports d'hétéronomie entre droit de l'urbanisme et droit français de l'environnement », *Construction-urbanisme*, 2007, colloque 17.

-H-

Philippe S. HANSEN, « Les recours abusifs dans le contentieux de l'urbanisme », BJDU, 2005, p. 234.

Jean-Claude HELIN

- « La concertation de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme », AJDA, 2006, p. 2332.
- « Sur l'encadrement juridique de la concertation », AJDA, 2012, p. 969.

Jean-Claude HELIN et René HOSTIOU, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », AJDA, 2002, p. 291.

Patrick HOCREITERE

- « La loi SRU, la hiérarchie et la substance des normes d'urbanisme », *Droit administratif*, février 2001, p. 4.
- « Sécurité et insécurité juridiques après la loi « Solidarité et renouvellement urbains », RFDA, 2003, p. 141.

-I-

Patrice IBANEZ, « L'intégration d'une planification communautaire des eaux dans la hiérarchie des normes d'urbanisme », JCP A, 2004, n° 1544, p. 1130.

-J-

Henri JACQUOT

- « La notion de prise en compte d'un document de planification spatiale : enfin une définition jurisprudentielle », DAUH, 2005, p. 71.
- « L'impossible stabilisation des règles locales d'urbanisme », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 591. « Sur la règle de la compatibilité limitée en droit de l'urbanisme », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, Dalloz, Paris, 2009, p. 607.

Yves JEGOUZO

- « Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9 février 1994 », RDI, 1994, p. 153.
- « Les opérations soumises à une autorisation prévue par une législation étrangère à l'urbanisme », AJDA, 2007, p. 249.
- « Le droit de l'urbanisme à l'épreuve de la QPC », RDI, 2011, p. 1.
- « Les principes du droit de l'urbanisme », in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 179.
- « Nouvelle réforme des procédures de gestion des documents d'urbanisme », AJDA, 2012, p. 6.
- « Le droit de l'urbanisme au péril du transitoire », RDI, 2012, p. 301.
- « De l'urbanisme de projet à l'urbanisme sommaire », AJDA, 2012, p. 626.
- « Le droit de l'urbanisme, le bateau ivre ? », in *Florilèges du droit public – recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 517.

Yves JEGOUZO et Jean-Pierre LEBRETON, « La réforme de la fiscalité de l'urbanisme », AJDA, 2011, p. 210.

-L-

Dominique LARRALDE, « Mort et survie des lois d'aménagement et d'urbanisme (LAU) : la loi solidarité et renouvellement urbains ne remet pas en cause la hiérarchie des normes », *Constructions-Urbanisme*, mars 2001, p. 5.

Jean-Marc LAVIEILLE, « Le permis de construire tacite automatique », RDP, 1974, p. 991.

Jean-Pierre LEBRETON

- « La compatibilité en droit de l'urbanisme », AJDA, 1991, p. 491.
- « L'urbanisme et les législations réputées indépendantes », AJDA, 1993, p. 20.
- « L'imbroglio de la hiérarchie des normes affectant directement ou indirectement l'acte de construire », LPA, n° 86, 1996, p. 4.
- « La hiérarchie des normes d'urbanisme vue des Grands Lacs », *Etudes foncières*, n° 112, 2004, p. 21.
- « Mouton noir dans le pré du Grenelle », AJDA, 2010, p. 1449.
- « La réforme des procédures d'élaboration et de gestion des documents d'urbanisme », AJDA, 2012, p. 647.

Vincent LE COQ, « Dix ans d'urbanisme décentralisé », AJPI, 1993, p. 594.

Claudine LE MARCHAND, « Action en démolition et en responsabilité : la fin d'un cauchemar ? C'est selon... », *Construction-urbanisme*, 2006, repère 8.

Nicole LEROUSSÉAU, « Le contrôle de la légalité en matière d'urbanisme », RLCT, 2009, n° 48, p. 82.

Marceau LONG, « L'audit du droit de l'urbanisme : du rapport du Conseil d'Etat au projet de loi portant réforme de l'urbanisme », RFDA, 1993, p. 221.

-M-

Jean-Grégoire MAHINGA, « La démolition des constructions régulières – à propos de l'article L. 480-13 du code de l'urbanisme », *Construction-urbanisme*, 2002, chron. 10.

Fabrice MELLERAY, « L'annulation conditionnelle d'un permis de construire », AJDA, 2005, p. 2416.

Jean-François MONTREDON et Sandra ESTUPINA, « Les principes généraux du droit de l'urbanisme », JCP N, 2004, n° 1118, p. 416.

Dominique MORENO, « Le contentieux judiciaire de l'urbanisme : nouveaux développements », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 625.

Jean-François MOUTTE, *L'évolution de l'application de la loi littoral par le juge administratif*, RJE, n° spécial, 2012, à paraître.

-N-

Rozen NOGUELLOU

- « La notification des recours dirigés contre les autorisations d'urbanisme », *Droit administratif*, 2008, al. 81.
- « Les incessantes évolutions du droit de l'urbanisme », *Droit administratif*, 2009, alerte 31.
- « Référé-suspension : la condition d'urgence n'est pas toujours remplie – note sur CE, 22 mars 2010, *Mme Seghier* », *Droit administratif*, 2010, comm. 86.

-P-

Hugues PERINET-MARQUET

- L'inefficacité des sanctions en droit de l'urbanisme », Dalloz, 1991, p. 37.
- « Le nouvel article L. 111-1-1 du code de l'urbanisme, l'intégration des directives territoriales d'aménagement au sein des normes d'urbanisme », RFDA, 1995, p. 905.
- « Permis précaire ou permis dérogatoire ? », *Constr.-Urb.*, 2006, ét. 21.

Pascal PLANCHET, « L'actualité de l'exception d'illégalité en droit de l'urbanisme. Retour sur l'arrêt "Commune de Courbevoie" », DAUH, 2010, p. 29.

Francis POLIZZI, « La nouvelle procédure d'instruction des autorisations d'urbanisme : premier bilan », AJDA, 2009, p. 79.

Catherine PREBISSY-SCHNALL, « A la recherche d'une cohérence globale : la multiplication des contrôles de compatibilité en droit de l'urbanisme », LPA, 2004, n° 155, p. 3.

François PRIET, « L'urbanisme est-il soluble dans le contrat ? », AJDA, 2011, p. 2257.

-S-

Henri SAVOIE et Laurent TOUVET, « L'urbanisme : pour un droit plus efficace – commentaire libre du rapport du Conseil d'Etat », RFDA, 1992, p. 709.

Jean-Eric SCHOETTL, « Le Conseil constitutionnel et la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains », AJDA, 2001, p. 18.

Christophe SIZAIRE, « Question prioritaire de constitutionnalité et renouveau du droit de propriété », *Construction-Urbanisme*, décembre 2010, p. 1.

Pierre SOLER-COUTEAUX, « Les incertitudes de la règle d'urbanisme applicable à l'acte de construire », LPA, 17 juillet 1996, p. 33.

-T-

Yann TANGUY, « Le littoral en questions – Entre simplismes et complexité », AJDA, 2005, p. 354.

Catherine TEITGEN-COLLY, « Le juge administratif, un protecteur efficace des tiers en matière de permis de construire ? », AJPI, 1981, p. 618.

Seydou TRAORE

- « L'application de la loi littoral : entre assouplissements et décentralisation », *Construction – urbanisme*, 2004, al. 23.
- « Les directives territoriales d'aménagement et de développement durables de la loi du 12 juillet 2010 et les critères des documents d'urbanisme », JCP A, 2010, n° 2286.

Jérôme TREMEAU

- « L'urbanisme et le Palais-Royal », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2009, p. 1051.
- « Droit constitutionnel de l'urbanisme », Jcl. administratif, fasc. 1454, février 2010.
- « La question prioritaire de constitutionnalité », DAUH, 2010, p. 43.
- « L'utilisation de la question prioritaire de constitutionnalité dans le domaine de l'urbanisme », DAUH, 2011, p. 25.
- « La refondation constitutionnelle du droit de l'urbanisme en 2011 », DAUH, 2012, p. 25.

3.10. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

-A-

Frank ACKERMAN et Lisa HEINZERLING, « Pricing the priceless : Cost-Benefit Analysis and Environmental Protection », *University of Pennsylvania Law review*, v. 150, 2002, p. 1553.

Yann AGUILA

- « L'étendue du contrôle du juge dans les Etats membres », RJE, n° spécial, 2009, p. 99.
- « Dix propositions pour mieux réparer le dommage environnemental », *Environnement*, 2012, dossier 2.

-B-

Maya BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 35.

Michel BAZEX, « Les instruments du marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement : l'exemple du système des quotas d'émission de gaz à effet de serre », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1191.

Hafida BELRHALI-BERNARD, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », RDP, 2009, p. 1683.

Julien BETAÏLLE

- « Le décloisonnement du principe de précaution, un effet de la constitutionnalisation de l'environnement », *Droit de l'environnement*, n° 182, 2010, p. 278.
- « Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus », AJDA, 2010, p. 2083.
- « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », RJE, 2010, p. 197.
- « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisances récurrentes », RJE, n° spécial, 2010, p. 241.
- « La réforme de l'enquête publique issue de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Complément territorial*, décembre 2010, p. 26.

Lilian BENOIT et al., « La loi, littoral devant les cours administratives d'appel », AJDA, 2002, p. 600.

Philippe BILLET

- « De la loi Grenelle 1 à la loi Grenelle 2 », RJE, n° spécial, 2010, p. 19.
- « Le Grenelle à tous prix », JCP A, 2012, n° 2072.
- « Themis v. Ulva sp. Variations juridiques sur les algues vertes », BDEI, déc. 2010, suppl., p. 31.

Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME, « Internormativité et réseau d'autorités : regards sur la méthode communautaire en droit de l'environnement », LPA, n° 200, 2004, p. 54.

Laurence BOISSON DE CHAZOURNES

- « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de l'environnement : enjeux et défis », RGDIP, 1995, p. 37.
- « La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, p. 41.
- « La naissance d'un régime juridique international de protection du climat, Le droit et le doute », in Serge SUR (sous la dir.), *Le climat : risques et débats*, Questions internationales, n° 38, *La documentation française*, 2009, p. 52.
- « Le droit et l'universalité de la lutte contre les changements climatiques », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies, Dossier Droit et Climat*, n° 2, 2009, p. 29.

Jean-Pierre BOIVIN, « Le régime de l'enregistrement des installations classées... Les fruits passeront-ils la promesse des fleurs ? », AJDA, 2010, p. 1073.

Louis BORE, « Contentieux associatif », Jcl. Env., fasc. 4990, décembre 2011.

Xavier BRAUD

- « Commentaire partiel de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives – Du sursis à exécution au référé suspension, simple réforme en trompe-l'œil ou évolution inquiétante ? », RJE, 2000, p. 575.
- « Les impacts négatifs du référé-suspension sur la protection de l'environnement », RJE, 2003, p. 193.
- « La réforme de l'agrément du 12 juillet 2011 : des objectifs louables, une occasion manquée ? », RJE, 2012, p. 63.

Sébastien LE BRIERO, « Les sanctions administratives de la police des eaux et des milieux aquatiques », *Revue de droit rural*, 2002, p. 276.

Pierre BRINGUIER, « Brèves observations sur le principe d'indépendance dans le domaine nucléaire », *Environnement*, 2011, étude 1.

Carl BRUCH, « Is International Environmental Law Really "Law"?: An Analysis of Application in Domestic Courts », *Pace Environmental Law Review*, Vol. 23, n° 2, 2006, p. 423.

Benoist BUSSON

- « Le mauvais procès des recours des associations : faux arguments et vraies menaces », RJE, 2001, p. 59.
- « Décret estuaires : le dernier épisode du feuilleton n'est pas terminé », *Droit de l'environnement*, n° 120, 2004, p. 132.

-C-

Francis CABALLERO, « Le Conseil d'Etat, ennemi de l'environnement ? », RJE, 1984, p. 3.

Jacques CAILLOSSE, « Qui a peur du droit littoral ? », RJE, 1993, p. 513.

Louise Kathleen CAMENZULLI, « The development of international environmental law at the Multilateral Environmental Agreements' Conference of the Parties and its validity », IUCN Commission on Environmental Law, Online Papers, 2010.

Guy CANIVET

- « Vers une dynamique interprétative », RJE, n° spécial, 2005, p. 9.
- « Forum of European Judges For The Environment », in Amedeo POSTIGLIONE, (sous la dir.), *The role of the judiciary in the implementation and enforcement of environmental law*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. XIII.

Guy CANIVET et Dominique GUIHAL, « Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *Dalloz*, 2004, p. 2728.

Chantal CANS

- « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », RFDA, 1999, p. 750.
- « Variations autour d'une innovation environnementale », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 461.

Pierre CASTEL et Pierre CRENN, « Installations industrielles à risques : la réglementation française et son application », *Bulletin de Droit de l'Environnement Industriel*, n° spécial 2002, p. 12.

Sylvie CAUDAL-SIZARET, « Actualité des contraventions de grande voirie en matière de protection de l'environnement », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, p. 735.

Véronique CHAMPEIL-DEPSLATS, « La Charte de l'environnement prend son envol aux deux ailes du Palais Royal », RJE, 2009, p. 219.

Simon CHARBONNEAU, « A propos de l'animal être sensible », *Revue Semestrielle de Droit Animalier*, 1-2010, p. 27.

Jacques CHEVALLIER, « Le débat public en question », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 489.

Marie-Anne COHENDET

- « Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et écologiquement équilibré », in SFDE, *20 ans de protection de la nature – Hommage au professeur Michel Despax*, PULIM, Limoges, 1998, p. 253.
- « Les effets de la réforme », RJE, n° spécial, 2003, p. 51.
- « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », RJE, n° spécial, 2005, p. 107.

Michel COURTIN, « Le contentieux des installations classées, un contentieux à repenser ? », RJE, 1995, n° spécial, p. 53.

Brice CROTTET, « Le Conseil constitutionnel et l'obligation de vigilance environnementale », RFDC, 2012, p. 237.

-D-

Victor DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de droit », RJE, 2012, p. 469.

Maryse DEGUERGUE

- « La responsabilité administrative et le principe de précaution », RJE, n° spécial, 2000, p. 105.
- « Le sens de la responsabilité environnementale », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo – Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 573.

David DEHARBE

- « Le contentieux administratif de la régularisation des installations classées – Un laboratoire du droit de l'environnement industriel », *Droit de l'environnement*, n° 68 et 69, 1999, p. 15 et 15.
- « Autoriser le risque – Des fonctions de la police des installations classées », *Droit de l'environnement*, n° 141, 2006, p. 251.

Bénédicte DELAUNAY

- « De la loi du 17 juillet 1978 au droit à l'information en matière d'environnement », AJDA, 2003, p. 1316.
- « Le débat public », AJDA, 2006, p. 2322.

Marie-France DELHOSTE, « Droits à la santé et à la protection de l'environnement : la faiblesse de la protection offerte par les instances de recours européennes pour carence normative d'un Etat membre », RRJ, 2005, p. 1493.

Renaud DENOIX DE SAINT MARC, « Le rapport d'impact sur l'environnement », RJE, 1976, p. 250.

Bernard DROBENKO

- « Les contrats de rivière et le droit communautaire de l'eau », REDE, 2004, p. 383.
- « Les paradoxes de la légalité en droit de l'urbanisme », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses universitaires d'Orléans, Orléans, 2006, p. 195.
- « Responsabilité en matière d'environnement », Répertoire Responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 2009.

-F-

Jean-Paul FAUGERE, « La pratique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 48.

Jean-Marc FEVRIER, « La gestion des sites Natura 2000 », AJDA, 2004, p. 1394.

Laurent FONBAUSTIER

- « Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution », *Dalloz*, 2007, p. 1523.
- « (L'efficacité de) la police administrative en matière environnementale », in Olivera BOSKOVIC (sous la dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, 2010, p. 109.
- « Principe d'intégration et échelle de normativité – Libres propos sur la délicate notion de "prise en compte" en droit de l'environnement », in *Florilèges du droit public – recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 531.

Karine FOUCHER, « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'environnement : conditions et limites », RFDC, n° 83, 2010, p. 523.

Jody FREEMAN et Laura I. LANGBEIN, « Regulatory negotiation and the legitimacy benefit », *N.Y.U. Environmental Law Journal*, 2000, vol. 9, p. 60.

-G-

Robert L. GLICKSMAN et Dietrich H. EARNHART

- « Depiction of the regulator-regulated entity relationship in the chemical industry : deterrence-based v. cooperative enforcement », *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, vol. 31, 2007, p. 603.
- « The comparative effectiveness of government interventions on environmental performance in the Chemical Industry », *Stanford Environmental Law Journal*, 2007, vol. 26, p. 317.

Anne GUEGAN, « Créer un fonds pour la protection de l'environnement, abondé par les dommages-intérêts des actions en responsabilité environnementale », *Environnement*, 2012, dossier 7.

Emmanuel GUILLAUME, « Installations classées (Contentieux des) », *Rép. cont. adm., Dalloz*, 2011.

-H-

Robert HANICOTTE, « Les sursis à exécution : point névralgique de la protection de l'environnement », *RDP*, 1995, p. 1581.

Jean-Claude HELIN

- « Les directives "plans-programmes" et la participation du public », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 509.
- « Le schéma de cohérence territoriale et le public (concertation et enquête publique) », in GRIDAUH, *Evaluation juridique des premiers schémas de cohérence territoriale*, Les cahiers du GRIDAUH n° 19, 2009, p. 57.
- « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et la réforme des enquêtes publiques », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 201.
- « La participation du public : du flou et du mou », *AJDA*, 2010, p. 2281.

Marie-Angèle HERMITTE

- « Les zones sans plantes génétiquement modifiées en droit européen, l'illégalité comme stratégie juridique », *Journal international de bioéthique*, 2006, vol. 17, n°3, p. 1.
- « La nature, sujet de droit ? », *Annales HSS*, 2011, n° 1, p. 173.

Carole HERMON, « La délégation de la police des installations classées (ou) la police n'est plus ce qu'elle était ! », *Mélanges en l'honneur de René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 249.

Michael HERZ, « Les grands débats autour du droit de l'environnement aux Etats-Unis », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 87.

Christian HUGLO, « Droit des sols pollués : fin des polices parallèles ? », *Environnement*, octobre 2011, p. 1.

-I-

Pascale IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, 2005, ét. 26.

-J-

Yves JEGOUZO

- « La réforme de l'enquête publique », *Dalloz*, chron., 1983, p. 223.
- « La création et la gestion des parcs naturels régionaux : valeur et limite du processus contractuel dans le domaine de l'aménagement et de la protection de l'environnement », *RJE*, 1997, p. 473.
- « Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement », *CCC*, n° 15, 2003, p. 209.
- « La genèse de la Charte constitutionnelle de l'environnement », *RJE*, 2003, n° spécial, p. 23.
- « Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement », *RJE*, n° spécial, 2004, p. 19.
- « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », *AJDA*, 2005, p. 1164.
- « De la "participation du public" à la "démocratie participative" ? », *AJDA*, 2006, p. 2314.
- « Principe et idéologie de la participation », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *Dalloz*, 2007, p. 577.
- « Environnement et décentralisation », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 867.
- « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 23.
- « L'ambitieuse loi portant engagement national pour l'environnement », *AJDA*, 2010, p. 1681.
- « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation », *AJDA*, 2010, p. 1812.
- « L'imprévisible principe de précaution », *AJDA*, 2012, p. 233.

-K-

Alexandre Ch. KISS

- « L'irréversibilité et le droit des générations futures », *RJE*, n° spécial, 1998, p. 49.
- « Environnement, droit international, droits fondamentaux », *CCC*, n° 15, 2003, p. 253.

Alexandre Ch. KISS et Claude LAMBRECHTS, « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », *RJE*, 1976, p. 239.

Eva KRUIKOVA, « The legal service of the European Commission and enforcement of the EC environmental law », in Gyula Bandi (sous la dir.), *The Impact of ECJ Jurisprudence on Environmental Law*, Budapest, 2009, p. 125.

-L-

Marie-Béatrice LAHORGUE, « La mise en œuvre de la réforme de l'étude d'impact : une complexe simplification », *AJDA*, 2012, p. 250.

Marie-Laure LAMBERT-HABIB

- « Liberté d'expression et risques contentieux », *Droit de l'environnement*, n° 173, 2009, p. 22.
- « L'interventionnisme associatif dans la production normative. L'exemple de l'environnement », in *Les associations, acteurs privilégiés du droit et de la gouvernance*, PUAM, 2009, p. 99.

Pierre LASCOUMES et Gilles J. MARTIN, « Des droits épars au code de l'environnement », *Droit et Société*, 1995, p. 323.

Olivier LE BOT, « Des droits fondamentaux pour les animaux : une idée saugrenue ? », *Revue Semestrielle de Droit Animalier*, 1-2010, p. 11.

Erwan LE CORNEC, *L'effet direct des conventions internationales en droit français de l'environnement et de l'aménagement* in *Terres du Droit - Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 651.

Patrick LE LOUARN, « Le droit de l'environnement est-il soluble dans le droit de l'urbanisme », *Droit de l'environnement*, n° 1, 2002, p. 2.

Raymond LEOST

- « Les dispositions répressives de la loi sur l'eau », *Droit de l'environnement*, n° 146, 2007, p. 69.
- « Le droit de l'affichage publicitaire, dernier invité de la loi Grenelle 2 », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 177.
- « Le contentieux administratif de l'environnement après la loi Grenelle II : nouveaux délais de recours et extension du référé administratif », *Droit de l'environnement*, n° 186, 2011, p. 12.

Corinne LEPAGE, « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 123.

-M-

Jessica MAKOWIAK

- « Le juge administratif face aux arrêtés « anti-OGM » : De la censure à l'ouverture ? », *RJE*, 2004, p. 385.
- « A quel temps se conjugue le droit de l'environnement ? », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 263.

Jean-Pierre MARGUENAUD

- « La personnalité juridique des animaux », *Dalloz*, 1998, p. 205.
- « Inventaire raisonné des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'environnement », *REDE*, 1998, p. 5.
- « Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme », *RJE*, numéro spécial, 2003, p. 15.
- « La Charte constitutionnelle de l'environnement face au droit de la Cour européenne des droits de l'homme », *RJE*, numéro spécial, 2005, p. 199.

- « Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement », in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Confluences, Montchrestien, Paris, 2007, p. 879.
- « Les droits fondamentaux liés à l'environnement », in Olivera BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, 2010, p. 83.

Gilles J. MARTIN

- « Précaution et évolution du droit », D., chron., 1995, p. 299.
- « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », AJDA, 2005, p. 2222.

Bertrand MATHIEU

- « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », CCC, n° 15, 2003, p. 242.
- « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », RJE, n° spécial, 2005, p. 131.

Makane Moïse MBENGUE, « La relation entre l'article 5:1 et l'article 5:7 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires à la lumière de l'affaire Communautés européennes (CE) et la commercialisation des produits biotechnologiques », REDE, 2008, p. 147.

Malik MEMLOUK, « L'état du droit dans le domaine des installations classées », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 38.

Gérard MONEDIAIRE

- « Sur la nature du droit de la nature », *Caesura, Canoas*, n° 4, 1994, p. 65.
- « Les droits à l'information et à la participation du public auprès de l'Union européenne », REDE, 1999, pp. 129-156 et pp. 253-269.
- , « L'accès à la justice communautaire en matière d'environnement au miroir de la convention d'Aarhus », *RJE*, n° spécial, 1999, p. 63.
- « Propos introductifs », REDE, 2004, p. 381.
- « Vers la motivation des actes administratifs unilatéraux, spécialement en droit de l'environnement », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 607.
- « Participation du public à l'élaboration des actes réglementaires de l'État et ses établissements publics en matière d'environnement : la nécessité d'une Loi Grenelle 3 ? », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 223.
- « La participation du public organisé par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte », *Participation*, n° 1, 2011, p. 134.

Jacqueline MORAND-DEVILLER

- « Chose jugée et fait accompli – Le juge, le préfet, le maire et le droit de l'environnement », LPA, 20 juin 1990, n° 74, p. 12.
- « La Charte de l'environnement et le débat idéologique », *RJE*, n° spécial, 2005, p. 97.

-N-

Philippe NARBÉY et Michèle RAUNET, « Le droit d'accès du public à l'information environnementale », *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 mars 2008, n° 5, p. 505.

Laurent NEYRET, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », D., 2010, p. 2238.

Laurent NEYRET et Gilles J. MARTIN, « De la nomenclature des préjudices environnementaux », JCP G, 2012, n° 567.

Katherine NIELD et Ricardo PEREIRA, « Fraud in the EU Emissions Trading Scheme », *European Energy and Environmental Law Review*, 2011, p. 255.

-O-

François OST, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et Société*, 1995, p. 281.

-P-

LeRoy PADDOCK

- « Environmental Enforcement at the turn of the century », *Environmental Law*, Vol. 21, 1991, p. 1509.
- « Environmental Accountability and Public Involvement », *Pace Environmental Law Review*, vol. 21, 2004, n° 2, p. 243.

Jean-Luc PISSALOUX, « La démocratie participative dans le domaine environnemental », RFAP, 2011, p. 123.

Michel PRIEUR

- « Le respect de l'environnement et les études d'impact », RJE, 1981, p. 103.
- « Pas de caribous au Palais-Royal », RJE, 1985, p. 137.
- « La dérèglementation en matière d'environnement », RJE, 1987, p. 319.
- « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », RJE, 1988, p. 397.
- « Urbanisme et environnement », AJDA, 1993, p. 80.
- « La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », RJE, n° spécial, 1999, p. 22.
- « Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement », AJDA, 2000, p. 1030.
- « Pourquoi une codification ? », RJE, n° spécial, 2002, p. 9.
- « Information et participation du public en matière d'environnement, influence du droit international et communautaire », in Michel PAQUES et Michaël FAURE, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité*, Bruylant, 2003, p. 293.
- « Vers un droit de l'environnement renouvelé », CCC, n° 15, 2003, p. 219
- « Le droit français de l'environnement au XX^e siècle », in *Mouvement du droit public – Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 379.
- « L'environnement est entré dans la Constitution », RJE, n° spécial, 2005, p. 25.
- « Les nouveaux principes du droit de l'environnement : L'exemple du principe de précaution », X^{ème} Journées juridiques franco-chinoises sur le droit de l'environnement, *Société de législation comparée*, 2006, www.legiscompare.com.
- « Droit à l'environnement », Fasc. 360, Jcl Administratif, cote 01,2008.
- « La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 49.

- « La constitutionnalisation du droit de l'environnement », in Bertrand Mathieu (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, p. 489.

-R-

Eckard REHBINDER, « L'action en justice des associations et l'action populaire pour la protection de l'environnement », REDE, 1997, p. 16.

Martine REMOND-GOUILLOUD

- « A la recherche du futur – La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement », RJE, 1992, p. 5.
- « L'irréversibilité : de l'optimisme dans l'environnement », RJE, n° spécial, 1998, p. 7.

-S-

Denis SEGUIN, « La mise en œuvre de la contravention de grande voirie par le juge administratif : comparaison avec le droit répressif de l'environnement », *Droit de l'environnement*, n° 136, 2006, p. 80.

Philippe SEGUR, « La catastrophe et les risques naturels, essai de définition juridique », *Revue de Droit Public*, 1997, p. 1694.

Jochen SOHNLE, « L'affaire des usines de pâte à papier de la CIJ du 20 avril 2010 : un mode d'emploi pour violer des obligations procédurales sans peine », RJE, 2010, p. 605.

Alain SUPIOT, « Recherche sur l'application des textes relatifs à la pollution de l'eau d'origine industrielle », JCP G, 1975, n° 2692.

-T-

Ivan TCHOTOURIAN, « Le projet français de class action au regard du recours collectif en matière d'environnement au Québec », *Droit de l'environnement*, n° 149, 2007, p. 167.

Patrick THIEFFRY, « L'inexorable montée en puissance du droit de l'environnement industriel de l'Union européenne – La nouvelle directive sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution IPPC III », AJDA, 2011, p. 556.

Eve TRUILHE-MARENGO, « Contractualisation, réglementation : quelle articulation entre les outils de gestion des sites Natura 2000 ? », RJE, 2005, p. 131.

Thierry TUOT, « Droit public et environnement : nouveaux concepts, nouveaux outils ? », in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 451.

-U-

Jean UNTERMAIER

- « Nous n'avons pas assez de droit ! Quelques remarques sur la complexité du droit en général et du droit de l'environnement en particulier », in *Les hommes et l'environnement – Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison Roche, 1998, p. 499.
- « La Charte de l'environnement face au droit administratif », RJE, n° spécial, 2005, p. 145.

-V-

Agathe VAN LANG, « De l'art du trompe l'œil – Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale », in *Pour un droit commun de l'environnement – Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1671.

Christian VIGOUROUX, « Sur le droit des installations classées pour la protection de l'environnement », AJDA 1994, p. 601.

-Z-

Philippe ZAVOLI, « Pour un chiffre », AJDA, 2012, p. 289.

3.11. DROIT PENAL

Roger BERNARDINI, « Personne morale », Répertoire Dalloz – droit pénal, octobre 2010.

Pierrette PONCELA, « De la diversité des sanctions juridiques – Variation sur le traitement différentiel des illégalismes », in Françoise TULKENS, Yves CARTUYVELS et Christine GUILLAIN (sous la dir.), *La peine dans tous ses états, Hommage à Michel van de Kerchove*, Larcier, 2011, p. 67.

Jacques-Henri ROBERT

- « Union et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA, n° spécial, 20 juin 1995, p. 76.
- « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », AJDA, n° spécial, 20 octobre 2001, p. 90

Bernard RUDDEN et Philippe JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », RIDC, 1986, p. 1015.

Michel VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale – Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, p. 22.

3.12. DROIT CIVIL

Jean-Louis BAUDOIN, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la common law », in *Etudes offertes à Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 1.

Christian CALFAYAN, « Préjudice environnemental et moral d'une association de protection de l'environnement », *Rev. Lamy Droit Civil*, 2009, n° 63, p. 17.

Patrice JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *Resp. civile et assurances*, mars 2010, doss. 11.

Denis MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », *Resp. civile et ass.*, juin 2001, p. 72.

Catherine THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ.*, 1999, p. 561.

André TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Pedone, 1975, p. 407.

4. NOTES, CONCLUSIONS ET CHRONIQUES

-A-

Ronny ABRAHAM

- « Conclusions sur CE, section, 23 avril 1997, *GISTI* », RFDA, 1997, p. 585.
- « Conclusions sur CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar* », RFDA, 1998, p. 562.

Yann AGUILA

- « Conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, n° 292942 », AJDA, 2007, p. 1527.
- « Conclusions sur CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy* », RFDA, 2008, p. 1147.
- « La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement – Conclusions sur CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy* », RFDA, 2008, p. 1147.

Denis ALLAND

- « Un nouveau mystère de la pyramide : remise en cause par le Conseil d'Etat des traités conclu par la France », note sous CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, RGDIP, 1997, p. 237.
- « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international, réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Sarran, Levacher et autres du 30 octobre 1998 », RFDA, 1998, p. 1094.

Joseph ANDREANI, « Précisions sur le champ d'application de la prescription décennale prévue à l'article L. 111-12 du code de l'urbanisme », *Droit administratif*, 2012, comm. 63.

Hervé ARBOUSSET, « Vertus et limites de la subrogation en matière de fonds d'indemnisation – Cass. 2^e civ., 7 avril 2011 », JCP A, 2011, n° 2326.

Jean-Louis AUTIN et Frédéric SUDRE, « L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause ? – note sur Cour EDH, 9 novembre 2010, *Société Sacilor-Lormines c. France* », RFDA, 2007, p. 342.

-B-

David BAILLEUL

- « Les vicissitudes de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme », commentaire de CE, sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, JCP A, n° 18, 2008, n° 2113.
- « Quand la règle d'urbanisme est inopposable au droit de construire issu d'un contrat – note sur Cour EDH, 18 novembre 2010, *Richet et Le Ber c. France* », JCP A, 2011, n° 2005.

Hafida BELRHALI-BERNARD, « Quand l'obligation in solidum des coauteurs progresse en droit administratif », note sur CE, 2 juillet 2010, *M. Madranges*, n° 323890, AJDA, 2011, p. 116.

Florence BENOIT-ROHMER

- « A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », RTDH, 2005, p. 827.
- « Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », RTDH, 2010, p. 19.

Julien BETAILLE, « Information du public en matière d'OGM : un pas en avant, un pas de coté, note sur CJCE, 17 février 2009, *Commune de Sausheim c/ Azelvandre*, aff. C-552/07 », REDE, 2009, p. 297.

Pierre BON, « La responsabilité du fait des actes de tutelle – CE, 10 novembre 1999, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro* et CE, 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin* », RFDA, 2000, p. 1096.

Olivier Le BOT

- « QPC : le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat validé... par le Conseil d'Etat - note sur CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et a.*, n° 320667 », LPA, n° 149, 2010, p. 11.
- « Recours des associations *ad hoc* contre les autorisations d'urbanisme : le Conseil constitutionnel valide la restriction au droit d'agir en justice – note sur CC, n° 2011-138 QPC, 17 juin 2011, *Association Vivraviry* », *Dalloz*, 2011, p. 1942.

Camille BROUELLE

- « L'arrêt Coopérative Ax'ion et la banalisation de la responsabilité de l'Etat législateur (CE, 2 novembre 2005, *Coopérative agricole Ax'ion*) », RDP, 2006, p. 1427.
- « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi non conventionnelle : une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'Etat législateur – CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu* », JCP A, 2007, n° 2083.
- « Illégalité et faute (à propos de l'arrêt *Commune de Crégols* du 31 août 2009) », RDP, 2010, p. 807.
- « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif – note sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et a.* », JCP A, 2012, n° 2089.

-C-

Norbert CALDERARO, « Plans d'occupation des sols et décentralisation : vers le contrôle du bilan. Conclusions sur TA Nice, 17 décembre 1987, *Mouvement niçois pour la défense des sites et du patrimoine et autres* », RFDA, 1990, p. 234.

Aurélien CAPPELLO, « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives – Décision du 10 juin 2009 n° 2009-580-DC », RSC, 2010, p. 415.

Paul CASSIA, « Amende pour recours abusif – note sur CE, ass., 31 octobre 1980, *Fédération nationale des unions de jeunes avocats* », in *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 3^{ème} éd., *Dalloz*, 2011, n° 59, p. 1089.

Martine CLIQUENNOIS, Note sur CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent*, AJDA, 2001, p. 201.

Marie-Anne COHENDET et Nicolas HUTEN, « La Charte cinq ans après : chronique d'un réveil en fanfare », RJE, 2010, p. 37.

Sophie COLRAT, « Précisions sur le recours pour excès de pouvoir contre les actions subrogatoires décidées par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *AJDA*, 2007, p. 1196.

Patrice CORNILLE, « De la compatibilité du PLU avec le SCOT », note sous CAA Bordeaux, 26 nov. 2009, *Cté Urbaine de Bordeaux*, Cne Saint Aubin de Médoc, *Construction-urbanisme*, n° 1, 2010, comm. 1.

Olivier COUVERT-CASTERA, « Dans quelle mesure le traité de Rome s'oppose-t-il à ce qu'un Etat membre adopte une disposition contraire à une directive pendant le délai de transposition de celle-ci ? », note sur CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, C-129/96, *AJDA*, 1998, p. 451.

-D-

Clotilde DEFFIGIER,

- « L'obligation pour le gouvernement de prendre les règlements d'application de la loi "littoral" – à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement* », *RFDA*, 2003, p. 116.
- « Carence fautive dans l'exercice d'une activité de contrôle de nature à engager la responsabilité de l'Etat – note sur CE, 13 novembre 2002, *Société Hélicoptère* », *AJDA*, 2003, p. 1122.

Sébastien DEGOMMIER, « L'obligation d'assurer la libre circulation des poissons migrateurs », note sur CAA Nantes, 26 novembre 2010, n° 09NT00920, *AJDA*, 2011, p. 33.

Bénédicte DELAUNAY, « La pleine portée du principe de participation – à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 », *AJDA*, 2012, p. 260.

Benoît DELAUNAY, « L'action subrogatoire, prolongement de l'action et des droits de la victime – CE, 31 décembre 2008, *Société foncière Ariane*, n° 294078 », *RJEP*, 2009, comm. 23.

Diane DELCOURT, « La participation du juge à l'édification de la pyramide des sources internes et externes du droit communautaire », note sous CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi c/ Conseil et Commission*, *Dalloz*, 2009, p. 1118.

Marie-France DELHOSTE, « Carence dans l'usage de la police des installations classées : partage de responsabilité entre l'Etat et le maire – CE, 13 juillet 2007, *Commune de Taverny* et CAA Versailles, 8 mars 2006, *Commune de Taverny* », *AJDA*, 2007, p. 2266.

Luc DEREPA, « La responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux – conclusions sur CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu* », *RFDA*, 2007, p. 361.

Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU

- « Dix ans d'urgence », *chron.*, *AJDA*, 2011, p. 1369.
- « Injonctions : le juge administratif face aux réalités – note sur CE, sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier, Syndicat mixte des Islettes*, n° 320371 », *AJDA*, 2011, p. 2226.
- « Les aléas de l'effet direct – note sur CE, 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL* », *AJDA*, 2012, p. 936.

- « De la bien curieuse existence d'un droit naturel des référés – note sur CE, 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et a.*, n° 355792 », AJDA, 2012, p. 943.

Louis DUBOIS, « La chasse et le droit communautaire. Le Conseil d'Etat assure-t-il pleinement la primauté de la directive sur la loi ? », RFDA, 2000, p. 409.

Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales – concl. sur CE, 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL* », AJDA, 2012, p. 547.

-E-

Saïda EL BOUDOUHI, « Déférence de la CEDH envers le nouveau dispositif concernant le rapporteur public ou juste un sursis ? – note sur Cour EDH, 15 septembre 2009, *Etienne c. France* », AJDA, 2009, p. 2468.

-F-

Jean-François FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2009 – février 2010) », AJDA, 2010, p. 997.

Marc FORNACCIARI, « Conclusions sur CE, 9 juillet 1996, *Mme Thalamy*, n° 51172 », AJDA, 1986, p. 648.

Karine FOUCHER, « La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou », AJDA, 2001, p. 1158.

Jérôme FRANCFORT, conclusions sur TA Orléans, 25 mai 2010, *Société SOPA*, n° 0801916, AJDA, 2011, p. 1088.

-G-

Bruno GENEVOIS, « Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori. A propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », RFDA, 2010, p. 1.

David GILLIG, « Refus d'indemniser un tiers implanté à proximité d'une installation classée, en l'absence de toute carence du préfet dans l'exercice de ses pouvoirs de police – CAA Nancy, 1^{er} juillet 2010, M. A., n° 09NC00356 », Environnement, 2010, comm. 145.

Katarzyna GRABARCZYK, « La conventionnalité du régime des sanctions administratives au regard de l'article 6 §1 de la Convention EDH – CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom* », JCP G, 2009, n° 10087.

Matthias GUYOMAR

- « Conclusions sur l'arrêt CE, 8 février 2007, *Arcelor* », RFDA, 2007, p. 384.
- « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive, conclusions sur CE, 3 juin 2009, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 », RFDA, 2009, p. 800.

-H-

Jean-Claude HELIN et René HOSTIOU, « Panorama de la jurisprudence – enquêtes publiques », RJE, 2010, p. 133.

Patrick HOCREITERE, « Le juge constitutionnel et la loi du 9 février 1994 », RFDA, 1995, p. 7.

René HOSTIOU

- « Panorama de la jurisprudence – enquêtes publiques », RJE, 2004, p. 84.
- « Panorama de la jurisprudence – enquêtes publiques », RJE, 2006, p. 71.
- « Le rapporteur public, la section du contentieux et l'autoroute alsacienne – CE, 17 mars 2010, *Association Alsace Nature Environnement et autres* », RJE, 2010, p. 493.

-J-

Jean-Paul JACQUE, note sous CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi c/ Conseil et Commission*, RTDE, 2009, p. 161.

Elisabeth JAYAT, « En fait de déchets, la possession vaut titre... exécutoire – note sur CE, 21 juillet 2011, *Commune du Palais sur Vienne* », RJE, 2012, p. 135.

-K-

Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « La Cour internationale de justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay) », RGDIP, 2011, p. 39.

-L-

Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », chron., AJDA, 2004, p. 1183.

Marie-Pierre LANFRANCHI, « L'affaire CE-produits biotechnologiques : éléments du débat judiciaire », REDE, n° 2-2008, p. 129.

Francis LAMY, « Le retard à prendre les décrets d'application de la loi littoral relatifs aux estuaires est-il légal – conclusions sur CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement* », BJDU, 2000, p. 306.

Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, « Sécurité juridique : la consécration – CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et a.* », chron., AJDA, 2006, p. 1028.

Jean-Pierre LEBRETON, « Des degrés de normativité en urbanisme », note sur CAA Douai, 25 septembre 2003, *Association SAVE*, AJDA, 2004, p. 830.

Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, « Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité – CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu* », AJDA, 2007, p. 585.

Anne LEVADE, « La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement », JCP G, 2008, n°30, p. 37.

Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », chron., AJDA, 2010, p. 1355.

-M-

Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Jean-Christophe MARTIN, « L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux », *Journal du droit international*, 2007, p. 437.

Wanda MASTOR, « La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 : chronique d'une mort – et d'une renaissance ? – annoncée », AJDA, 2010, p. 277.

Bertrand MATHIEU, « La guerre des juges n'aura pas lieu – A propos de la décision du 12 mai 2010 du Conseil constitutionnel », JCP A, n° 22-2010, n° 2181, p. 34.

Jean MATRINGE, observations sous CE, 9 novembre 2007, *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*, n° 289063 et CE, 11 janvier 2008, n° 292493, RGDIP, 2008, p. 210.

Christine MAUGÜE « L'arrêt *Sarran*, entre apparence et réalité », CCC, n° 7, 1999, p. 132.

Fabrice MELLERAY

- « Chronique de contentieux administratif (premier semestre 2003) », LPA, 18 août 2003, n° 164, p. 3.
- « Limites des pouvoirs du juge des contraventions de grande voirie - CE, 23 décembre 2010, *Min. Ecologie*, n° 306544 », *Droit administratif*, 2011, comm. 34.
- « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure – note sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et a.* », *Droit administratif*, 2012, comm. 22.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et impartialité des juridictions suprêmes », *Droit administratif*, 2011, comm. 93.
- « Le nouveau souffle de la jurisprudence Lafage ? – note sur CE, sect., 9 décembre 2011, *Marcou* », *Droit administratif*, 2012, comm. 19.
- « L'intérêt général peut primer sur la légalité en matière de référé suspension – note sur CE, sect., 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et a.* », *Droit administratif*, 2012, comm. 59.
- « Un maire ne peut pas réglementer l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile - note sur CE, ass., 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis* », *Droit administratif*, 2012, comm. 8.

Rodophe MESA et Sébastien MARMIN, « L'action en indemnisation dirigée contre une ICPE par deux associations », note sur Cass., civ., 9 juin 2010, Cray Valley, n° 09-11.738, *Droit de l'environnement*, 2010, n° 183, p. 340.

-N-

Séverine NADAUD et Jean-Pierre MARGUENAUD, « Chronique des arrêts de la CEDH 2008-2009 », RJE, 2010, p. 61.

Christophe NOUZHA, « L'affaire de l'Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni) devant le Tribunal international du droit de la mer : quelles mesures conservatoires pour la protection de l'environnement ? », *Actualité et droit international, Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, mars 2002.

-O-

Alain ONDOUA, « Interactions possibles entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité, note sous CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n° 239366 », JCP G, 2003, p. 240.

-P-

Bernard PACTEAU, « La justice administrative française désormais en règle avec la Cour européenne des droits de l'homme ? note sur Cour EDH, 15 juillet 2009, *Union fédérale Que Choisir de Côte d'Or c. France* », RFDA, 2009, p. 885.

Bernard PACTEAU, « Cour administrative de Bordeaux – Décisions de décembre 2008 à mars 2009 », JCP A, 2009, n° 2155.

Jean-Luc PISSALOUX,

- « Révision d'un plan d'occupation des sols et exception d'illégalité du schéma directeur », commentaire de CE, 15 oct. 2007, n° 269301, *Fédération départementale de l'hôtellerie de plein air de la Charente-Maritime*, Lamy CT, 2008, n° 33, p. 41.
- « Autorisations d'urbanisme et principe de précaution – note sur CE, 30 janvier 2012, *Société Orange France* », *Droit administratif*, 2012, comm. 44.

Nadine POULET-GIBOT LECLERC, « La responsabilité pour faute de l'Etat dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités locales – CAA Marseille, 21 janvier 1999, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent et a.* », LPA, 14 sept. 2000, n° 184, p. 13.

Michel PRIEUR

- « Panorama de la jurisprudence – Etude d'impact », RJE, 2004, p. 92.
- « Panorama de la jurisprudence – Etude d'impact », RJE, 2005, p. 363.

-R-

Dominique REMY, « La responsabilité de l'Etat en matière de marées vertes – TA Rennes, 25 octobre 2007, *Associations Halte aux marées vertes, Sauvegarde du Trégor, Eaux et rivières de Bretagne et De la source à la mer* », AJDA, 2008, p. 470.

Anne RIGAUX, « L'arrêt "Brasserie du Pêcheur – Factortame III" : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, p. 1.

Anne RIGAUX et Denys SIMON, « "Summum jus, summa injuria..." », A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2001 SNIP », Europe, 2002, n° 4, p. 6.

Jean RIVERO, note sous CC, 15 janvier 1975, *IVG*, AJDA, 1975, p. 134.

Agnès ROBLLOT-TROIZIER, note sous CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA, 2008, p. 606.

-S-

Carlo SANTULLI, « Chronique de droit international », RFDA, 2009, p. 145

Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, « La responsabilité de l'Etat en cas de méconnaissance du droit communautaire par l'administration et le législateur – TA Paris, 7 mai 2004, *Assoc. France Nature Environnement* », AJDA, 2004, p. 1878.

Jean-Eric SCHOETTL, « Le Conseil constitutionnel et la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains », AJDA, 2001, p. 18.

Bertrand SEILLER, Note sur CE, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, rec., p. 29, *Dalloz*, 2001, p. 1414.

Denys SIMON

- « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême – CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01 », *Europe*, novembre 2003, p. 3.
- « Recours individuels – note sur Tribunal de l'Union européenne, ord., 6 sept. 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami et s. c. Parlement et Conseil*, aff. T-18/10 », *Europe*, 2011, comm. 388.

Pierre SOLER-COUTEAUX, « L'article L. 600-1-1 n'est pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – note sur CAA Bordeaux, 3 février 2009, *Assoc. de défense de l'environnement Vent de la Gartempe* », RDI, 2009, p. 559.

Marcel SOUSSE, « Classement de terrains en zone constructible dans un espace remarquable – CE, 28 octobre 2009, *Min. Transports et Commune Rayol Canadel c. Therme* », *Environnement*, 2010, comm. 9.

Bernard STIRN, « Conclusions sur CE, 9 janvier 1981, *Ministre de l'environnement et du Cadre de vie c/ comité inter-association pour l'environnement de Nancy* », *Dalloz*, 1982, p. 520.

Frédéric SUDRE, « La conventionnalité du système communautaire de protection des droits fondamentaux », JCP G, n° 10128, 2005, p. 1760, note sous l'arrêt CEDH, grande chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c/ Irlande*.

David SZYMCZAK, « Le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat au révélateur de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvelles réponses, nouvelles incertitudes – A propos de l'arrêt *Sacilor-Lormines* », JCP A, 2007, n° 2002.

-T-

Laurent TOUVET, « Comment le juge de cassation contrôle-t-il la compatibilité entre deux documents d'urbanisme ? Conclusions sur CE, 26 mars 2001, *SARL Le Blanc Coulon*, BJDU, n° 2, 2001, p. 115.

Jérôme TREMEAU, « La constitutionnalisation du droit de l'urbanisme. Quelques remarques sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2000 », BJDU, n° 3, 2001, p. 146.

-V-

Agathe VAN LANG, « Le juge administratif, l'Etat et les algues vertes – CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer c. Association Halte aux marées vertes et autres, n° 07NT03775 », AJDA, 2010, p. 900.

Célia VEROT, « Inopérance de l'exception d'illégalité d'un schéma directeur. Conclusions sur CE, 15 octobre 2007, *Fédération départementale de l'hôtellerie de plein air de la Charente-Maritime* », RJEP, n° 649, 2008, comm. 5.

Camille VINET, « Indemnisation des associations agréées de protection de la nature et de l'environnement au titre du préjudice écologique – CAA Lyon, 23 avril 2009, *Association Club mouche saumon Allier*, n° 07LY02634 », AJDA, 2009, p. 1429.

-W-

Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale, Tribunal arbitral du droit de la mer, ordonnance du 24 juin 2003, Usine Mox (Irlande c/ Royaume-Uni) », RGDIP, n° 4-2003, p. 984.

-X-

Lamprini XENOU, « Expropriation : un pas supplémentaire vers le contrôle des solutions alternatives ? – note sur CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Minge-Auxances* », AJDA, 2011, p. 2417.

-Y-

Philippe YOLKA

- « Protection du domaine public et protection de l'ouvrage public : une conciliation délicate – CE, 23 décembre 2010, *Min. Ecologie*, n° 306544 », JCP A, 2011, n° 2044.
- « Une extension discutable du champ de l'article 121-2 du Code pénal – CAA Lyon, 7 avril 2011, n° 09LY02914 », JCP A, 2011, n° 2190.

5. RAPPORTS ET ETUDES

Bernard ACCOYER, *Rapport d'information au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur le bilan d'activité du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de 2009 à 2012*, 30 mars 2012, Assemblée nationale, n° 4485.

Alain ANZIANI (dir.),

- *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur les conséquences de la tempête Xynthia (rapport d'étape)*, n° 554, 10 juin 2010, Sénat.
- *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur les conséquences de la tempête Xynthia*, n° 647, 7 juillet 2010, Sénat.

David ASSOULINE, *Rapport annuel sur l'application des lois au 31 décembre 2011*, Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, Sénat, n° 323, 2012.

CLUB DES JURISTES, *Mieux réparer le dommage environnemental*, Commission environnement, Yann Aguila (dir.), Janvier 2012.

CONSEIL D'ETAT,

- « Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives », RFDA, 1990, p. 481.
- *De la sécurité juridique – Rapport public 1991*, EDCE, n° 43, La documentation française, 1992.
- *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, La documentation française, 1992.
- *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, 1994.
- « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », RFDA, 2000, p. 941.
- *La norme internationale en droit français*, La documentation française, Paris, 2000.
- *Les autorités administratives indépendantes - Rapport public 2001*, La documentation française, 2001.
- *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, La documentation française, 2004.
- *Responsabilité et socialisation du risque – Rapport public 2005*, La documentation française, 2005.
- *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, Paris, 2006.
- *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, La documentation française, 2008.
- *L'eau et son droit*, Rapport public 2010, vol. 2, La documentation française, 2010, Paris.
- *Consulter autrement, Participer effectivement*, La documentation française, Paris, 2011.

CONFERENCE DES PRESIDENTS, *Le contrôle de la mise en application des lois*, 62^{ème} rapport, Sénat, 15 décembre 2010.

COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2010*, La documentation française, 2010.

COUR DES COMPTES, « La fraude à la TVA sur les quotas de carbone » in *Rapport public annuel 2012*, février 2012, p. 147.

Bernard DROBENKO et Michel PRIEUR (dir.), *Etat de droit et urbanisme, rapport de site Haute-Vienne*, GRIDAUH, 2002, disponible sur www.gridauh.fr.

Jacqueline FLAUSS-DIEM et José LEFEBVRE (sous la dir.), *Polices et justices de l'environnement : le cas de la picardie*, CEPRISCA, *Mission de recherche Droit et Justice*, Octobre 2008.

Patrice GELARD, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, tome 1, 2006, p. 26.

Alain GEST et Philippe TOURTELIER, *Principe de précaution : un acquis à améliorer*, Rapport d'information n° 2719, 8 juillet 2010.

MINISTERE DE L'INTERIEUR, DE L'OUTRE-MER ET DES COLLECTIVITES TERRITORIALES, *Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux, Vingtième rapport, Années 2004-2005-2006, La documentation française*, Paris, 2008.

Anne d'HAUTEVILLE (dir.), *Comparaison des fonds d'indemnisation*, Mission de recherche Droit et Justice, Février 2009.

INSPECTION DES INSTALLATIONS CLASSEES,

- « Bilan d'activité 2009 », Ministère en charge de l'écologie, 2009.
- « Bilan détaillé des actions nationales 2010 », Ministère en charge de l'écologie, 2010.

INSPECTIONS GENERALES DES MINISTERES DE L'INTERIEUR, LA JUSTICE, L'EQUIPEMENT, L'ECOLOGIE ET DE L'AGRICULTURE, *Renforcement et structuration des polices de l'environnement*, février 2005.

Fabienne KELLER

- *Les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement*, Rapport d'information n° 342, Sénat, 10 mai 2006
- *Changer de méthode ou payer : un an après, la France face au droit communautaire de l'environnement*, Rapport d'information n° 332, Sénat, 13 juin 2007
- *Rapport d'information sur le suivi des procédures d'infraction au droit communautaire dans le domaine de l'environnement*, Rapport d'information n° 402, Sénat, 18 juin 2008

Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, *La documentation française*, 2000.

Martti KOSKENNIEMI (sous la dir.), Groupe d'étude de la Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Commission du droit international, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682.

Sandrine MALJEAN-DUBOIS, *La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, *Les notes de l'Iddri*, n° 4, Paris, 2003.

Sandrine MALJEAN-DUBOIS (sous la dir.), *Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques : place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles*, Rapport final de recherche, Mission de recherche Droit et Justice, Paris, 2008.

MINISTERE DE L'ECONOMIE, « La légistique – Ou l'art de rédiger le droit », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, *La documentation française*, juin 2008.

MISSION D'AUDIT DE MODERNISATION, *Rapport sur le contrôle des installations classées soumises à déclaration, La documentation française*, avril 2006.

Bertrand PANCHER, *La concertation au service de la démocratie environnementale – Pour une définition d'un cadre général de la gouvernance environnementale*, Rapport au Président de la République Française, Octobre 2011.

Bertrand PANCHER et Philippe TOURTELIER, *Loi Grenelle II : du droit pour l'action (mise en application de la loi n° 2010-788 portant engagement national pour l'environnement)*, Rapport d'information n° 4340, Commission du développement durable, Assemblée nationale, 9 février 2012.

Michel PRIEUR (dir.),

- *Etude relative à la mise en place d'une procédure administrative de consultation et de participation préalable à l'élaboration des textes réglementaires en matière d'environnement*, CRIDEAU, Recherche réalisée pour le Ministère de l'environnement, 1994.
- *Etat de l'art des questions soulevées par la participation du public aux travaux des instances internationales*, CIDCE, recherche pour le compte du Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable, 2006.

Gerhard ROLLER, « Application de la législation - un aperçu : le rôle des institutions de l'UE », *De nouvelles chances d'amélioration de la mise à exécution de la législation environnementale de l'Union européenne*, Séminaire du Bureau Européen de l'Environnement, Bruxelles, 20 septembre 2002.

SERVICE CENTRAL DE PREVENTION DE LA CORRUPTION, *Urbanisme et risques de dérives*, in Rapport 2006 du Service central de prévention de la corruption.

Jacob SÖDERMAN, *Le Médiateur européen, Rapport 1997*, p. 23, disponible sur www.ombudsman.europa.eu.

Stephen STEC, Susan CASEY-LEFKOWITZ et Jerzy JENDROSKA, *La Convention d'Aarhus : guide d'application*, ECE/CEP/72, Nations Unies, 2000.

5. DISCOURS ET BREVES

Jean GICQUEL, « Point de vue », *Territoires*, mars 2011, p. 18.

LeRoy PADDOCK Professeur de droit à la *George Washington University Law School*, « Notice and comment in the United States », intervention orale lors du séminaire « Participation du public aux décisions réglementaires » organisé dans le cadre du programme de recherche « Concertation, décision, environnement » le lundi 3 octobre 2011, Université de Limoges.

Jean-Marc SAUVE

- *La démocratie environnementale aujourd'hui*, intervention du 17 novembre 2010.
- *Y a-t-il des caribous au Palais-Royal ? (Suite)*, intervention du 14 mai 2012.

INDEX THEMATIQUE
(les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

Accès à la justice : 728 et s. ; 812 et s.

- action de groupe : 795 et s.
- contentieux de masse : 784 et s.
- coût : 800 et s.
- des associations : 731 et s. ; 739 et s.
- en matière d'urbanisme : 787 et s.
- v. Droit au juge
- v. Recours

Autorité administrative indépendante : 305

- autorité publique indépendante : 418

-C-

Circulaires : 621

Charte de l'environnement : 155 et s. ; 839 et s.

Codification : 516

Cohérence (de l'ordre juridique) : 82 ; et s. ; 138 et s. ; 198 et s. ; 202 et s.

Conception (de la norme) : 453 ; 596 et s. ; 720 et 721

Conditions juridiques (de l'effectivité) : 27 et s. ; 77 et s. ; 447 et s. ; 450 et s. ; 931

Confiance : 662 et s. ; 719

- rupture : 691 et s.

Conflit d'intérêts : 301

Conseil constitutionnel

- impartialité : 757 et s.
- nomination : 754 et s.

Conseil d'Etat

- dualisme fonctionnel : 771 et s.
- impartialité : 766 et s.
- recrutement et carrières : 767 et s.

Contrat : 638

Contravention de grande voirie : 231 et s.

Contrôle de légalité : 160 et s.

Conventionnalité (contrôle de) : 114 et s. ; 118 et s.

-D-

Décisions implicites : 711 et s.

Déclaration d'utilité publique : 777 à 783

Délibération (théories de la) : 529 et s.

Démolition :

- ouvrage privé : 917 et s.
- ouvrage public : 922 et s.

Dérogação : 695 et s.

- en matière d'urbanisme : 700

Droit au juge : 743 et s.

Droit de l'urbanisme : 48 et s.

- planification : 182 et s. ; 353 et s.
- principes : 500 et s.
- sources constitutionnelles : 145 et s.
- sources législatives : 177 et s.
- sources réglementaires : 179 et s.

Droit pénal administratif : 237 et s. ; 270 et s. ; 315 et s.

-E-

Effectivité

- étymologie : 2
- notion : 15 et s.
- définition : 21 et s.
- degré : 15
- en droit international : 26 ; 39

Effet cliquet : 843 et s.

Effet direct (des conventions internationales) : 133 et s.

Efficacité (notion d') : 18

Etude d'impact :

- des actes réglementaires : 585
- environnemental : 375 ; 584
- législative : 578 et s.

Evaluation (de la norme)

- *a posteriori* : 590 et s.
- *a priori* : 578 et s.

Exception d'illégalité : 168 et s.

Exécution des décisions de justice : 906 et s.

-F-

Fiscalité : 656

-H-

Hiérarchie (des normes) : 82 et s. ; 142 et s. ; 198 et s.

- en droit de l'urbanisme : 142 et s. ; 198 et s.

-I-

Impartialité : 296 et s. ; 757 et s. ; 766 et s.

Incitation : 653 et s.

Indépendance des législations (principe d') : 630 et s.

Inertie (administrative) : 710 et s.

Information (du public) : 667 et s.

- en matière d'environnement : 672

Injonction : 892 et s. ; 913 et s.

- astreinte : 914
- permis de construire : 902 et s.

Instruments : 623 à 666

Intensité du contrôle du juge : 172 et s.

Interprétation : 819 et s. ; 858 ; 925

- liberté de l'interprète : 821 et s.
- lien avec l'effectivité : 836 et s.
- théorie normativiste : 831
- théorie réaliste : 829

Invalidation : 328 et s. ; 376 ; 441

Invocabilité :

- du droit de l'Union européenne : 127 et s.
- des traités : 129 et s.

-L-

Légistique : 477

Légitimité (de la norme) : 525 et s. ; 598

Littoral (loi) :

- bande littorale : 857
- espace proche du rivage : 855 et s.
- interprétation : 848 et s.
- urbanisation en continuité : 850 et s.

-M-

Manquement (recours en) : 102 et s. ; 336 et s.

Marché : 653 et s.

- quotas de CO2 : 658 et s.

Mise en oeuvre (de la norme) : 600 et s. ; 717

Modulation (des effets de l'annulation) : 348 et s.

Motivation (des décisions administratives) : 687 et s.

-N-

Natura 2000 : 643

Normativisme : 58 et s. ; 831 et s.

Normativité : 484

- clarté et précision : 491

Norme juridique :

- accessibilité et intelligibilité : 513 et s.
- d'application : 605 et s. ; 718 et s.
- complexité : 461 et s. ; 469 et s.
- connaissance : 511 et s.
- définition : 12
- inflation : 458 et s.
- permissive : 494 et s.
- qualités : 456 et s. ; 597 et s.

Obligations procédurales : 361 et s.

- formalités substantielles : 371 et s.
- v. validations préétablies

-Q-

Question prioritaire de constitutionnalité : 155 et s.

- (non) renvoi : 759 et s.

-P-

Participation du public

- aux actes législatifs : 547 et s.
- aux actes réglementaires : 549 et s.

- droit à : 540 et s.

- en droit américain : 565 et s.

- en matière d'environnement et d'urbanisme : 679

- interprétation : 839 et s.

- légitimité : 529 et s.

- prise en considération : 552 et s. ; 683 et s.

Police administrative : 228 et s. ; 620 ; 627 et s.

Précaution :

- exigence : 432

Primauté :

- du droit international : 92

- du droit de l'Union européenne : 93 et s.

- de la Constitution : 108 et s.

Procédure législative

- délibération : 471

Procès équitable (droit au) : 250 et s. ; 743 et s.

Puissance publique : 10

-R-

Rapports normatifs : 184 et s.

- compatibilité : 190 et s.

- compatibilité limitée : 193 et s.

- conformité : 189

- prise en compte : 195 et s.

Réalisme : 63 et s. ; 831

Réception (de la norme) : 722 et s. ; 815 et s. ; 929 et s.

- par ses destinataires : v. Accès à la justice

- par le juge : 815 et s. ; v. Interprétation

Recours :

- en annulation devant la CJUE : 750 et s.
- pleine juridiction : 890 et s.
 - o en matière d'installations classées : 890 ; 898
- pour excès de pouvoir :
 - o pouvoirs du juge : 887 et s.
 - o recevabilité : 738 et s.

Référés : 862 et s.

- en matière d'environnement : 869 et s.
- en matière d'urbanisme : 867 et s.

Régularisation : 704 et s.

- en matière d'installations classées : 707
- en matière d'autorisations d'urbanisme : 708
-

Répression : 219 et s.**Responsabilité :** 382 et s. ; 439

- carence du pouvoir législatif : 401.
- carence du pouvoir réglementaire : 402 et s.
- causalité : 407 et s.
- du fait de la violation des normes constitutionnelles : 392 et s.
- du fait de la violation du droit de l'Union européenne : 388 ; 389 et s.
- faute lourde : 421 et s.
- illégalité fautive : 396 et s.
- pour fait illicite : 387
- préjudice écologique : 409 et s.
- préjudice moral : 437

-S-**Sanction :** 208 et s. ; 322 et s. ; 324 et s. ; 440 et s. ; 444 et s.

- administrative : 222 et s. ; 264 et s.
- dissuasion : 274 et s.
- garanties : 242 et s.
- en matière d'ICPE : 277 et s.
- notion : 209
- positives : v. Incitation
- v. Droit pénal administratif
- v. Invalidation
- v. Répression
- v. Responsabilité

Sécurité juridique : 504 et s.**Socialisation des risques :** 428**-T-****Tolérances administratives :** 294 ; 714 et s.**Transparence :**

- v. Information du public

-V-**Validations préétablies :** 368**Validité juridique :** 58 et s.

- v. Invalidation

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
1. LA PLACE DU DROIT DANS LA DIRECTION DES CONDUITES HUMAINES EN QUESTION	8
1.1 Une fonction intrinsèque de direction.....	8
1.2 Une fonction au service de la puissance publique et de la démocratie.....	9
2. PRECISIONS SUR LA TERMINOLOGIE UTILISEE.....	12
2.1 La norme juridique envisagée comme la signification d'un acte de volonté.....	12
2.2 La notion d'effectivité : définition et qualification juridique.....	14
3. UN OBJET, LES CONDITIONS JURIDIQUES DE L'EFFECTIVITE DE LA NORME	28
3.1 Les conditions juridiques de l'effectivité.....	28
3.2 La possibilité d'une appréhension de cet objet au moyen d'une analyse de type juridique.....	31
4. UN DOMAINE, LE DROIT PUBLIC INTERNE	34
4.1 Le droit « public ».....	35
4.2 Le droit « interne ».....	37
5. UNE METHODOLOGIE EPROUVEE	41
5.1 Une utilisation encadrée des illustrations.....	42
5.2 La justification du choix des illustrations.....	44
6. UNE POSTURE THEORIQUE INSPIREE DU NORMATIVISME.....	51
6.1 Présentation des positions normativistes et réalistes relativement à l'effectivité de la norme.....	52
6.2 Le choix du positivisme normativiste.....	59
7. UNE PROBLEMATIQUE DE RECHERCHE	63
PARTIE I : LES CONDITIONS CLASSIQUES DE L'EFFECTIVITE....	67
<i>TITRE I : LA COHERENCE DE L'ORDRE JURIDIQUE.....</i>	<i>69</i>
CHAPITRE I : LA RECEPTION DES NORMES D'ORIGINE EXTERNE.....	73
Section I : Une réception imposée.....	75
§1 – L'affirmation de l'obligation de réception par les ordres juridiques externes.....	75
I. L'affirmation en droit international.....	75
II. L'affirmation en droit de l'Union européenne.....	76
A. La primauté des directives.....	77
B. La primauté des règlements et des décisions de l'Union européenne.....	78
§2 – Le contrôle de la primauté dans l'ordre juridique de l'Union européenne.....	79
I. Le contrôle non juridictionnel de la primauté du droit de l'Union.....	80
A. La technique des rapports étatiques.....	80
B. Un dispositif appuyé sur la contribution de la société civile.....	81
1) <i>Le droit de pétition devant le Parlement européen.....</i>	<i>81</i>
2) <i>La procédure de plainte devant la Commission européenne.....</i>	<i>82</i>
II. Le contrôle juridictionnel de la primauté : le recours en manquement.....	84

A.	L'interprétation restrictive de la Cour sur les faits justificatifs	84
B.	Les effets de la constatation du manquement	86
Section II	: Une réception difficile	89
§1	– L'ignorance partielle entre les ordres juridiques : source d'incohérence	89
I.	La confirmation de l'ignorance partielle des ordres juridiques à travers l'affirmation de la suprématie de la Constitution	90
II.	Les conséquences pratiques de l'article 54 de la Constitution	91
§2	– La complexité du contrôle du respect des normes d'origine externe.....	93
I.	L'assouplissement timide du refus du juge constitutionnel de contrôler le respect des normes d'origine externe	94
A.	Le maintien controversé de la jurisprudence <i>IVG</i>	94
B.	L'eupérisation mesurée du contrôle de constitutionnalité	97
II.	La sophistication du contrôle de conventionnalité exercé par le juge ordinaire	98
A.	L'indispensable émergence du contrôle de conventionnalité.....	99
1)	<i>Le spectaculaire développement du contrôle de conventionnalité</i>	99
2)	<i>L'exigence du Conseil d'Etat quant au contrôle du droit de l'Union européenne</i>	100
B.	L'adaptation du contrôle de conventionnalité au « pluralisme juridique »	102
1)	<i>Les conséquences de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives</i>	103
2)	<i>Les difficultés du « pluralisme juridique »</i>	104
3)	<i>Vers une rationalisation du contrôle de conventionnalité ?</i>	105
§3	– L'indispensable invocabilité des normes d'origine externe.....	108
I.	L'invocabilité, condition du contrôle du respect des normes d'origine externe	109
A.	La large invocabilité du droit de l'Union européenne.....	109
B.	L'absence de contrôle du respect des conventions internationales non invocables.....	111
C.	Pour une invocabilité plus large des traités internationaux	112
II.	La subjectivité de l'appréciation de l'effet direct des conventions internationales ...	114
A.	Les critères de l'effet direct des conventions internationales.....	114
B.	L'utilisation subjective des critères de l'effet direct	116
CONCLUSION	119
CHAPITRE II	: L'ARTICULATION DES NORMES INTERNES	121
Section I	: Une hiérarchie fragilisée.....	122
§1	– La faible densité de l'enracinement constitutionnel du droit de l'urbanisme	123
I.	L'origine jurisprudentielle des sources constitutionnelles du droit de l'urbanisme	123
A.	Les sources jurisprudentielles du droit de l'urbanisme avant l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité	124
B.	Le développement du droit constitutionnel de l'urbanisme dans le cadre du contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	125
1)	<i>Des normes de référence limitées aux « droits et libertés »</i>	126
2)	<i>Le développement timide de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'urbanisme</i>	127
II.	L'influence possible de la Charte de l'environnement sur le droit de l'urbanisme ...	129
A.	L'invocabilité de la Charte de l'environnement dans le cadre de la QPC	130
B.	Un lien étroit entre les dispositions de la Charte de l'environnement et le droit de l'urbanisme	132
§2	– Les faiblesses du contrôle de légalité.....	133
I.	Un contrôle administratif défaillant.....	134
A.	Un dispositif satisfaisant sur le plan juridique	134
B.	Un contrôle insuffisant dans la pratique	136

1) Les statistiques du contrôle.....	136
2) L'ambiguïté du rôle du préfet.....	137
3) Pour une refondation du contrôle de légalité.....	139
II. Des règles contentieuses dérogatoires : le cas de l'exception d'illégalité.....	140
III. La variation de l'intensité du contrôle du juge administratif.....	143
Section II : Une hiérarchie déstabilisée.....	147
§1 – La multiplication des besoins de coordination inter-normatifs.....	147
I. La multiplicité des niveaux normatifs.....	147
A. Les normes d'origine étatique.....	148
1) La profusion des normes législatives.....	148
2) La profusion des normes réglementaires.....	150
B. Les instruments de planification décentralisée.....	151
II. L'irréversible développement des rapports normatifs horizontaux.....	152
A. Le champ d'application de la « compatibilité » des documents d'urbanisme avec les normes environnementales.....	153
B. Le champ d'application de la « prise en compte » de normes environnementales par les documents d'urbanisme.....	154
C. Les rapports normatifs originaux.....	154
§2 – L'assouplissement des rapports normatifs.....	155
I. De la conformité à la compatibilité.....	155
II. Les rapports normatifs susceptibles d'admettre une contradiction entre normes.....	158
A. La notion de « compatibilité limitée ».....	158
B. Le rapport de « prise en compte ».....	159
CONCLUSION.....	163
CONCLUSION DU TITRE I.....	165
TITRE II : LA SANCTION DE LA NORME.....	167
CHAPITRE I : LA SANCTION PAR LA PUISSANCE PUBLIQUE.....	171
Section I : L'éclatement du système répressif.....	173
§1 – La diversité des modes de répression du non-respect des normes de droit public.....	173
I. Le clair-obscur des sanctions administratives.....	174
A. Un développement sans définition juridique.....	174
B. Le difficile bornage de la notion de sanction administrative.....	176
1) Les sanctions contractuelles.....	176
2) La frontière floue entre police et sanction administratives.....	177
II. Les moyens complémentaires de répression.....	179
A. La protection du domaine public.....	179
1) L'intérêt répressif du régime juridique des contraventions de grande voirie.....	180
2) Les limites de la répression des atteintes au domaine public.....	182
B. Le recours au « droit pénal administratif ».....	184
§2 – Le rapprochement des modes de répression des normes de droit public.....	187
I. L'uniformisation des garanties procédurales.....	187
A. Les garanties tirées de l'interprétation des dispositions nationales par les juges constitutionnel et administratif.....	187
B. L'application du droit au procès équitable au droit des sanctions administratives.....	190
1) Les conditions de l'applicabilité de l'article 6 aux sanctions administratives.....	191
2) La modulation des exigences applicables aux autorités administratives.....	192
II. La concurrence des répressions administrative et pénale.....	197

A.	La perte d'efficacité pratique des sanctions administratives.....	197
1)	<i>Les facteurs d'affaiblissement des atouts traditionnels des sanctions administratives</i>	197
2)	<i>Les irréductibles avantages des sanctions administratives</i>	198
B.	Les avantages de la répression pénale	199
Section II : Les conditions du caractère dissuasif de la sanction		203
§1 –	La qualité du dispositif de détection des violations de la norme	205
I.	Les moyens du dispositif de détection.....	205
A.	Les moyens juridiques.....	205
B.	Les moyens humains et stratégiques	206
II.	L'ouverture aux tiers du déclenchement du contrôle et de la sanction	209
A.	L'accès indirect des tiers au déclenchement de la procédure.....	209
B.	La place réduite de la victime dans la procédure de répression administrative	211
§2 –	L'intervention effective de la sanction	212
I.	Le degré de discrétion laissé à l'autorité répressive	212
A.	La systématicité théorique de la mise en demeure	213
B.	Le caractère aléatoire de la sanction administrative	214
1)	<i>Le régime juridique des sanctions administratives</i>	215
2)	<i>La pratique des sanctions administratives</i>	216
II.	L'impartialité de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction	217
A.	Les situations de conflit d'intérêts dans le domaine des installations classées	218
1)	<i>Un contexte de complaisance</i>	218
2)	<i>Caractérisation des conflits d'intérêts</i>	220
B.	L'impartialité de l'administration : un principe juridique en construction	221
C.	L'indépendance au service de l'impartialité.....	222
1)	<i>Les autorités administratives indépendantes, un instrument au service de l'impartialité</i>	223
2)	<i>Pour la création d'une nouvelle AAI dans le domaine de l'environnement</i>	225
§3 –	La proportionnalité de la sanction.....	226
I.	L'insuffisance de la gradation des sanctions	227
A.	Les sanctions de l'article L. 514-1 du code de l'environnement.....	227
B.	Les conséquences pratiques de la faible gradation des sanctions.....	228
II.	Les voies possibles de la gradation des sanctions	229
A.	La faiblesse de la répression pénale	229
B.	Vers de nouveaux types de sanctions	230
1)	<i>Etoffer les sanctions administratives</i>	230
2)	<i>Veiller à l'exécution des sanctions administratives</i>	231
CONCLUSION		233
CHAPITRE II : LA SANCTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE		235
Section I : L'invalidation de la norme, une sanction relative.....		237
§1 –	Une invalidation aux conséquences variables.....	237
I.	L'affermissement de conséquences traditionnellement modérées aux niveaux international et européens	237
A.	Des conséquences traditionnellement modérées	238
1)	<i>Au niveau international</i>	238
2)	<i>Aux niveaux européens</i>	239
B.	Un affermissement des conséquences de l'invalidation	240
1)	<i>Au niveau international</i>	240
2)	<i>Aux niveaux européens</i>	242
II.	La modération de conséquences traditionnellement fortes : l'invalidation au niveau interne.....	244

A.	Les conséquences de l'invalidation prononcée par le juge constitutionnel.....	245
B.	Les conséquences de l'invalidation prononcée par le juge administratif	247
1)	<i>Les effets de l'annulation</i>	247
2)	<i>Les inconvénients de la limitation des effets de l'annulation : illustrations en matière d'urbanisme et d'environnement</i>	250
3)	<i>Pour une revalorisation de la fonction de sanction de l'annulation</i>	253
§2 –	Une invalidation sans conséquences : illustration à partir des normes procédurales en matière d'environnement	254
I.	Le découplage entre l'invalidation et la sanction au niveau international : l'affaire des usines de pâte à papier	255
A.	Le lien entre les obligations procédurales et substantielles.....	255
B.	La minimisation de la portée des obligations procédurales.....	257
II.	Le découplage entre l'invalidation et la sanction dans l'ordre juridique interne	257
A.	Le recours du législateur aux « validations préétablies ».....	259
B.	La théorie jurisprudentielle des formalités substantielles.....	260
1)	<i>Les manifestations concrètes de la théorie en matière d'étude d'impact environnemental et d'enquête publique</i>	263
2)	<i>Les inconvénients de la théorie des formalités substantielles</i>	265
	Section II : L'engagement de la responsabilité, une sanction aléatoire	269
§1 –	Un instrument de sanction de la puissance publique	270
I.	La sanction de la violation de la norme	271
A.	La violation des normes internationales et européennes	271
1)	<i>La responsabilité devant les juges international et européen</i>	271
2)	<i>La responsabilité de l'Etat pour violation du droit international devant le juge national</i>	273
B.	La violation des normes internes	275
1)	<i>L'absence de responsabilité du fait de la violation des normes constitutionnelles</i>	276
2)	<i>L'admission large – mais incomplète – de la responsabilité du fait de la violation des normes infra-constitutionnelles</i>	277
3)	<i>L'illégalité fautive en matière d'environnement et d'urbanisme</i>	279
II.	La sanction de l'absence d'application de la norme	280
A.	L'absence de mécanisme de carence fautive du pouvoir législatif	281
B.	La carence fautive dans l'exercice du pouvoir réglementaire	282
C.	La carence fautive dans l'exercice des pouvoirs de police administrative : illustrations en matière d'environnement et d'urbanisme	283
1)	<i>Le défaut d'édition de mesures de police réglementant une activité</i>	284
2)	<i>Le défaut de contrôles et de sanctions</i>	284
§2 –	Le caractère aléatoire de la fonction de sanction de la responsabilité publique	286
I.	Les limites relatives aux conditions d'engagement de la responsabilité : illustration en droit de l'environnement	287
A.	La modulation de la responsabilité par l'appréciation de la causalité.....	288
1)	<i>La préférence du juge administratif pour une théorie restrictive de la causalité</i>	288
2)	<i>L'inadaptation des théories de la causalité juridique aux causalités environnementales</i>	289
B.	Le dommage sans le préjudice : l'exemple de la négation du « préjudice » écologique pur	291
1)	<i>Les raisons de l'inadaptation des conditions classiques de la responsabilité à la reconnaissance du préjudice écologique pur</i>	291
2)	<i>Vers la réparation du préjudice écologique pur</i>	293
II.	Les limites intrinsèques de la responsabilité publique	302
A.	La faute lourde, instrument de modulation de la responsabilité.....	302

1) <i>Fonction et justification de la faute lourde</i>	302
2) <i>La persistance difficilement justifiable de la faute lourde en matière d'activités de contrôle : l'exemple du contrôle de légalité préfectoral</i>	304
B. <i>La socialisation des risques : une menace sur la fonction de sanction de la responsabilité</i>	307
1) <i>Le recul de la responsabilité pour faute</i>	307
2) <i>La substitution de la solidarité à la sanction : le développement des fonds d'indemnisation</i>	308
3) <i>L'exigence de précaution, une nouvelle source d'engagement de la responsabilité</i> 311	
III. <i>Vers un renforcement du rôle de sanction de la responsabilité ?</i>	313
A. <i>L'inopérationalité, en droit public, d'une responsabilité « préventive »</i>	314
1) <i>La proposition d'une responsabilité préventive en droit privé</i>	314
2) <i>L'inadaptation de cette proposition en droit public</i>	314
B. <i>Vers l'épanouissement de la fonction de sanction de la responsabilité pour faute simple à travers une évaluation renouvelée du préjudice</i>	315
1) <i>Le rejet des dommages et intérêts punitifs</i>	316
2) <i>Pour une appréhension du préjudice moral tenant compte de la faute commise par la puissance publique</i>	316
CONCLUSION	319
CONCLUSION DU TITRE II	321
CONCLUSION DE LA PARTIE I	323

PARTIE II : LES CONDITIONS AMPLIATIVES DE L'EFFECTIVITE **325**

TITRE I : LA CONCEPTION DE LA NORME..... **327**

CHAPITRE I : L'ELABORATION DE LA NORME **329** |

Section I : Les qualités de la norme **331** |

§1 – « Penser » la norme : la qualité organique	332
I. <i>La primauté de la quantité sur la qualité</i>	332
A. <i>Les causes de l'inflation normative</i>	333
1) <i>L'abandon de la distinction entre les domaines de la loi et du règlement</i>	333
2) <i>L'instrumentalisation des normes juridiques</i>	335
3) <i>Une cause profonde : la complexification de la société</i>	336
B. <i>Les conséquences de l'inflation normative sur la qualité de la norme</i>	337
1) <i>Les conséquences de l'inflation normative</i>	337
2) <i>L'illusion de la simplification</i>	339
II. <i>Une procédure peu délibérative</i>	342
A. <i>Une procédure législative faiblement délibérative</i>	342
B. <i>Des procédures non délibératives</i>	345
1) <i>L'abus de la procédure accélérée</i>	345
2) <i>L'abus des ordonnances</i>	346
III. <i>Une méthode pour « penser » la norme</i>	348
A. <i>L'apport méthodologique de la légistique matérielle</i>	348
B. <i>Renforcer la fonction de conseil du Conseil d'Etat</i>	349
§2 – <i>L'influence du contenu de la norme sur ses effets : la qualité matérielle</i>	351
I. <i>L'ambivalence de la « force contraignante » de la norme</i>	351

A.	Une recherche aveuglée de normativité	352
1)	<i>L'impératif de normativité défendu par le juge constitutionnel</i>	352
2)	<i>La cécité face à la pluralité des fonctions de la norme : illustrations en droit de l'environnement</i>	353
B.	Les énoncés normatifs : les effets contradictoires des exigences de clarté et précision de la norme.....	356
1)	<i>Les inconvénients des exigences de clarté et de précision</i>	356
2)	<i>L'ambivalence de l'exigence de précision de la norme révélée en droit de l'urbanisme</i>	357
C.	Le contenu déontique de la norme.....	358
1)	<i>La variété du contenu déontique des normes</i>	359
2)	<i>Le clair-obscur des rapports entre les normes permissives et la force contraignante : illustration en droit de l'urbanisme</i>	359
II.	L'adéquation entre la norme et le but recherché	361
A.	Le handicap des normes aux finalités inconciliables : l'exemple du droit de l'urbanisme	362
B.	La difficile effectivité des normes aux objectifs ambitieux : l'exemple en droit de l'environnement.....	363
§3 –	L'ambivalence des exigences découlant de la qualité formelle de la norme	364
I.	Les implications divergentes du principe de sécurité juridique	365
A.	La prévisibilité et la stabilité de la norme, conditions de son effectivité	365
B.	La reconnaissance du principe de sécurité juridique	367
C.	Un principe intrinsèquement peu opérationnel.....	368
1)	<i>Des applications divergentes</i>	368
2)	<i>Une difficile conciliation avec le principe de légalité</i>	369
II.	La connaissance imparfaite de la norme par ses destinataires	371
A.	Le mythe de la connaissance de la norme	371
1)	<i>Nul n'est censé ignorer la loi : une fiction nécessaire</i>	371
2)	<i>L'accessibilité et l'intelligibilité de la norme</i>	372
B.	Des remèdes encore insuffisants.....	374
1)	<i>La codification</i>	374
2)	<i>Renforcer le rôle de médiateur des acteurs du droit</i>	377
Section II :	La légitimité de la norme	379
§1 –	Par un élargissement de l'assise démocratique de la norme	380
I.	La participation, nouveau facteur de légitimité démocratique de la norme	381
A.	La légitimité par la participation : les enseignements de la théorie politique normative.....	382
1)	<i>La légitimité par la procédure : la délibération chez Habermas</i>	383
2)	<i>La légitimité par la confrontation des arguments : la délibération chez Bernard Manin</i>	384
3)	<i>Les raisons pragmatiques du recours à la participation du public</i>	386
B.	L'appropriation de l'impératif participatif par le droit positif.....	388
1)	<i>Aux niveaux international et européens</i>	388
2)	<i>Au niveau constitutionnel</i>	390
II.	La difficile participation du public aux actes législatifs et réglementaires	391
A.	L'extension progressive du champ d'application de la participation du public aux actes législatifs et réglementaires	392
1)	<i>La participation du public aux actes législatifs</i>	393
2)	<i>La participation du public aux actes réglementaires</i>	395
B.	L'insuffisance des garanties de « prise en considération » des résultats de la participation	397
1)	<i>L'émergence de l'exigence de « prise en considération » en droit international et européen</i>	399

2) L'absence de garanties entourant la prise en considération de la participation en matière d'actes législatifs.....	400
3) La faiblesse des garanties entourant la prise en considération de la participation en matière d'actes réglementaires	401
C. La participation du public aux actes réglementaires en droit américain	402
1) Les procédures permettant la participation à l'élaboration d'un projet de texte : Rulemaking Petitions et Negotiated Rulemaking	403
2) Les procédures permettant la participation à la discussion d'un projet de texte préétabli : Formal Rulemaking et Notice and Comment	405
§2 – Par l'évaluation des résultats de la norme.....	407
I. La mise en évidence des résultats escomptés de la norme : l'évaluation <i>a priori</i>	409
A. L'étude d'impact législative : un outil d'évaluation en général limité.....	409
1) L'apparition tardive d'une procédure d'étude d'impact législative.....	410
2) Les limites de l'étude d'impact législative française	412
B. L'évaluation <i>a priori</i> des actes réglementaires.....	415
1) La faiblesse de l'évaluation <i>a priori</i> des actes réglementaires en France	416
2) L'étude d'impact des actes réglementaires aux Etats-Unis	417
II. La mise en évidence des résultats constatés de la norme : l'évaluation <i>a posteriori</i>	418
A. Un dispositif éclaté.....	418
B. Les limites de l'évaluation <i>a posteriori</i>	421
CONCLUSION	423
CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA NORME.....	425
Section I : Les mesures d'application de la norme.....	427
§1 – L'adoption des normes d'application.....	427
I. L'absence d'obligation explicite de mettre en œuvre la Constitution	427
A. Une obligation implicite.....	428
1) Une obligation diffuse.....	428
2) L'absence de substitut satisfaisant.....	431
B. L'absence de recours permettant la sanction de l'obligation	432
1) L'absence de sanction de l'omission législative en France.....	432
2) L'inconstitutionnalité par omission en droit comparé.....	433
II. L'obligation de mettre en œuvre les lois et règlements	434
A. L'obligation de mettre en œuvre la loi	435
1) L'obligation d'adopter les actes réglementaires d'application.....	436
2) L'obligation d'abroger les actes réglementaires illégaux	438
B. L'obligation d'adopter des mesures de police.....	439
C. L'émission des circulaires	440
§2 – Le choix des instruments de la mise en œuvre de la norme : illustration en droit de l'environnement.....	442
I. Imposer : les instruments revêtant l'apparence de l'unilatéralité	443
A. Des avantages conséquents	444
B. Le problème de la coordination des polices	445
1) La concurrence des polices.....	445
2) Le principe de l'indépendance des législations : « un principe à remettre en cause » ?.....	447
C. Les critiques et les évolutions de l'unilatéralité	450
II. Recueillir l'adhésion : les instruments en apparence négociés	451
A. Une négociation apparente	453
1) Un champ d'intervention en principe limité	454
2) Les contrats d'adhésion : l'exemple des contrats Natura 2000.....	455
B. Une efficacité aléatoire.....	456

1) <i>Des instruments de coordination de l'action publique</i>	457
2) <i>Les inconvénients de la contractualisation avec des personnes privées</i>	458
III. Inciter : les instruments inspirés du fonctionnement du marché.....	460
A. L'action sur les prix : la fiscalité et les aides publiques.....	462
B. L'échange de droits : l'exemple des quotas d'émission de CO2.....	463
Section II : Les conditions de la confiance des destinataires de la norme.....	467
§1 – La confiance par la démocratisation de la fonction exécutive de l'administration.....	469
I. Une démocratisation passive : la transparence et l'information.....	470
A. Le développement de l'accès à l'information administrative	470
B. Les conditions et les limites de l'exercice du « droit » à l'information en matière d'environnement.....	472
1) <i>L'environnement, aiguillon du droit à l'information</i>	473
2) <i>Les insuffisances de l'information</i>	474
II. Une démocratisation active : la participation et la motivation.....	475
A. La participation des destinataires de la norme à l'élaboration des décisions administratives.....	476
1) <i>Le large développement des procédures de participation en matière d'environnement et d'urbanisme</i>	476
2) <i>La faible prise en considération des résultats de la participation du public</i>	478
B. La justification, par l'administration, de ses propres décisions : la motivation	482
§2 – Les facteurs d'une rupture de confiance	485
I. Les facteurs de droit	486
A. Les dérogations.....	486
1) <i>La dérogation : vectrice de souplesse dans l'ordre juridique</i>	487
2) <i>L'urbanisme dérogatoire</i>	489
B. Les procédures de régularisation	492
1) <i>Les paradoxes de la régularisation</i>	493
2) <i>Les régularisations en matière d'installations classées et d'autorisations d'occupation du sol</i>	494
II. Les facteurs de fait	498
A. L'inertie administrative	498
1) <i>Les raisons de l'inertie</i>	499
2) <i>Un remède pernicieux : les décisions implicites d'acceptation</i>	499
B. Les tolérances administratives.....	501
CONCLUSION	505
CONCLUSION DU TITRE I	507
TITRE II : LA RECEPTION DE LA NORME	509
CHAPITRE I : LA RECEPTION DE LA NORME PAR SES DESTINATAIRES	511
Section I : La fonction de l'accès à la justice	513
§1 – La mobilisation du droit contre le fait : illustration à partir de l'exemple des actions d'intérêt collectif dans le domaine de l'environnement.....	513
I. La fonction normative de l'action associative.....	514
A. La mobilisation des normes par les associations.....	514
B. Une fonction de représentation en justice des objets juridiques non personnifiés.....	518
II. Une action largement accueillie	520
A. L'admission large du recours pour excès de pouvoir.....	520
B. L'accueil favorable des recours associatifs	522
§2 – Une reconnaissance de l'accès à la justice tournée vers la prééminence du droit sur le fait	524

I.	Une reconnaissance très large.....	524
A.	La protection du droit au juge aux niveaux européens.....	525
B.	La protection du droit au juge en droit interne.....	526
II.	La protection de l'accès à la justice environnementale sous l'influence de la Convention d'Aarhus.....	527
A.	Un droit d'accès à la justice tourné vers l'effectivité de la norme.....	527
B.	Une logique portée par la Cour de justice de l'Union européenne.....	527
	Section II : Les obstacles à l'accès à la justice	531
§1 –	Les obstacles structurels	531
I.	L'accès réduit des individus au recours en annulation devant la Cour de justice de l'Union européenne	532
A.	Un accès restreint au recours en annulation	532
B.	La faiblesse des justifications de la position de la Cour de justice.....	534
C.	Un élargissement inéluctable.....	535
II.	La persistance d'obstacles à un accès effectif à la justice constitutionnelle	538
A.	Les problèmes liés à la composition du Conseil constitutionnel.....	538
1)	<i>Les limites classiques du système de nomination.....</i>	<i>538</i>
2)	<i>Le problème de l'impartialité des membres du Conseil constitutionnel.....</i>	<i>541</i>
B.	Le non-renvoi de certaines questions prioritaires de constitutionnalité	542
III.	Le Conseil d'Etat à l'épreuve des soupçons de partialité	546
A.	Des liaisons avec le pouvoir politique.....	548
1)	<i>Le recrutement des membres du Conseil d'Etat.....</i>	<i>548</i>
2)	<i>La gestion des carrières des membres du Conseil d'Etat</i>	<i>549</i>
B.	La mise en cause du dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat	550
C.	Une apparence de partialité persistante : le contrôle des déclarations d'utilité publique	553
1)	<i>Un contrôle restreint de la légalité interne.....</i>	<i>555</i>
2)	<i>La validation des vices de légalité externe.....</i>	<i>557</i>
§2 –	Les obstacles circonstanciels de l'accès à la justice	558
I.	Les obstacles liés à des procédures particulières.....	559
A.	Les effets pervers des contentieux de masse	559
1)	<i>La réalité des contentieux de masse.....</i>	<i>559</i>
2)	<i>Les conséquences des contentieux de masse.....</i>	<i>560</i>
B.	La limitation des recours en matière d'urbanisme.....	562
1)	<i>L'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme</i>	<i>562</i>
2)	<i>L'article R. 600-1 du code de l'urbanisme</i>	<i>567</i>
C.	L'absence d'action de groupe en droit administratif.....	568
1)	<i>Les bénéfices potentiels de l'action de groupe sur le plan de l'accès à la justice et de l'effectivité.....</i>	<i>569</i>
2)	<i>Les modalités possibles d'une action de groupe.....</i>	<i>570</i>
II.	Les obstacles liés au coût potentiel de l'action en justice	571
A.	Le coût lié à la défense de ses intérêts par un conseil juridique.....	572
B.	Les risques liés à la répartition des frais irrépétibles.....	573
C.	Le faible encadrement des amendes pour recours abusif	575
	CONCLUSION	579
	CHAPITRE II : LA RECEPTION DE LA NORME PAR LE JUGE	581
	Section I : L'influence de l'interprétation de la norme sur son effectivité	583
§1 –	Caractérisation de l'opération d'interprétation de la norme	583
I.	La liberté de l'interprète	583
A.	L'interprétation : un acte de volonté	584
B.	Une liberté sous contraintes.....	585

II. L'interprétation : l'application d'une norme préexistante.....	588
A. Tentative de confrontation des théories de l'interprétation.....	588
1) <i>La théorie réaliste : l'interprétation crée la norme</i>	588
2) <i>La théorie normativiste : la norme préexiste à l'interprétation</i>	589
B. Le lien entre l'interprétation de la norme et son effectivité	591
§2 – Illustrations de la correspondance entre la variabilité des interprétations et la variabilité des effets de la norme	592
I. Les variabilités résultant de l'interprétation constitutionnelle : illustration à partir de la Charte de l'environnement.....	592
A. Les variations possibles de l'interprétation du droit à la participation du public...593	
B. Les variations de l'interprétation de l'« effet-cliquet » attaché aux droits fondamentaux	595
II. Les variabilités résultant de l'interprétation de la loi : illustration à partir de la loi « littoral »	597
A. L'interprétation exigeante de l'obligation d'urbanisation en continuité ou en hameaux nouveaux intégrés à l'environnement	598
B. L'évolution de l'interprétation de la notion d'« espace proche du rivage ».....	599
C. Les effets concrets de l'interprétation de l'interdiction de construire dans la bande littorale de 100 mètres	602
Section II : La portée de l'interprétation de la norme.....	603
§1 – Le pouvoir du juge de préserver son interprétation	603
I. La procédure de référé-suspension	605
A. L'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision	607
B. La condition d'urgence	608
II. La mise en lumière de la fonction du référé-suspension à travers le contentieux de l'urbanisme	610
A. L'assouplissement de la condition d'urgence en matière d'urbanisme.....	610
B. Le bénéfice lié à l'atténuation de la condition d'urgence au regard de la fonction du référé-suspension	611
III. La mise en lumière des limites du référé-suspension à travers le contentieux de l'environnement	612
A. L'admission restrictive du référé-suspension dans le contentieux environnemental de droit commun.....	612
1) <i>Une appréciation restrictive de la condition d'urgence</i>	613
2) <i>L'importation contestable de la technique du bilan</i>	614
B. La réaction du législateur par la création de référés « sur mesure »	616
1) <i>Le contournement constant de la condition d'urgence</i>	616
2) <i>La persistance du juge administratif dans son admission restrictive du référé-suspension</i>	618
C. Propositions pour une rénovation de la procédure de référé-suspension	619
§2 – Le pouvoir du juge de concrétiser son interprétation.....	621
I. La distinction entre les pouvoirs du juge dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et du contentieux de pleine juridiction.....	621
A. Des pouvoirs traditionnellement limités dans le cadre de l'excès de pouvoir	622
B. Des pouvoirs étendus dans le cadre du plein contentieux : illustration à partir du contentieux des installations classées	623
II. Le rapprochement des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir de ceux du juge de pleine juridiction	625
A. L'étendue du pouvoir d'injonction du juge administratif	625
B. Les conséquences du pouvoir d'injonction sur la distinction entre plein contentieux et excès de pouvoir	627
III. Une difficulté commune : regard sur le juge administrateur	629

A. La difficulté pratique de faire acte d'administrateur dans le cadre du contentieux de pleine juridiction.....	629
B. La difficulté pratique de faire acte d'administrateur dans le cadre de l'excès de pouvoir.....	631
§3 – La contribution du juge à l'exécution de ses décisions.....	633
I. L'étendue des pouvoirs du juge.....	634
A. L'incitation à l'exécution.....	634
B. La contrainte à l'exécution.....	635
II. Des difficultés persistantes face à l'irréversibilité du fait accompli.....	638
A. La complexité de l'action en démolition d'un ouvrage privé.....	638
B. Le retour contestable de la technique du bilan dans le cadre de l'action en démolition d'un ouvrage public.....	640
CONCLUSION	643
CONCLUSION DU TITRE II	645
CONCLUSION DE LA PARTIE II	647
CONCLUSION GENERALE	649
ANNEXE 1	655
BIBLIOGRAPHIE	657
1. OUVRAGES	657
1.1. DICTIONNAIRES	657
1.2. OUVRAGES NON JURIDIQUES	658
1.3. OUVRAGES SPECIAUX	659
1.3.1. THEORIE, PHILOSOPHIE ET SOCIOLOGIE DU DROIT	659
1.3.2. MANUELS ET TRAITES	660
1.3.3. OUVRAGES THEMATIQUES	663
1.4. OUVRAGES COLLECTIFS	665
2. THESES ET MEMOIRES	669
3. ARTICLES	673
3.1. THEORIE ET PHILOSOPHIE DU DROIT	673
3.2. SOCIOLOGIE JURIDIQUE	677
3.3. SOCIOLOGIE	678
3.4. SCIENCE POLITIQUE	678
3.5. DROIT CONSTITUTIONNEL	679
3.6. DROIT INTERNATIONAL	685
3.7. DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DROIT DE LA CONVENTION EDH	687
3.8. DROIT ADMINISTRATIF	689
3.9. DROIT DE L'URBANISME	705
3.10. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT	711
3.11. DROIT PENAL	721
3.12. DROIT CIVIL	721
4. NOTES, CONCLUSIONS ET CHRONIQUES	723
5. RAPPORTS ET ETUDES	733
5. DISCOURS ET BREVES	737

INDEX THEMATIQUE	739
TABLE DES MATIERES	743

Résumé

La norme juridique ne peut exercer sa fonction de direction des conduites humaines que si elle produit des effets sur le réel. L'effectivité de la norme est influencée par plusieurs éléments du système juridique. L'identification des conditions juridiques de cette effectivité en droit public interne conduit à souligner le rôle classique exercé par la cohérence de l'ordre juridique et par la sanction. Cependant, ces conditions ne sont pas exclusives. D'autres éléments du système juridique sont de nature à amplifier l'effectivité de la norme. D'une part, la conception de la norme influence son effectivité. Ses qualités, sa légitimité, l'adoption ainsi que le choix de ses normes et instruments d'application de même que la confiance que ses destinataires ont en elle sont des conditions juridiques de l'effectivité. D'autre part, sur le plan de la réception de la norme, l'accès à la justice dont bénéficient ses destinataires, son interprétation par le juge et les pouvoirs dont il dispose exercent aussi une influence sur l'effectivité. Des rapports d'implication peuvent ainsi être établis entre ces différents éléments du système juridique et l'effectivité de la norme. Néanmoins, l'évaluation de ces conditions juridiques au regard du droit positif montre que ces rapports d'implication sont souples compte tenu des limites intrinsèques de ces conditions. Elle suggère aussi que l'effectivité est souvent partielle et que la connaissance des conditions juridiques de l'effectivité pourrait être complétée par celle des conditions extra-juridiques de l'effectivité.

Abstract

The legal norm exercises its function of direction of human conducts only if it produces effects on the real. Norm's effectivity is influenced by several elements of the legal system. The identification of the legal conditions of the norm's effectivity leads to underline the classic role of legal order's coherence and sanction. Nevertheless, those conditions are not exclusive. Other elements of the legal system are intended to amplify norm's effectivity. On the one hand, norm's conception influences its effectivity. Its qualities, the adoption and the selection of its implementation norms and instruments as well as the confidence of its recipients are legal conditions of effectivity. On the other hand, in terms of norm's reception, access to justice granted to its recipients, its interpretation by the judge and the powers that are allocated to the latter exercise as well an influence on the effectivity. Relations of implication can be established between those different elements of the legal system and the norm's effectivity. However, the assessment of the legal conditions of the effectivity in respect of positive law shows that those relations of implication are supple in view of the limits intrinsic in those conditions. It suggests as well that effectivity is often partial and that the knowledge of the legal conditions of the effectivity could be supplemented by that of non-legal conditions of the effectivity.

Mots clés

Effectivité ; validité ; ordre juridique ; sanctions ; invalidation ; responsabilité ; qualités ; légitimité ; mise en œuvre ; accès à la justice ; interprétation ; juge ; droit administratif ; droit constitutionnel ; droit de l'urbanisme ; droit de l'environnement.

Keywords

Effectivity; validity; legal order; sanctions; invalidation; liability; qualities; legitimacy; implementation; access to justice; interpretation; judge; administrative law; constitutional law; planning law; environmental law.